

LİMITED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMI VE PAYIN DEVRİ

Y. Doç. Dr. M. Turgut ÖZ

I — GENEL OLARAK

Bilindiği gibi ortaklıklar hukukunda iki temel ortaklık tipi vardır: Ortakların kişiliğinin değil sermayenin önemli olduğu sınırlı sorumluluk ilkesine sahip sermaye ortaklıkları ve ortakların kimliğinin ön planda olduğu sınırsız sorumluluk ilkesine sahip kişi ortaklıkları. Aynı gereksinimleri karşılayan, ekonomik ve hukuki alanda farklı işlevlere sahip olan bu ortaklıklar girişimcilere, faaliyet alanlarına ve sermaye miktarlarına göre, tüzel kişilik çatısı altında birleşirken bir seçme hakkı sağlamaktadırlar.

Ancak yasakoyucu bununla yetinmemiş, bu iki temel tipin farklı özelliklerini bünyesinde birleştiren ve gerek kişi ortaklıklarının gerekse sermaye ortaklıklarının sağladıkları hukuki olanakları birlikte gerçekleştiren bir tür ortaklık yaratmak istemiştir.

İşte limited ortaklık bu düşünceden doğmuş melez bir ortaklık tipidir.

Hem ortaklar arasındaki kişisel ilişkiye ağırlık veren hem de sınırlı sorumluluğun güvencesini getiren limited ortaklık küçük ve orta çapta işletmeler için ideal bir tiptir¹.

1) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku. 2. baskı İstanbul 1982 s. 746, 747.

Limited ortaklıkta anonim ve kollektif ortaklık özellikleri bir arada görülmektedir. Hangisinin daha baskın olduğu tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen anonim ortaklık özelliklerinin daha belirgin olduğudur². Görünen odur ki, yasa, ortaklığın dış ilişkiler düzeni bakımından anonim ortaklığa, ortaklararası ilişkiler bakımından kollektif ortaklığa yaklaşan bir sistem benimsemiştir. Bu makalede incelenen pay kavramına ve özellikle payın devrine ilişkin sorunlara hep bu saptama doğrultusunda yaklaşılabacaktır.

Asıl önem taşıyan ve incelemek istediğim sorun, limited ortaklık payının devri olmasına rağmen, konunun daha iyi anlaşılması ve bütünlüğünün bozulmaması için, ayrı bir başlık altında önce pay kavramı ve bu kavrama ilişkin bazı kurumların açıklanması gerekmektedir. Daha sonra, bu açıklamalar ışığında asıl sorun ele alınacaktır.

II — LİMITED ORTAKLIKTA PAY KAVRAMI.

1 — Esas sermaye, sermaye payı ve ortaklık payı:

a — Esas sermaye:

Esas sermaye, ortakların şirkete nakit ya da ayın olarak koyacakları miktarların toplamından ibarettir. Sermaye anonimlerde olduğu gibi birbirine eşit bağımsız ve her biri bir pay sahipliği mevkiini ifade eden paylara değil, fakat eşitliği zorunlu olmayan, ortak sayısına eşit (ortak sayısı kadar), paylara bölünmüştür. Sermaye nakit olarak belirtilmelidir. Nakitten başka bir hak ya da ayın konulmuşsa bunun niteliği ve takdir edilen değeri esas sözleşmeye yazılmalıdır. (TK 508) Limited ortaklıkta emek ve ticari itibar sermaye olarak konulamaz. Bu yasak anonim ortaklıklardan gelen bir özelliktir³.

2) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 748.

3) İmregün, O. Kara ticareti hukuku dersleri. 5. bası İstanbul 1979. s. 555.

Esas sermaye 10 bin liradan aşağı olamaz. Sermayenin belirli ve tamamı ortaklarca taahhüt edilmiş olması gerekir. Ortaklık esas sözleşmesi usulüne uyularak değiştirilmedikçe sermaye ne arttırılabilir ne azaltılabilir.

Ancak sermaye itibari bir değere sahiptir. Ortaklık malvarlığı artsa veya azalsa esas sermaye miktarı değişmeyeceği gibi ortakların sermaye miktarlarının itibari değerleri de değişmez⁴. Ancak sermayenin arttırılmasındaki usulle bu değiştirilebilir.

b — Sermaye payı:

Anonim ortaklıklardan farklı olarak limited ortaklıkta tutarı ne olursa olsun her ortak bir payla şirkete katılır. Ortağın sermayeye katılma payı (ya da temel iştirak payı) bölünmez bir bütün oluşturur⁵. Bu kollektif ortaklığa benzeyen bir durumdur. Bunun doğal sonucu olarak iştirak payları, anonim ortaklığın tersine, çok farklı miktarlarda olabilirler. Örneğin, 1 milyon esas sermayeli bir limited ortaklıkta A'nın sermaye payı 500 bin lira, B'nin 200 bin, C'nin 100 bin ve diğer ortaklar D, E, F ve G'nin 50 biner lira olabilir.

Bunların her biri bir tek sermaye payıdır. Örnekte, esas sermaye 7 paya bölünmüştür, ortaklık 7 ortağa sahiptir.

Ortakların sermaye iştirak paylarının toplamı esas sermaye miktarını verir. Bu iştirak payları da, esas sermaye gibi, nominal değer taşırlar. Kural olarak, esas sermaye ve iştirak miktarları bunların gerçek (efektif) değerleri ile orantılı olurlar. Şöyleki, şirket mameleki ile esas sermaye arasındaki değer nispeti neyse, sermaye payının efektif değeri ile sermaye miktarı arasındaki oran da odur⁶. Ancak bu her za-

4) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 762.

5) Çevik, O. Limited şirketler hukuku ve uygulaması. Ankara 1976. s. 238.

6) ARSLANLI, H. Ticaret Kanunu Şerhi —Limited Ortaklık— İstanbul 1963, Md. 518/II/1.

man kesin değildir. Bazı ortakların sermaye payının itibari değeri ile gerçek ödediği miktar arasındaki fark diğer ortaklardan çok ya da az olabilir.

c — Ortaklık payı:

Ortaklık payı, limited şirkette bir ortağın şirkete karşı sahip olduğu bütün ortaklık haklarının ve borçların ifadesidir. Diğer deyişle, ortakla ortaklık arasındaki «ortak olmaktan doğan» bütün hukuki ilişkilerin toplandığı bir demettir⁷. Ancak bu hukuki ilişki demeti sermaye ortaklıklarındaki gibi soyut pay mevkiine değil doğrudan doğruya kişilere bağlanmıştır.

Sermaye payı kural olarak ortaklık payını belirler. Yani her ortağın şirkete karşı hak ve borçları taahhüt ettiği sermaye miktarına göre belirlenecektir. Ancak bu kesin bir hüküm değildir. Bu kural emredici nitelikte olmadığından aksi esas sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Ayrıca kâr ve tasfiye payı fiilen ödenen sermayeye göre belirlenir. (TK 533, 552, 447)⁸.

Taahhüt edilen sermaye miktarı ise malî haklardan esas sermayenin arttırılmasına katılma hakkının⁹ (TK 516) ve şirkete sermaye koyma borcunun oranını belirler. Ayrıca oy hakkı gibi yönetim hakları da bu iştirak payına göre belirlenir.

Sermaye payına bağlı ortaklık hakları arasında Yasada yalnızca, kâra katılma hakkı (TK 533), borçlardan da sermaye koyma borcu (TK 528), temerrüdü ve sonuçları, haksız

7) ARSLANLI, H. 518/I

8) ARSLANLI, H. 518/II/1.

9) Arslanlı buna, anonim ortaklıkta olduğu gibi, «yeni pay alma hakkı» demiştir. ARSLANLI, H. 518/II/1. Oysa limited ortaklıkta anonim ortaklıkta olduğu gibi yeni pay alma hakkından söz edilemez. Bu hüküm «ortağın sermaye payının nominal değerini esas sermayenin artması oranında genişletme hakkı» olarak tanımlanmalıdır.

alınan kârların iadesi borcu (TK 529, 539, 531, 535) ve sorumluluk (TK 532) düzenlenmiştir. Ancak ortaklık payı bunlar dışındaki hak ve borçları da içerebilir. Örneğin, azlık hakları, bireysel haklar, yönetim hakları, müktesep haklar, imtiyaz hakları gibi. Ortaklık ilişkisi şirkete bağlılık borcu da doğurur¹⁰.

Daha önce belirtildiği gibi ortaklık payına bağlı bu hakların kullanılmasında, aksine hüküm olmadıkça, ortağın taahhüt ettiği (bazen fiilen ödediği) sermaye miktarı ölçü olacaktır. Ortağın sermaye miktarı karın bölüşülmesinde, ayrılma payının ve ortaklığın sona ermesi halinde tasfiye payının hesaplanmasında rol oynar. Şu halde sermaye payı kolektif ortaklıktaki iştirak payı anlamındadır. Ancak, sermayeye faiz verilmesi ve esas sözleşmede aksine hüküm yoksa ortakların sermaye borçlarını yerine getirdikleri oranda yıllık kârdan yararlanmaları anonim ortaklık kurallarına uygun bir düzenlemeye bağlanmıştır¹¹.

Ortaklık payı konusunda önemli bir nokta, oy hakkının kullanılmasında her ortağın sermaye payının her 500 lirası için bir oya sahip olması esasıdır. (TK 537) Bu hüküm belki ilk bakışta her ortağının payının bölünmez bir bütün olduğu kuralı ile çelişkili görülebilir. Çünkü durum anonim ortaklıkta birden fazla paya malik olan pay sahibinin her bir payı için bir oy hakkına sahip olmasına benzemektedir. Ancak şuna dikkat edilmelidir ki, limited ortaklıkta sözkonusu olan birbirinden bağımsız ayrı payların bir kişide toplanmış olması değil, yalnız oy hakkının kapsamını belirlemek için kullanılan bir yöntemdir. Gerçekte pay 500 Liralık parçalara bölünmüş olmamaktadır. Bu herkesin sermaye payı ile orantılı olarak kararlarda etkili olmasını sağlamak için kullanılan bir birimdir¹².

10) ARSLANLI, H. 518/I. Bu kişi ortaklıklarında görülen bir özelliktir.

11) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 752.

12) ARSLANLI, H. 524/I.

Payın devir için bölünmesi de (TK 524) aynı türden bir çelişki gibi görünebilir. Burada da payın birliği ve bütünlüğü ilkesinden ayrılma sözkonusu değildir. (bu konu ilerde ayrı bir başlık altında incelenecektir).

Ortaklık malvarlığı kâr ve zararlarla değişir. Oysa ortaklık sermayesine katılma miktarı (sermaye payı) değişmez.

2 — Pay sahipliği

a — Limited ortaklıkta pay sahibi:

Limited ortaklık melez bir ortaklık tipi olduğundan pay sahibinin durumu diğer ortaklık tiplerine göre özellik gösterir. Burada ortak, anonimlerde olduğu gibi kişiden soyut pay mevkiine sahip olması dolayısıyla değil, daha çok kollektif ortaklıkta olduğu gibi kişisel bir ilişkiyle ortaklığa bağlıdır. Ortağın ortaklık alacaklılarına karşı sermaye miktarıyla sorumlu olması iç ilişkideki şahıs şirketi özelliğini etkilemez. Ancak bu sınırlı sorumluluk sermaye ve ortaklık payının önem kazanmasına yol açmıştır.

Limited şirkette pay sahipliği eşitlik ve bütünlük ilkelelerine sahiptir. Eşitlik ilkesi: her ortağın taahhüt ettiği sermaye miktarı ile eşit oranda ortaklık haklarından yararlanmasını, başka bir deyişle sermaye payı fazla olanın daha az olandan bu oranda daha fazla hak sahibi olmasını ifade eder. Bütünlük ilkesi ise: her payın bölünmez bir tek hak ve borç demeti oluşturması demektir¹³.

Birden fazla kişi bir paya sahip olursa bu pay üzerinde «iştirak halinde mülkiyet» sözkonusu olur. Bu durumda malikler ortaklığa karşı haklarını bir temsilci aracılığı ile kullanırlar. (TK 527) Ortaklığa karşı borçlardan sorumlulukları ise müteselsildir. (TK 527/2)¹⁴.

13) ÇEVİK, O. s. 238.

14) ÇEVİK, O. s. 238.

Limited ortaklıkta her ortağın bir payı vardır. Payların nominal değeri en az 500 Lira veya bunun misli olabilir. Payların birbirinden çok farklı olması mümkündür. Devir için bölme ve miras paylaşılması hali hariç olmak üzere, ortağın payı bölünmez bir bütündür.

Taahhüt ettiği sermaye borcunu ödemesiyle ortağın sorumluluğu —kural olarak— kesin şekilde son bulur¹⁵.

15) İMREGÜN, O., s. 355.

Oysa İsviçre Hukukunda, ortaklar limited ortaklığın borçlarından, kollektif ortaklıklara ilişkin hükümler uyarınca, tescil edilmiş esas sermaye miktarı ile sınırlı olarak müteselsilen sorumludurlar (OR Art. 802/I). Ortaklar esas sermaye ortaklığa ödenmiş olduğu ölçüde kurtulabilirler. Ayrıntılı bilgi için bak, von STEİGER, W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V. Obligationenrecht, 6. Teil, Die Gesellschaft mit Beschraenkter Haftung, Zürich 1965, Art. 722 N. 24

Türk Ticaret Kanununda ise, sermaye koyma borcunu yerine getiren ortağın kesin olarak her türlü sorumluluktan kurtulması ilkesinin sadece iki istisnası vardır:

Birincisi; karşılığı henüz tamamıyla ödenmemiş ortaklık paylarının ortaklıkça geçerli şekilde devir veya rehin alınması hâlinde, pay karşılığının ödenmemiş kısmı oranında, ortakların müteselsil olarak sorumlu tutulmasıdır (TK m. 532/III). Buna «açığı kapama yükümlülüğü» denir.

İkincisi ise; Bir ortağın sermaye borcunu ödemedede temerrüde düşmesi ve bu yüzden TK m. 529 uyarınca ortaklıktan çıkarılması hâlinde, ortaklık bu payı paraya çevirmesine (satmasına: TK m. 530) rağmen elde edilen bedel açığı kapamaya yetmezse, çıkarılan ortağın ödemediği borcundaki sorumluluğu devam etmekle birlikte, bu payın daha önceki sahiplerine de —en sonuncudan başlamak koşuluyla— başvurmak mümkündür (TK m. 531). Ancak önce asıl borçlu takip edilmeli ve bu takip semeresiz kalmış olmalıdır. İşte bu daha önceki pay sahiplerinin sorumluluğuna «selef sıfatıyla sorumluluk» denir. Her eski ortağa açıkça ödeme davetiyesi gönderilmesinden bir ay geçmedikçe ondan öncekine başvurulamaz (TK m. 531/III).

Bunların yanında «Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Kanun» un 35. maddesine göre, limited ortaklığın kamu borçlarından dolayı ortaklar sermaye paylarının bir misline kadar sorumlu olabileceklerdir.

Öte yandan bütün diğer ortaklık alacaklılarına karşı ortak yerine getirmediği sermaye taahhüdünden dolayı sorumlu değildir. Yalnızca ortaklığa karşı sorumludur.

Bazı hallerde esas sözleşmeye hüküm konularak ortaklara dönemsel nitelikte yan yükümlülükler yüklenebilir. Anonim ortaklık gibi salt pay mevkiinin önemli olduğu şirketlerde bile bu olanak tanındığına göre, limited ortaklıkta öncelikle kabul edilebilir¹⁶.

Gene esas sözleşme ile azlık hakları ve bazı ayrıcalıklar tanınabileceği de kabul edilmektedir. Örneğin: ortak sayısı 20'yi aşan şirketlerde denetleme hakkı tanınması, yönetim hakkına sahip olmayan bir ortağa TK 163. madde anlamında itiraz hakkı tanınması gibi¹⁷. Anonim ortaklıklarla ilgili bu hükümler limited ortaklık için de uygulanacaktır.

Ortaklık sözleşmesiyle ayrıca düzenlenmemişse sermaye payının miktarı ortaklık payının kapsamını oluşturur. İşte bu sermaye payından doğan ve bunun yanında sözleşmeyle kazanılan kişisel nitelikteki hakların hepsi pay sahibinin kişiliğine bağlıdır. Şöyleki, anonimlerde pay senedi pay sahipliğini belirlerken limited ortaklıkta sermaye miktarı ve bunun gösterildiği pay defteri bu görevi görmektedir. Şirketin ortaklara vereceği senetlerin böyle bir fonksiyonu yoktur. Senedin ziyai ortağın haklarını ziyaa uğratmaz. Bu durumdaki ortak iptal davası (TK 563) açmaya gerek olmaksızın ortak sıfatını ve haklarını ispat edebilir. Ortak sıfatını ve haklarını münhasıran pay senedi ile kanıtlayacak değildir. İlerde belirtileceği gibi bu senetler alelade borç senedi niteliğindedir¹⁸.

Pay sahipliği ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile doğar, pay sahibinin ölümü, ortaklığın son bulması (TK 549), çıkma ya da çıkarılma (TK 529, 551) ile sona erer. Bunların yanı sıra, sıkı koşullara bağlı olarak, payın tümünün devri ile de ortaklık sıfatı sona erebilir. (TK 520)

16) JAGGEN/BECKER., Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band VII, 3. Abteilung, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1939, Art. 772 N. 24; von STEIGER, W., a.g.e Art. 772 N. 31, 33; İMREGÜN, O., s. 356.

17) ARSLANLI, H., 518/II/1.

18) ARSLANLI, H., 518/4.

b — Limited ortaklıkta pay senedi:

Limited ortaklıkta ortaklık payı için kıymetli evrak çıkarılması yasaca yasaklanmıştır. (TK 503, 518/3) bu emredici bir hükümdür. Ancak, ortaklara ispat senedi (adi senet) niteliğinde senetler verilebilir. Bu yasağın nedeni, limited ortaklıkta payın devrinin çok sıkı koşullara bağlanmış olmasıdır. Kıymetli evrağın soyutluk ve kolay tedavül özelliği limited ortaklığın kişiye bağlı pay kavramıyla bağdaşamaz. Çıkarılabilen ispat senedi niteliğindeki senetler hem sermaye miktarına hem de ortaklık payının niteliğine ve içeriğine göre düzenlenmelidir¹⁹.

İsviçre uygulamasına atıf yapan Arslanlı'ya göre²⁰ bu hüküm nama yazılı senet çıkarılmasına engel değildir. Bu fikre göre; yasanın gayesi, payın hisse senedi gibi tedavülüne engel olmaktır. Hisse senedi sermaye ortaklıklarındaki bir özelliktir. Nama yazılı senedin payın tedavülünü emredici yasaklarla bağdaşmaz şekilde kolaylaştıracağı söylenemez. Hatta bu senetler devri daha da zorlaştırma işlevi kazanabilirler. Yasanın payın devrini esas sözleşmeyle daha sıkı koşullara bağlama olanağı tanıdığı düşünülürse bazı hakların kullanılması bu senetlerin ibrazına bağlanabilir. Sonuç olarak, ortaklara verilecek senetlere nama yazılı senet niteliği tanımakla yasanın amacı ihlal edilmiş olmaz²¹.

Kanımca bu görüş eleştirilebilir: Eğer bu senetlerin nama yazılı senet usulü ile devri, TK 520'nin aradığı koşullar ve işlemler gerçekleşmedikçe geçersiz olacaksa —ki böyle olacaktır— bunlara nama yazılı senet vasfı, tanımak doğru değildir. Bunlar da alelade ispat senedi olarak nitelenmelidir.

19) ARSLANLI, H. 518/4; ÇEVİK, O. s. 240.

20) ARSLANLI, H. 518/4.

21) ARSLANLI, H. 518/4.

c — Pay defteri ve ortaklar listesi:

aa — Pay defteri:

Limited ortaklıkta bütün sermaye payları hakkında ortakların ad ve soyadlarını, her sermaye miktarının ayrı ayrı tutarını, bunlara karşılık yapılan ödemeleri, bunların devri, başka kişilere geçişi gibi hususları gösteren bir pay defteri tutulur. (TK 519) Bu defter, ortak olsun olmasın, şirket işlerini idareye yetkili müdürler tarafından tutulur. Müdürler bu defterin tutulmasını şirket görevlilerine bırakabilirler. Ancak tutulan defterleri onaylamaları gerekir. Bu defterlerin yanlış ya da eksik tutulmasından dolayı müdürler şahsen ve müteselsilen sorumlu olmaktan kurtulamazlar. (TK 519/3)

Pay defterinin ortaklık ve ortaklar bakımından önemi dolayısıyla, müdürler tarafından onaylanmadıkça kayıtlara itibar edilmez²². İlk kayıtlar esas sözleşme ile sonraki kayıtlar ne sebeple ortak olunduğunu gösterir belgenin ibrazı ile yapılır.

Limited ortaklıkta, anonim ortaklık gibi pay senedi bulunmadığından, pay defteri daha büyük bir öneme sahiptir. Zira ortağın elinde pay senedi bulunmadığından ortaklık sıfatı sadece pay defterindeki kayıttan anlaşılabacaktır. (Gerçi diğer kanuni delillerle de bu ispat edilebilir.) Eğer varsa yan yükümlülükler de bu deftere yazılır. Ancak ortağın sermaye payıyla ilgisi olmayan hak ve borçlarının pay defterine işlenmesine gerek yoktur. Zira bunlar payın devri halinde devralana geçmeyeceklerdir²³.

Anonim ortaklıklarda TK 326 hükmüne göre pay defteri mecburî ticari defterlerden sayılmıştır. Limited ortaklıktaki özel önemine bakılırsa bu hüküm onlara öncelikle uygulanmalıdır²⁴.

22) ARSLANLI, H. s. 519/II/2.

23) ARSLANLI, H. 519/II/6.

24) ARSLANLI, H. 519/II/6.

Limited ortaklıktaki pay defteri de mecburi ticari defterlerden sayılacağına göre, bunun teslim ve ibrazı TK 79, 80. maddelere tabidir.

Ancak pay defteri alenî değildir ve MK 5 anlamında resmi bir niteliği yoktur. Bu bakımdan ancak aksi ispat edilebilen bir karine oluşturur. Şu kadar ki kayıtların aksi her türlü delille değil ancak ticaret sicili başta olmak üzere resmi delillerle ispat edilebilir²⁵.

Ortaklık ilişkisi bakımından pay defteri kurucu nitelik taşır. Payın devri bütün koşullarıyla gerçekleştirilse bile ancak pay defterine kayıtlı ortaklığa karşı hüküm ifade eder. Bu konu payın devrinde incelenecektir.

Pay defteri denetlenebildiği gibi ortaklar tarafından her zaman incelenebilir. Ortağın kayıtlara itiraz hakkı vardır. Bu durumda mahkeme uyuşmazlığı çözümleyecektir. Yalnız bütün ortaklar itiraza muvafakat ederlerse ya da ilgili ortak itirazını geri alırsa mahkemesiz halledilebilir²⁶.

bb — Ortaklar listesi:

Her takvim yılı başında ticaret sicili memuruna ortakların ad ve soyadlarını, her ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarını ve ödediği kısmı gösterir, müdürler tarafından imzalanmış bir liste verilir. Ancak son listenin verilmesinden sonra hiç bir değişiklik olmamışsa liste vermek gerekmez. Yalnız bir değişiklik olmadığını belirtir bir dilekçe verilir. (TK 519/2)

Listeler ticaret siciline kaydedilmezler. Bu nedenle üçüncü kişilere karşı sicilin olumlu etkisinden yararlanmazlar²⁷.

25) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 763; ÇEVİK, O. s. 240.

26) ARSLANLI, H. 519/II/7.

27) POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 764.

Pay defterinde olduğu gibi listelerin de yanlış ve eksik tutulmasından müdürler şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar. (TK 519/3)

III — LİMİTED ORTAKLIKTA PAYIN DEVRİ

1 — Payın devrinin hukuki niteliği:

Ortaklık payının devri hak ve yükümlülükleriyle bir bütün oluşturan hukuksal bir ilişkinin devridir. Ortaklık payına sermaye payı, yan yükümlülükler, yönetim ve temsil gibi haklar da dahildir. (TK 528)¹

Limited ortaklıkta ortaklık payı serbestçe devir ve temlik edilemez. Zira limited ortaklıkta ortaklararası ilişkilerde kişisellik unsuru ağır bastığından ve kollektif şirket modeline çok yaklaşıldığından yasakoyucu devri çok sıkı koşullara bağlamıştır. TK'nun 520. maddesi bu zorlaştırılmış devir usulünü düzenler. Aynı doğrultuda olarak TK 521, 524, 525. maddelerde de iradî devir dışı intikal halleri düzenlenmiştir. Böylece limited ortaklığın kişisellik özelliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu kıymetli evrak çıkarma yasağı ile uyumlu bir düzenlemedir. 520. madde ile ortakların devir hakkında kesin olarak söz sahibi olmaları sağlanmıştır².

Kural olarak devrin serbest bırakılıp sadece bazı koşullara bağlandığı görüşü ile³ kural olarak devrin yasak olup istisnaen mümkün olabilecek bir yol bırakıldığı görüşü⁴ öğretide çatışmaktadır. Yasa iç ilişkide kişi ortaklığı özelliği ya-

1) ARSLANLI, H. 518/II/2.

2) Çağa, «520. madde ile bir yandan tarafların çıkarları korunurken diğer yandan ortaklık çıkarları korunmak istenmiştir,» demektedir. ÇAĞA, B. Batider. C. VII s. 3 s. 592; Oysa Yasanın amacı, bu tür çıkarları korumaktan öte, iç ilişkideki ortaklar arası kişisel ilişkinin önemli olduğu «şahıs şirketi» özelliğini korumaktır.

3) ARSLANLI, H. 518/II/3. İMREGÜN, Ö. s. 574.

4) ÇAĞA, B. s. 594.

ratmak istediği ve payın devri ilke olarak buna aykırı düşeceği için limited ortaklıkta asıl olanın devir yasağı olduğunu kabul etmek gerekir.

Payın sözleşmeyle devri dışında, miras nedeniyle ve karı koca malları hükümleri gereğince (TK 521) veya cebri icra yoluyla (TK 522) başkasına intikali mümkündür. Yasada bunlar ayrıca düzenlenmiştir. Ancak bu makalede yalnızca payın bir sözleşmeyle başkasına devredilmesi incelenecektir.

2 — Devir türleri:

a — Payın bütün olarak devri:

TK'nun 520. maddesinde payın devri, özel ve sıkı bir düzene bağlanmıştır. Söz konusu hüküm, ters bir sıralamayla, payın devri aşamalarını düzenlemiştir. Sıralamayı doğru olarak yaparsak, bu aşamalar şöyledir: a) Ortaklık payının devri sözleşmesi, b) Devrin ortaklığa bildirilmesi, c) Ortakların onayı, d) Ortaklıkça devrin pay defterine kaydı⁵. Devrin şirkete karşı tamamlanması ve devreden devralanın yerine geçmesi bu koşulların gerçekleştirilmesiyle olur.

TK 520. madde hükmü emredici bir kuraldır⁶. Devri yasanın aradığından daha kolay bir usule bağlamak esas sözleşme ile dahi mümkün değildir. Ancak daha da zorlaştırıcı hükümler konabilir⁷. Hatta bir görüşe göre devir tümüyle bile yasaklanabilir⁸.

520. Madde ortaklık ilişkisinin iradi olarak devrini kapsar. Bu hükmün uygulanacağı alanı bazı özel durumlardan ayırmak gerekir:

5) s. 378, 379.

6) DOĞANAY, İ. Türk TK. Şerhi C. 2. Md. 520 (s. 1059)

7) KARAYALÇIN, Y. s. 383. TEOMAN, Ö. Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu), İktisat ve Maliye Der., C. XXI s. 4 s. 248

8) ÇAĞA, B. s. 593.

Ortaklık payından ayrılarak başlıbaşına talep edilebilen malî haklar, özel olarak «dağıtılmasına karar verilen kâr,» «tasfiye payı», bu hükme bağlı değildir⁹. Arslanlı'ya göre¹⁰, bunlar alelade alacak haklarının temlik yoluyla devredilebilirler. Bu durumda yönetim haklarını yalnızca ortaklığa karşı malik olan (devreden) kullanabilir. Devralan sadece devredene aralarındaki ilişkiden doğan mali talepler yöneltebilir.

Kanımca bu ifade açık değildir ve bir ayırım yaparak çözüme gidilmelidir:

Bir kere, geçerli şekilde doğmuş (örneğin dağıtılmasına karar verilmiş) kâr payı ve tasfiye payı alacağının BK m. 162 vd. anlamında bir alacağın temlikine konu olabileceğinden ve böylece sadece taraflar arasında değil, ortaklığa karşı da ileri sürülebileceğinden kuşku duymamak gerekir. Bunun için, temlik sırasında alacağın muaccel olması da aranmaz. Böyle bir alacak kendisine temlik edilen, bu münferit alacağı ortaklıktan isteyebilir.

Buna karşılık, genel olarak ve bir bütün şeklinde ortaklık payından doğan mali hakların devri mümkün olmamalıdır. Aksi halde, «hakların parçalanması kuramı» gibi sorunlar yaratacak bir durum limited ortaklıkta da ortaya çıkarılmış olur. Sadece yönetim hakkına sahip bir ortağın yanında, süresiz şekilde ortaklığa karşı mali haklara sahip bir kişinin de bulunması, doğru olmayan, engellenmesi gereken bir sonuçtur. Nitekim, BK m. 172, «Bazı hakların temlikine ilişkin kanunen belirlenmiş özel hükümler saklıdır» demektedir. İşte TK m. 520 hükümlerinin de —salt bir alacak temlikini düzenlememekle birlikte— bu anlamda özel kurallar olduğu kabul edilmeli, böylece, Kanunun limited ortaklıkta sırf mali hakların devrini doğru bulmayıp, bunların ancak

9) ARSLANLI, H. 518/II/3.

10) ARSLANLI, H. 520/II/7.

payla birlikte bir bütün olarak gereken şekle uyulmak suretiyle devredilebileceğini hükme bağladığı benimsenmelidir.

Öte yandan, bu temlikin sadece işlemin tarafları arasında hüküm ifade edeceğini söylemek, «alacağın temliki» kurumuna uymayan bir ifade olur. Zira bu çözümde ortaklığa karşı hak iktisap etmeyen kimsenin, kendisine alacak temlik edildiğinden söz edilemez. Bu olsa olsa, bir ortağın üçüncü kişiyle, ortaklıktan maddî bir çıkar elde ettikçe bunu kendisine devredeceği şeklinde bir sözleşme, bir borçlandırıcı işlem yaptığı anlamına gelebilir. Bu sözleşme ise, TK m. 520 hükmünün dışında kaldığı gibi, alacağın temliki şeklinde bir tasarruf işlemi de değildir.

Sermaye payının rehin verilmesi ilk bakışta 520. madde hükmü dışında gibi görünmektedir. Çünkü rehinde alacaklıya pay nakledilmiş olmaz. Fakat rehnin paraya çevrilmesi aşamasında pay üçüncü bir şahısa geçeceğinden, işin niteliği gereği, rehin verilmesi de 520. madde koşullarına bağlı sayılmalıdır. Bu durumda sözleşme, hakların rehnine ilişkin usule (MK 869/2) göre yapılacaktır.

Buna karşılık ortağın bir üçüncü kişiyi BK 532/2 (adi ortaklık) anlamında payına ortak alması da TK 520 kapsamına girmez. Bu durumda BK'nun sözkonusu hükmü gereğince paya ortak şirkete karşı ortak sıfatını kazanmaz. Ortaklık taraflar arasındaki iç ilişkide rol oynar¹¹.

TK 520. madde kapsamına girmeyen bu hallerde şirkete bildirim de gerekmez.

Bu özel durumlar dışında pay TK 520 düzenine göre devredilecektir. Payın bütün olarak devrinde, devir aşamaları tamamlanınca devreden ortaklık sıfatını kaybedecek yerine devralan geçecektir.

11) Yargıtay bunu belirten bir kararında şöyle demektedir: «... Şerikin ortağının hakkı şerike ait kardan istifadeden ibaret olup, onun hissesini başkasına devretmesine mani olamaz. Ancak tazminat talebinde bulunabilir.» YTD 8.10.1957 E: 2293 K: 2165, DOMANIÇ - ÇAMOĞLU. Türk TK ve Ticari Mevzuat. İstanbul 1972. s. 308.

b — Payın bölünerek devri:

Limited ortaklıkta her payın kişiye bağlı bölünmez bir hak ve borç bütünü olduğunu belirtmiştik. Bu durum payın devrinde bazı güçlükler yaratabilir. Özellikle, payının bütünü değil de bir kısmını başka bir kişiye devrederek hem bir miktar pay satışı yapıp hem de pay sahibi olarak kalmak isteyen ortak ne yapacaktır? Yasa bazı koşullarla bir ortağın payını tümüyle başkasına devrederek ortaklıktan çıkmasını kabul ettiğine göre böyle bir kısmî devre öncelikle izin verilmelidir. İşte TK 524 bu tür devirleri düzenlemiştir.

Payın TK 524. madde anlamında bölünmesiyle temsil ettiği ortaklık mevkii bölünmüş olmaz. Bölünen temel iştirak payı yani sermaye payıdır ve bu bölme yalnızca bölünen kısmın devri ile yeni ortaklık payı yaratılması için olur¹². Demek ki yeni sahibine geçinceye kadar bölünen miktar tamamen kağıt üzerinde kalacaktır. Bu bakımdan bölme yalnızca ortaklığın yeni ortak edinmesi için bir araç olmaktadır.

'En az 500 Lira' kuralı, oy hesabında olduğu gibi, bölme de de geçerlidir. Pay ancak 500 liraya ve bunun katlarına bölünebilir (TK 524/I) Ortaklık payı nominal sermaye miktarı dışında, örneğin, içerdiği haklara ve borçlara göre asla bölünemez¹³.

Bölme ve kısmi devir için tam payın devrine ilişkin hükümler uygulanacaktır. (TK 524/2) Yani bu durumda da devir taahhüdü, şirkete bildirim, özel çoğunluklu ortaklar kararı ve pay defterine kayıt aşamaları TK'nun 520. maddesinin düzenlediği şekilde gerçekleştirilmelidir.

Ortak payının bölünmesini talep edebilmek için öncelikle bölünecek kısmı üçüncü bir kişiye taahhüt etmek zorunda değildir. Verilecek bölme kararı zaten bu devir gerçekleşme-

12) ÇEVİK, O. s. 253 POROY - TEKİNALP - ÇAMOĞLU. s. 770.

13) İMREGÜN, O. s. 574 ARSLANLI, H. 524/I, II/1.

dikçe hiç bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak ilerde bu kısmı bir başkasına devretmek istediğinde ortağın ayrıca bölme kararı aldırması gerekmeyecektir¹⁴. Bölme devir için yapılmak kaydıyla devirden ayrılabilir.

Bölünmesi onaylanan paylar pay defterine kayıt koşulu ile ortaklığa karşı hüküm ifade eder. Pay defteri bölme konusunda da kurucu niteliğe sahiptir. Bu andan sonra ortaklar geçerli bir neden olmadan bölme kararını geri alamazlar.

Usulüne uyularak bölünmüş payın sonradan devri için ayrıca TK 520 uyarınca bir ortaklar kararı ve pay defterine kayıt gerekir. Zira bölünmüş payın devri (kısmi devir) bölmeden bağımsız ayrı bir işlem oluşturur.

Fakat genellikle bölme ve devir aynı işlemde birleşir. Ortak, bölme talebiyle kısmi devir talebini aynı anda ileri sürdüğü takdirde, karar nisapları da aynı olduğuna göre, bir tek kararla her iki işlem tamamlanabilir¹⁵. Yeterki diğer ortaklar bölmenin yanı sıra kısmi devrin kaynaklandığı devir taahhüdü hakkında da yeterli bilgi sahibi olsunlar ve onayları her iki talebi de kapsasın.

Bölünerek devir için de esas sözleşmeyle yasadakinden daha sıkı koşullar getirilebilir. Hatta tamamen yasaklanabilir.

c — Payın başka bir ortak tarafından devralınması:

Pay ortaklık dışındaki kişiler yerine bir başka ortağa devredilebilir. TK'nun 525. maddesi bu durumu düzenlemiştir.

Payın ortaklar arasında devri iki şekilde olabilir: Ya bir ortak payını bütünüyle diğerine devreder ki bu durumda kendisi ortaklık sıfatını kaybedecektir. Ya da payını bölerek kısmen başka bir ortağa devreder. İster tamamen ister kıs-

14) ARSLANLI, H. 524/II/2, 3, 4.

15) ARSLANLI, H. 524/II/1, 2.

men olsun, ortaklar arasındaki devirlerde de TK 520 hükmü uygulanacaktır. (TK 525/1)

Her iki halde de devralan ortağın sermaye payının nominal değeri devralınan pay veya pay kısmının nominal değeri oranında artar. Sonuç olarak, bu tür devirlerde de her ortağın ancak bir paya sahip olacağı kuralı bozulmaz¹⁶.

Ancak payın dışardan ortak alınarak devrinde olduğunun tersine, bu devirden hiç bir yeni ortaklık mevkiî doğmaz. Eğer devreden ortak payını bütünüyle devretmişse ortak sayısı sadece bir azalmış olur.

İktisaptan sonra devralanın sermaye miktarının nominal değerindeki artış yasa gereği kendiliğinden olur. Ortakların devre onay kararlarında artışı ve sermaye miktarının yeni değerini belirtmelerine gerek yoktur¹⁷.

Devirden sonra devredilen pay kısmı ayrı hükümlere bağlanamaz. Devralanın sermaye payının nominal değerinin artması üzerine iki pay birleşip tek ortaklık payı oluştururlar¹⁸.

Kısmi devirde sadece sermaye payına bağlı hak ve borçlar geçer, ortağın şahsına bağlı hak ve borçlar değişmez. Aksi halde bunların nasıl bölüneceği sorunu doğardı¹⁹.

Devirde nominal değer esas olup devralanın ödediği gerçek değer gözönüne alınmaz²⁰. Örneğin: 100 bin liralık pay sahibi olan ortak A gene 100 bin liralık paya sahip olan ortak B'ye payının 10 bin liralık kısmını 20 bin lira karşılığında devretmişse, devirden sonra A'nın sermaye payı 90 bin liraya inerken B'nin payı 110 bin liraya yükselir.

16) ÇEVİK, O. s. 253; ARSLANLI, H. 526/II/9.

17) ARSLANLI, H. 525/II/2, 3.

18) ÇEVİK, O. s. 253.

19) ÇEVİK, O., s. 253.

20) ÇEVİK, O., s. 255.

Bölme ve devir (veya yalnız devir) için yapılacak oylamaya hem devreden hem de devralan katılır. Zira ikisi de ortaktır. Böyle bir durumda, verdiği aleyhte oy yüzünden payın devrine engel olan taraf, aralarındaki sözleşmeyi ihlal etmiş sayılacağından, karşı tarafın zararını tazmin edecektir²¹.

3 — Devir işlemleri:

a — Taraflar arasında devir işlemleri:

Ortaklık payının devri her şeyden önce iki kişi —devreden ve devralan— arasında bir ilişkidir. Bir hak ve borç demeti olan payın geçirilmesini amaçlar. Pay haklarla beraber şirkete karşı borçları da kapsadığından, sıradan bir hak devrinden farklı niteliktedir. Bu yüzden yasa devir sözleşmesini sıkı bir geçerlilik şekline bağlı tutmuştur: Devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak ve noterce tasdik edilmek gerekir. (TK 520/5) Bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler batıldır²².

Devir sözleşmesi devreden için ortaklıktaki payını temlik etme borcu doğurmaktadır. Bu borcun ifası (yani payın devri) ise ortaklığa ilişkin diğer koşullar tamamlandığında gerçekleşecektir.

Yasa «payın devri ya da devir vaadi hakkındaki mukavele...» deyimini kullanmıştır. Bu ifade doğru değildir. Zira taraflar arasında, şekil koşuluna uyularak, borç doğurucu işlemin yanı sıra tasarruf işleminin de yapılabileceği anlamını

21) Çağa, bu davranışın dürüstlük kuralına aykırı düştüğünden söz etmektedir: ÇAĞA, B., s. 599: Oysa burada, dürüstlük kuralına gitmeye gerek bırakmayan, açıkça sözleşmeden doğan bir borcun ihlali vardır. Zira gerek payını devretmeyi gerekse bu payı devralmayı sözleşmeyle kabul eden kişiler, aynı zamanda sözkonusu işlemin gerçekleşmesine engel olacak davranışta bulunmamaı da üstlenmiş sayılırlar.

22) DOĞANAY. İ., s. 1060; ÇAĞA, B., s. 594.

taşımaktadır. (TK 520/5) Oysa temlik ancak pay defterine kayıtlı tamamlanmış olabilir.

Bundan önce pay devredilmiş sayılamaz²³. Devir sözleşmeleri, payını devredecek olana, gereken prosedürü çalıştırarak bu payı alacaklısına geçirme borcu doğuran sözleşmelerdir.

Arslanlı'ya göre²⁴, taraflar arasında şekil koşullarına uyularak yapılan devir, askıda bir temlik işlemidir. Böylece yazar burada borçlandırıcı bir işlem değil, bir tasarruf işlemi görmektedir. Bu görüşe göre, diğer ortakların onayı ve pay defterine yazımla işlemin bağlandığı şart gerçekleşmiş ve bu temlik hüküm ifade etmiş olacaktır. Öğretide ve uygulamada bu nokta üzerinde tahlillere rastlanmamakla birlikte, en azından bu görüşe karşı çıkılmadığı görülmektedir.

Oysa kanımca bu görüşe katılmak zordur. Bir kere, yasanın sistemine ve olayın niteliğine dikkat edilirse, buradaki ortakların onayı ve pay defterine kayıt, zaten yapılmış bir geçirici işlemin (tasarruf işleminin) yürürlüğe girmesini sağlayan bir şartın gerçekleşmesinden daha ötede bir anlam taşımaktadır. Bu unsurlar, sadece bir şartın gerçekleşmesi olarak değil, doğrudan doğruya payı nakleden işlemlerin kendisi olarak düzenlenmiş görünmektedir. Öte yandan, taraflar arasındaki devrin şarta bağlı bir temlik olarak kabulü, genel olarak şarta bağlı işlemlerdeki hukukî durumu düzenleyen BK m. 149 - 152. hükümlerinin burada da uygulanmasını gerektireceğinden bazı karmaşık hukukî sorunlara yolaçacaktır.

Yine bu görüş sakıncalı bazı sonuçlar da doğurabilir: Örneğin; henüz sahip olmadığı bir payı başkasına devreden

23) Pay defterinin kurucu fonksiyonu için bak. ARSLANLI, H., 520/II/5. Ancak hemen aşağıda belirteceğimiz üzere, taraflar arasındaki işlemin niteliği bakımından Arslanlı'nın görüşü bizimkinden farklıdır.

24) ARSLANLI, H., 520/II/5.

kişinin tasarruf işlemi niteliğinde bir temlikte bulunduğu kabul edilirse, tasarruf yetkisine sahip olması da aranacağından, bu yetkisi bulunmadığı için devir işlemi mutlak şekilde geçersiz sayılacaktır. Şarta bağlı olma bu sonucu değiştirmez. İşte böyle bir durumda devreden daha sonra paya sahip olunca payı devralana geçirmekten rahatça kaçınabilecek ve bu tutumu herhangi bir geçerli borcunu ihlâl teşkil etmediğinden, sorumlu da tutulamayacaktır. Oysa payın devrini sadece borç doğuran bir işlem (sözleşme) olarak kabul ettiğimiz takdirde, bu işlemin yapıldığı anda paya sahip olmamak (tasarruf yetkisi bulunmamak) geçerliliği etkilemeyeceğinden, devreden daha sonra paya sahip olduğunda devir borcunu ifaya zorlanabilecek ve bu borcunu ihlali sebebiyle devralanın uğradığı zararı tazmin etmesi istenebilecektir.

Düşünceme göre, burada taraflar arasındaki sözleşme —daima— payın devrini sağlamayı taahhüt şeklinde borçlandıracı bir işlem olarak kabul edilmelidir. Tasarruf işlemi niteliği, ancak devredenin ortaklığa başvurarak devrin gereğinin yapılmasını istemesinde görülebilir. Bu da ortaklar kararını takiben pay defterine yeni ortağın kaydedilmesiyle hüküm ifade edecektir²⁵. Aksi hâlde, taraflar arasında payı geçmiş sayan buna karşılık ortaklığa karşı hüküm ifade etmediğinden sözeden bir görüşün ileri sürülmesine de olanak tanınmış olur. Böyle bir konstrüksiyon ise, anonim ortaklıklarda «bağlı nama yazılı pay senetlerinin devri» nden doğan ve için-

25) Biraz zorlamalı da olsa, hukukî durum taşınmaz satımı ve tesciline benzetilebilir. Nasıl taşınmaz satım sözleşmesi tapuda gerekli şekle uyularak yapılsa dahi bir borçlandıracı işlem olup sadece tescil talebi tasarruf işlemi niteliğindeyse ve tescilin fiilen yapılmasıyla hüküm doğuruyorsa; payın devri sözleşmesinde de TK m. 520/V uyarınca yapılan bu sözleşme sadece borçlandıracı işlem olup, devredenin ortaklığa yönelik gereğinin yapılması talebi bir tasarruf işlemi niteliğindedir ve pay defterine yazımla hüküm doğurur. Farklı olarak, talep ve yazım arasında «ortaklığın gereken nisapta karar vermiş olması» şeklinde bir koşul (unsur) daha eklenmektedir.

den çıkılmaz tartışmalara yol açan sorunu^{25a} buraya da taşımak anlamına gelir.

Bütün bu sebepler yüzünden, bence her devir sözleşmesi, daha doğru bir deyimle, gerçekte bir «devir vaadi»ni içerir. TK m. 520/V metninde «payın devri veya devir vaadi hakkındaki mukavele» diye iki işleminden sözedilmiş olması, sadece, asıl sözleşmeden önce bir önsözleşme yapıldığı takdirde bunun da aynı şekle bağlı olduğu yolundaki genel kuralın (BK m. 22/II) burada da tekrar edildiği şeklinde anlaşılmalıdır.

Şu halde, devir tamamlanıncaya kadar, aradaki zaman süresinde devir taahhüdünde bulunan mutlak şekilde ortaklık sıfatını koruyacaktır.

Devir sözleşmesi sırf payın devrine ilişkin bir sözleşme olabileceği gibi, devir başka bir sözleşmenin taraflarından birine yüklenen bir borç da olabilir. Kural olarak TK'nun aradığı şekil sırf devir taahhüdüne ilişkin olup, bunun temelindeki ilişkiyi kapsamaz. Ancak devir sözleşmesi bu ilişkiyi de kapsıyorsa (örneğin, A'nın B'ye sattığı mal karşılığında B şirketteki payını devretmeyi taahhüt etmişse) devir taahhüdünün kaynaklandığı bu hukukî ilişki ve bunun koşulları da kanunun aradığı şeklin içinde yer almalıdır²⁶. Aksi takdirde, bir sözleşmenin zorunlu unsurlarından (essentialia negotii) bazısı şeklin dışında kalmış olur ki, böyle sözleşmeler şekle aykırılıktan geçersizdirler.

Devir sözleşmeleri şekle aykırılık dışında bir nedenle

25a) Bu konuda bak. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU., s. 573 vd.; AKSOY, M. U., Anonim ortaklıklarda teorik bir kavram olarak Pay Senetleri, İkt. Mal. Der., C. XVIII, s. 8 (Kasım 1971), s. 305 vd.; ARSLANLI, H., Anonim Şirketler I. Umumî Hükümler, İstanbul 1960, s. 148; SCHUCANY, E., Die Übertragung Eigentums an vinkulierten Namensurkunden, SJZ 41 (1945), s. 177 vd. (Türkçe çevirisi: AKINTÜRK, T., BATIDER C. 1, s. 3, s. 347 vd.).

26) ARSLANLI, H., 520/II/5.

geçersiz veya sakatsa, bunu ancak sözleşmenin tarafları ileri sürebilir. Zira bu durumlar ortaklık bakımından «başkaları arasında bir şey» (res inter alios acta)'dır. Buna karşılık, TK m. 520/V hükmünün ifadesinden, şekil koşulu gerçekleşmeksizin yapılan sözleşmenin ortaklık kararına temel oluşturmasının da özel olarak yasaklandığı anlamı çıktığı için, sırf bu sebeple gereken işlemlerin yapılmasından kaçınılabileceği gibi ortaklık kararından (hatta pay defterine yazımdan) sonra da ortaklık veya ilgililer bu işlemin geçersiz olduğunu ileri sürebilirler. Kuşkusuz, bunun bir hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği haller saklıdır.

Öte yandan, taraflar, hangi nedenle olursa olsun, sözleşmenin hükümsüz olduğunu ortaklığa karşı ileri sürebilirler ve eğer pay defterine kayıt yapılmışsa bu kaydın düzeltilmesini isteyebilirler. Ancak, ortaklık, ispat edilmedikçe bu hükümsüzlük iddiası üzerine kaydı değiştirmek zorunda değildir. Böyle bir ihtilaf hâlinde, pay defterindeki kayıtlar ancak resmî delillerle aksi ispatlanabilir olduğundan, sonuç olarak itiraz eden taraf ancak hükümsüzlüğü tespit eden bir mahkeme kararı elde ederek kaydın değişmesini sağlayabilecektir. Bu arada uğranılan zararlar, hükümsüzlüğe neden olan taraftan ve durumu bildiği veya bilmesi gerektiği halde devreden uyarmadan kaydı gerçekleştiren ortaklığın bu işlerden sorumlu müdürlerinden tazminat olarak istenebilir²⁷.

27) Geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanılarak pay defterindeki kaydın değişmesinden doğan zararlar, genellikle devreden bu süre zarfında mali haklardan yararlanamamış olması şeklinde ortaya çıkar. Ancak eğer o, bu geçersizlik sebebini bildiği halde ortaklığa devir talebinde bulunmuşsa, BK m. 62 (condictio indebitii) anlamında, «bilerek borç olmayan şeyi vermiş» sayılacağından, herhangi bir talep ileri süremez.

Her geçersizlik sebebinde, taraflar arasında buna ilişkin hükümlere göre tazminat istenir. Örneğin; sözleşmenin irade fesadı (hata, hile, ikrah) sebebiyle iptali üzerine BK m. 26, 29/II, 31; gabin sebebiyle iptalde BK m. 21; sözleşmeden dönme hâlinde de BK m. 108 hükümlerine göre tazminat istenecektir. Bunlar dışındaki yokluk veya butlan hallerinde ise, koşulları gerçekleştiği ölçüde, genel hüküm niteliğinde olan haksız fiil kurallarına göre (BK m. 41 vd.) tazminat istenebilir.

Uygulamada devir sözleşmeleri çoğu kez bir satım niteliğinde görülmektedir. Örneğin ortak sermaye payını bin lira karşılığında temlik ettiğini beyan etmekle hukuken payı bin lira karşılığında satmış olur²⁸.

Sermaye payına bağlı kâr, tasfiye payı gibi hakların devir sözleşmesine ayrıca yazılmasına gerek yoktur²⁹. Ancak sözleşmenin, Borçlar Kanunu ilkelerine uygun olarak, bütün esaslı noktaları içermesi ve özellikle sermaye payı ile alan ve devreden ad, soyad ve ikâmetgahlarını belirtmesi şarttır³⁰.

Devir sözleşmeleri borç doğurucu işlem olduğundan birinin kendisine ait olmayan bir payı satması ya da henüz ku-

Belirtelim ki, sözleşmeden dönme durumunda baskın görüş olumsuz zararın tazmininin istenebileceği yolunda olmasına rağmen, dönmenin geçmişe etkisini reddeden bir görüşe göre burada da olumlu zararın tazmini istenebilir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve benimsediğim çözüm için bak. ÖZ, T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir karşılaştırmalı eleştirisi, MHAD, S. 16 (1979 - 80 - 81), İstanbul 1985, s. 131 vd. Özellikle s. 163, 164.

Gene değinilmesi gereken bir husus da, ahlâka aykırı bir amaçla payın devredilmiş olmasıdır. BK m. 65 uyarınca, ahlâka aykırı amaçla verilen şeyler geri istenemeyeceği için, bu maksatla devredilen payın da pay defterindeki kayıt değiştirilerek tekrar devreden adına düzeltilmesi istenemeyecektir. Devrenin pay devri sözleşmesinin BK m. 19, 20 uyarınca ahlâka aykırılık nedeniyle batıl olduğunu öne sürerek pay defterinin eski hâle iadesini istemesi üzerine, BK m. 65 uyarınca bu talebi reddedilebilir. Ancak, sözleşmenin ahlâka aykırı olmasının yanında, amacın da ahlâka aykırı olması ayrıca ele alınarak incelenmelidir. Konusu ahlâka aykırı ve bu sebeple batıl olan her sözleşmede tasarruf işlemindeki amacın da ahlâka aykırı olacağı mutlak olarak söylenemez. Bunun tarsi de doğrudur. Bu konudaki açıklamalarım için bak. ÖZ, T., BK m. 65 kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 Kuralı İle İlişkisi — Rüşvet, Başlık Parası, İBD, C. 59, S. 1-2-3 (Ocak, Şubat, Mart 1985), s. 105 vd. Özellikle s. 122 vd.

28) ÇAĞA, B., s. 596.

29) ARSLANLI, H., 520/II/5.

30) POROY-TEKİNALP/ÇAMOĞLU. s. 764.

rulmamış bir limited ortaklığın payının satılması da taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi doğurur.

Geçerli bir sözleşmeye rağmen payın devri gerçekleşmiyorsa durum ne olacaktır? Devrin gerçekleşmemesi başlıca iki nedenle olabilir: Ya devreden şirkete başvurmamakta ve TK 520 prosedürünü işletmemektedir, ya da şirket ortakları gereken nispetle devri onaylamamışlardır. Bunlara, bir kimşenin kendisine ait olmayan payın devrini taahhüt etmiş olması da eklenebilir.

Alacaklı devir için başvurmayan ortağa karşı, borçlu temerrüdü hükümlerine (BK m. 101 vd.) başvurabilir. Eğer devir borcu karşılıklı edimleri içeren (sinallagmatik) bir sözleşmeden doğmuşsa (ki çoğu kez böyledir. Ortaklık payı genellikle para karşılığı veya diğer bir ivaz elde etmek için devredilir), devir alacaklısı BK m. 106 - 108 hükümlerine göre seçimlik haklarını kullanabilir³¹. Bunlar arasında, özellikle aynen ifaya zorlamanın mümkün olup olmayacağı düşünülmelidir: Kanımca böyle durumlarda, devir alacaklısı, geçerli sözleşmeye dayanarak mahkemeden devir borçlusunun şirkete başvurmasının (irade beyanının) yerine geçen bir karar alabilmelidir. Bu durumda, sözkonusu ilamla, devir işlemini kendisi ortakların onayına sunabilir. Kuşkusuz böyle bir ilam, ortakların talebi reddetme hakkını ortadan kaldırmaz.

Eğer ortaklık devri onaylamamışsa, ifanın imkânsızlığı

31) Bu durumda devir alacaklısı (devralan), önce ifa (kendisinin ortak olarak yazımı için devredenın gerekli prosedürü işletmesi) amacıyla uygun bir süre verecektir. BK m. 107'ye girerek süre verme koşulunu kaldıran hâllerde buna gerek olmayacaktır. Bu maddeye giren durumlarda temerrüt ihtarından sonra derhal, aksi halde verilen uygun süre sonunda, devir alacaklısı BK m. 106'daki seçimlik haklarına başvurur: Hâlâ ifayı ve gecikmeden doğan zararını (özellikle bu arada dağıtılan ve ortak olamadığı için mahrum kaldığı kâr payını) isteyebileceği gibi; ifadan derhal vazgeçerek ifa etmemeden doğan zararının tazminini (olumlu zararın tazmini) veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini isteyebilir.

sözkonusudur. Devreden ortak devir sözleşmesinde onayı ayrıca garanti etmişse, bu sözleşme hükmüne göre mutlak şekilde sorumlu olacaktır^{31a}. Bu tür bir garanti yoksa, olayın özelliklerine bakılmalıdır: Eğer onayın verilmemesinde devreden kusurluysa, devralan kusurlu imkânsızlık hükmüne (BK m. 96) göre uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Aksi hâlde kusursuz imkânsızlık sözkonusu olacağından, BK m. 117 uyarınca, hiç bir tazminat borcu doğurmayacak şekilde sözleşme son bulur³². Belirtelim ki, ortağın onayın verilmeyeceğini bildiği (veya bilmesi gerektiği) halde payını devretme taahhüdünde bulunması da kusurlu imkansızlık doğurur. Keza, başkasına ait payın devri taahhüdü bakımından da aynı durum sözkonusudur.

Bütün bu imkansızlık hallerinde, payın devri olarak geçersiz olan, ya da sonuçsuz kalan, sözleşmeyi «pay sahibinin şirkete karşı talep edebileceği mali hakların devri sözleşmesi» ne tahvil ederek ayakta tutma şeklinde bir çözüm önerilmektedir^{32a}. Böylece TK 520 hükmünden de kurtulunmuş olacaktır. Kanımca bu eleştirilebilir. Zira bir sözleşmeye tarafların iradeleri dışında anlamlar verilerek niteliği değiştirilemez. Devir sözleşmesinde amaç, ortaklıkla olan bir hukuki ilişkinin (ortaklık ilişkisinin) hak ve borçlarıyla bütün olarak devridir. Bu geçersiz diye devreden bambaşka bir borç ilişkisi içine sokulamaz. Ancak eğer taraflar sözleşmeye «şirketin onaylamaması halinde bile geçerli olacağı» şeklinde bir kayıt koymuşlarsa bu sırf mali hakların devri olarak yorumlanabilir³³. Gene belirtelim ki, bu hiç bir zaman şirkete karşı hüküm ifade etmez. Sadece devir taahhüdünde bulunanın, ortak sıfatıyla elde ettiği ekonomik, değerleri alacaklısına geçirme borcu doğurur³⁴.

31a) Yarg. TD t: 8.10.1957 (OLGAÇ, S., s. 454).

32) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU., s. 765.

32a) ARSLANLI, H., 520/II/5.

33) ÇAĞA, B., s. 601.

34) Bak s. 359, 360.

BK 12 gereğince, kanunun aradığı resmi şekilde yapılan payın devri sözleşmesi gene ancak aynı şekle uyularak kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

b — Devrin ortaklığa bildirilmesi:

Ortaklık payının devri ortakların onayına bağlı olduğu için devrin ortaklığa bildirilmesi gereklidir. (TK 520/1) Aksi halde ortaklar kararı için gerekli dayanak sağlanmamış olur.

Bildirimin tarafların her ikisince mi yapılması gerektiği yoksa biri tarafından yapılmasının geçerli mi olacağı yasada belirtilmemiştir. Bildirim taraflardan birinin ortaklıktan ayrılmak diğerinin ortaklığa girmek isteğinin açıklanması niteliğinde olduğundan kural olarak her iki tarafça yapılması gerekir denmektedir³⁵. Bir başka görüşe göre, taraflar devir sözleşmesinde zaten iradelerini açıklamışlardır. Burada önemli olan bu durumdan şirketin haberdar edilmesidir. O halde taraflardan biri de bildirimde bulunabilmelidir³⁶. Bu düşünceye göre, aksi görüş, devredenin temlik taahhüdünde bulunduktan sonra şirkete bildirimde bulunmaması hâlinde devralanı çaresiz duruma düşürecektir³⁷.

Kanımca her iki görüş de doğru görünmemektedir. Bildirim mutlaka payını devredecek ortak tarafından yapılmalıdır. Fakat bu bildirime devralacak olanın katılması gerekmez. Burada alacaklının katılmasına gerek olmaksızın ifa edilebilen bir borç sözkonusudur. Zira payın devrini sağlayacak olan, ortakların kararı ve pay defterine yazım, devir alacaklısının katılması gerekmeksizin gerçekleşebilecek bir hukukî işlemdir. Alacaklının katılması gerekmeden ifa edilebilen borçlarda, onun ifa sırasında ayrıca bir irade beyanında bu-

35) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU. s. 765.

36) ARSLANLI, H., 520/II/4; ÇEVİK, O., s. 243.

37) Gerçi böyle bir durumda, devralan aralarındaki sözleşmenin ihlâli nedeniyle devredenden tazminat talep edebilir. Ama ona payın devri yolunu da açmak daha adil olacaktır, denmektedir.

lunması aranmaz. Öte yandan, ortaklığın sadece devir alacaklısının talebiyle, kendi ortağının aksi yöndeki iradesine, rağmen, onu ortaklıktan çıkarması, yasal dayanak bulamayacak bir çözümdür. Böyle bir çözüm benimsenirse, ortaklık şekil eksikliği dışında taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizlik sebeplerini ileri süremeyeceğinden, devir borçlusu batıl veya sakat bir sözleşme yüzünden ortaklık payını kaybetmesine engel olamayacak, durumu düzeltmek için sonradan dava açmak zorunda kalacaktır. Bu yüzden, daha önce belirttiğimiz üzere, devir alacaklısı devirden kaçınan borçlusuna karşı mahkemeye başvurarak onun beyanı yerine geçen bir ilam almalı ve ancak bu ilamı ibraz ederek ortaklığı harekete geçirebilmelidir³⁸. Bunu gerçekleştirmedikçe devir alacaklısının yapabileceği tek şey, borçlusundan tazminat istemektir.

Bildirim bir şekle bağlı değildir. Devredenin açık bir beyanı şeklinde yapılabileceği gibi, devir sözleşmesinin ibrazı ile de olabilir. Bu durumda devreden de imzalı irade beyanını içeren sözleşme, bildirim yerine geçer. Ancak devri üçüncü kişilerin bildirmesi ya da şirketin kendi öğrenmesi yeterli değildir³⁹. Yalnız kanımca, şirket bildirim devredence yapılmadan gerekli nisapla karar vermiş ve bu pay defterine kaydedilmişse, buna itiraz etmeyen devreden, sonradan bu kararın ve tescilin geçersiz olduğunu ileri sürememelidir. Zira bu, «kendi davranışıyla uyandırdığı haklı bir güven duygusunun sonuçlarına katlanma» (venire contra factum proprium) ilkesine aykırı düşer.

Bildirim şekle bağlı olmamakla birlikte, yöneticinin ortakların onayına dayanak sağlamak için bildirimin yazılı olarak verilmesini istemeye hakkı olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Ancak sözleşme ibraz edilmişse yazılı bildirime gerek yoktur.

Yönetici ayrıca devir sözleşmesinin ispatını da isteyebilmelidir. Bu da ancak sözleşmenin ibrazı ile olur. Fakat yöne-

38) Bak s. 369.

39) ÇAĞA, B. s. 592.

40) ÇAĞA, B. s. 592.

tici sözleşmenin, şekil hükümleri (TK 520/5) dışında, geçerli olmadığını ileri süremez⁴¹.

Devir bildirimi ortaklık tüzel kişisine yönelik olmalıdır. Bu bakımdan, payını devreden aynı zamanda bir müdür bile olsa bildirimde bulunmalıdır⁴².

Bildirim bir irade beyanı olduğuna göre, iradeyi sakatlayan sebeplerle iptali mümkündür.

c — Devrin ortaklarca onaylanması:

Devrin şirkete bildirilmesi üzerine müdürler ortaklar genel kurulunu en kısa zamanda toplantıya çağırmalıdır. Ortaklar genel kurulunun onayı eklenmedikçe sermaye payını devralacak kimse ortak olamaz. Ancak bu kararın verilmesiyle yasanın devir için aradığı koşullar tamam olur ve devralan pay defterine kayıtlı ortaklık sıfatını kazanır⁴³.

Müdürler ortakları uygun bir süre içinde toplantıya çağırmazlarsa, devreden esas sermayenin onda birine sahipse genel kurulun mahkeme kanalıyla toplantıya çağırılmasını isteyebilir. (TK 538/3) ayrıca yazılı başvurmaya gerek yoktur. Zira daha önce gerekli bildirimde bulunulmuştur⁴⁴. Hatta, Arslanlının belirttiği gibi⁴⁵, devreden esas sermayenin onda biri'ne sahip olmasa bile, bildirimde rağmen müdürler genel kurulu toplantıya çağırmıyorlarsa mahkemeye başvurma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Zira ortakların kararını bir an önce öğrenmekte büyük menfaati vardır. Ortaklıkta payların devri hakkı yasaca tanınmış olduğundan, devrin bir unsuru olarak kararın alınması talebi de bu hakkın içinde sayılır. Aksi halde yöneticilere toplantı çağırısında bulunmamak su-

41) Bak s. 366; ÇAĞA, B. s. 592.

42) ARSLANLI, H. 520/II/4.

43) ARSLANLI, H. 520/II/6.

44) ARSLANLI, H. 520/II/6.

45) ARSLANLI, H. 520/II/6.

retiyle devre engel olma olanağı verilmiş olur. Müdürlerin sorumluluğu yeterli yatırım sayılamaz⁴⁶.

Oylama sonucu bir ortaklık kararı olduğundan, buna genel kurul yetkilidir. Genel kurulun bu yetkisi esas sözleşmeyle bile başka hiç bir organ ve kişiye verilemez⁴⁷.

Yasa bu karar için özel bir çoğunluk aramıştır. Buna göre: payın devrine onay kararı ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması şarttır. (TK 520/2) Limited ortaklıkta ortağın oy hakkı koyduğu sermaye miktarıyla orantılı olduğundan, sermayenin 3/4'üne sahip ortakların aynı zamanda oy hakkının da 3/4'üne sahip olması gerekirse de, TK 537 gereğince esas sözleşmede değişik bir düzenleme getirilebileceği ve gene aynı hüküm gereğince ortaklardan birinin tüm oy sayısının 1/3'ünden fazlasına sahip olamayacağı unutulmamalıdır⁴⁸.

Onay kararı ile ilgili oy nisabı, TK 520/2 emredici nitelikte olduğundan, ancak ağırlaştırılabilir. Aksine düzenleme esas sözleşmede bile yer alsa batıldır. Karayalçın⁴⁹ TK 520/2'nin emredici nitelikte olduğunu kabul etmemektedir. Yazara göre esas sözleşme ile bu nisap hafifletilebilir. Oysa limited ortaklıkta payın devri için nisabın ağır olmasından amaçlanan iç ilişkide kişi şirketi özelliklerini korumak ve istenmeyen kişilerin ortaklığa girmesini önlemek olduğuna göre bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Şirketin ortak sayısı 20'den azsa TK 536/2 uyarınca kararın yazılı oyla verilmesi mümkündür. Ancak TK 538/2'ye göre, sermayenin 1/10'ini temsil edenler mutlaka toplantı yapılmasında ısrar edebilirler⁵⁰.

46) ARSLANLI, H. 520/II/6.

47) ÇAĞA, B. s. 598.

48) ÇAĞA, B. s. 598.

49) KARAYALÇIN, Y. s. 383.

50) ÇAĞA B. s. 598.

Ortaklar oylarını kullanırken tamamen bağımsızdırlar. Onay veya red için hiç bir gerekçe göstermek zorunda değildirler. Karar ilgili taraflara bildirilmemiş bile olsa ortaklar kararlarından daha sonra dönemezler⁵¹.

Payını devreden ortak da henüz ortaklık sıfatını yitirmediginden oyunu kullanabilir. Yalnız, kendisinin devir aleyhinde oy kullanması sözleşmeyle taahhüt ettiği borcuna aykırı bir davranış oluşturur⁵².

Devre onay kararı, devrin belirli olması yani ortaklık payının kime devredileceği ortaklarca bilinmesi kaydıyla, devir sözleşmesinin düzenlenmesinden önce de verilebilir⁵³. Bu durumda devir sözleşmesi, verilen izin doğrultusunda yapılırsa geçerli olur. Bunun şirkete bildirimi ise sadece pay defterine kayıt içindir. İkinci bir karar gerekmez.

Onaylama kararının taraflar arasındaki payın devri ile ilgili ilişkiyi düzeltici etkisi yoktur. Geçersiz bir devir sözleşmesine dayanan onaylama kararı sonuç doğurmaz. Hükümsüzlük taraflarca ileri sürülebileceği gibi bunlar arasındaki bir davada mahkeme de resen gözönüne alabilir⁵⁴. Ancak ortaklık ve ilgili üçüncü kişiler şerh şartlarına (TK 520/5) ilişkin eksiklikler dışındaki bir geçersizlik sebebini ileri süremez.

Acaba hakkında onama kararı verilen geçersiz işlemi taraflar yeniden geçerli bir şekilde yaparlarsa yeni bir ortaklar kararı gerekir mi? Şerhli olarak düşünülürse ortada yeni bir devir taahhüdü olduğundan yeni bir kararın gerektiği söyle-

51) Çağa hatalı olarak, şirketin bildirimden önce, kararından dönebileceğini söylemektedir. ÇAĞA, B., s. 599; Oysa ortada bir karar varken yasal bir gerekçe olmadan ortaklık başkalarını da etkileyen bu kararın sonuçlarını ortadan kaldıramaz.

52) Çağa'nın bu sonuca dürüstlük kuralı ile varması (ÇAĞA, B., s. 599), yersizdir. Payın devrini taahhüt eden ortak zaten bunun bütün gereklerini yapmak ve engel olucu davranışlardan kaçınmak borcu altına girmiştir.

53) ARSLANLI, H., 520/II/8.

54) ÇAĞA, B., s. 599.

nebilir. Ancak kanımca buna gerek yoktur. Yeni sözleşmenin konusu ve tarafları aynı olduğuna göre, böyle bir durumda ortaklığın bu devre önceden izin verdiği şekilde düşünülecek, devrin tamamlandığı kabul edilebilir.

d — Pay defterine kayıt:

Devir ortakların onayından geçtikten sonra devreden pay defterinden silinir ve devralan ortak olarak yazılır. Bu, TK 519/3 Gereğince, ortaklık yöneticilerinin görevidir. Yöneticiler bu görevlerini yerine getirmedikleri takdirde şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar. Bu sorumluluk hem devredene hem de devralana karşıdır. Zira devralanla şirket arasında henüz tamamlanmamışsa da bir hukuksal ilişki meydana gelmiştir⁵⁵.

Kayıt için talep şart değildir. Gecikme halinde devreden, devralan ve diğer ortaklar kaydın yapılmasını dava edebilirler.

Pay defterine kayıt kurucu nitelik taşır⁵⁶. Bu kayıt anından itibaren devralan şirkete ortak olur, devreden ortak sıfatını kaybeder⁵⁷. Karayalçın⁵⁸ devralanın kayıttan önce selefi aleyhine doğan borçlardan sorumlu, olamayacağını söylüyor. İlk bakışta bu görüş, muaccel olan borçların paydan bağımsızlaşacağı ve kişisel nitelik kazanacağı yolunda düşünülürse, makul görünmektedir. Oysa ortaklık devri onaylarken bu sonucu göze almalı, ona göre davranmalıdır. Bu yüzden, kanımca, paya bağlı borçlardan, daha önce doğmuş olsalar bile, devreden değil devralan sorumlu olmalıdır. Zira devirle

55) ÇAĞA, B. s. 559.

56) ARSLANLI, H. 519/II/6.

57) Arslanlıya göre: Pay defterine kayıt yapılmakla devralan temlik taahhüdünden itibaren paya sahip sayılacaktır. Zira deftere kayıtlı, yapıldığı andan başlayarak, hüküm doğurmaya başlar. Bu kendi «şarta bağlı temlik» görüşüyle tutarlı bir sonuçtur. ARSLANLI, H. 520/II/9.

58) KARAYALÇIN, Y. s. 383.

paydan doğan bütün borçları da yüklenmiştir. Devraldığı payın durumunu araştırmalı ve ona göre devir sözleşmesini yapmalıdır. Öte yandan, eğer ortaklık bir ortağı borçlarından dolayı takip etmek olanağını kaybetmek istemiyorsa, devir işlemini onaylamamak elindedir. (Kuşkusuz selef sıfatıyla sorumluluğa ilişkin hüküm —TK. md. 531— saklıdır).

Pay defterindeki kayıt tersi kanıtlanabilir bir karine yaratır. Devir dolayısıyla devralanın şirket bakımından ortaklığı pay defterine kayıtlı hüküm doğurduğuna göre, ortaklık ortaklarla olan ilişkide pay defterindeki kayıtlara güvenmek zorundadır. Pay defterindeki kayıtlar ancak ilgili ortağın muvafakatıyla ya da mahkemenin hükmüyle değiştirilebiliyorsa, kayıt varlığını sürdürdükçe şirket ve ortağı bağlamalıdır. Zira limited ortaklıkta kıymetli evrak çıkartılamadığından pay defteri iç ve dış ilişkide ortaklık sıfatını belirlemeye yarayan en önemli belgedir⁵⁹.

Şirketle ortaklar arasındaki ilişkide ortaklık sıfatı bakımından gerek şirket gerek ortaklar münhasıran pay defterine dayanabilirler. Hatta şirket kusurlu olarak bir kaydı yapmamış olsa bile pay defterindeki kayda itibar olunur. Hatta bir görüşe göre, bu kayıt durdukça ortaklığa karşı ne devreden ne de devralan aralarındaki sözleşmenin batıl olduğunu ya da iptal edildiğini öne sürebilirler⁶⁰. Kanımca buna bir istisna tanımak gerekir: Eğer diğer ortaklar taraflar arasındaki temel sözleşmenin batıl olduğunu veya iptal edildiğini bildikleri halde pay defterindeki kayda dayanarak bazı işlemler yapmışlarsa (kâr payı dağıtmak gibi) bu durumda artık bu kaydın defterin sağladığı karineden yararlanmaması gerekir. Ortakların işin aslını bildikleri halde böyle bir kayda dayanmaları dürüstlük kuralına aykırı düşecektir.

Arslanlı⁶¹, payın devrinin pay defterine kayıtlı tamam-

59) ARSLANLI, H. 520/II/7.

60) ARSLANLI, H. 519/II/6.

61) ARSLANLI, H. 520/II/5. ARSLANLI, H. Türk TK'nun Limited şirketlere dair 520. Maddesi hükümleri Batider. C. 2 s. 163 vd.

landığı ana kadar, devredenin şirketten sağladığı mali hakların BK 151. Madde gereğince devralan tarafından istenebileceğini söylemektedir. Söz konusu hüküm şarta bağlı borçlara ilişkindir ve şart gerçekleştiğinde şartın tahakkukundan önce borç konusu şey kendisine verilmiş olan alacaklıya, şartın gerçekleştiği ana kadar bundan sağladığı yararları iktisap etme hakkı tanımaktadır. Oysa payın devrinde, deftere kayıt anına kadar borç konusu (pay) alacaklıya (devralana) verilmiş (geçmiş) gibi düşünülemez. Bu yüzden, kanımca BK 151' den kıyas yoluyla dahi yararlanmak mümkün değildir. Ancak taraflar devir sözleşmesinde bu ara zamanda devredenin sağlayacağı mali hakların devralana ait olacağını kararlaştırabilir. Bu ise ortaklığa karşı hüküm ifade etmez.

4 — Devir yasakları:

a — Kanundan doğan yasak:

Yasa limited ortaklıklarda ayın karşılığı pay sahibi olanları «üç yıl» süreyle bu payı devirden yasaklamaktadır. (TK 520/3). Bu emredici bir hükümdür. Aksi esas sözleşmede dahi kararlaştırılamaz. Böyle bir durumdaki ortak, diğer bütün ortakların ittifakla onayını alsa bile, payını devredemeyecektir.

Yasağın amacı ortaklık ve ortaklık alacaklılarını korumaktır. Bu kural anonim şirketlerden esinlenerek konulmuştur (TK 404)⁶². Kanunun getirdiği üç yıllık sürenin başlangıç tarihi ortaklık esas sözleşmesinin veya sermaye arttırımı kararının tescili tarihidir⁶³.

Yasağa aykırı sözleşmeler geçersizdir. Arslanlı⁶⁴ bu sonuca TK 404 hükmüne kıyasen varıyor. Oysa bu sonuç BK

62) ÇAĞA, B. s. 596.

63) ÇEVİK, O. s. 252.

64) Arslanlı TK 404. Maddeyi yaptırım açısından kıyasen uyguladığı halde, limited ortaklıktaki bu yasağın, anonim ortaklıkta olduğu gibi, kamu yararı açısından konmadığını bu yüzden nispi nite-

19/2 anlamında, emredici kurala aykırılık nedeniyle geçersizliktir. Ayrıca kıyasa gerek yoktur⁶⁵.

Devir sözleşmesi yasağa rağmen yapılmışsa ifası olanaksız bir edim taahhüt edilmiş olur. Bu hukukî imkânsızlık şeklinde bir objektif imkansızlık olduğundan sözleşme BK 20/I dolayısıyla batıldır. Burada hüsnüniyetin rol oynaması da mümkün değildir⁶⁶.

Ancak, bu sürenin sonunda hüküm doğurmak üzere yapılan sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Görüşüme göre; taraflar arasındaki devir sözleşmesi tasarruf işlemi olmadığından, devir sözleşmesinde ifa zamanı belirtilmemiş olsa dahi işlem batıl olmayıp üç yıllık süre sonunda ifa borcu doğar. O halde kanımca, ancak sözleşmede ifa yasak süre içinde taahhüt edilmişse, butlan söz konusu olacaktır.

Ortaklar, sürenin bitiminden sonra geçerli olmak üzere, önceden devre onay kararı verebilecekleri gibi ayın sermaye koymuş ortak bu süre içinde sırf mali haklarının —eline geçtikçe— devrini taahhüt edebilir.

b — Sözleşmeden doğan devir yasakları:

Yasanın devir için aradığı koşulların hafifletilemeyeceğini buna karşılık daha ağır koşullar getirilebileceğini söylemiştik. Hatta devir hakkı tamamen bile yasaklanabilir. Payın devrinin esas sözleşme ile tamamen yasaklanmasının ortakların şirketten ayrılma hakkını kesin şekilde engelleme anla-

likte olduğunu, aykırı tasarrufların şirket veya şirket alacaklılarının haklarını ihlal ettiği ölçüde geçersiz olacağını söylemektedir: ARSLANLI, H. 520/II/10.

Oysa bu yorum yersizdir. Bir an için TK 404'ün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile, bu bütün sonuçlarıyla uygulanmasını gerektirir: ÇAĞA, B. s. 596.

65) ÇAĞA, B. s. 596.

66) ÇAĞA, B. s. 590.

67) ARSLANLI, H. 520/II/10. ÇAĞA, B. s. 596.

mı taşıdığı, kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olduğu öne sürülemez. Zira her ortağa ortaklıktan çıkma hakkı ayrıca tanınmıştır. (TK 551)⁶⁸.

Esas sözleşme ile devri zorlaştıracak her çeşit kural getirilebilir. Örneğin: karar nisaplarını ağırlaştırıcı hükümler, bir ortağın ya da ortakların bazılarının özel izni, pay senedinin teslimi şartı, şufa ve iştirâ hakları gibi.

Sözleşmeyle tanınan şufa ve iştirâ hakları imtiyaz oluşturlar ve sahiplerinin izni olmadan kaldırılamazlar⁶⁹.

Devri ağırlaştırıcı şartlar sadece belli bazı paylar için de konulabilir. (Örneğin mirasçılara intikal edecek paylar hakkında özel hüküm konmuş olabilir)⁷⁰.

Payın bölünmesi de devri gibi esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir ya da kaldırılabilir. Yalnızca bölmenin yasaklandığı durumlarda, ortak payını ancak bütünüyle devredecek ve ortaklıktan çıkacaktır.

Bütün bu ağırlaştırılmış durumlarda esas sözleşme hükümlerine uyulmayarak onay kararı verilmiş ve devir gerçekleştirilmişse bu kararın TK 536/4 anlamında iptali mümkündür. Öte yandan bu şartları bilmeyen üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz⁷¹. Ancak esas sözleşmedeki yasaklar taraflar arasındaki devir sözleşmesini batıl kılmaz, yalnızca ifayı olanaksızlaştırır.

Devri ağırlaştıran koşullar esas sözleşmeye konulunca, devredecek ortak bakımından da müktesep hak oluşturur ve kararlar daha ağır koşullara bağlanamaz⁷².

68) ÇEVİK, O. s. 253. ARSLANLI, H. 520/II/10, 11.

69) ARSLANLI, H. 520/II/10, 11.

70) ÇEVİK, O. s. 253.

71) ARSLANLI, H. 520/II/10, 11.

72) ARSLANLI, H. 520/II/10, 11.

5 — Devrin sonuçları:

Devir işleminin yasanın öngördüğü şekilde tamamlanması üzerine devreden ortaklık sıfatını kaybeder ve devralan onun yerine şirketle ortaklık ilişkisine girer. Diğer bir deyişle, devralan bütün hukuki sonuçlarıyla devredenın bıraktığı payın başına geçer. Devredenın şahsından doğan hak ve borçlar hariç, pay sahibi olması dolayısıyla sahip olduğu bütün hakları iktisap eder ve bütün borçları yüklenir.

Bir görüşe göre, devredenın devirden önce muaccel olan borçlarından devralan sorumlu olmamalıdır⁷³. Bu görüşe katılmadığımı daha önce açıklamıştım^{73a}. Ortaklık artık eski ortaktan bu alacağını isteyememeli, bu talebi yeni ortağa yöneltmelidir. Bu durumda, devralan, aralarındaki sözleşme ilişkisini ihlâl teşkil ediyorsa buna dayanarak, ortaklığa ödemek zorunda kaldığı borcu talep edebilir.

Devralan devredenın payının gerçek durumunu bilmediğini öne sürerek şirkete karşı yüklendiği borçlardan kurtulamaz. Ancak aralarındaki sözleşmenin batıl olduğunu ispat eder ya da bu sözleşmeyi iptal ederse (BK 24) temel hukuksal işlem çökmüş olacağından şirketle olan ortaklık ilişkisinden, adını pay defterinden sildirerek, çıkabilir.

6 — Devrin esas sözleşmeye etkisi:

Limited ortaklıkta payın devrinin esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirip gerektirmeyeceği öğretide çok tartışılan bir konudur. Uygulamada limited ortaklıklar payın devri halinde genellikle esas sözleşmelerini de değiştirmektedirler⁷⁴. Bazı hukukçular buna yasal bir zorunluluk olmadığını söylemektedirler. Yargıtay ise çelişik kararlar vermiştir⁷⁵.

Payın devrinin sözleşme değişikliği gerektirmeyeceğini söyleyenlerin⁷⁶ gerekçeleri şöyledir:

73) KARAYALÇIN, Y., s. 383.

73a) Bak dip not 58'e ilişkin metin ve devamı.

74) ÇEVİK, O. s. 244.

75) YTD 6.2.1962 E: 3199 K: 512, YTD 13.2.1950 E: 441 K: 708.

a) Yasa bu durumun sözleşme değişikliğini gerektirdiğinden bahsetmediği gibi, limited şirketin düzenlemesi aksi sonucu doğrulamaktadır. Zira pay defterine kurucu nitelik tanıyan TK 519 ve 520. madde hükümlerinin bir anlamı olması gerekir. Ayrıca, ortaklar arasındaki değişiklikler esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektiriyorsa bu değişiklik tescil ve ilana bağlı olduğundan (TK 515) devrin ortaklığa bildirilmesine gerek kalmaz. Her yıl verilen listelerin de varlık gerekçesi kalmaz. Çünkü sözleşmenin tescil ve ilanı ile herkes çok daha güzel korunmuş olur⁷⁷.

b) Bunların yanı sıra, TK 506. Maddenin ortak adlarını esas sözleşmeye yazılması zorunlu kayıtlardan saymamış olması da bir delil sayılabilir⁷⁸. Gerçi kurucu ortakların adları bulunmalıdır ancak TK 513. madde hükmü ile TK 506. Madde birlikte düşünüldüğünde yasanın bunlarda daha sonra olan değişiklikleri sözleşmeyi değiştirme nedeni niteliğinde görmediği sonucuna varılabilir⁷⁹.

c) Bu görüşün ortaklık alacaklılarının korunmasını zorlaştırıcı olduğu da söylenemez. Payı devralan kalan sermaye borcunu ödemezse üçüncü kişilerin devre karşı çıkarları seleflerin ikinci derecede sorumluluğu (TK 531) ile yeterince korunmuştur.

d) Anonim ortaklıklarda da pay sahibinin değişmesi esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirmez. Pay senedinin usulüne uygun olarak devri yeterlidir. Limited ortaklıkta pay

76) DOĞANAY, İ. s. 1059 ARSLANLI, H. 520/II/8 KARAYALÇIN, Y. s. 350. ÇAĞA, B., s. 714; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU. s. 766, 767 (Yazarlar eserin önceki bir basısında (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU., Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası İstanbul 1976, C. 2, s. 263), «... Sorun için, genel bir çözüme götürücü kurallar önerilemez. Her olayın incelenip, özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir» derken; sonradan görüş değiştirip, hiç bir zaman esas sözleşme değişikliği gerekmeceğini kabul etmişlerdir.

77) ARSLANLI, H., 520/II/8.

78) KARAYALÇIN, Y., s. 350; ÇAĞA, H., s. 714.

79) ARSLANLI, H., 520/II/8.

senedi görevini pay defteri gördüğüne göre, burada da pay defterine kaydın dışında bir değişiklik gerekmeyeceğini kabul etmelidir⁸⁰. Anonim ortaklıklarda bile bu bakımdan kabul edilmeyen kamu yararı limited ortaklıkta hiç sözkonusu olmaz⁸¹.

c) Bir an için devirde sözleşme değişikliği zorunlu kabul edilirse, bu bütün sonuçlarıyla kabulünü gerektireceğinden, TK 515. Madde'ye göre sözleşmenin değiştirilmesi hakkındaki kararlar üçüncü kişiler hakkında ancak tescille hüküm doğuracağından devir de tescil tarihinden başlayarak hüküm doğuracak ve TK 520. Madde'deki pay defterinin kurucu niteliği etkisiz kalacaktır. Ayrıca, TK 513. Madde sözleşme değişiklikleri için özel nisaplar getirdiğinden TK 520 deki nisapların nasıl uygulanacağı tartışmalar doğuracaktır⁸².

Yargıtay da bir kararında, devrin gerçekleşmesi için ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesine gerek yoktur demiştir⁸³. Bu kararda kanunda aksine hüküm olmadığından bahsedilmekte ve devir için gereken özel koşulların (TK 520) gerçekleşmesinin yeterli olduğu söylenmektedir.

80) ÇAĞA, B. s. 601.

81) ARSLANLI, H. 520/II/8.

82) ARSLANLI, H. 520/II/8, 9, 10.

83) Kararda şöyle denmektedir: «... İtiraz konusu pay devrine taalluk etmektedir. TK'nun diğer maddelerinde de pay devredildiği takdirde mukavelenin değiştirileceğine dair hususi bir hüküm mevcut değildir. Ticaret Kanunu'nun diğer hükümlerinin mutaa-lası halinde de buna lüzum olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Nitekim miras yoluyla bir pay iktisap edilebileceği gibi, haczen bir pay satılabilir ve bu halde dahi infisahın önüne geçilmesi hallerini kanun irae etmiştir. Daha ileri gidilerek bir payın bölünmesi imkânı da sağlanmıştır. 521 - 527. Maddeler ile bu haklar ayrı ayrı hükümlere bağlanmıştır. Şu halde mukavelede ismi olmayan bir kimse cebri icra veya miras yolu ile iktisap ettiği paylardan dolayı kanuni haklarını kullanacağından, bu gibi hallerde de ortaklar kurulu tarafından alınacak kararların tescilinde mukavele değiştirmek icabedecektir. Bu ise kanunun gayesine aykırı düşer»: YTD 6.2.1962 E: 3199 K: 512 (DOMANIÇ - ÇAMOĞLU. s. 309)

Bazı hukukçular ise payın devrinin esas sözleşme değişikliğini gerektireceği görüşündedir⁸⁴. Bunların gerekçeleri de şöyledir:

a) Limited ortaklığın iç ilişkideki şahıs şirketi niteliği gereği, bir ortağın değişmesi üzerine sözleşmede yeni ortağın kim olduğunun belirtilmesi gerekir. TK 506. madde ortakların adının esas sözleşmeye yazılmasından bahsetmemişse de, her ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarının yazılmasını şart kılmıştır. (TK 506/3)⁸⁵.

b) Aksi görüş tarafından, anonim ortaklıklara yapılan benzetme de yerinde değildir. Zira bu ortaklıklarda pay devrinin sözleşme değişikliğini gerektirmemesi çıkarılan pay senetlerinin dolaşımını engellemek içindir. Aksi halde anonim ortaklıkların çıkardığı pay senetleri kıymetli evrak niteliğini kaybederdi. Oysa limited ortaklıkta pay kişiye bağlı olduğundan bu sakınca söz konusu değildir. Şu halde pay sahibinin değişmesi esas sözleşme değişikliğini zorunlu kılmalıdır. Limited ortaklıkta payı temsil eden senede kıymetli evrak niteliği tanınmamış olması bir kanıt olabilir⁸⁶.

Yargıtayın diğer bir kararı devrin sözleşme değişikliğini zorunlu kıldığı doğrultusundadır⁸⁷. Bu kararında Yargıtay, esas sözleşme değişikliği tescil edilmedikçe devrin tamamlanamayacağını söylemiştir.

İsviçre Hukuku'nda ise, ara bir çözüm benimsenmektedir^{87a}. Buna göre: Kural olarak payın devri esas sözleşme

84) BİRKAŞ, H. Ticaret şirketleri ve tatbikat. İstanbul 1966. s. 118.; İNAN, Y.Z. Limited Şirketler. İstanbul 1969 s. 34; ÇEVİK, O. s. 245.

85) ÇEVİK, O. s. 245.

86) ÇEVİK, O. s. 246.

87) Kararda şöyle denmektedir: «... Limited şirketlerde bir şerikin hissesini devir etmesi Ticaret Bakanlığınca tescil edilmesi ile tekemmül eder.» YTD 13.2.1950 E: 441 K: 708 (ÇEVİK, O. s. 247).

87a) JANGGEN/BECKER., Art. 791, N. 12; STEİGER, W., Art. 791, N. 19, 20.

değişikliğini gerektirmemekle birlikte, iki özel durumda devir üzerine esas sözleşme değişmelidir: Birincisi; OR 776 (TK m. 506) hükmü sermaye koymayı taahhüt edenlerin sözleşmeye adlarının yazılması koşulunu getirmemiş olmasına rağmen, eğer isim yazılmışsa artık bu payın devri esas sözleşmenin de değişmesini gerektirir. İkincisi ise; paylara ilişkin sermaye miktarında (payın sermayeye oranında) değişiklik olması hâlidir. Payın kısmen veya tamamen bir başka ortağa devredilmesi veya kısmen üçüncü bir kişiye devredilmesi halleri böyledir. Buna karşılık, payın bütünüyle üçüncü kişiye devredilmesinde, şahıs değişikliği dışında pay oranında hiç bir değişiklik olmayacağından, bu durumda esas sözleşme değişikliği gerekmecektir.

İsviçre'de çok tutulan bu görüş, ülkemizde ilgi görmemiştir^{87b}.

Kanımca da, limited ortaklıkta ortaklar arası ilişkilerde şahıs şirketi özellikleri esas alınmıştır, bu bakımdan her ortağın kişiliğinin belirgin olması gerektiği doğrudur. Ancak bundan, her ortağın adının esas sözleşmede mutlaka yazılı olması koşulu çıkartılmamalıdır. Zira esas sözleşmenin aydınlatıcı işlevi daha çok üçüncü kişiler içindir. Yasa ise iç ilişkinin tam tersine dış ilişkide sermaye şirketi özelliklerini asıl kabul etmiştir.

Ayrıca, devrin bir sözleşme değişikliğini gerektireceğini kabul etmekle korunacak bir çıkar yoktur. Aksine, gereksiz yere devir işlemleri uzatılmış, formaliteler yaratılmış ve yeni hukuksal sorunlara neden olunmuş olur.

87b) Özellikle pay devrinin esas sözleşme değişikliği gerektirmediği görüşünü savunanlar, İsviçre Hukukundaki baskın görüşün OR Art. 772 - 827 hükümlerinde düzenlenen limited ortaklığın bizimkinden daha fazla kollektif ortaklık özelliğine sahip olmasından kaynaklandığını, bu yüzden aynı çözümün Türk Hukuku'nda benimsenmesinin yerinde olmayacağını belirtmektedirler: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU,, s. 766, 767.

O halde, yasada da açık bir hüküm olmadığına göre, TK 520'nin devir için getirdiği özel koşulları yeterli saymak ve bunun dışında, sözleşme değişikliği gibi, başkaca işlemlere gerek olmadığını kabul etmek en doğru çözümdür. Nitekim Ticaret Bakanlığının son uygulaması da bu yöndedir⁸⁸.

88) bak. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU., s. 767.