T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ANONİM ORTAKLIKTA AYNİ SERMAYE

Hazırlayan

Mustafa Halil Çonkar

2502080209

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

İstanbul 2015

T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
1982 ENSTİTÜSÜ

DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : **MUSTAFA HALİL ÇONKAR** Numarası : **2502080209**

Anabilim/Bilim Dalı : **ÖZEL HUKUK** Danışman : **PROF.DR.ABUZER KENDİGELEN**

Tez Savunma Tarihi : **10.03.2015** Tez Savunma Saati : **15:30**

Tez Başlığı : **ANONİM ORTAKLIKTA AYNİ SERMAYE**

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / O~~YÇOKLUĞUYL~~A karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.MEHMET HELVACI		Kabul
2. PROF.DR.ABUZER KENDİGELEN	A. Kendigelen	Kabul
3. PROF.DR.ARSLAN KAYA		Kabul
4. PROF.DR.HALİL AKKANAT		Kabul
5.PROF.DR.MEHMET BAHTİYAR		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.ŞÜKRÜ YILDIZ		
2. DOÇ.DR.FÜSUN NOMER ERTAN		

ÖZ

ANONİM ORTAKLIKTA AYNİ SERMAYE

Mustafa Halil Çonkar

"Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye" başlıklı tezimizde anonim ortaklıklarda anonim ortaklığa nakit dışı değerlerin sermaye olarak kazandırılması konusu çeşitli cepheleriyle inceleme konusu yapılmıştır.

Birinci bölümde anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konabilecek varlıklara ilişkin kanunun öngördüğü temel nitelikler üzerinde durulmuş, ikinci bölümde ise ayrı başlıklar altında çeşitli nakit dışı değerlerin ayni sermaye yeterliliği incelenmiştir. Üçüncü bölüm ayni sermaye taahhüdü haline özgü olarak öngörülen kuralların, bu çerçevede esas sözleşmeye yapılacak kaydın, önleyici tedbirlerin ve kurucular beyanının detayları üzerinde durmaktadır. Dördüncü bölüm ayni sermaye borcunun ifa aşamasına ilişkindir ve bu aşamaya özgü olarak öngörülen düzenlemelerin incelenmesine ayrılmıştır. Beşinci ve son bölümde ise ayni sermaye borcunun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi hallerinde uygulanacak hukuki rejim tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayni Sermaye**,** Ticaret Hukuku**,** Şirketler Hukuku**,** Esas Sermaye**,** Sermaye Borcunun İfası

ABSTRACT

CONTRIBUTIONS IN KIND IN JOINT STOCK COMPANIES

Mustafa Halil Çonkar

In our thesis which is named "Contributions in Kind in Joint Stock Companies", the problem of bringing in goods other than cash to joint stock companies as capital is dealt with.

In the first chapter of the study, fundemantal qualities of contributions in kind, which are formulated by the Turkish Commercial Code are dealt with, whereas in the second chapter various goods are studied according to their ability to be brought in as share capital. Third chapter is concerned with the rules governing the regime of undertaking the obligation of contributing in kind. Fourth chapter focuses on fulfillment of this particular obligation and is committed to the examination of related rules. In the five and last chapter of the thesis, legal regime which is to be applied in case of non-fulfillment or poor-fulfillment of the obligation of contributing in kind.

Keywords: Contribution in Kind, Commercial Law**,** Company Law**,** Legal Capital**,** Fulfillment of Capital Contribution

ÖNSÖZ

"Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye" başlıklı tezimizde, anonim ortaklıklarda "olağan durum" olarak kabul edilebilecek nakdi sermaye taahhüdünün yanı sıra, kanun koyucunun özel bir prosedüre ve daha sıkı bir rejime riayet şartıyla izin verdiği sermayenin nakit dışı değerlerle taahhüt ve ifa edilmesi meselesi, özellikle 2012 tarihli yeni Türk Ticaret Kanunu'nun konu ile ilgili olarak getirdiği yeni ve bir ölçüde Türk hukukuna özgü düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir. Genel olarak ayni sermaye yeterliliği şartları üzerinde durulduktan sonra, müstakil başlıklar altında çeşitli nakit dışı kıymetlerin ayni sermaye yeterliliği ayrıntılı olarak incelenmiş, üçüncü ve dördüncü bölümlerde ayni sermaye borcunun taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrı ayrı ele alınmış, son olarak ifa engelleri bahis konusu yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **iii**
ABSTRACT ..... **iv**
ÖNSÖZ ..... **v**
KISALTMA CETVELİ ..... **xv**
GİRİŞ **1**
BİRİNCİ BÖLÜM **5**
ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE AYNİ SERMAYE **5**
I. ESAS SERMAYE SİSTEMİ 5
A. Esas Sermaye Sistemini Doğuran Sebepler-Sistemin Temel Amacı 5
B. Sistemin Ortaya Konması 9
C. Sistemin Destek Elemanı: Asgari Sermaye Zorunluluğu 10
D. Asgari Sermaye ile Desteklenmiş Esas Sermaye Sisteminin Fonksiyonları 12
1. Teminat Fonksiyonu 12
a. Genel Olarak 12
b. Esas Sermayenin Alacaklıları Koruyucu Etkisine İlişkin Yanlış Anlamalar: 13
c. Kum Torbası Etkisi 15
d. Sermayenin İadesini Önleyici Etki 16
2. Tehlike Çanı Fonksiyonu 17
3. İşletme Sermayesi Fonksiyonu 18
4.Kredi Yeterliliği/Kredibilite Sağlama Fonksiyonu 19
5. Kurucuları İtidalli Davranmaya Teşvik Etmesi 20
6. Ciddiyet Eşiği Oluşturması 21
7. İşlem Masraflarının Önlenmesi 21
II. AYNİ SERMAYE ÖZELİNDE ESAS SERMAYE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 22
A. Esas Sermaye Sistemi ve Ayni Sermaye Meselesi ile İlgisi 22
B. Sermayenin Tedarikine Yönelik Hükümlerin Etkinliğinin Değerlendirilmesi 23
C. Esere Hâkim Olan Yaklaşımın Ortaya Konması 26
İKİNCİ BÖLÜM **30**
AYNİ SERMAYE KAVRAMI VE AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER **30**
I. AYNİ SERMAYE KAVRAMI VE İÇERİĞİ 30
II. ETK DÖNEMİNDE TÜRK HUKUKUNDAKI DURUM 35
III. AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER 36

A. TK'nın Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümleri 36
B. Anonim Ortaklığa İlişkin Özel Hükümler 38
1. Genel Olarak 38
2. Bir Malvarlığı Değeri Teşkil Etme: 40
a. Hükmün Lafzı Bakımından: 42
b. Hükmün Gözettiği Amaç Bakımından: 45
3. Nakden Değerlenebilme: 49
a. Nakden Değerlendirilebilme-Bilançolaştırılabilme/ Aktifleştirilebilme İlişkisi 51
b. Nakden Değerlendirilebilmenin Ölçüsü: 64
4. Devrolunabilirlik 65
a. Ortaklığa Devredilebilme: 67
b. Yeniden Devredilebilirlik/Haczedilebilirlik: 68
5. Üzerinde Sınırlı Ayni Hak, Haciz veya Tedbir Bulunmamak: 77
a. Sınırlı Ayni Haklar: 80
b. Haciz: 88
c. Tedbir: 92
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 98
ÇEŞİTLİ KIYMETLERİN AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİ KRİTERLERİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ 98
I. EŞYA ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI 98
II. SINIRLI AYNİ HAKLAR 101
A. İrtifak Hakları 101
B. Rehin Hakkı 105
1. Taşınır Rehni 105
2. Taşınmaz Rehni 106
III. SINAİ HAKLAR 109
A. Pay Sahibinin Sahip Olduğu Bir Sınai Hakkı Ortaklığa Devretmesi 109
B. Pay Sahibinin Sahip Olduğu Bir Sınai Hak Üzerinde Ortaklık Lehine Kullanım Hakkı/Lisans Tesis Etmesi 112
C. Pay Sahibinin Bir Sınai Hak Üzerinde Sahip Olduğu Lisans Hakkını Ortaklığa Devretmesi 120
IV. ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLAR 121
A. Genel Olarak 121
B. Mali Hakların Devri 122
C. Mali Haklar Üzerinde Ruhsat Tanınması 124
D. Bağlantılı Haklar 127
V. ORTAKLIK PAYLARI 130
A. Genel Olarak 130

B. Sermaye Şirketlerine Ait Paylar 132
C. İlmühaberler 136
VI. ALACAK HAKLARI 138
A. Genel Olarak 138
B. Vadesi Gelmemiş Alacakların Ayni Sermaye Yeterliliğinin Engellenmesi 139
C. Para Alacağının Ayni Sermaye Niteliğinde Olması 146
D. Sermaye Taahhüdüne Konu Olan Alacağın Borçlusu Bakımından Değerlendirilmesi 147
1. Alacağın Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması 147
2. Alacağın Borçlusunun Ortaklık Olması: 149
a. Genel Olarak: 149
b. Sermaye Taahhüdünün Türü: Ayni Sermaye mi Nakdi Sermaye mi?: 151
(1) Doktrinde ve Mevzuattaki Durum: 151
(2) Olması Gereken Hukuk Bakımından Görüşümüz: 154
3. Alacağın Borçlusunun Bizzat Pay Sahibi Olması: 162
E. Sermaye Konusu Alacağın İçerdiği Edim Yükümü Bakımından Değerlendirilmesi 168
VII. NİSPİ NİTELİKTEKİ KULLANMA HAKLARI: 173
A. Hukuki Niteliği ve Konunun Ayrı Bir Başlık Altında Ele Alınmasını Gerektiren Sebepler 173
B. Ayni Sermaye Yeterliliği Şartları Bakımından Genel Değerlendirme 175
C. Kullandırma Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması 176
D. Kullandırma Borçlusunun Aynı Zamanda Pay Sahibi Olması 178
1. Pay Sahibinden Kaynaklanan Riskler 181
a. Kullanım Hakkının Belirsiz Süreli Olması 181
b. Kullanım Hakkını Ortaklığa Getiren Pay Sahibinin Payını Devretmesi 184
c. Pay Sahibinin Kullanım Hakkını Tek Taraflı Beyanı ile Sona Erdirmesi (Fesih) 187
2. Dışarıdan Kaynaklanan Riskler: 191
a. Pay Sahibinin Kullanım Konusu Eşyayı Devrettiği Yeni Malik: 191
(1) Eşya Hukuku Bakımından: 191
(2) Ortaklıklar Hukuku Bakımından: 200
b. Pay Sahibinin Şahsi Alacaklıları: 202
c. Pay Sahibinin Mirasçıları 204
VIII. KNOW-HOW 205
IX. TİCARİ İŞLETME 210
X. KİŞİSEL EMEK VE HİZMET EDİMLERİ 215
A. eTK Döneminde İleri Sürülen Gerekçelerin Değerlendirilmesi 218
B. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum 223
C. Kanaatimiz 226

D. Pozitif Hukuktaki Durum 233
XI. TİCARİ İTİBAR 237
XII. GOOD-WILL 241
XIII. MÜŞTERİ ÇEVRESİ 246
XIV. TİCARET UNVANI 252
XV. KIYMETLİ EVRAK 254
A. Alacak Senetleri/Para Senetleri 256
B. Emtiayı Temsil Eden Senetler 262
C. Ortaklığa Katılma Hakkı Veren Kıymetli Evrak ve Özellikle İntifa Senetleri 269
XVI. MENKUL KIYMETLER 272
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 280
AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜ 280
I. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ 280
II. DEĞERLEME 284
A. Genel Olarak 284
B. Değer Kavramı ve Anonim Ortaklık Sermayesi Bakımından Değer 286
C. Değerleme Prosedürünün Başlatılması 288
1. Değerleme Prosedürünü Başlatacak Merci 288
2. Değerleme Prosedürünün Başlatılması Talebinde Bulunabilecek Kimseler 291
D. Değerleme Raporunun İçeriği 293
E. Rapora İtiraz ve Raporun Kesinleşmesi 296
1. Genel Olarak 296
2. Onaya Tabi Olan Hallerin Tespiti 297
3. İtirazda Bulunabilecek Kimseler 299
4. İtirazın Süresi 300
5. Mahkemenin "Onay"ı ve Etkisi 303
F. Bilirkişinin Belirlediği Değerin Bağlayıcılığı Sorunu ve Özellikle Düşük Değerleme 305
G. Esas Sözleşmede veya Bilirkişi Raporunda Aşırı Değerleme 315
H. Değerleme Zorunluluğunun İstisnaları Konusunda AB Hukukundaki Gelişmeler ve TK Üzerindeki Etkileri 319
III. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN ESAS SÖZLEŞMEYE KAYDI 322
A. Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hüküm: TK m. 128/1 ve 3 322
B. Anonim Ortaklıklara İlişkin Özel Düzenleme: TK m. 339/2-e 327
1. TK m. 339/2-e ile TK m. 128/1 Arasındaki İlişki 327
2. Ayni Sermaye Taahhüdü Halinde Esas Sözleşmeye Yazılması Gereken Bilgiler 328
a. Genel Olarak 328

b. Ayni Sermaye Anlaşmasının Konusu 332
c. Ayni Sermayeye Biçilen Değer 335
d. Ayınlara Karşılık Verilecek Payların Miktarı 337
3. Esas Sözleşmede Yer Alması Gereken Kayıtların Eksik Olmasının Sonuçları: 338
a. Hükme Aykırılığın Tescil Engeli Teşkil Etmesi 338
b. Kaydın Eksikliğinin Esas Sözleşmenin ve Ortaklığın Geçerliliğine Etkisi 339
c. Kaydın Eksikliğinin İştirak Taahhüdü ve Ayni Sermaye Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi 340
(1) Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum 340
(2) Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme 343
i. İştirak Taahhütlerinin Geçerliliği 343
ii. Ayni Sermaye Anlaşmasının Geçerliliği 344
(a) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Kamuyu Aydınlatma İlkesi Bakımından Doğuracağı Sonuçların Değerlendirilmesi 344
(b) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Sermayenin Tedariki/Teşkili İlkesi Bakımından Doğuracağı Sonuçların Değerlendirilmesi 348
(c) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Doğuracağı Sonucun Hükümsüzlük Teorisi Bakımından İncelenmesi 348
(d) Ortaklığın Menfaati Bakımından 351
iii. Aykırılığın Sonradan Giderilmesi 352
IV. ORTAKLIĞIN AYNİ DEĞERLER ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUF EDEBİLMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK TAMAMLAYICI İŞLEMLER: ŞERH, KAYIT VE TEVDİ 353
A. Normatif Köken 354
B. Öngörülen Tedbirler 357
1. Tarihsel Gelişim 357
2. Taşınmazlar Bakımından Şerh Yükümlülüğü 358
a. Şerh Talebinde Bulunabilecekler 358
(1) TK m. 128/2'deki Eksiklik 358
(2) Tescile İlişkin Genel Düzenlemeler Çerçevesinde Başvurulabilecek İmkânlar 359
b. Şerhin Gerekli Olduğu Haller 363
3. Taşınırlar Bakımından Tevdi 364
4. Kendi Özel Sicilleri Bulunan Haklar ve Değerler İçin Özel Sicile Kayıt 370
C. Tamamlayıcı Tedbirlerin Hukuki Etkileri 374
1. Ortaklığın Sonraki Tasarruflar Karşısında Korunması 374
a. Genel Olarak 374
b. Taşınmazlar Bakımından 376
(1) Şerh mi Beyan mı? 376
(2) Şerhin Türü 381

c. Kendi Özel Sicilleri Bulunan Fikri Mülkiyet Hakları ve Diğer Değerler Bakımından 383
d. Taşınırlar Bakımından 385
e. TK m. 128/2'deki Tedbirler Karşısında TK m. 128/8'in Durumu 387
2. Tedbirlerin Alınmamasının Şirketin Tesciline Engel Olması 388
3. Alınacak Tedbirlerin Ayni Sermaye Taahhüdünün Geçerliliği Şartı Olması 389
V. KURUCULAR BEYANI 392
A. Genel Olarak 392
B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum 393
C. Hükmün Amacı 396
D. Ayni Sermaye Taahhüdü Özelinde Kurucular Beyanının İçeriği 397
1. Taahhüt Edilen Ayın İçin Verilecek Karşılığın Uygunluğu 397
2. Taahhüt Edilen Aynın Şirket İçin Gerekli ve Yararlı Olması 401
E. Kurucular Beyanının Eksik veya Hatalı Olması 401
BEŞİNCİ BÖLÜM 403
AYNİ SERMAYE BORCUNUN İFASI 403
I. GİRİŞ 403
II. AYNİ SERMAYE BORCUNUN MUACCELİYET VE İFA ZAMANI KONUSUNDA TK'DAKİ SİSTEME GENEL BAKIŞ 404
III. AYNİ SERMAYE BORCU BAKIMINDAN İFA KAVRAMI 413
IV. TAŞINMAZLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET VEYA DİĞER AYNİ HAKLAR 415
A. TK'nın Konuyu Düzenleyiş Biçimi ve Doktrinde Ortaya Çıkan Yaklaşımlar 415
B. TK m. 128/5 Hükmünün Yorumlanması 417
1. Tescilsiz İktisap Görüşünün Hukuk Teorisi Bakımından Ortaya Koyduğu Açmazlar 417
2. Genel Olarak Tescilsiz İktisap Halleri Karşısında Ayni Sermaye Taahhüdünün Durumu 420
a. Lafız Bakımından 420
b. Tescilsiz İktisap Hallerinin Genel Karakteri Bakımından 422
3. Sermayenin Teşekkülü/Tedariki İlkesi Bakımından 423
4. Tescilsiz İktisabın İstisnai Niteliği 425
C. Tasarrufi Muamelelere İlişkin Öngörülen Özel Usul (TK m. 128/6) 425
1. Tapu Sicilinde Tescil Talebinde Bulunmaya Yetkili Kimseler 425
2. Tapu Siciline Yapılacak Bildirimin Zamanı 427
3. Tapu Sicilindeki Kaydın Ortaklık Lehine Tadili 428
a. Genel Olarak 428
b. SAİT m. 6/1, c. 1 ile Getirilen Düzenleme: 428
c. SAİT m. 6/1, c. 2 ile İhdas Edilen "Şerh": 432
V. TAŞINIRLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKI 434

A. Mülkiyetin İktisabı Anına İlişkin eTK Dönemindeki Tartışma 434
B. TK m. 128/4 Bakımından Değerlendirme 435
C. Mülkiyetin Geçiş Anı ile Sermaye Borcunun İfa Anının Birbirinden Ayrılması 437
D. Şirketin Tescili ile Birlikte Zilyedliğin ve Mülkiyetin İktisap Edilmesinin Pratik Sonuçları 440
VI. SINAİ HAKLAR 443
A. Devir Halinde 443
1. Genel Olarak Sınai Haklar Bakımından 443
2. Ortak Marka ve Garanti Markası Bakımından 448
B. Lisans Halinde 449
VII. ÖZEL SİCİLLERİ BULUNAN DİĞER KIYMETLER 450
A. Genel Olarak 450
B. Motorlu Kara Taşıtları 450
C. Gemiler 451
D. Türk Sivil Hava Araçları 453
E. Maden Ruhsatı ve Buluculuk Hakkı 454
VIII. ALACAK HAKLARI 455
A. TK'nın Düzenleme Tarzına Genel Bir Bakış 455
B. Sermaye Olarak Taahhüt Edilen Alacak Haklarının İntikali-Teorik Yapı 455
C. TK m. 130 ile Sağlanan Koruma Sistemi ve Hukuki Niteliği 457
1. TK m. 130'daki Düzenlemenin Hukuki Niteliği/Garanti Sorumluluğu Görüşünün Reddi 457
2. Pay Sahibinin Devam Eden Sermaye Borcunun Niteliği-Ayni Sermaye Borcunun Nakdi Sermaye Borcuna Dönüşmesi 462
3. Bir Aylık Sürenin Anlamı, Niteliği ve Fonksiyonları 465
a. Bir Aylık Sürenin Başlangıç Anı 465
b. Bir Aylık Sürenin Mutlak Niteliği: 466
c. Bir Aylık Sürenin Fonksiyonları 467
4. "Her Ne Sebeple Olursa Olsun Tahsil Edilememe" Şartı 470
a. Genel Olarak 470
b. eTK Döneminde Doktrinde Ortaya Konan Görüşler 470
c. Görüşümüz 472
(1) Ortaklıktan Kaynaklanan Sebeplerle Tahsilin Gerçekleşmemesi 474
(2) Diğer Haller 479
5. TK m. 130 Çerçevesinde Pay Sahibinin Sorumluluğunun Kapsamı 481
a. Alacağın Esas Sözleşmede Belirtilen Değeri 481
b. Temerrüt Faizi 483
c. Gecikme Tazminatı 484

d. Cezai Şart 485
e. Iskat 486
6. Sermaye Borcunun Alacağı Temlik Eden Pay Sahibi Tarafından Ödenmesi Halinde Alacak Hakkının Akıbeti 486
IX. TİCARİ İŞLETME 487
A. Ticari İşletmenin Devrine İlişkin Sözleşmenin Niteliği ve Devrin Tesciline Tanınan Fonksiyon 487
B. Ticari İşletmenin Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi Halinin Arzettiği Özellikler 489
ALTINCI BÖLÜM 493
AYNİ SERMAYE BORCUNUN İFA EDİLMEMESİ-KÖTÜ İFA 493
I. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN DOGMATİK YAPISI 493
II. İRADE SAKATLIĞI HALLERİ 496
A. Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce 497
B. Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Sonra 498
1. İştirak Taahhüdü Bakımından 498
2. Ayni Sermaye Sözleşmesi Bakımından 502
III. İMKÂNSIZLIK 506
A. Genel Olarak 506
B. Doktrindeki Görüşler ve Benimsediğimiz Görüş 507
C. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlık 509
D. İfa İmkânsızlığı 511
1. İmkânsızlıktan Pay Sahibinin Sorumlu Olmaması 512
2. İmkânsızlıktan Pay Sahibinin Sorumlu Olması 513
3. İmkânsızlıktan Bizzat Ortaklığın Sorumlu Olması 513
IV. TEMERRÜT 518
A. Ayni Sermaye Borcunda Temerrüdün Mümkün Olup Olmadığı 518
B. Ayni Sermaye Borcunda Muacceliyet ve Temerrüt Anı 519
C. Ayni Sermaye Borcunda Temerrüdün Sonuçları ve Özellikle Iskat 522
V. AYIPLI İFA 527
A. Genel Olarak 527
B. Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi 528
C. Ortaklığın Sahip Olduğu İmkânlar-Sorumluluk Sistemi 532
1. Şirketin Tescilinden Önce 533
2. Şirketin Tescilinden Sonra 537
VI. ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL 542
YEDİNCİ BÖLÜM 544
AYNİ SERMAYEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI 544

I. GİRİŞ 544
II. ESAS SERMAYE ARTIRIMI 545
III. YENİDEN YAPILANDIRMA HALLERİ 547
A. Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme 547
B. İşletmenin Ticaret Şirketiyle Birleşmesi veya Ticaret Şirketine Dönüşmesi (TK m. 194) 550
1. Genel Olarak 550
2. Hükmün Yerindelik Bakımından Değerlendirilmesi 551
3. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Pay Karşılığında Getirilmesi Halinde Uygulanması Gereken Rejimin Tespiti 556
IV. SERMAYE KALEMİ OLARAK AYNİ DEĞERLERİN GETİRİLEMEYECEĞİ ANONİM ORTAKLIKLAR 562
SONUÇ 564
KAYNAKÇA 572
ÖZGEÇMİŞ 607

KISALTMA CETVELİ

2. Yönerge	:	77/91/AET sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi
4. Yönerge	:	78/660/AET sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi
a.e.	:	aynı eser
a.g.e.	:	adı geçen eser
a.g.m.	:	adı geçen makale
AG	:	Die Aktiengesellschaft
AktG	:	Aktiengesetz
ARUG	:	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
b.	:	bend
Bakanlık	:	Gümrük ve Ticaret Bakanlığı
Batider	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	:	Der Betriebs Berater
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	:	Bundesgerichtshof
BK	:	6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
c.	:	cümle
çev.	:	çeviren
DB	:	Der Betrieb
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	dipnot
DStR	:	Deutsches Steuerrecht

DStR	:	Deutsches Steuerrecht
eBK	:	818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
EBOR	:	European Business Organization Law Review
ed.	:	editör
eMK	:	743 sayılı (eski) Türk Medeni Kanunu
EndTasKHK	:	Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
eSerPK	:	2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu
eTK	:	6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu
f.	:	fıkra
FS	:	Festschrift
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FusG	:	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung
GebrMG	:	Gebrauchsmustergesetz (Almanya)
GesKR	:	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GmbH	:	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	:	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	:	Die GmbH Rundschau
GVK	:	Gelir Vergisi Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
her.	:	herausgegeben von
HGB	:	Handelsgesetzbuch
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
İktisat ve Maliye	:	İktisat ve Maliye Dergisi
İsvBK	:	İsviçre Borçlar Kanunu (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches- Fünfter Teil: Obligationenrecht)
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	:	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
karş.	:	karşılaştırınız
KG	:	Kammergericht
KGK	:	Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu
KVK	:	Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	:	madde
MadenK	:	Maden Kanunu
MarkaKHK	:	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkenG	:	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Almanya)
MarkYön	:	556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik
MK	:	4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu
MSchG	:	Markenschutzgesetz (İsviçre)
MÜHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N./Kn.	:	kenar numarası
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	:	Oberlandesgericht
OLGR	:	Oberlandesgerichtsrat
PatentKHK	:	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PatG	:	Patentgesetz (Almanya)
RG	:	Resmi Gazete
RGZ	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
SAİT	:	Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ
Sermaye Yönergesi	:	2012/30/AB sayılı Şirketler Hukuku Yönergesi
SerPK	:	6362 sayılı (yeni) Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	:	Sermaye Piyasası Kurulu
TapuST	:	Tapu Sicili Tüzüğü
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİRK	:	Ticari İşletme Rehni Kanunu
TK	:	6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanunu
TMS/TFRS	:	Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TMSK	:	Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
TPE	:	Türk Patent Enstitüsü
TSHK	:	Türk Sivil Havacılık Kanunu

TST	:	Ticaret Sicili Tüzüğü
TSY	:	Ticaret Sicili Yönetmeliği
UMS/UFRS	:	Uluslararası Muhasebe Standartları/Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
vd.	:	ve devamı
WPg	:	Die Wirtschaftsprüfung
Yarg.	:	Yargıtay
Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu	:	High Level Group of Company Law Experts
ZGR	:	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	:	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	:	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVG	:	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Almanya)

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda, bir yandan şirketin temel finansman kaynağını sağlayan, diğer yandan da -pay sahiplerinin şirket borçlarından sorumluluğunun bulunmadığı dikkate alındığında- alacaklılar için yegâne tatmin aracı niteliği arzeden şirket malvarlığının tohumunu teşkil eden "sermaye", özellikle bu ikinci fonksiyonu dolayısıyla Kıta Avrupası kanun koyucularının adeta üzerine titrediği bir kavram halini almıştır.

Bu çerçevede kanun koyucular söz konusu sermayenin nakit para olarak getirildiği ihtimallerde, paranın günümüz ekonomisinin değer ölçüsü olması ve genel geçer bir ödeme aracı özelliği taşıması dolayısıyla özel bir risk görmemişlerse de, sermayenin kısmen veya tamamen nakit para dışındaki değerler ile oluşturulmak istenmesi öteden beri çekince ile yaklaşılan bir konu olmuş ve kanun koyucuların ancak özel bir prosedüre riayet edilmesi şartıyla olur verdiği bir ihtimal teşkil etmiştir. Bu tehlike algısının temelinde yatan gerekçe yukarıda ifade edildiği üzere paranın genel geçer bir değer ölçüsü niteliği taşıması dolayısıyla, para dışında sermaye olarak getirilmek istenen değerlerin, kısaca ayni sermaye kalemlerinin nakit olarak ifade edilmesi gerekliliğidir. Zira böyle bir değerleme esnasında, bir yandan alacaklıların öte yandan da diğer pay sahiplerinin aleyhine olmak üzere sermaye olarak getirilen ayna gerçekte arzettiğinden daha yüksek bir değer biçilmesi tehlikesi mevcuttur. Hâlbuki anonim ortaklık bilançosunun pasifinde sabit bir kalem olarak yer alan "esas sermaye"nin bilançonun aktifindeki yansıması niteliğindeki malvarlığı unsurlarının gerçekten bu miktara karşılık gelmesi, anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan esas sermaye sisteminin kendisinden beklenen fonksiyonları ifa edebilmesi için önemlidir.

Bu bakımdan hem 1926 ve 1956 tarihli kanunlarda hem de TK'da anonim ortaklığa nakit dışı değerlerin sermaye olarak konmasına izin verilmişse de, bu ihtimalin varlığı halinde gündeme gelecek özel hükümler de sevkedilmiş, böylece ayni sermaye taahhüdü ile gerçekleşen bir kuruluş veya sermaye artırımı prosedürü salt nakdi sermaye ile yapılan kuruluş veya sermaye artırımından uygulanacak hükümler itibariyle farklılaşmış, hatta oluşan bu fark ilkinin "mevsuf/nitelikli

kuruluş" şeklinde adlandırılmasını gerektirecek ölçüde kayda değer bir nitelik arzetmiştir.

2012 tarihinde yürürlüğe giren TK'nın da ayni sermaye konusunda genel olarak seleflerinin bakış açısını paylaştığı söylenebilir. Ancak genel felsefedeki bu ortaklaşmaya rağmen TK'da konu ile ilgili olarak yer alan hükümlerin seleflerinden önemli ölçüde ayrıldığı, eTK'da yer almayan tamamen yeni bir takım hükümlerin vaz edildiği dikkati çekmektedir. Bu noktada göze çarpan ilk husus, TK'nın eTK'dan tevarüs ettiği düzenlemeleri ağırlaştırmak yoluna gittiği, böylece ayni sermaye konusunda hem daha kısıtlayıcı hem de daha ayrıntılı hükümler getirdiğidir. Böylece ayni sermaye konusunda özel bir ihtiyat göstermek konusundaki genel yaklaşım ortaklığına rağmen TK, bu yaklaşımın pozitif hükümlere yansıması noktasında –birbirleriyle büyük ölçüde benzer hükümler içeren 1926 ve 1956 tarihli kanunlara oranla- belirgin biçimde daha sıkı bir rejimi tercih etmiştir. Dahası kanun koyucu pek çok konuda İsviçre/Almanya ve özellikle AB Hukuku düzenlemeleri ile özdeş hükümler sevkedilmesi noktasında gayret sarfetmişken, ayni sermayeye ilişkin düzenlemelerde –pek de alışkın olmadığımız şekilde- büyük ölçüde orijinal ve "bize özgü" düzenlemeler kaleme almış, böylece ayni sermayeye ilişkin düzenlemeler TK'nın mukayeseli hukuk açısından da en dikkat çekici hükümleri arasında yerlerini almışlardır.

Her şeyden önce TK'nın bu büyük ölçüde yeni ve orijinal düzenlemelerinin monografik bir çerçevede incelenmesinin uygun olacağı kanaati bizi bu konuda bir doktora tezi yazmak konusunda teşvik etmiştir. Öte yandan eTK döneminde de münhasıran ayni sermaye meselesine hasredilmiş ve konuyu bütünlüğü içerisinde incelemeye yönelmiş müstakil bir eserin bulunmaması, bu konuda kalem oynatılmasına ihtiyaç olduğu yönündeki fikrimizi kuvvetlendirmiştir.

"Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye" başlıklı tezimizde, kanun koyucunun bu konudaki düzenlemeleri tasnif edilerek, oluşan başlıklar çerçevesinde bir plan belirlenmeye çalışılmıştır.

Birinci bölümde teorik bir giriş niteliği arzedecek şekilde öncelikle Kıta Avrupası anonim ortaklıklar hukukunda ortak bir müessese olan esas sermaye

sistemi üzerinde durulmuş, sistemin işleyiş biçimi ve amacı ortaya konduktan sonra, esas sermaye sisteminin fonksiyonları ele alınmıştır. Nihayet ayni sermaye konusu özelinde esas sermaye sistemi kısa bir değerlendirmeye tabi tutularak, sistemin kendisinden beklenen sonuçlara ulaştırmak bakımından etkinliği sorgulanmış, burada varılan sonuca bağlı olarak eserin bütününde benimsenecek olan bakış açısının ne olduğu paylaşılmış ve genel yaklaşım ortaya konmuştur.

İkinci bölümde öncelikle ayni sermaye kavramı üzerinde durulmuş, ardından hukukumuz açısından tamamen yeni bir hüküm niteliğindeki TK m. 342'nin ilk cümlesinde düzenlenen ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel şartların incelenmesine geçilmiştir. Bu çerçevede söz konusu şartların yerindeliği inceleme konusu yapılmıştır. Üçüncü bölümde ise ayni sermaye olarak getirilmesi söz konusu olabilecek belli başlı kalemler ayrı ayrı incelenmiş, bu arada TK m. 342/1, c. 2 uyarınca kanun koyucunun açıkça ayni sermaye olarak getirilmesini yasakladığı *"hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar"* da müstakil olarak tartışma konusu yapılmış ve kanun koyucunun bu noktalardaki tercihi mercek altına alınmıştır.

Dördüncü bölüm ayni sermaye taahhüdü aşamasına özgü düzenlemelerin incelenmesine ayrılmış, bu kapsamda ayni sermaye taahhüdünün esas sözleşmeye kaydı, kurucular beyanı ve değerleme prosedürü üzerinde durulmuştur.

Beşinci bölüm ise söz konusu ayni sermaye taahhüdünün ifa safhasına, başka bir deyişle tasarruf işlemleri aşamasına ilişkindir. Bu bölümde öncelikle ayni sermaye borcunda muacceliyet anı ve ifa kavramları üzerinde durularak genel çerçeve çizilmiş, ardından yine belli başlı ayni sermaye kalemleri ile ilgili olarak sermaye taahhüdünün ifası prosedürü üzerinde durulmuş, bu kapsamda özellikle TK m. 128 hükmü ile getirilen yenilikler ve ikincil mevzuat değerlendirilerek doğabilecek problemler tespit edilmeye çalışılmıştır.

Altıncı bölümde ayni sermaye borcunun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi kapsamında değerlendirilebilecek ihtimaller üzerinde durulmuş, bu konularda sermayenin tedariki ilkesini de gözetmek suretiyle doğabilecek

problemlerin hangi hükümler çerçevesinde aşılmasının mümkün olduğu üzerinde durulmuştur.

Yedinci ve son bölümde ise TK'da esas olarak kuruluş kapsamında ele alınan ayni sermayeye ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı incelenerek, başka hangi hallerde kuruluşta ayni sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı tespit edilmeye çalışıldığı gibi, ayrıca anonim ortaklığa sermaye olarak ayni kıymetlerin taahhüt edilmesinin yasaklandığı özel düzenlemelere de işaret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESAS SERMAYE SİSTEMİ VE AYNİ SERMAYE

I. ESAS SERMAYE SİSTEMİ

A. Esas Sermaye Sistemini Doğuran Sebepler-Sistemin Temel Amacı

Kıta Avrupasında anonim ortaklıklara ilişkin hukuki düzenlemelerin ortak bir kurumu olan "esas sermaye (sistemi)", anonim ortaklıklara ilişkin pek çok başka düzenlemenin temelinde yer alan, onları doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen bir kavramdır. Denilebilir ki anonim ortaklıklara yönelik hukuki tasarımın temellerinden bir tanesi esas sermaye sistemidir.

Sermaye kavramı esasen şirket sözleşmesinin temel unsurlarından bir tanesidir. En yalın haliyle şirket akdini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin hükümlerinde bu nokta açıkça belirtilmiştir (BK m. 520, 521). Öncelikle bu açıdan sermaye kavramının ortaklıklar hukukunun tamamını kapsayan bir kavram olduğu belirtilmelidir. Öte yandan TK'da düzenlenen bütün şirket tipleri tüzel kişiliği haizdir (TK m. 137) ve bu bağlamda her birinin ortaklarının malvarlığından ayrı, ancak onların sermaye koyma borçlarına dayalı olarak tesis edilmesi gereken bir malvarlığı, "sermayesi" mevcuttur. Şu halde ne genel olarak şirketler hukukundaki sermaye kavramı ne de şirket tüzel kişiliğinin ortaklarının malvarlığından ayrılmış olan malvarlığı şeklindeki sermaye, anonim ortaklıklar hukukuna özgü değildir.

Öyleyse esas sermaye sistemini özellikle diğer ticaret şirketlerindeki sermaye kavramından ve sisteminden ayıran özellikler başka yerde aranmak durumundadır. Burada anonim ortaklık ile diğer ortaklık tipleri arasındaki ayırımın netleştiği noktanın bulunması yol gösterici olacaktır. Anonim ortaklıklar ile özellikle şahıs şirketleri arasındaki keskin ayırım kendini asıl olarak sorumluluk sisteminde göstermektedir. Şahıs şirketlerinde şirketin borçlarının birinci derecede sorumlusu şirket tüzel kişiliği ve onun malvarlığıdır. Ancak alacaklılar şirket malvarlığının

kullanılması neticesinde halen tatmin olmamışlarsa bu defa ikinci derecede sorumlu sıfatıyla şirket ortaklarına başvurabilirler. Bu durumda ortaklar şahsi malvarlıkları ile şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar. Buna karşılık anonim ortaklıklarda şirketin kişilik ve malvarlığı ile şirket ortaklarının kişilikleri ve malvarlıkları arasındaki çizgi net bir biçimde çizilmiştir. Buna göre ortakların yegâne sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye borcunun ortaklığa getirilmesidir, üstelik bu borcun muhatabı/alacaklısı da şirket tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla anonim şirkette ortaklar şirket alacaklıları ile hiçbir şekilde borçlu sıfatı altında karşı karşıya kalmayacaktır.

Anonim şirketlerin organizasyonu ile ortaklar arasında, tüzel kişilere ilişkin gerçeklik teorisini en kuvvetli biçimde yansıtan bu ayırım, aynı zamanda bir hukuki tip olarak sermaye ortaklıklarına ve bunun bir alt türü olarak anonim ortaklıklara gösterilen teveccühün altında yatan öncelikli sebeptir[1]. Bir kere halka açık anonim ortaklıklar açısından bakıldığında sorumluluğun sınırlandırılması şirket payları için geniş bir piyasa oluşmasını sağlamakta, birikimlerin farklı şirketlere yatırılmasını ve böylece işletmesel risklerin dağıtılmasını temin etmekte ve hisselerin değerini diğer pay sahiplerinin malvarlıksal durumlarından bağımsız hale getirmekte[2], böylece anonim ortaklıkların klasik fonksiyonu olarak zikredilen küçük birikimlerin bir araya getirilerek ticari yatırımlara dönüşmesi sağlanmış olmaktadır[3].

Nispeten küçük ölçekli yatırımlara yönelik anonim ortaklıklarda ise sorumluluğun sınırlandırılması daha önemli bir unsur olarak görülmektedir[4]. Bu durumda ortaklar bakımından şirketin muhtemel ticari başarısızlığı durumunda telafi edilemez bir malvarlığını kaybetme riski ortadan kaldırılmaktadır. Aslında sınırlı sorumluluk yoluyla teknik olarak söz konusu riskler ortadan kaldırılmamakta, bu

---

[1] Çeşitli ülke hukukları bakımından bu yönde bkz. Lutter, Marcus, **Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG,** Karlsruhe 1964, s. 39-40.

[2] Sınırlı sorumluluk sisteminin büyük ve hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar bakımından ifa ettiği belli başlı fonksiyonlar için genel olarak bkz. Eidenmüller, Horst/Grunewald, Barbara/Noack, Ulrich, "Das Mindestkapital im System des festen Kapitals", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 22.

[3] Bugün sayıca çok daha büyük bir yekûn tutan küçük ve kapalı anonim (ve limited) ortaklıkların bu klasik fonksiyonu icra edemedikleri veya etmek istemedikleri, bu görevin halka açık anonim ortaklıklar eliyle yerine getirildiği yönünde bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 39, dn. 3

[4] Bu konuda bkz. Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 22.

riskleri kimin taşıyacağı konusunda farklı bir yol izlenerek olası zararlar esas itibariyle şirket alacaklılarının omuzlarına yüklenmektedir[5]. Bu yaklaşımın ekonomik izahı "riskin dağıtılması" kavramı çerçevesinde mümkündür. Gerçekten şirket alacaklılarının çoğu kez birden çok borçlusu vardır ve bu bakımdan şirket ortaklarının aksine malvarlığı üzerinde borçların ödenmemesinden kaynaklanan riski daha iyi dağıtabilecek durumdadırlar. Örneğin bir banka faaliyeti süresince pek çok farklı şirkete borç vermekte, dolayısıyla aslında tek bir malvarlığı ile pek çok farklı şirkete yatırım yapmaktadır; bu sayede bankanın malvarlığı üzerinde borçluların borçlarını ödememesi ihtimalinden kaynaklanan risk azalmakta veya daha somut olarak ifade edilirse, bir borçlunun borcunu ödememesi bankanın malvarlığının ancak küçük bir kısmını etkilemekte, bu ifa eksikliği toplam malvarlığı üzerinde ancak ufak bir etki göstermektedir. Hâlbuki küçük yatırımcılar için ticari faaliyete tahsis ettikleri malvarlığı çoğu zaman toplam malvarlıklarının önemli bir kısmını teşkil etmekte, dolayısıyla bu malvarlığının kaybı yatırımcı bakımından oransal olarak daha büyük bir zarara yol açmaktadır[6]. Kısacası anonim ortaklıklar bakımından başarısızlık riskinin asıl taşıyıcısı alacaklılardır.

Dolayısıyla, pay sahipleri açısından önemli bir cazibe kaynağı olan "sorumluluğun sınırlandırılması", şirket alacaklılarının konumunu, özellikle şahıs şirketlerinin alacaklılarına oranla önemli ölçüde dezavantajlı duruma getirmektedir. Dahası sınırlı sorumluluğun ortaklar bakımından yol açtığı psikoloji anonim ortaklık alacaklısının durumunu bir kat daha zorlaştırmaktadır. Zira şayet ortaklar şirketin kayıpları dolayısıyla azami olarak taahhüt ettikleri malvarlığı miktarı kadar zarara uğrayacakken, şirketin elde ettiği kârdan yararlanmak konusunda bir sınırlama ile karşı karşıya değillerse, bu durumda anılan kimselerin ticari risklere girmek konusunda pek de çekingen davranmayacakları tahmin edilebilir[7]. Dolayısıyla

---

[5] Koll-Möllenhoff, Rainer, **Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht,** Baden-Baden 2005, s. 44 ve orada dn. 89'da anılan yazarlar; Lutter, Marcus, "Das (feste Grund-)Kapital der Aktiengesellschaft in Europa", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 4; Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 22.

[6] Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 22.

[7] Mülbert, Peter O./Birke, Max, "Legal Capital-Is There a Case againist the European Legal Capital Rules ?", **EBOR 3,** 2002, s. 710; Koll-Möllenhoff, **a.g.e.,** s. 47; Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 23. Easterbrook/Fischel bu sorunu "Sınırlı Sorumluluk ve Riskin Haricileştirilmesi" başlığı altında ele almakta ve işletmenin faaliyetinden doğan karın tamamını elde eden pay sahiplerinin buna

anonim ortaklıkların diğer ortaklık türlerine göre çok daha büyük risklere girmesi – ortakların psikolojisi dikkate alındığında- oldukça kolaydır. Buna karşılık anonim ortaklığa borç verecek kimseler, şirket ortaklarının şahsi malvarlıklarına başvurma imkânından yoksun oldukları için, kredi vermeden önce bu ortaklığın ne derece sağlıklı bir ortaklık olduğunu anlamak için çok sayıda başka faktörü değerlendirmek zorundadırlar. Eğer bu bilgi edinme sürecinin ortaya koyduğu fatura makul/karşılanabilir masrafların üstüne çıkıyorsa, söz konusu ortaklıkların kredibiliteleri azalacak, nihayet bu süreç genel olarak piyasadaki aktörlerin kredi bulamaması gibi bir kriz ile neticelenebilecektir[8]. Bu risk özellikle küçük anonim ortaklıklar bakımından daha yüksektir. Zira küçük ortaklıklarda verilmesi söz konusu olan kredinin meblağı ile, bilgi edinmek için yapılacak masraflar karşılaştırıldığında, bankalar bakımından büyük ortaklıklara oranla daha az kârlı bir işlem söz konusu olduğu söylenebilir.

Bu bakımdan Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde şahsi sorumluluğun ortadan kalkması ile alacaklılar -ve dolaylı olarak da şirketler- bakımından oluşan bu dezavantajlı durumun başka bir takım hukuki kurumlar ile giderilmesine/dengelenmesine ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ihtiyaca aynı hukuk sistemi içerisinde verilen cevap, şirket malvarlığının ortaklık alacaklılarının korunmasına yönelik tedbirlerle kuvvetlendirilmesi ve böylece boşalan şahsi sorumluluk sahasının ayni bir güvence niteliğindeki şirket malvarlığı ile doldurulması olmuştur (sermayenin korunması ilkesi)[9]. Böylece bir yandan şirket ortaklarının herhangi bir şahsi sorumluluk altına girmeksizin tüzel kişilik eliyle ekonomik faaliyette

karşılık sınırlı sorumluluk dolayısıyla zararın ancak küçük bir kısmına katlandıklarını, böylece sınırlı sorumluluk olgusunun riskli faaliyetlerin maliyetini alacaklılara nakledilmesi yönünde bir saik doğurduğunu, "ahlaki risk" olarak adlandırılan bu durumun sınırlı sorumluluk sisteminin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini savunan yazarlar tarafından gerekçe olarak kullanıldığını belirtmektedirler. Ancak yazarlara göre her ne kadar riskin bu şekilde haricileştirilmesi istenmeyen bir olgu ise de, sınırlı sorumluluğun modifiye edilmesi halinde belli projelere olan yatırımın azalacak olmasından doğacak sosyal maliyetin, "ahlaki risk"in azaltılmasından sağlanacak faydayı fazlasıyla aşabileceğini, kaldı ki sınırlı sorumluluğun bütünüyle kaldırılmasının bile bu problemi tamamen bertaraf etmeyeceğini, her ne kadar sınırlı sorumluluğun bu tehlikeyi bir nebze artırdığı söylenebilecekse de neticede her sistemde böyle bir riskin mevcut olduğunu, sonuç itibariyle söz konusu sorunun abartılmaması gerektiğini belirtmektedirler, Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R., "Limited Liability and the Corporation", **The University of Chicago Law Review,** S. 52, N. 1, 1985, s. 103-104.

[8] Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 24.

[9] Burada sağlanan güvencenin ayni niteliği ile ilgili olarak bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 41.

bulunmalarına imkân tanınırken; bunun karşılığında şirket sermayesine karşılık gelen malvarlığının, bu tüzel kişiliğin ilişkide bulunduğu kişileri/alacaklıları tatmin edecek bir şekilde oluşturulması (sermayenin teşkili/tedariki) ve pay sahiplerinin el atmasına karşı muhafaza edilmesi (sermayenin muhafazası) de şart koşulmuştur[10]. Söz konusu sermaye, ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye borçlarının bir toplamıdır; bu bakımdan esas sözleşmede yer alan bu rakamın şirket ortaklarının alacaklılara karşı vermiş oldukları kollektif bir sorumluluk vaadi olarak yorumlanabileceği belirtilmiştir[11].

İşte anonim ortaklık malvarlığının şirket alacaklılarını şirkete borç vermeye ikna edecek nitelikte bir teminat teşkil etmesini sağlamaya dönük olarak vazedilen ilkeler ve hükümlerin oluşturduğu sisteme esas sermaye sistemi adı verilmektedir. Bu düzenlemeler bütünü aynı zamanda anonim ortaklığa ilişkin sermaye kavramını ve malvarlığı yapısını diğer şirket tiplerindeki sermaye kavramından ve bunların mal varlıklarının düzenleniş biçiminden de önemli ölçüde ayırmaktadır.

B. Sistemin Ortaya Konması

Esas sermaye sistemi, yukarıda da kısaca belirtildiği üzere alacaklıların korunması kaygısı gözetilerek oluşturulmuştur. Bu sistemi ayakta tutan iki ilke ise "sermayenin teşkili/tedariki" ve "sermayenin korunması" ilkeleridir. Sistemin yukarıda değinilen temel amaca hangi hareket tarzı ile ulaşacağı, bu ilkelerde ifadesini bulmaktadır.

Sermayenin teşkili/tedariki ilkesi, her bir pay sahibinin edindiği payların parasal değerine karşılık gelen miktarın nakit yahut nakit dışı değerler biçiminde ortaklığa getirilmesinin ve böylece esas sermaye miktarına karşılık gelen malvarlığının eksiksiz biçimde teşekkül etmesinin garanti altına alınmasını amaçlar. Bu sayede şirketin kuruluşu veya esas sermaye artırımı sırasında, aynı zamanda şirket esas sözleşmesine yazılmak ve ticaret siciline kaydedilmek gibi yollarla kamuya duyurulan esas sermaye miktarının, oluşturulan bu güveni hak edecek gerçeklikte olması sağlanmaya çalışılmaktadır.

[10] Koll-Möllenhoff, **a.g.e.,** s. 44-45; Lutter, **a.g.e.,** s. 41.

[11] Schön, Wolfgang, "The Future of Legal Capital", **EBOR 5,** 2004, s. 438 vd.

Sermayenin korunması/muhafazası ilkesi ise, ortaklığa getirilen bu malvarlığının, kanun koyucunun aradığı özel şartlar yerine getirilmediği sürece açık ya da gizli bir biçimde ortaklara dağıtılmasının önlenmesi için vazedilmiş kurallar bütünüdür. Böylece kuruluş veya sermaye artırımı aşamasında oluşturulmuş olan sermayenin, alacaklılara yönelik teminat karakterini zedeleyecek şekilde eritilmesi önlenmekte, bu sermaye miktarına karşılık gelen malvarlığının varlığı güvence altında olmadıkça, alacaklıların zararına olarak ortaklara dağıtım yapılması engellenmektedir.

Sistemden beklenen fayda, bu kurallara riayet edilmesi suretiyle kuruluş veya sermaye artırımı aşamasında, şirket alacaklılarının tatminine yönelik bir garanti sermayesi oluşturulması (sermayenin teşkili); şirketin faaliyette olduğu dönem içerisinde de daha önce oluşturulmuş olan bu malvarlığının ortaklara yapılacak dağıtımlar yoluyla eritilmesinin ve adeta ilk aşamadaki kuralların etkisiz kılınmasının önüne geçilmesidir (sermayenin korunması)[12].

C. Sistemin Destek Elemanı: Asgari Sermaye Zorunluluğu

Avrupa Birliği düzenlemeleri ve buna bağlı olarak Kıta Avrupası hukuklarında bugün itibariyle esas sermaye sistemi asgari sermaye zorunluluğu ile bir arada bulunmaktadır. Denilebilir ki, uzun bir süreden beri sistemin iki temel sütununa bir üçüncü sütun olarak asgari sermaye zorunluluğu eklenmiş durumdadır; dolayısıyla bugün itibariyle sisteme ilişkin daha doğru bir adlandırma "asgari esas sermaye sistemi" şeklinde yapılabilir.

[12] Bu noktada "sermayenin korunması" ifadesinin adeta terimsel bir nitelik taşıdığı, bu isimlendirmede kullanılan "sermaye" ibaresinin lafzi olarak anlaşılmaması gerektiği belirtilmelidir. Zira bu kullanımın ilk bakışta ifade ettiğinin aksine, sermayenin korunması ilkesi ile amaçlanan esas sözleşmede kayıtlı bir değer olan "esas sermaye"nin korunması değildir; aksine bu kaydi değere karşılık gelen safi malvarlığının mevcudiyeti garanti altına alınmak istenmektedir. Nitekim bir anonim ortaklığın sermayesinin değiştirilmesi zaten oldukça ayrıntılı bir prosedür olarak TK'da düzenlenmiştir ve ancak başta genel kurulun onayı olmak üzere özel bir takım şartların yerine getirilmesi durumunda değiştirilebilir. Şu halde bu kaydi değerin korunmasından bahsetmenin de bir anlamı yoktur. Öte yandan, tek başına kâğıt üstündeki bu rakamı muhafaza etmenin de ortaklık alacaklıları için sağlayacağı pratik bir faydadan bahsedilemez. Buna karşılık bahsi geçen ilke vasıtasıyla korunmak istenen çevre ortaklık alacaklıları olduğuna göre, bunların alacaklarının güvencesi olarak esas sözleşmede belirtilen rakamın, ilk planda ortaklık malvarlığında gerçekten karşılık bulması, ardından da bunun usulsüz dağıtımlarla eritilmemesi önem arzeder. İşte sermayenin korunması ilkesi de kaydi/fiktif değerin değil, ancak gerçek/safi malvarlığının korunması yoluyla gerçekleştirilebilecektir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, asgari sermaye zorunluluğu esas sermaye sistemi bakımından olmazsa olmaz bir unsur değildir[13]. Bu bakımdan asgari sermaye mecburiyetinden arındırılmış bir esas sermaye sistemi de pekâlâ tasavvur edilebilir[14]. Buna karşılık asgari sermaye zorunluluğu teorik olarak sermayenin teşkili ve sermayenin korunması ilkelerinden bağımsız olarak düşünülebilirse de, böyle bir yaklaşımın makul olmayacağı açıktır. Bu iki ilke ile desteklenmemiş bir asgari sermaye zorunluluğu her halükarda kâğıt üstünde kalmaya mahkûmdur[15].

Aşağıda da görüleceği üzere, asgari sermaye ilk planda anonim ortaklıklarda kişisel sorumluluğun izalesinin bedeli olarak tasavvur olunmuştur[16]. Böylece, malvarlıklarının tamamı ortaklığın faaliyetlerinden kaynaklanabilecek zararlara muhatap olmaktan kurtarılan pay sahipleri, asgari olarak kanun koyucunun belirlediği miktara karşılık gelen malvarlığını ortaklığa getirmeyi taahhüt etmekte, böylece ortaklığın faaliyetine başlamasını ve en azından kısa vadede borçlarını ödemesini mümkün kılacak bir malvarlığı ile donanmasını sağlamaktadırlar. Ancak bunun dışında da asgari sermayenin örneğin gayrı ciddi şirket kuruluşlarının önlenmesi gibi bazı fonksiyonları bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, asgari sermaye zorunluluğu büyük işletmeler bakımından karar verme süreçlerini etkileyecek bir meblağ değildir. Nitekim bugün itibariyle Türk hukukunda anonim ortaklıklar bakımından aranan 50.000 TL'lik asgari sermaye zorunluluğu, bu tip işletmelere sahip bulunan anonim ortaklıklarda zaten çoğu defa kat kat aşılmaktadır[17]. Öte yandan daha küçük çaplı ticari faaliyette

---

[13] Lutter, **Das feste Grundkapital,** s. 7; Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 20.

[14] Bu yönde bir örnek olarak Fransız hukukundaki "1 Avro Limited Şirketi" verilebilir, bkz. Lutter, **Das feste Grundkapital,** s. 7.

[15] Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 20.

[16] Eidenmüller/Grunewald/Noack, **a.g.m.,** s. 21.

[17] Karşılaştırmalı hukukta da asgari olarak belirlenen sermaye miktarının özellikle büyük ölçekli faaliyetlerde bulunacak anonim ortalıklar bakımından yetersiz olduğu ve alacaklılar bakımından kayda değer bir koruma sağlamaktan uzak bulunduğu ifade edilmiştir, bu yönde bkz. Enriques, Luca/Macey, Jonathan R., "Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules", **Cornell Law Review,** S. 86, 2001, s. 1185-1186, yazar söz konusu rakamın şirketin altına girebileceği borç yükünün veya iştigal edebileceği ticari faaliyetin türünün belirlenmesi noktasında da bir fonksiyonu bulunmaması dolayısıyla anlamsız olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte yazar meselenin asgari sermaye miktarının yükseltilmesi suretiyle çözülmeye çalışılmasının da yerinde bir tercih olmayacağını, zira her şirketin kendine özgü nitelikleri olacağı için standart bir değer belirlemenin mümkün olmadığını, öte yandan ticari, finansal ve teknolojik faktörlerin hızla değişmesi

bulunacak olan girişimciler için 50.000 TL'lik sermaye şartının ticari faaliyetin anonim şirket biçiminde mi, yoksa şahıs şirketi veya limited şirket, hatta gerçek kişi tacir sıfatıyla mı yürütüleceğine yönelik karar aşamasında bir rol oynayabileceği düşünülebilir. Ancak bu şirketler bakımından da özellikle nakdi sermaye taahhütlerinde taahhüt edilen meblağın tamamının kuruluşta getirilmesi zorunluluğu bulunmaması, kanun koyucunun en azından başlangıçta nispeten küçük ölçekli işletmelerin de anonim ortaklık olarak faaliyette bulunabilmesini sağlamak için aldığı bir önlem olarak zikredilebilir. Her halükarda bahsi geçen meblağın tespitinde bir dengenin gözetilmesi zorunludur; aksi takdirde gereğinden yüksek bir asgari sermaye mecburiyeti, başlangıç sermayesini tedarik etmekte zorlanan ancak gelecek vadeden bir girişimcinin anonim ortaklık tipinin sunduğu fırsatlardan yararlanmasına engel olabileceği gibi, bu meblağın düşük tutulması da asgari sermayeden beklenen faydanın sağlanmasını önleyebilecektir.

D. Asgari Sermaye ile Desteklenmiş Esas Sermaye Sisteminin Fonksiyonları

1. Teminat Fonksiyonu

a. Genel Olarak

Yukarıda özet olarak ortaya konulduğu üzere esas sermaye sisteminin doğuşuna yol açan asıl faktör, anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin şirket borçlarına ilişkin sorumluluklarının kaldırılmış olması, buna karşılık kanun koyucunun durumu alacaklılar lehine dengelemek amacıyla şirket malvarlığının oluşumu ve pay sahipleri lehine eritilmemesi konusunda belirli bir disiplini sağlamaya dönük özel düzenlemelere ihtiyaç duymasıdır. Bu gelişim seyri aynı zamanda esas sermaye

---

karşısından belirlenecek her rakamın da eskimeye mahkûm olacağını belirtmektedir, s. 1199; Mülbert/Birke de 2. Yönerge'de 25.000 € olarak belirlenen rakamın belki küçük işletmeler bakımından acze düşmeye engel olacak bir meblağ olarak değerlendirilebileceğini, ancak bunun ötesinde belli bir seviyenin üstünde iş yapan şirketler açısından söz konusu rakamın dışarıdan gelen darbeler sonucunda oluşabilecek aciz tehlikesini azaltmaktan uzak olduğunu belirtmekte, bu problemin çözümü zımnında söz konusu rakamın yükseltilmesi veya öz sermaye ile yabancı sermaye arasında belirli bir oranın muhafaza edilmesi zorunluluğu düşünülebilirse de 2. Yönerge'nin uygulanacağı şirketlerin çok geniş bir yelpazede faaliyet gösterecekleri düşünüldüğünde belirlenecek her rakam veya oranın belirli şirketler açısından keyfi veya uygunsuz olacağını ifade etmektedir, **a.g.m.,** s. 718-719; benzer eleştiriler için ayrıca bkz. Schön, **a.g.m.,** s. 436 vd.

sisteminin en temel fonksiyonunun şirket alacaklılarının güvenceye alınması olduğunu da göstermektedir. Gerçekten esas sermayenin bu fonksiyonu doktrinde de –üstelik kimi zaman esas sermayenin diğer fonksiyonlarının görmezden gelinmesine yol açacak derecede- ağırlıklı biçimde vurgulanmaktadır.

Türk hukukunda tüm ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunduğunu, bunun doğal bir sonucu olarak tüm ticaret ortaklıklarının ortakların bireysel malvarlıklarından ayrılmış olan kendilerine ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunduklarını belirtmiştik. Dolayısıyla her türlü ticaret şirketinin alacaklısı bakımından şirketin kendi malvarlığı, borçların ödenmesi bakımından birincil kaynak niteliğindedir. Anonim ortaklıklar bakımından ise ortaklık malvarlığının alacaklılar bakımından "birincil kaynak" olarak nitelendirilmesini mümkün kılabilecek ikinci bir kaynak mevcut değildir. Başka bir deyişle bu malvarlığının şirket borçlarını karşılamak hususunda herhangi bir sebeple yetersiz kalması durumunda, şirket alacaklılarının çalabilecekleri başka bir kapı yoktur.

b. Esas Sermayenin Alacaklıları Koruyucu Etkisine İlişkin Yanlış Anlamalar:

Esas sermaye sisteminin alacaklıların korunmasını ne şekilde sağladığı, başka bir deyişle teminat fonksiyonunu nasıl icra ettiği dikkatle incelenmesi gereken bir konudur.

Burada üzerinde durulması gereken nokta esas sözleşmeye yazılan esas sermaye miktarının alacaklıların tasarrufuna/emrine amade olarak, adeta şirket malvarlığının bütününden ayrı olarak muhafaza edilen bir malvarlığı miktarını ifade etmediğidir. Bu itibarla geniş anlamda sermayenin korunması ilkesi de, söz konusu miktara karşılık gelen malvarlığının şirketin dahi el atamayacağı "çelik bir kasa içerisinde muhafaza edilmesi" anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir yanlış anlamaya yol açacak şekilde esas sermayenin bir "sorumluluk fonu (Haftungsfond)" teşkil ettiğinden bahsedilmesi doğru değildir[18]. Zira aşağıda da belirtildiği üzere esas sermayeye karşılık olarak getirilen malvarlığı (kuruluş sermayesi) aynı zamanda şirketin işletme sermayesi fonksiyonunu da haiz olduğu için, bu sermayeye karşılık

[18] Bu yöndeki yaklaşım için örnek olarak bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 50.

olarak getirilen malvarlığı üzerinde şirketin tasarrufta bulunması, bu malvarlığını kullanması zaruridir. Aksine bu malvarlığının kullanılmaması, şirketin faaliyette bulunamaması anlamına geleceğinden kabul edilemez[19].

Kaldı ki şirket alacaklılarının güvencesi yalnızca esas sermayeye karşılık gelen miktardaki şirket malvarlığı değildir. Kuruluş esnasında bir an için böyle bir denklikten bahsedilebilirse de şirket malvarlığı işletme faaliyeti çerçevesinde kullanılmaya başlandıktan itibaren beklenen, söz konusu malvarlığının verimli bir şekilde işletilmesi neticesinde şirketin de kâr etmesidir. Bu kârla birlikte şirket malvarlığı da esas sermaye olarak belirtilen miktarın üzerine çıkacaktır[20]. İşte alacaklıların güvencesi de yalnızca esas sermayeye karşılık gelen miktardaki malvarlığı değil, şirketin sahip olduğu tüm malvarlığıdır. Dolayısıyla bir sorumluluk fonundan bahsedilecekse bu fon esas sermaye olarak belirtilen miktara değil, şirketin tüm malvarlığına karşılık gelecektir. Dolayısıyla bu bakımdan da esas sermayenin alacaklılar lehine bir "sorumluluk fonu" teşkil ettiğinden bahsedilmesi doğru olmaz.

İkinci olarak esasen "sermayenin korunması" ibaresinin çağrıştırdığı geniş anlama karşın, bu ilke kapsamında esas sermaye miktarına karşılık gelen malvarlığının sürekli olarak ortaklık malvarlığında karşılığının bulunacağı ve böylece alacaklılar bakımından her zaman güvence teşkil eden asgari bir meblağın muhafaza edileceği de garanti altına alınıyor değildir. Zira az önce ifade ettiğimiz gibi, esas sermayeye karşılık olarak ortaklığa gelen malvarlığı, aynı zamanda şirketin faaliyetine başlamasını/sürdürmesini mümkün kılan işletme sermayesi olduğu için, faaliyet sırasında oluşması muhtemel her türlü zarara da maruz durumdadır (ekonomik kriz, kötü yönetim vs.). Bir başka ifadeyle sermayenin korunması ilkesi şirket malvarlığını her türlü olumsuz etkene karşı koruyan bir kalkan vazifesi

[19] Üstelik söz konusu malvarlığının normal bir şekilde kullanılması, bilanço anlamında esas sermayeye karşılık gelen malvarlığının tüketilmesi anlamına da gelmez. Bu kapsamda örneğin ayın niteliğindeki malvarlığı değerleri paraya veya başka ayni değerlere, para şeklindeki sermaye ise ayın niteliğindeki malvarlığı değerlerine dönüşecek biçimde kullanıldığı takdirde esas sermayeye karşılık gelen malvarlığının yalnızca mahiyet değiştirdiğinden bahsedilebilir. Zira bu durumda yalnızca bilançonun aktifinde yer alan kalemler arasında bir değişiklik olmakta, buna karşılık ortaklığın malvarlığı miktarı değişmemektedir.

[20] Öte yandan kuruluş sermayesinin iyi işletilememesi neticesinde zarar da doğabilir ve bu durumda şirket malvarlığı esas sermaye miktarının altına düşebilir.

görmez[21]. Dolayısıyla sermayenin korunması ilkesine tam anlamıyla riayet edilmesi, örneğin şirketin zarara uğramayacağı yahut iflas etmeyeceği anlamına kesinlikle gelmez[22]. Şu halde sermayenin korunması ilkesinin şirket malvarlığını kötü yönetime karşı korumak suretiyle alacaklıları muhafaza ettiğinden de bahsedilemez.

c. Kum Torbası Etkisi

Esas sermaye sisteminin alacaklıları koruyucu etkisi esasen şirketin uğradığı zararın doğrudan doğruya ve ilk planda alacaklılara etki etmesini engelleyen bir bariyer/kalkan etkisi göstermesinde yatmaktadır[23]. Normal olarak şirket faaliyeti esnasında kâr ettiği sürece esas sermaye miktarını karşılayan/örten bir malvarlığı miktarı da şirkette mevcut demektir. Buna karşılık şirket zarara uğradığı anda ise esas sermaye alacaklıları korumak üzere bir kum torbası vazifesi görür ve söz konusu zarar miktarı doğrudan doğruya alacaklılara etki etmez. Zira bilanço anlamında bu zararı ilk planda göğüsleyen kalem, esas sermayeyi de kapsayan şirket öz sermayesi, yani şirkette ortakların haklarını ifade eden[24] miktardır. Bu miktar tükenene kadar alacaklılar herhangi bir zarara uğramayacak, bu meblağa karşılık gelen malvarlığının azalması olası bir tasfiye durumunda pay sahiplerinin tasfiye paylarının azalması anlamına gelecekse de, şirket alacaklarının alacakları karşılanmış olacaktır.

Ancak dikkat edilirse esas sermayenin oynadığı bu rol, her halükarda alacaklıları tatmin edecek bir malvarlığının şirket bünyesinde mevcut olacağını garanti etmez. Her ne kadar ilk planda oluşacak zarar esas sermaye tarafından karşılanacaksa da, söz konusu zararın esas sermaye miktarını veya daha doğru bir ifadeyle bunu da kapsayan öz sermayeyi aşması ve şirketin yabancı sermayesini

---

[21] Nitekim Schön'ün de belirttiği üzere sermayenin korunmasına yönelik hükümler ancak şirketle pay sahipleri arasındaki malvarlığı transferine ilişkin düzenlemeler getirmekte, dolayısıyla şirketin başarısı veya başarısızlığı üzerinde herhangi bir etkileri bulunmamaktadır, **a.g.m.,** s. 437.

[22] Würdinger'in ifadesiyle esas sermaye bir baraja benzetilebilir: esas sermaye miktarı tıpkı bir baraj gibi ancak bendi aşan kısmın ortaklara dağıtılmasına müsaade etmekte, buna karşılık yağmur yağmaması yahut barajdaki suyun kuruması durumunda herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır, Würdinger'den naklen Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 46.

[23] Bu yönde bkz. Koll-Möllenhoff, **a.g.e.,** s. 45-46; Pentz, Andreas/Priester, Hans-Joachim/Schwanna, Andre, "Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 46.

[24] Bu bakımdan muhasebe bilimi açısından esas sermaye, pay sahiplerinin şirket malvarlığı üzerindeki haklarını ifade eden "öz sermaye" kavramı altında ele alınır.

karşılayacak malvarlığını da eritmesi pekâlâ mümkündür. Hatta TK m. 376/1 ve 2'de şirket yönetimine böyle bir sonucu önleyici tedbirleri alma vazifesi yüklenmişse de, şirket yönetiminin ihmali veya bir anda büyük bir zararın gerçekleşmesi neticesinde, söz konusu önlemlerin alınmasından önce şirket malvarlığının üçüncü kişilerin alacaklarını kısmen veya tamamen karşılayamayacak bir noktaya gelmesi de olasıdır. Dolayısıyla söz konusu kum torbası etkisinin alacaklılar bakımından daha ziyade kuruluş aşamasında ve oldukça sınırlı bir koruma sağlayacağı, özellikle şirketin faaliyetinin ilerleyen safhalarında öz sermaye ile yabancı sermaye arasındaki oranın birincisi aleyhine değişmesi ile birlikte bu korumanın kayda değer olmaktan çıkacağı, ayrıca bu korumanın şirketin malvarlığının erimesini engelleyici bir tarafının olmadığı vurgulanmalıdır.

d. Sermayenin İadesini Önleyici Etki

Sermayenin korunması ilkesinin alacaklıları koruyucu etkisinin bir görünümü de ortaklara yapılacak dağıtımlarla ilgili olarak gündeme gelmektedir. Buna göre ortaklara dönük olarak malvarlığından yapılacak herhangi bir dağıtım (kâr dağıtımı, şirketin kendi paylarını iktisabı, sermaye azaltımı vb.) ancak ortaklığın "bağlı malvarlığı"nı aşan kısım kullanılarak gerçekleştirilebilir. Gerçi ortaklık malvarlığının "bağlı" olan kısmı esas sermayeye karşılık gelen miktardan ibaret değildir; bununla birlikte "esas sermaye" hem bağlı malvarlığı kümesinin öncelikli üyesidir, hem de yine bu kümeye dâhil diğer bir kalem olan "kanuni yedek akçe"nin bir kısmının tespitinde ölçü olarak alınmaktadır. Gerçekten de dar anlamda "sermayenin korunması" ilkesi bakımından pay sahiplerine dağıtılması mümkün olmayan miktar, bilançonun pasifinde yer alan yabancı kaynaklar+esas sermaye+ (TK m. 519/3 uyarınca) kanuni yedek akçenin esas sermaye miktarının yarısına kadar olan kısmıdır[25]. Bilançonun pasifindeki bu kalemlerin toplamına karşılık gelen şirket malvarlığı "bağlı malvarlığı"nı oluşturur ve "dağıtım" kapsamında değerlendirilebilecek işlemler, ancak bu kısmı aşan malvarlığından gerçekleştirilebilir. Böylece şirket malvarlığının faaliyet dönemi içerisinde pay

[25] "Bağlı malvarlığı" kavramı ve bunun kapsamı, ayrıca bununla bağlantılı olarak "sermayenin korunması" ilkesi hakkında ayrıntılı bir inceleme ve bizim de katıldığımız değerlendirmeler için bkz. Aydın, Alihan, **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi,** İstanbul 2008, s. 11 vd.

sahiplerine serbestçe dağıtımı engellenmiş ve bu dönemde oluşması muhtemel faaliyet zararları karşısında –diğer menfaat sahiplerinin yanı sıra ve öncelikle- alacaklıları bir ölçüde korumaya müsait olacağı varsayılan bir malvarlığı yekûnun ortaklık bünyesinde muhafaza edilmesi sağlanmış olmaktadır. İşte "esas sermaye", söz konusu bağlı malvarlığı miktarının belirlenmesinde temel bir unsur olmak dolayısıyla da alacaklıları korumakta ve teminat fonksiyonunu icra etmektedir[26].

2. Tehlike Çanı Fonksiyonu

Esas sözleşmede yazılı esas sermaye rakamının bir fonksiyonu da, hem şirket ortaklarının hem de daha ziyade alacaklıların zarara uğramaları tehlikesinin tespiti bakımından adeta bir alarm görevi ifa etmesidir. Bu özellik TK m. 376'da ortaya konmuştur. Bu maddede belirtildiği üzere, şirketin faaliyeti esnasında esas sermaye ile birlikte kanuni yedek akçeler toplamının[27] belirli oranda karşılıksız kaldığının anlaşılması durumunda ortaklık yönetimine, yaklaşan yahut mevcut olan tehlikenin giderilmesi amacıyla çeşitli görevler yüklenmektedir.

Bu kapsamda ilk tehlike çanı karşılıksızlığın ½ oranında olması halinde çalmaktadır. Bu durumda yönetim kuruluna genel kurulu durumdan haberdar etme görevi verilmiş, böylece şirketin hem ortaklar bakımından mevcut olan hem de alacaklılar bakımından yaklaşan tehlike konusunda uyarılması sağlanmış ve gereken tedbirleri almasına da fırsat tanınmıştır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere şirketin uğradığı zararlar öncelikle esas sermaye tarafından göğüslenir; şirket malvarlığının üçüncü kişilerin alacaklarını/yabancı sermayeyi karşılamakla birlikte, buna ek olarak esas sermaye+kanuni yedek akçe miktarını ½'den daha az karşılaması durumunda, alacaklılar bakımından yaklaşan tehlike dolayısıyla şirket uyarılmaktadır. Karşılıksızlık oranı 2/3'e çıktığında ise kanun koyucu önlem almak konusundaki inisiyatifi şirkete/ortaklara bırakmak yerine, şirkete ya sermayeyi tamamlamak yahut 1/3 sermaye ile yetinmek şeklinde iki ihtimal sunmaktadır. Tekrar belirtelim ki her iki ihtimalde de henüz ortaklık alacaklıları bir zarara uğramış değillerdir. Bunların

[26] Bu anlamda teminat fonksiyonu için bkz. Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 2.

[27] eTK m. 324'te bu alarmın çalması bakımından yalnızca esas sermayenin bir kısmının karşılıksız kalması yeterli görülmüştü. Buna karşılık TK m. 376'da esas sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamı üzerinden bir oranlama yapılmak suretiyle alarmın çalması geciktirilmiştir.

alacakları şirket malvarlığının paraya çevrilmesi ile ödenebilecek, ancak olası bir tasfiye durumunda alacakların ödenmesinden sonra kalan tasfiye bakiyesi pay sahiplerinin ortaklığa koydukları sermayeyi tam olarak karşılamayacaktır. İşte henüz bu noktada temelde esas sermaye rakamının belirlediği eşik ortaklığı uyarmakta ve özellikle alacaklıların zarara uğramalarına fırsat kalmadan gerekli tedbirlere başvurulmasını garanti altına almaktadır.

Nihayet yine m. 376'da işaret edilen borca batıklık halinde ise artık kural olarak kanun koyucu şirketin devamına müsaade etmemekte ve yönetim kurulunun yapacağı bir iflas bildirimiyle şirketin iflas sürecine girmesini istemektedir. Zira bu aşamada uğranan zarar neticesinde pay sahiplerinin tasfiye payındaki hisseleri karşılıksız kaldığı gibi, şirket malvarlığı alacaklıları dahi tam olarak tatmin edemeyecek seviyeye inmiştir. İşte yukarıdaki paragrafta bahsedilen alarm fonksiyonu, şirketin bu aşamaya gelmesini engellemeye dönük bir düzenleme olarak da değerlendirilebilir.

3. İşletme Sermayesi Fonksiyonu

Esas sermaye sisteminin alacaklıların korunmasına dönük olan yüzü kimi zaman bu sistemin yegâne fonksiyonu olarak değerlendirilmekte, çoğu defa ise diğer fonksiyonları önemsizleştirecek derecede yoğun olarak vurgulanmaktadır. Hâlbuki yukarıda görüldüğü üzere esas sermaye sisteminin alacaklıların korunması konusunda oynadığı rol –bu fonksiyona yapılan vurgunun aksine- oldukça sınırlıdır. Bu bakımdan esas sermayenin alacaklıları koruma fonksiyonunun abartıldığı dahi söylenebilir.

Hâlbuki söz konusu sistemin alacaklıların korunmasına hizmet eden yönü dışında, anonim ortaklık yapısının işleyişi açısından göz ardı edilemeyecek olan başka bazı fonksiyonları da vardır. Bu açıdan bakıldığında, ortakların şirkete getirdiği malvarlığı, aynı zamanda şirket için bir "işletme sermayesi" oluşturmaktadır. Kıta Avrupası hukuklarında esas sermaye sisteminin asgari sermaye gerekliliği ile kombine edilmiş olduğu dikkate alındığında, bu fonksiyon daha açık olarak görülecektir. Anonim şirketin kuruluşu aşamasında asgari olarak belirlenen meblağa karşılık gelen malvarlığının şirketin tasarrufuna sunulması suretiyle

ortaklığın kendi gelirleriyle borçlarını karşılayabileceği aşamaya kadar ekonomik faaliyette bulunmasını mümkün kılacak bir sermaye teşkil edilmiş olmaktadır[28]. Kuruluşta bu şekilde asgari bir malvarlığının tesis edilmemesi durumunda, şirketin en ufak bir zarar dolayısıyla iflas etme tehlikesi gündeme gelecektir. Öte yandan sermaye artırımı sırasında ortaklığa kazandırılan malvarlığı bakımından bu fonksiyon daha belirgin olarak hissedilmektedir. Bu aşamada ortaklığa kazandırılan malvarlığının amacı ortaklığa taze sermaye girişinin sağlanmasıdır; bu malvarlığının alacaklıların menfaatlerinin korunmasına dönük etkisi ise ancak dolaylı olarak hissedilebilecektir[29].

Nitekim sermayenin bu fonksiyonunu da gözeten kanun koyucu, alacaklıların güvencesini teşkil edecek bu meblağın örneğin bir bankaya tevdi edilmesi gibi onu muhtemel zararlardan koruyabilecek ve alacaklıların emrine amade tutacak bir yaklaşımı tercih etmemiştir. Hatta yukarıda ifade ettiğimiz üzere alacaklıların güvencesinin esas sermayeye karşılık gelen malvarlığı/sermaye değil, bütün bir şirket malvarlığı olduğu düşünülürse, kanun koyucunun dasöz konusu sermayeyi muhafaza altına almak yerine işletme faaliyetine tahsis ederek, alacaklıların korunmasını esas olarak bu sermayenin verimli kullanımı suretiyle şirket malvarlığının çoğaltılması ihtimaline bağladığı sonucuna ulaşılabilir.

4.Kredi Yeterliliği/Kredibilite Sağlama Fonksiyonu

Anonim şirketlerin ekonomik hayatta ayakta kalabilmeleri, ortakları tarafından getirilen öz kaynakların yanı sıra her halükarda şirketin –uzun olması umulan- faaliyeti boyunca zaman zaman yabancı kaynaklarla da desteklenmelerine bağlıdır. Hiçbir şirketin yalnızca öz kaynaklara dayanarak hayatına devam etmesi düşünülemez. Şirkete verdikleri borçlar yoluyla bu yabancı kaynak ihtiyacını gideren kimseler ise, böyle bir kaynağı sağlamadan önce verdikleri borcun vadesinde ödenebileceği konusunda asgari bir güven arayacaklardır. Bu güven ihtiyacı bir ölçüde çeşitli teminatlar yoluyla tatmin edilebilirse de, böylesi bir kararı asıl olarak etkileyecek olan faktör şirketin kendi güvenilirliğidir.

[28] Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 47.

[29] Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 47.

İşletme biliminde "kredibilite" olarak ifade edilen bu özellik gerçek kişi tacirlerde veya şahıs şirketlerinde tacirin yahut sınırsız sorumlu ortakların şahsi itibar, mevki, aile gibi değerleri, şahsi iş gücü veya sahip olduğu şahsi malvarlığı gibi kıymetler göz önünde bulundurularak değerlendirilebilir[30]. Buna karşılık sermaye şirketlerinde ve bilhassa anonim şirketlerde her ne kadar şirket tüzel kişiliği bir ölçüde ortaklarının bireysel kredibilitelerinden nasiplenebilirse de, nihayetinde bu durum arızidir. Zira kural olarak ortaklık sıfatının kolayca değişebildiği anonim ortaklıkta söz konusu pay sahibinin ortaklıktan ayrılması ile bu "ödünç alınmış" itibar da ortadan kalkacaktır[31]. Kaldı ki, bu kimse sürekli olarak şirket ortağı sıfatını muhafaza etse bile, neticede ortaklığın borçları ile ilgili olarak herhangi bir şahsi sorumluluğu söz konusu olmadığı için, onun şahsi kredibilitesinin ortaklığın borç ödeme kapasitesi hakkında gerçek bir fikir verdiği de söylenemeyecektir.

Tüm bu sebeplerle anonim şirketlerde ortaklığın kredibilitesini ortaya koyan önemli bir veri pay sahiplerinin ortaklığa getirdiği sermaye miktarıdır[32]. Zira yukarıda açıklandığı üzere esas sermayenin önemli bir fonksiyonunun şirket alacaklıları için sağladığı güven olduğu dikkate alındığında, potansiyel bir şirket alacaklısının ortaklığa borç vermek konusunda bir karara ulaşabilmek için ilk aşamada ortaklığın esas sermaye miktarına bakması doğal olacaktır.

5. Kurucuları İtidalli Davranmaya Teşvik Etmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tek başına değerlendirildiğinde, anonim ortaklıklardaki sınırlı sorumluluk sisteminin şirket kararları üzerindeki doğal psikolojik etkisi, ortakların/yöneticilerin normal bir girişimcinin almaya cesaret edemeyeceği riskler altına girmesi şeklinde kendini gösterir. Ortaklar yalnızca şirketin elde ettiği kâra katıldığı, buna karşılık şirket zararlarının ortakların şahsi mali durumları üzerinde bir etkisi olmadığı, olası zararlara alacaklıların katlandığı bir ortamda, böylesi yüksek riskli kararların alınması da kolaylaşacaktır. Bu psikolojinin ekonomik aktörler arasında yaygınlaşması, genel olarak piyasada "risk seviyesi

[30] Bu yönde bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 40; Frey, **a.g.e.,** s. 3.

[31] Lutter, **a.g.e.,** s. 40.

[32] Lutter, **a.g.e.,** s. 40-41; Frey, **a.g.e.,** s. 4; Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 52.

yüksek-kârlılığı/verimliliği düşük" ortaklıkların çoğalması sonucunu doğuracaktır. Bu ise nihayetinde piyasanın çöküşü ile sonuçlanabilecek zincirleme bir güvensizlik ortamı anlamına gelmektedir.

Bu bakımdan asgari sermaye miktarı ile kuvvetlendirilmiş bir esas sermaye sistemi, sınırlı sorumluluğun yol açabileceği bu tehlikeyi önlemektedir. Bu durumda ortaklar şirkete getirdikleri sermaye aracılığıyla olası bir başarısızlık sonucuna da katlanmaktadırlar; zira şirketin ekonomik faaliyetinin neticesinde zarar etmiş olması, aynı zamanda ortakların da şirkete yaptıkları yatırımın kısmen veya tamamen erimesi, yani ortakların zarar etmiş olması anlamına gelecektir. Bir başka deyişle ortaklar sermaye katılımı yoluyla ortaklığın kaderine iştirak etmekte, şirketin elde ettiği kazançların yanı sıra uğrayacağı zararların da sorumluluğunu –belirli bir oranda da olsa- üstlendiklerini beyan etmektedirler[33].

6. Ciddiyet Eşiği Oluşturması

Asgari sermaye zorunluluğu ile birleştirilmiş esas sermaye sistemi, aynı zamanda anonim ortaklıkların gelişigüzel, zamansız, hileli veya benzer biçimlerde kurulmalarını engellemek bakımından da rol oynar[34]. Şüphesiz, anonim ortaklık kurmak niyetinde olan kimselerin hatırı sayılır bir malvarlığını bir araya getirmek zorunda olmaları, bu türden girişimlerde bulunmadan önce düşünmelerini sağlayacaktır. Ancak bunu mümkün kılacak bir miktar tespit etmeye çalışırken asgari sermaye şartının fazla yüksek tutulması, bu defa özellikle ilk aşamada sermaye oluşturmakta güçlük çekecek olan küçük girişimcilerin anonim şirket kurmasını gereğinden fazla zorlaştırabilir. Bu bakımdan bugünkü düzenlemede anonim ortaklık için benimsenen 50.000 TL'lik miktarın, en azından nakdi sermaye bakımından taahhüt edilen miktarın tamamının ilk anda getirilmesinin şart olmadığı düşünüldüğünde makul bir meblağ olduğu söylenebilir.

7. İşlem Masraflarının Önlenmesi

Esas sermaye sisteminin bulunmadığı hukuklarda alacaklılar borçlarını güvence altına almak için başkaca hukuki işlemlere girişmekte, bunlar için yapılan

[33] Koll-Möllenhoff, **a.g.e.,** s. 47; Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 50.

[34] Koll-Möllenhoff, **a.g.e.,** s. 48; Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 51.

masraflar ise esas sermaye sistemindeki masraflarla karşılaştırılabilecek düzeyde olmaktadır. Buna karşılık bu tip masrafları yapmak her ne kadar ekonomik gücü yüksek alacaklılar için nispeten kolaysa da daha zayıf alacaklılar yüksek masraflar dolayısıyla bu işlemleri yaptıramamaktadır. İşte esas sermaye bu bakımdan tüm alacaklılarla yapılmış böylesi bir sözleşme görevi de ifa ederek, özellikle söz konusu işlemler için masraf yapması kolay olmayan zayıf durumdaki alacaklıların menfaatlerini de koruyucu bir etki göstermektedir[35].

II. AYNİ SERMAYE ÖZELİNDE ESAS SERMAYE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Esas Sermaye Sistemi ve Ayni Sermaye Meselesi ile İlgisi

Esas sermaye sisteminin ayni sermaye meselesi ile kesiştiği nokta "sermayenin tedariki/teşkili" ilkesidir. Kıta Avrupası kanun koyucuları anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışı değerlerin taahhüt edilmesi durumunda esas sözleşmede yazılı olan esas sermaye miktarının gerçekten şirkete kazandırılması (sermayenin tedariki) bakımından nakdi sermayeye oranla fazladan bir tehlike bulunduğunu kabul etmişler ve bu çerçevede söz konusu ilkenin zedelenmemesini sağlamaya dönük tedbirler almışlardır.

Kanun koyucu kural olarak ortakların şirkete karşı yükümlü oldukları sermaye getirme borcunu nakdin yanı sıra ayni değerlerle ifa etmelerine de cevaz vermiştir. Ancak anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışı değerlerin taahhüt edilmesi ihtimalinde sermaye olarak getirilmek istenen kıymetlerin her şeyden önce parasal olarak ifade edilmeleri gerekir. İşte sermayenin tedariki ilkesi açısından öngörülen tehlike de özellikle bu noktada kendisini göstermektedir. Zira nakit dışı bir değere nakden değer biçilmesi önemli zorlukları bünyesinde barındırır; bu bakımdan farklı değerlemeler neticesinde farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Öte yandan bir ölçüde bu zorlukla da bağlantılı olarak değerleme sürecinin kötüye kullanılması suretiyle ayni sermaye konusu malvarlığının değerinin kasten olduğundan yüksek

[35] Schön, **a.g.m.,** s. 438 vd.; Lutter, **Das feste Grundkapital,** s. 5; Pentz/Priester/Schwanna, **a.g.m.,** s. 53.

gösterilmesi ve esas sermayenin gerçeğe aykırı bir biçimde/eksik teşekkül ettirilmesi de ihtimal dâhilindedir.

Esas sermaye sistemi ve sermayenin tedariki ilkesi bakımından ayni sermayeye karşı duyulan bu tedirginlik, ayni sermaye taahhüdünü içeren bir kuruluşun/sermaye artırımının ayrı bir isimle anılmasını gerektirecek (mevsuf kuruluş/sermaye artırımı) ölçüde özel hükümlerle düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede örneğin şirkete ayni sermaye olarak getirilebilecek değerler hakkında bazı kısıtlamalar getirilmiş yahut bir değerin ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için karşılanması gereken bazı kriterler oluşturulmuş; aynî sermayeye değer biçilmesi işleminin bağımsız bilirkişiler eliyle yapılmasına yönelik özel hükümler sevk edilmiş; ayni sermaye olarak getirilen malvarlığı ve bunun karşılığında pay sahibine verilen paylar ile ilgili gerek esas sözleşmede, gerekse farklı belgelerde (kurucular beyanı, bilirkişi raporları vs.) yer alacak kayıtlar yoluyla kamunun aydınlatılması sağlanmaya çalışılmış; ayni sermaye taahhüdü halinde uygulama alanı bulacak özel hükümlerin dolanılması sonucunu doğuracak sonraki iktisaplar bakımından da uygulanması mümkün olan özel hükümler konulmuş ve nihayet ayni sermayenin değerlenmesi sırasında usulsüzlük yapılması bir sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir.

B. Sermayenin Tedarikine Yönelik Hükümlerin Etkinliğinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda yeni dönemde dikkat çekici bir gelişme, kanun koyucunun ayni sermaye taahhüdüne özgü rejimi eTK'ya nazaran TK ile anonim ortaklıklar özelinde iyiden iyiye sıkılaştırması, özellikle TK m. 342 ile getirilen yeni düzenlemenin, üzerlerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunan kıymetlerin ve vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye olarak getirilmesine izin vermemek ve ayrıca ticari itibar ile kişisel emeğin ayni sermaye yeterliliklerini de açıkça reddetmek suretiyle ayni sermayenin sınırlarını belirgin biçimde daraltmış olmasıdır. Bu tercih Türk kanun koyucusunun yıllar içerisinde anonim ortaklıklarda ayni sermaye meselesine bakış açısının olumsuza doğru evrildiğini açıkça göstermektedir.

Ancak ayni sermaye taahhüdü konusunda hem genel olarak kıta Avrupası'nda gözlemlenen ihtiyatlı yaklaşımın, hem de özellikle bu genel tavrın Türk hukuku bakımından ağırlaştırılmış versiyonunun yerinde olup olmadığı ayrıca sorgulanmak gerekir. Bu noktada yöneltilmesi gereken sorulardan biri de özellikle TK'da tercih edilen son derece sıkılaştırılmış rejim ile bu rejimin temel gerekçesini teşkil eden esas sermaye sisteminin/sermayenin tedariki ilkesinin[36] ifa ettiği fonksiyon arasında gerçekten bir dengenin gözetilmiş olup olmadığıdır. Bu aşamada şu kadarını belirtelim ki bizim kanaatimiz esas sermaye sisteminin ilk planda alacaklıların ikinci planda ise diğer pay sahiplerinin korunması bakımından anonim ortaklıklar hukukunda oynadığı rolün ayni sermaye rejimi bakımından TK ile getirilen fazlasıyla daraltıcı rejimi haklılaştıracak derecede büyük olmadığı, özellikle alacaklıların korunması noktasında esas sermaye sisteminin omuzlarına taşıyabileceğinden fazla yük yüklenmemesi gerektiği, bu sebeple söz konusu ilke gerekçe gösterilerek getirilen yeni rejimin de yerinde olmadığı yönündedir.

Genel olarak alacaklıların korunması gerekçesi ile meşrulaştırılan esas sermaye sisteminin, bu amacı gerçekleştirmek bakımından –en azından iddia edildiği kadar- etkili bir araç olmadığı uluslararası hukuk çevrelerinde de bir süreden beri dile getirilen ve dahası gelinen noktada AB hukuku düzeyinde dahi dikkate alınan bir eleştiridir. Bu konuda yapılan çeşitli değerlendirmelerde bugün için alacaklıların korunması bakımından esas sermaye sisteminin çok cüz'i bir fonksiyonu bulunduğuna işaret edilmektedir[37]. Bu çerçevede esas sermaye sistemine atfedilen koruyucu fonksiyonun büyük ölçüde teoride kaldığına[38], nitekim alacaklıların da şirkete borç vermek konusunda karar verirken esas sermaye rakamına herhangi bir

[36] Bu konuda bkz. TK m. 342'ye ilişkin madde gerekçesi.

[37] Bu yönde genel olarak bkz. Rickford, Jonathan (Ed.), "Reforming Capital- Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance", **EBLR 2004,** s. 919 vd.; Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1165 vd.; Armour, **a.g.m.,** s. 355 vd.; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 695 vd., yazarlar söz konusu cüz'i fonksiyonun da daha ziyade sermayenin tedarikine ilişkin kurallar değil, sermayenin muhafazasına ilişkin kurallar eliyle sağlandığı görüşündedir, s. 726; Haas, Ulrich, "Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH", **DStR,** 2006, s. 993 vd.;

[38] Winter, Jaap/ Garrido Garcia , José Maria/ Klaus J., Hopt/ Rickford, Jonathan/ Rossi, Guido/ Schans Christensen, Jan/ Simon, Joëlle, **Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law In Europe,** Brussels 2002, s. 78.

önem atfetmediklerine vurgu yapılmıştır[39]. Ayrıca sistemin anonim ortaklıklar bakımından hem masraflı hem de karmaşık olduğu[40], bu sebeple özellikle kuruluş safhasındaki ortaklıklar bakımından elverişli olmadığı[41], ortaklıklar bakımından esnekliğe imkân tanımadığı[42] ve yüksek riskli yatırımların finansmanını zorlaştırdığı[43], hâlbuki alacaklıların korunması hedefine ulaşmak bakımından çok daha etkili ve daha az karmaşık -özellikle Amerikan hukuku kaynaklı- hukuki imkânların mevcut olduğu[44] dile getirilmiştir.

Esas sermaye sisteminin geneline yönelik bu eleştirilerin yanında daha özel olarak ayni sermaye kalemlerinin çerçevesinin daraltılması ve bunlara bağımsız bilirkişiler eliyle değer biçilmesi prosedürü de eleştirilere konu olmuştur. Bu kapsamda öncelikle vurgu yapılan husus değerleme prosedürünün özellikle kuruluş safhasındaki ortaklıklar bakımından zaman ve para bakımından masraflı olduğudur[45]. Nitekim AB hukukunda da bu çerçevede önce SLIM grubunun raporunda, daha sonra ise Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu'nda bazı durumlarda bağımsız bilirkişilerce değerleme prosedüründen vazgeçilebilecek ihtimaller üzerinde durularak 2. Yönerge'de bu çerçevede değişiklik yapılması önerilmiş[46], bu önerileri dikkate alan Konsey, 2. Yönerge m. 10a ile (Sermaye Yönergesi m. 11) söz konusu önerileri pozitif düzeyde benimsemiştir. Ancak bu kısmi düzenlemenin ötesinde genel olarak da bağımsız bilirkişiler eliyle yapılan değerlemenin sermayenin tedariki bakımından etkili bir çözüm olmadığı, değerleme metotlarının çeşitliliği karşısında

[39] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1186 ve orada dn. 99'daki yazarlar; Armour, **a.g.m.,** s. 370-371; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 716; Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu'nun raporunda da esas sermaye miktarının şirketin sermaye yeterliliğini göstermek bakımından herhangi bir fonksiyonunun bulunmadığına işaret edilmiştir, s. 78.

[40] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1184-1185, 1195; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 721; Rickford, **a.g.m.,** s. 935.

[41] Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 722.

[42] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1199; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 722; **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 79.

[43] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1199.

[44] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1188 vd.; Armour, **a.g.m.,** s. 372; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 722 vd.

[45] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1195; Rickford, **a.g.m.,** s. 935; **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 79.

[46] **Recommendations By the Company Law Slim Working Group on the Simplification of the First and Second Company Law Directives,** s. 4; **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 83.

bilirkişinin birbirinden oldukça farklı değerlere ulaşmasının mümkün olduğu[47], kaldı ki tespit edilen bu değerin ancak belirli bir tarihteki kıymeti yansıttığı, bu tarihten sonraki bir zaman için bir anlam ifade etmeyebileceği[48] dile getirilmiştir. Üstelik yine haklı olarak bu hükümlerle sağlanmak istenen korumanın örneğin basit bir satım sözleşmesi veya birleşme/devralma işlemi ile kolayca aşılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir[49]. Öte yandan yine Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu'nda İkinci Yönerge'de yapılacak bir revizyon kapsamında hizmet edimlerinin –bazı önlemlerle birlikte- ayni sermaye olarak kabulü ihtimalinin Komisyon tarafından değerlendirilmesinin uygun olacağı belirtilmiş, bu açıdan Türk kanun koyucusunun tam aksine ayni sermaye kalemlerinin çerçevesinin genişletilmesine yönelik eğilim vurgulanmıştır[50].

C. Esere Hâkim Olan Yaklaşımın Ortaya Konması

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bize göre de esas sermaye sistemi çerçevesinde sermayenin tedariki amacıyla getirilen düzenlemelerin sağladığı koruma abartılmamalıdır. Sistemin özellikle pazarlık gücü düşük olan ve kendisini sözleşmeler yoluyla koruma imkânları zayıf olan alacaklılar bakımından bir koruma sağladığı, ayrıca bir ölçüde önleyici bir tarafı olduğu, dolayısıyla bütünüyle faydasız olmadığı belirtilmelidir. Ancak bu korumanın sınırlarının pek de geniş olmadığı ve özellikle anonim ortaklığın faaliyetinin belirli bir ölçeği aştığı durumlarda sistemin getirdiği enstrümanların alacaklılar bakımından koruyucu etkisinin daha ziyade teoride kaldığı gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla sermayenin tedariki ilkesi gerekçe gösterilerek ayni sermaye karşısında takınılan kısıtlayıcı tavrın da yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

Bu bakımdan TK'ya hâkim olan gerek değerleme prosedürünün tavizsiz biçimde uygulanması yönündeki tercih, gerekse kısmen değerleme zorlukları da bahane edilerek gerekçelendirilen ayni sermaye kalemlerinin sınırlanmasına dönük yaklaşım, bu bakış açısıyla yeniden ele alınmalıdır. Bir kere değerleme işleminin

[47] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1187.

[48] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1187; Armour, **a.g.m.,** s. 371.

[49] Rickford, **a.g.m.,** s. 935.

[50] **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 83.

nispiliği ve bilirkişinin bağımsızlığına ilişkin şüpheler[51] bir yana, bu prosedürün çeşitli şekillerde dolanılmasının mümkün olması, söz konusu prosedürün amaca ulaşmak bakımından ne derece elverişli olduğu sorusunu anlamlı kılmaktadır. Gerçekten de şirketin malvarlığının ayni sermaye taahhüdü yerine örneğin pay sahibi ile sonradan yapılacak bir satım veya kira sözleşmesi ile eritilmesi ve böylece ayni sermayeye ilişkin hükümlerin dolanılması pekâlâ mümkündür[52]. Şu halde diğer ihtimalleri özel olarak düzenlemeyen kanun koyucunun ayni sermaye taahhüdü haline özgü fazladan bir risk vehmetmesinin yerindeliği tartışılmalıdır. Bu noktada Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu'nun alternatif bir sistem önerisi kapsamında ayni sermaye taahhüdünde –genel kurulun onayı veya yöneticilerin uygunluk beyanı gibi tedbirlerle birlikte- bilirkişi değerlemesi prosedürünün tamamen kaldırılması ihtimalini değerlendirdiklerine de işaret edilmelidir[53].

Aynı şekilde hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğinin reddedilmesinin emek yoğun şirketler, bu kapsamda da özellikle insan kaynağına dayalı ileri teknoloji şirketlerinin kurulması bakımından bir handikap teşkil ettiği açıktır[54]. Hâlbuki hizmet edimlerinin değerlenmesi pek çok başka ayni kıymetten daha kolay olduğu gibi[55], şayet bu tip bir sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi riski ayni sermaye olarak kabul edilmesine engel görülüyorsa, nakdi sermaye taahhüdü bakımından pay sahibinin ¾'lük kısım için ileride ödeme yeterliliğini muhafaza edeceği de garanti edilemeyeceğine, bu da aynı şekilde bir risk teşkil ettiğine göre nakdi sermaye taahhütleri bakımından da söz konusu riski dikkate alan bir hüküm vazedilmesi gerektiği söylenebilecektir[56, 57]. Öte yandan ne değer biçilmesi ne de tahsil

[51] Bu yönde bkz. Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1187.

[52] Bu yönde bkz. Rickford, **a.g.m.,** s. 935.

[53] **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 89.

[54] Enriques/Macey, **a.g.m.,** s. 1195-1196; Mülbert/Birke, **a.g.m.,** s. 722.

[55] Frey, **a.g.e.,** s. 103; Hirte, Heribert, "Kapitalschutz (Gläubiger- und Eignerschutz) im Europäischen Recht", **Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts,** ed. Stefan Grundmann, Tübingen 2000, s. 228, yazar üçüncü kişilerle yapılan her hizmet sözleşmesinin, bu tip bir edimin değerlenmesinin mümkün olmadığı yönündeki eskimiş görüşe karşı sağlam bir delil teşkil ettiğini ifade etmektedir.

[56] Hirte, **a.g.m.,** s. 228.

edilebilirliği noktasında yine nakdi sermayeden kural olarak daha dezavantajlı olduğu söylenemeyecek olan vadesi gelmemiş alacaklar bakımından da Türk kanun koyucusunun yaklaşımı sorunludur. Kısacası ayni sermayeye ilişkin sermayenin tedariki ilkesi kaynaklı yerleşmiş düzenlemelerin hem bu ilkeye ne derecede hizmet ettiği, hem de şirketler hukukunun ihtiyaçlarına ne ölçüde cevap verdiği konusunda Kıta Avrupası hukukunda güçlü gerekçelerle yapılan muhasebenin bir benzerinin, hatta TK'nın bu konuda en sıkı bir rejimi benimsemiş olduğu düşünüldüğünde daha da ayrıntılısının, bu hukuk çevresinde yer alan Türk hukukunda da yapılması gerektiği belirtilmelidir.

Sermayenin tedariki ilkesi çerçevesinde Kıta Avrupası'nda benimsenen benzer düzenlemelerin yoğun bir biçimde eleştirildiği ve konuya başka bir açıdan bakılması gerektiğinin giderek daha fazla vurgulandığı bir dönemde TK'nın ayni sermaye konusuna eTK'dakinden bile daha mesafeli yaklaşmış olması bu konuda uluslararası hukuk çevrelerinde yaşanan tartışmaların ve bu kapsamda gerçekleşen değişimin göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır. AB hukukunda bu yönde net bir adım olan 2. Yönerge m. 10a çerçevesinde belli durumlarda değerleme prosedürüne tanınan istisnalara TK'da yer verilmemiş olması bir hukuk politikası tercihi olarak tartışmaya açıktır. Ancak daha da önemlisi kanun koyucunun TK m. 342'de anonim ortaklıklar özelinde hizmet edimlerinin yanı sıra ilginç bir biçimde üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunan kıymetler ile vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğini reddetmiş olmasıdır. Bilhassa vadesi gelmemiş alacaklar bakımından yapılan tercih ilgili başlıkta ayrıca belirtileceği üzere son derece problemlidir[58]. Bu noktada esas sermaye sistemine bağlı kurumların sağladığı koruma ile bunların yol açtığı masraf arasındaki dengeyi gözetmek gerektiği açıktır. Kıta Avrupası hukuklarının Türk hukukuna nispetle çok daha serbest rejimlerinin bile bu denge çabası içerisinde gevşetilmesi eğilimi karşısında, Türk hukuku bakımından bu dengenin iyiden iyiye bozulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

---

[57] Bu bakımdan şirkete yönelik herhangi bir "fayda"nın, bu kapsamda "ifa edilen hizmetlerin" veya "hizmet ifa edilmesine ilişkin sözleşmelerin" karşılığında pay ihraç edilebilmesini mümkün gören bir örnek olarak bkz. Model Business Corporation Act, § 6.21 (b).s

[58] Bu konularda ayrıntılı inceleme için bkz. aşağıda İkinci ve Üçüncü Bölüm.

Sonuç olarak biz öncelikle hukuk politikası bakımından esas sermaye sisteminin ve konumuz özelinde sermayenin tedariki ilkesinin klasik yaklaşımının üzerinde yeniden düşünülmesi gerektiğini ve bu ilkeyle bağlantılı düzenlemelerin – göz ardı edilmesi mümkün olmayan kuvvetli eleştiriler dikkate alınmak suretiyle- etkinlik ve gerekliliğinin yeniden değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Ancak daha da önemlisi kanımızca özellikle TK'nın bu konuda benimsediği fazlasıyla kısıtlayıcı ve zorlaştırıcı mevcut rejim yorumlanırken de, söz konusu tavır ve yaklaşım değişimi dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan contra legem sonuçlara yol açmamak kaydıyla, özellikle ayni sermaye yeterliliği konusunda yapılacak değerlendirmelerde ve yoruma ihtiyaç duyan meselelerde, yapılacak yorum sırasında ayni sermaye konusundaki bu değişim seyrinin de hesaba katılması yerinde olacaktır. Bu çalışmanın da özellikle ayni sermaye yeterliliğinin genel şartları ve ayni sermaye kalemlerinin kapsamına ilişkin kısımlarında, benimsediğimiz bu yaklaşım tarzına uygun olarak yorum yapılacak ve hem olması gereken hukuka ilişkin öneriler, hem de pozitif hukuka ilişkin açıklamalarda mümkün olduğunca genişletici bir bakış açısı tercih edilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

AYNİ SERMAYE KAVRAMI VE AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN GENEL İLKELER

I. AYNİ SERMAYE KAVRAMI VE İÇERİĞİ

Ayni sermaye kavramı TK'da kullanılan bir kavram olmakla birlikte (örn. bkz. TK m. 128, 131, 142, 143, 163, 164, 184, 342, 343, 349, 457, 459, 460), bu kavramın neyi ifade ettiği kanunen tanımlanmış değildir[1]. Söz konusu kavram ilk bakışta eşya hukukunda kullanılan "ayın/eşya" kavramını akla getirmekte ise de, kelimenin bu iki farklı branştaki kullanımının birbirinden önemli ölçüde ayrıldığı belirtilmelidir. Gerçekten eşya hukuku bakımından ayın, bugün yaygın olarak kullanılan "eşya" teriminin karşılığıdır. Eşya kavramı da farklı hukuk sistemlerinde yine farklı kapsamlara sahip olmakla birlikte, Türk hukukunda kural olarak yalnızca maddi varlığı bulunan şeylerin eşya olarak nitelendirildiği söylenebilir[2]. Hâlbuki hem genel olarak ticaret şirketlerine hem de anonim şirkete ayni sermaye konulabileceği kabul edilen kıymetlerin bir kısmının, mesela fikri ve sınai hakların bu anlamda maddi bir varlığı mevcut değildir. Şu halde "ayni sermaye" kavramının anlamının eşya hukukundaki "ayın" kavramından yola çıkılarak açıklanması mümkün değildir.

Nitekim ayın kavramının eşya hukukunda ifade ettiği anlamı dikkate alan bazı yazarlar, bu anlamla bağlantı kurulması halinde ayni sermaye kavramının yanlış anlaşılabileceği ve yine bu bağlantı dolayısıyla "ayni sermaye" tabirinin para dışındaki tüm sermaye kalemlerini ifade etmeyeceği gerekçesiyle, "ayni sermaye"

[1] AlmPOK §27/1 payın ihraç bedelinin tediye dışında bir yolla ifa edildiği hallerde ayni sermayeden bahsedileceğini belirtmek suretiyle, en azından nakdi sermaye dışındaki tüm sermaye kalemlerinin ayni sermaye kavramı içerisinde yer alacağını ifade etmiş olmaktadır.

[2] Hatta fiziki bir varlığı bulunan her şeyin de hukuken eşya kavramına dahil olmadığı, ancak üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli şeylerin bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmelidir, konuyla ilgili olarak bkz. Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku,** Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, İstanbul 2014, s. 4 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, **Eşya Hukuku,** Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 19 vd.

tabiri yerine "nakit dışı sermaye" teriminin kullanılmasını teklif etmişlerdir[3]. Ancak kanımızca bir terkip olarak "ayni sermaye" kavramı ortaklıklar hukukuna özgü bir terimdir. Nitekim gerek terkip olarak "ayni sermaye"nin gerekse bu bağlamda kullanıldığı durumlarda tek başına "ayın" kavramının ortaklıklar hukukumuzda 1926 tarihli Ticaret Kanunundan beri[4] pozitif metinlerde yer aldığı ve doktrinde de yaygınlıkla kullanıldığı açıktır. Bu sebeple biz, hukuk dilimize yerleşmiş olan, hatta çok yeni tarihli olmasına rağmen 6102 sayılı TK'da da kullanımından vazgeçilmemiş bulunan "ayni sermaye" kavramının terkedilmesini haklı kılacak bir ihtiyacın bulunmadığı kanısındayız[5, 6]. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında da söz konusu kavram, zaman zaman tekrarı önlemek kaygısıyla ve tamamen aynı anlama gelmek üzere "nakit dışı sermaye" kavramı ile birlikte kullanılacaktır.

Ayni sermaye kavramının anlaşılması noktasında öğretinin de haklı olarak tespit ettiği üzere akla gelebilecek ilk imkân kavramın zıddı ile tanımlanmasıdır[7]. Bu

[3] Arıcı, M. Fatih, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü,** İstanbul 2003, s. 24 vd., özellikle s. 26; Poroy ise kavrama ilişkin genel bir eleştiri yapmamakla birlikte eTK m. 143'e özgü olarak burada *"sermaye olarak konulan ayınların değerleri"*nden bahsedilmiş olmasını eksik bulmakta, yalnızca aynın değil, nakit dışındaki tüm katılma paylarının değerlerinin bilinmesi gerektiğini belirtmektedir, Poroy, Reha (Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,** Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, N. 128. Ancak dikkat edilirse burada "ayni sermaye" şeklindeki kanuni terim değil, tek başına "ayın" kavramı üzerinden bir eleştiri yapılmıştır.

[4] Örnek olarak bkz. 1926 tarihli eTK m. 131; 281/2; m. 285; m. 289/b.2; m. 291.

[5] Nitekim İsviçre ve Alman hukuklarında da gerek kanunun (İsvBK m. 628; AktG §27) gerekse takiben doktrinin kullandığı "Sacheinlage" kavramı tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi eşya hukuku anlamında "şey/eşya"ya tekabül eden "Sache" kelimesi ile kurulmuş bir tertkiptir. Buna rağmen ayni sermaye kavramının karşılığı olan "Sacheinlage" kavramının yalnızca ZGB 641 vd. ve BGB § 90 anlamında "eşya (Sache)" niteliğindeki kıymetler için değil nakit dışındaki tüm değerleri ifade etmek üzere kullanıldığı konusunda bir tereddüt söz konusu değildir; Alman hukukunda açıkça bu yönde bkz. Arnold, Arnd, in **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Band 1-2. Teillieferung, §§ 1-53, Köln 2010, § 27/11; Heidinger, Andreas/Benz, Johannes, in **Kommentar zum Aktiengesetz von Spindler/Stilz**, §, 2. Auflage, Band 1, §§ 1-149, München 2010, § 27/10.

[6] "Ayın" kavramının ortaklıklar hukukunda da kullanılan bir kavram olduğu ve bunun anlamının eşya hukukundaki ayın kavramından açıkça farklı olduğu, ilk baskısı 1943 gibi oldukça erken bir tarihte yapılmış olan Türk Hukuk Lugatı'nda de sarih bir biçimde ortaya konmuştur. Lugatın "ayn" maddesinde öncelikle *"dış alemde kendi kendine var olan gayrişahsi ve maddi şey"* tanımı verilmiş, sonrasında ise *"geniş manada ayn; nakitten gayrı iktisabı kabil her türlü maddi ve gayrimaddi bütün servet unsurlarıdır…Ticaret Kanunumuzun 291 inci maddesinde ayn bu manada kullanılmıştır"* denilerek bu farka dikkat çekilmiştir, **Türk Hukuk Lugatı,** 3. Baskı, Ankara 1991, s. 27.

[7] Örneğin Arslanlı paradan başka/gayrı sermaye ile ayni sermaye kavramlarını bir arada kullanmaktadır, bkz. Arslanlı, Halil, **Anonim Şirketler I-Umumi Hükümler,** 3. Bası, İstanbul 1960, s. 34 vd., s. 199 vd.; ayrıca yazar başka bir yerde ayni sermayeyi *"…yani paradan başka sermaye…"* şeklinde tarif etmiştir, a.e., s. 24, ayrıca dn. 31; Davran eTK m. 279/b.4'te kullanılan "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve mallar" ifadesinin karşılığı olarak "ayni apor" tabirini kullanmaktadır,

bakımdan nakdi sermaye dışında kalan her türlü değerin doğal olarak ayni sermaye kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim 77/91/AET sayılı 2. Şirketler Hukuku Yönergesinin[8] 10. maddesinde "ayni sermaye"yi ifade etmek üzere "nakdi olmayan sermaye" tabiri kullanılarak bütünüyle bu yaklaşım benimsendiği gibi, benzer biçimde AktG § 27/1'de de ayni sermaye (Sacheinlage) kavramını açıklamak için *"payların ihraç değerinin tediye suretiyle ifa edilmediği sermaye"* ifadesi kullanılmıştır[9]. Nihayet TK metni de 1926 tarihli ilk düzenlemeden bu yana zaman zaman ayni sermaye yerine "paradan başka/nukuttan

---

Davran, Bülent, "Sermaye Şirketlerinde Ayni Apor Meseleleri", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** Ankara, 1961, s. 7 vd.; Göle ayni sermaye-nakdi sermaye ayırımı üzerinde dururken, para dışında kalan tüm ekonomik değerlerin ayni sermaye kapsamına dahil olduğunu belirtmektedir, Göle, Celal, **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt,** Ankara 1976, s. 27-28; Domaniç açık bir biçimde paradan başka mal ve hakların anonim şirkete sermaye olarak konması durumunda "ayın sermaye"nin söz konusu olacağını belirtmektedir, Domaniç, Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi II,** İstanbul 1988, s. 185; Bahtiyar da "Ortaklığa Para Dışında Sermaye Konulması" başlığı altında ayni sermaye/ayın sermaye kavramını açıklığa kavuşturmakta ve incelemesinin devamında bu kavramı kullanmaktadır, Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi,** İstanbul 2001, s. 154 vd.; bu konuda ayrıca bkz. Bahtiyar, Mehmet, "4487 Sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanununda Yapılan Önemli Bir Değişiklik: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarında Ayni Sermaye Olanağı", **Makaleler I,** İstanbul 2008, s. 317-318; buna karşılık İmregün "paradan başka sermaye" kavramını tercih etmekte, "ayın karşılığı çıkarılan paylar" ile "paradan başka sermaye" kavramlarını açıkça farklı anlamlarda kullanmaktadır, İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar,** Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s. 43 vd., s. 46, bununla birlikte yazarın bu ayırımı yaparken esas aldığı eTK m. 404 hükmü TK'ya alınmamıştır; Arıcı,"ayni sermaye" yerine "nakit dışı sermaye" veya "paradan başka sermaye" kavramlarını tercih etmektedir, **Alacak Hakkı,** s. 26; Akdağ Güney de ayni sermaye kavramının paradan başka getirilen her türlü ekonomik değeri ifade ettiğini belirtmektedir, Akdağ Güney, Necla, **Anonim Şirketlerde Kuruluş,** İstanbul 2014, s. 95.

[8] Belirtelim ki söz konusu 2. Yönerge 2012 yılında yürürlüğe giren 2012/30/AB sayılı Yönerge ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu değişiklik esasen 2. Yönergeye zaman içerisinde yapılan eklemeler dolayısıyla oluşan karmaşanın giderilmesi ve bütüncül bir metnin oluşması amacıyla yapıldığından konumuzu ilgilendiren maddeler bakımından bir sıralama değişikliği gerçekleşmemiş, 2. Yönerge'nin örneğin 7 ve 10. maddeleri yeni yönergede de aynı numaralar ve içerikle muhafaza edildiği gibi, yine ilerleyen satırlarda zaman zaman değineceğimiz 10a maddesi de yeni yönergeye 11. madde olarak dâhil edilmiştir. Tezimizde anılan yönergeden bahsettiğimiz kısımlarda "Sermaye Yönergesi" ibaresini kullanacağız. Ancak 2. Yönergenin yürürlükte olduğu dönemde bu yönergeden bahseden yazarların açıklamalarını alıntılarken ve ayrıca tarihsel olarak söz konusu metinden bahsederken "2. Yönerge" kısaltması tercih edilmiş ve böylece kaynak metne sadakat gösterilmiştir. Bununla birlikte madde içerikleri ve numaraları aynı kaldığı için bu farklı kullanımın yönerge düzenlemesine ulaşmak bakımından bir zorluk oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

[9] Buna bağlı olarak Alman doktrininde de ayni sermaye kısaca (kaydi veya nakdi) para dışındaki sermaye olarak tanımlanmaktadır, bu yönde bkz. Röhricht, Volker, in **Aktiengesetz Grosskommentar,** 4. neubearbeitete Auflage, Erster Band, Einleitung, §§ 1-53, Berlin 2004, § 27/12, yazar aynı yerde bu tür bir tanımlamanın yol açtığı problemlere de dikkat çekmektedir; Pentz, Andreas, in **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. Auflage, Band 1, §§ 1-75, München 2008, § 27/11; Arnold, **a.g.e.,** § 27/11; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/7; Bayer, Walter in **Aktiengesetz Kommentar von Schmidt/Lutter,** §, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Band 1, §§ 1-149, Köln 2010, § 27/6.

gayri sermaye" tabirini kullanmak suretiyle benzer bir tercihi ortaya koymuştur[10]. Şu halde sermaye türleri açısından yapılacak bir tasnifte genel olarak nakdi sermaye dışında kalan tüm kalemlerin ayni sermaye kapsamında olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte böylesi bir tanımlamanın esasen kavramın içeriğini belirlemekten çok, diğer yegâne sermaye türü olan nakdi sermaye ile sınırları netleştirmek bakımından faydalı olduğu vurgulanmalıdır. Nakit dışı değerler kural olarak ayni sermaye kümesi içerisinde yer almakta ise de, anonim ortaklık özelinde düşünüldüğünde bu kümeye dâhil tüm değerlerin otomatik olarak ayni sermaye kümesine dâhil olacakları da söylenemez. İşte bu yüzden yukarıdaki paragrafta anılan türden bir tanımlama anonim ortaklık açısından gerçek anlamda bir tanımdan ziyade bir sınır çizme olarak algılanmalıdır.

Gerçekten 1. bölümde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, Kara Avrupası hukukunda ayni sermaye meselesi esas sermaye ile olan hassas ilişkisi nedeniyle daima özel olarak düzenlenegelmiş bir başlıktır. Bu hukuk sisteminde hâkim olan yaklaşım, ayni sermaye kavramının bünyesinde esas sermaye sistemi bakımından özel bir tehlikenin mevcut bulunduğu yönündedir. Dolayısıyla ayni sermaye ile bağlantılı başka pek çok mesele bakımından söz konusu olduğu üzere, hangi malvarlıksal değerlerin ayni sermaye kümesine dâhil olduğu konusunda da Kara Avrupası kanun koyucuları –ölçeği değişmekle birlikte- bir takım sınırlamalar getirmişlerdir. Bu sebeple malvarlıksal bir kıymet "nakit" kavramı içerisinde değerlendirilememekle birlikte, buna ek olarak kanun koyucunun anonim ortaklıkta ayni sermaye bakımından getirdiği şartları taşımıyorsa, ayni sermaye kümesine de dâhil olamayacak, dolayısıyla böylesi değerler anonim ortaklığın öz sermaye finansmanı tartışma konusu olduğunda değerlendirme dışı kalacaklardır.

Nitekim Kara Avrupası hukuk kültürüne hâkim olan bu yaklaşım, Avrupa ortaklıklar hukukunun yeknesaklaştırılması sürecinin başlıca metinlerinden biri olan Sermaye Yönergesi'nde de kendisine yer bulmuş; söz konusu yönergenin 7. maddesinde *"ancak ekonomik olarak değerlenebilecek nitelikte (İngilizce metin);*

[10] Bkz. eTK m. TK m. 278/1; m. 279/2-b.4; TK m. 285/2. 1926 tarihli eTK m. 279/b. 4'te *"nukuttan gayri sermaye"* ifadesi kullanıldığı gibi; m. 291'de de daha dikkat çekici bir şekilde *"Bir aynı (nakitten gayri bir şeyi) sermaye vazeden"* ibaresi ile iki kavramın tamamen aynı şeyi karşıladığı açık bir biçimde ortaya konmuştur.

iktisadi değeri belirlenebilen/tespit edilebilen (Almanca metin) malvarlığı değerlerinin"[11] anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebileceği belirtilmiş, ayrıca bu şarta ek olarak açıkça *"iş ve hizmet edimlerinin"* ayni sermaye kavramı altında ele alınamayacağı da ifade edilmiştir. Böylece nakit dışı bir değer Avrupa hukukları bakımından en iyi ihtimalde 7. madde ile oluşturulan bu ikili filtre sistemini aştığı takdirde ayni sermaye yeterliliğini kazanabilecektir.

Belirtelim ki 7. madde ile getirilen bu sistemin Avrupa Birliği'ne dâhil olan milli hukuklar bakımından asgari bir standardı mı ortaya koyduğu, yoksa burada yer verilen ayni sermaye yeterliliği şartlarının nihai ölçüleri mi tespit ettiği konusu net değildir. Bu bakımdan yerel hukuklar düzeyinde 7. maddenin koyduğu şartların ötesine geçen ve böylece ayni sermaye yeterliliğini daha ağırlaştıran/sertleştiren düzenlemelere gidilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim Alman hukukunda bir görüş Yönergenin getirdiği ölçülerin nihai nitelikte olduğunu, dolayısıyla kanun koyucuların burada getirilenden daha ağır ayni sermaye yeterliliği şartları vaz edemeyeceğini belirtirken[12]; karşı görüşte olan yazarlar Yönerge düzenlemesinin asgari standartları ortaya koyduğunu, bu bakımdan üye ülkelerin daha ağır şartlara mevzuatlarında yer verebileceğini kabul etmektedirler[13, 14].

---

[11] Ayrıca "ekonomik değeri olan" şeklindeki çeviri için bkz. Yıldız, Şükrü, "Avrupa Birliğinin Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13 Aralık 1976 Tarih ve 77/91/EEC İkinci Konsey Yönergesi", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı,** I. Cilt, İstanbul 2001, s.605.

[12] Bu yönde bkz. Meilicke, Wienand, ""Verschleierte" Sacheinlage und EWG-Vertrag", **DB** 1990, s. 1173 vd.; "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlage", **BB** 1991, s. 579; Einsele, Dorothee, "Verdeckte Sacheinlage, Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", **NJW** 1996, s. 2684.

[13] Pentz, **a.g.e.,** § 27/87; Arnold, **a.g.e.,** § 27/10; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/106; Bayer, **a.g.e.,** § 27/57; Bayer, Walter/Schmidt, Jessica, "Die Reform der Kapitalaufbringung bei der Aktiengesellschaft durch das ARUG", **ZGR** 2009, s. 831 vd. Alman hukukunda konu özellikle Alman kanun koyucusunun örtülü ayni sermaye konusunda getirdiği sınırlayıcı düzenlemelerin 2. Yönergenin 11. maddesi ile uyumlu olup olmadığı meselesi özelinde tartışılmışsa da, burada yürütülen tartışmanın ayni sermaye yeterliliği bakımından Yönergenin 7. maddesinde aranılan şartların ağırlaştırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda da belirleyici olduğu haklı olarak ifade edilmiştir, bkz. Arnold, **a.g.e.,** § 27/8.

[14]Türk hukukunda anonim ortaklıklarda ayni sermaye yeterliliğinin şartları 6762 sayılı eTK döneminde kanun metnine özel olarak yansımış bir tartışma değildi. Ticaret şirketleri ile ilgili genel hüküm niteliğindeki TK m. 139 dışında anonim ortaklıklara özgü bir pozitif düzenlemenin yokluğunda konu daha ziyade doktrindeki yaklaşımla şekillenmekteydi. Buna karşılık aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirileceği üzere 6102 sayılı TK'da anonim ortaklıklarda ayni sermaye yeterliliği TK m. 342 ile özel olarak düzenlenmiş ve bu hükümle ayni sermaye yeterliliği ağır şartlara bağlanmıştır.

II. eTK DÖNEMİNDE TÜRK HUKUKUNDAKI DURUM

Türk hukukunda 1956 tarihli TK metni esasen anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilecek değerlerin çerçevesini oldukça geniş bir biçimde çizmiştir. Ortaklıklar hukukuna ilişkin genel hüküm niteliğindeki *"Sermaye koyma borcu"* kenar başlıklı eTK m. 139'da 8 bent halinde ve oldukça geniş bir biçimde bir ticaret şirketine sermaye olarak konulabilecek değerler sayılmış, ikinci bendin sonundaki *"...gibi sınai haklar"*, ayrıca 8. bendin sonunda kullanılan *"...gibi iktisadi değeri olan sair haklar"* ibareleriyle neredeyse ortaklıklar hukukunda her türlü ekonomik değerin sermaye yeterliliğini haiz olduğu izlenimi uyandırılmıştır. Şu halde eTK'nın ortaklıklar hukukuna ilişkin genel hükümleri kapsamında kanun koyucunun sermaye/ayni sermaye yeterliliği bakımından herhangi bir sınırlama getirmediği söylenebilecektir.

Ancak 139. madde hükmünün hemen başında söz konusu maddenin kanunda aksine hüküm bulunmadıkça geçerli bulunduğu da özellikle belirtilmiştir. Bu ibare daha ilk bakışta, anonim ortaklıklara ilişkin özel hükümler kapsamında m. 139'un getirdiği bu sınırsız özgürlük alanının daraltılacağına yönelik bir işaret algısı uyandırmaktadır. Buna karşılık hemen belirtmek gerekir ki eTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin dördüncü faslında açıkça 139. maddeye anonim ortaklıklar özelinde istisnalar getiren bir hükme rastlamak mümkün değildir. Aksine, örneğin eTK m. 285/2'de ayni sermayeyi ifade etmek üzere kullanılan *"sermaye olarak paradan başka iktisadi bir değer"* ibaresi ile, paralel bir ifadeye yer veren 139. maddenin yaklaşımının anonim ortaklıklar bakımından da kabul edildiği izlenimi uyandırılmıştır. Kısacası pozitif hukuk bakımından eTK sisteminin anonim ortaklıkta ayni sermaye olarak getirilebilecek kıymetler kümesini adeta "nakdi sermaye sayılamayan tüm değerler" şeklinde tespit ettiği söylenebilir.

Ancak hemen belirtelim ki pozitif düzenlemelerde benimsenen bu yaklaşım, yoğun bir doktrinel faaliyetin neticesinde törpülenmiş; daha açık bir ifadeyle pozitif

---

Milli mevzuat ile bu şekilde ayni sermaye yeterliliği konusunda Sermaye Yönergesine oranla daha ağır bir düzen öngörülecekse, öncelikle Yönerge'nin bu konuda ancak asgari standartları vaz etmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir. Oysa özellikle 6102 sayılı TK'daki yeni düzene rağmen, görebildiğimiz kadarıyla Yönergenin niteliğine ilişkin bu yönde bir tartışma yürütülmüş veya kanun koyucu en azından gerekçede bu konuda bir tutum belirlemiş değildir.

metinlerin uyandırdığı ultra-liberal izlenim, doktrinin değerlendirmeleri neticesinde en azından Sermaye Yönergesi ile belirlenen seviyeye doğru daraltılmıştır. Doktrinel faaliyet esnasında özellikle esas sermaye sisteminin nitelikleri, eşya hukuku ve icra hukukunun özellikleri ve düzenleme biçimleri dikkate alınmış, eTK'nın ayni sermaye hükümlerinin sözü edilen bu alanlardaki düzenlemelerle birlikte yorumlanması neticesinde, eTK metninin ilk bakışta verdiği izlenimin yanıltıcı olduğu, hukuk düzeninin ve ortaklıklar hukuku sistemimizin bütünü içerisinde böylesi bir serbestinin hem imkânsız ve hem de bilhassa şirket alacaklılarının menfaatleri bakımından zararlı olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede doktrinde benimsenen hâkim görüş özet olarak ancak bir malvarlığı değeri arzeden kıymetlerin anonim ortaklıkta ayni sermaye konusu olabileceğini, ayrıca bu değerlerin de işin niteliği gereği devredilebilir ve para ile ölçülebilir/aktif olarak bilançoya geçirilebilir olmaları gerektiğini, bu çerçevede özellikle şahsi emek ve ticari itibarın ayni sermaye yeterliliğini haiz olmadığını vurgulamıştır[15].

III. AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

A. TK'nın Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümleri

Yeni TK'nın şirketler hukukuna ilişkin genel hükümleri arasında eTK m. 139'un muadili niteliğinde olan TK m. 127'ye yer verilmiştir. Hemen belirtelim ki bu madde eTK m. 139 ile önemli ölçüde paralellik arzetmektedir. Şöyle ki; eTK m. 139'da yer verilen ve ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği belirtilen tüm değerler –kimi zaman farklı adlandırmalarla da olsa- TK m. 127'de de aynen yer almıştır. Ancak m. 127'de ek olarak eTK m. 139'da yer almayan iki bent dikkat çektiği gibi, ayrıca yine eski düzenlemede karşılığı bulunmayan ikinci bir fıkraya da yer verilmiştir.

Bahsi geçen bentlerden bir tanesi bilgisayar ve internet teknolojisinin gelişimine bağlı olarak ortaya çıkan yeni bazı ekonomik değerlerin de ayni sermaye

[15] eTK döneminde ayni sermaye yeterliliğine ilişkin ilkeler hakkında genel olarak bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 34; Davran, **a.g.m.,** s. 7-8; Ansay, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku,** Altıncı Baskı, Ankara 1982, s. 33; İmregün, **a.g.e.,** s. 26 ve dn. 13; Teoman, Ömer, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri,** İstanbul 1978, s. 20-21; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 14 vd.

yeterliliğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğini açıkça belirtmektedir. Bahsi geçen "h" bendinde *"Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler"*in ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecekleri düzenlenmiştir. Yeni olduğundan bahsettiğimiz diğer bent olan "j" bendi ise bu bölümde yer alan açıklamalar bakımından özel olarak önem arzeden bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Söz konusu bent TK döneminde doktrin tarafından geliştirilen ayni sermaye yeterliliği kriterlerini bir pozitif hukuk kuralı şekline dönüştürmüş olması bakımından önemli bir düzenleme niteliğindedir.

Söz konusu bentte *"Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer"*in ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği belirtilmektedir. Böylece öncelikle ayni sermaye yeterliliği hususunda uzun süredir üzerinde uzlaşılmış iki nitelik açıkça kanuni ifadesini bulmuş olmaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, önceki dönemde doktrinin yalnızca anonim ortaklık bakımından ortaya koyduğu bu iki şartın etki alanının, tüm ticaret şirketlerini kapsayacak şekilde genişletilmiş olmasıdır.

Söz konusu bent yine eski dönemde doktrinde benimsenen bir başka kabulü de açıkça desteklemektedir: eTK m. 139'da yer alan çeşitli ifadeleri göz önünde bulunduran doktrin maddenin sınırlayıcı nitelikte olmadığını ve bu maddede açıkça yer verilmeyen başkaca ekonomik değerlerin de ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak taahhüt edilebileceğini kabul etmekteydi. TK m. 127'nin "j" bendi bu görüşü eTK m. 139'un aksine oldukça açık bir biçimde teyit etmekte ve devrolunabilirlik ile nakden değerlendirilebilirlik şartlarını taşıyan *"her türlü değer"*in ticaret şirketleri bakımından sermaye yeterliliğini haiz olduğunu ifade etmektedir.

Ancak ticaret şirketlerine ilişkin bu genel hükümde de tıpkı eTK dönemindeki muadilinde söz konusu olduğu gibi birinci fıkranın hemen başında maddenin ancak *"kanunda aksine hüküm olmadıkça"* uygulanabileceği belirtildiği gibi, ayrıca ikinci fıkrada sayılan çeşitli maddelere açıkça birinci fıkra anlamında "aksine hüküm" olarak işaret edilmiş; bu kapsamda komandit, anonim ve limited şirketler bakımından öngörülen özel düzenlemeler saklı tutulmuştur.

B. Anonim Ortaklığa İlişkin Özel Hükümler

1. Genel Olarak

Aslına bakılırsa TK bakımından böyle bir ikinci fıkraya yer verilmeseydi dahi 127. maddenin istisnalarının yine de kolaylıkla göze çarpacağı söylenmelidir. Zira kanun koyucu eTK'dan farklı olarak çeşitli şirket tiplerine ilişkin özel hükümlerde bu kez çok açık bir biçimde genel hükmün istisnalarını ortaya koymuş bulunmaktadır. Konumuz kapsamında anonim ortaklık bakımından öngörülen TK m. 342 düzenlemesi de bu anlamda genel hükmün getirdiği rejimden -hiçbir yoruma ihtiyaç bırakmayacak nitelikte açık bir biçimde- ayrılmaktadır. Hatta yeni kanunun özel hükümler kapsamında benimsediği bu yaklaşım dolayısıyla –eski kanun bakımından gerekli olduğu söylenebilecek olan- 127. maddenin 2. fıkrasının "olmasa da olur" nitelikte bir hüküm olduğu söylenebilir.

Gerçekten TK'nın anonim şirketlere ilişkin kısmında yer alan *"Ayni sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları"* başlıklı 342. maddesinin birinci fıkrasında, eTK'da karşılığı bulunmayan ve anonim ortaklıklara özgü olarak ayni sermaye yeterliliği meselesini ele alan yeni bir hükme yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm, içeriği itibariyle genel olarak anonim ortaklıklar bakımından küçük, ayni sermaye meselesi özelinde ise hiç de küçük olmayan bir yenilik sayılabilir. Hükmün nev'i şahsına münhasır karakteri sadece eTK'ya nispetle değil, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk bakımından da dikkat çekicidir. Zira söz konusu düzenleme istisnai bir biçimde herhangi bir mehaza dayanmamakta, tabiri caizse Türk kanun koyucusunun imzasını taşımaktadır.

Söz konusu maddenin daha ilk bakışta göze çarpan en belirgin özelliği, eTK'nın yaklaşımının tam aksine, anonim ortaklıklar bakımından ayni sermaye yeterliliğini çok sert/sıkı şartlara bağlamış, netice itibariyle anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilecek ekonomik değerlerin kapsamını önemli ölçüde daraltmış olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre üzerlerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden değerlenebilme veya devredilebilirlik özelliği bulunmayan

malvarlığı unsurlarının anonim ortaklıklar özelinde[16] ayni sermaye yeterliliği bulunmamaktadır. Maddenin bu ilk cümlesinin ayni sermaye yeterliliğine ilişkin 4 temel şart ortaya koyduğu söylenebilir: Buna göre öncelikle ayni sermayeden söz edilebilmesi için bir "malvarlığı" unsurunun bulunması gerekir (1). Bu kavram içerisinde olduğu kabul edilebilen kıymetler de ancak nakden değerlendirilebilmeleri (2), devredilebilir olmaları (3) ve nihayet üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve(ya) tedbir bulunmaması (4) şartıyla ayni sermaye olarak kabul edilebilirler.

Ancak hükmün olumlu kipte kurulan ilk cümlesini takip eden ve olumsuz bir yapı içeren ikinci cümlede bazı değerlerin açıkça ayni sermaye olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre *"hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar"*yukarıdaki paragrafta sayılan ve ayni sermaye yeterliliğinin tespitinde kullanılacak olan şartları taşıyıp taşımadıkları tartışılmaksızın, ikinci cümlenin açık ifadesi ile ayni sermaye yeterliliği bulunmayan değerler olarak sayılmışlardır[17].

---

[16] Bu arada TK m. 342'nin neredeyse tamamen aynı olan bir düzenlemenin TK m. 581 ile limited ortaklıklar için getirildiği de belirtilmelidir. Ancak TK m. 581'de TK m. 342'nin "haciz ve tedbir" şeklindeki ifadesi doğru olarak "haciz veya tedbir" şeklini almış, ayrıca TK m. 342'de "fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar"dan bahsedilirken, TK m. 581'de "fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar" ifadesine yer verilmiştir. Nihayet TK m. 342/2'de TK m. 128'e atıf yapılmışken, TK m. 581/2'de TK m. 127'ye atıf yapılmıştır. Zikredilen ufak farklar bir tarafa bırakılırsa, anonim ortaklıklarda ayni sermaye yeterliliğine ilişkin bu yeni düzenlemenin ve onun getirdiği rejimin limited şirketlerde de aynen uygulama alanı bulacağı söylenmelidir.

Bu arada TK m. 581 hükmünün kanunda bulunmasına kesinlikle ihtiyaç olmadığıi, zira zaten TK m. 578 hükmü ile anonim şirketlerdeki ayni sermaye ve ayni devralma hükümlerine genel bir yollama yapıldığı yönündeki haklı eleştiri için bkz. Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler,** Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 486.

[17] Bu arada aynı maddenin ikinci fıkrasında TK m. 128'in ne amaçla saklı tutulmuş olduğu anlaşılamamaktadır. Ticaret şirketlerine sermaye taahhüt edilmesinin hükümlerini düzenleyen 128. madde zaten ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler arasında yer almaktadır ve bu bakımdan anonim şirketlere ilişkin aksi yönde özel bir düzenleme olmadığı müddetçe, ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın, anonim ortaklıklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Aynı eleştiri limited şirketler bakımından TK m. 581/2 ile 127. maddeye yapılan atıf için de geçerlidir (karş. böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyuluyorsa, doğru olan atfın 128. maddeye değil TK m. 581/2'de olduğu gibi 127. maddeye yapılması gerektiği yönünde Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 230, dn. 32). Öte yandan neredeyse birbirinin aynı olan iki düzenlemenin ardışık iki farklı maddeye atıf yapmış olması da kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanmış olmalıdır.

Ayrıca madde gerekçesinde yer verilen *"342 nci madde, anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek ayınları ve bunların hukukî durumlarını genel hükümlerden farklı olarak, ancak ilgili maddeyi saklı tutarak düzenlemiştir"* şeklindeki ifade de kafa karıştırıcıdır. Zira bir kere 342. madde kapsamında anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek ayınların "hukuki durumlarına" ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca m. 342'de ayni sermaye yeterliliği meselesi düzenlendiğine

2. Bir Malvarlığı Değeri Teşkil Etme:

Anonim ortaklıklarla ilgili olarak TK m. 342/1'de ayni sermaye yeterliliği için aranan özel şartlar sıralanırken, fıkranın birinci cümlesinin sonunda burada sayılan özellikleri taşıyan *"malvarlığı unsurları"*nın ayni sermaye olarak taahhüt edilebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede tercih edilen bu ifade biçimi dikkate alındığında bir ekonomik kıymetin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi için aranan öncelikli şartın, söz konusu kıymetin "malvarlığı" kavramının kapsamına girmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Nitekim eTK döneminde Türk doktrininde ayni sermaye yeterliliğine ilişkin olarak yapılan incelemelerde benimsenen genel kanaat, bir değerin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi için öncelikle "malvarlığı" kavramına dâhil olması gerektiği yönündedir. Bu görüş doktrinde öteden beri nispeten belirsiz bir biçimde ve özel bir başlık altında sunulmaksızın ileri sürülmüşse de[18], tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk defa Arıcı ayni sermaye yeterliliğine ilişkin söz konusu şartı ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak değerlendirmiştir[19].

Her ne kadar eTK'da ayni sermaye yeterliliği bakımından açık bir şekilde malvarlığı değeri teşkil etme şartından bahsedilmemiş, hatta eTK m. 139'da oldukça geniş ve sınırlayıcı olmayan bir düzenlemeye yer verilmişse de, eTK döneminde özellikle eTK m. 279/2 b. 4 ve m. 285/2'de kullanılan ifadeler üzerinde duran yazarlar "malvarlığı değeri teşkil etme" şartından bahsetmişlerdir.

Bu maddelerden ilki esas sermayeye yazılması gereken kayıtları düzenlemektedir. Zikredilen bendde kullanılan ve ayni sermaye taahhütlerine işaret

---

göre saklı tutulduğu söylenen "ilgili madde"nin de genel hükümlerde aynı konuyu düzenleyen 127. madde olması icap eder. Mevcut durumda m. 342/2 de 128. maddenin saklı tutulmuş olmasının bu açıdan da hatalı olduğu söylenebilecektir.

[18] Örneğin Tosbi "anonim ortaklıkta yegane teminatı teşkil eden sermayenin de maddi unsurlara dayanması" gerektiğini ifade etmekte (Tosbi, Sadrettin, **Anonim Şirketler,** Ankara 1943, s. 28) Arslanlı, ayni sermayenin paradan başka "hak ve mallar" olması üzerinde durmakta (Arslanlı, **C. I,** s. 34-35); İmregün anonim ortaklıklara ancak mülkiyet hakkına konu olabilen şeylerin sermaye olarak konabileceğini belirtmekte (İmregün, **a.g.e.,** s. 26, dn. 13); Teoman, *"bir malvarlığı değeri arzeden…eşya ve haklar"*dan bahsetmekte (Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20); Bahtiyar bir malvarlığı değeri arzeden unsurların ayni sermaye olabileceğini ifade etmektedir (Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154).

[19] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 14 vd.

eden *"Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve mallar"* ibaresi doktrin tarafından anonim ortaklığa getirilebilecek ayni sermayenin yalnızca "hak ve mal" olabileceği, dolayısıyla hak ve mal kategorisine girmeyen ekonomik değerlerin ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı şeklinde yorumlanmıştır[20].

Bu konuda üzerinde durulan ikinci madde olan eTK m. 285/2'de ise her ne kadar *"sermaye olarak paradan başka iktisadi bir değer"* ibaresi ile yine eTK m. 139'daki yaklaşıma paralel bir duruş ortaya konulmuşsa da, doktrinde özellikle aynı fıkrada ayni sermaye bakımından *"şirketin hükmi şahsiyet kazandığı tarihten itibaren onlar üzerinde malik sıfatiyle doğrudan doğruya tasarruf edebileceğinin"* düzenlenmiş olmasına dikkat çekilmiş; bu çerçevede üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmesi söz konusu olmayan ekonomik değerlerin ayni sermaye olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmiştir[21].

Ayrıca doktrinde Arıcı bu gerekçelerin yanı sıra amaçsal yorum tekniği ile de aynı sonuca varmış; özetle ortaklıkla ilişkiye geçen üçüncü kişilerin korunması bakımından ayni sermaye olarak ortaklığa getirilmesi söz konusu olan malvarlığının *"teknik anlamda bir malvarlığı menfaatinin sağlanmasına"* ilişkin olması gerektiğini belirtmiş[22]; bu bakımdan kişisel emek ve ticari itibar[23] ve hatta kısmen know-how gibi değerlerin[24] teknik anlamda malvarlığı kapsamına girmediğine işaret etmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında görüleceği üzere eTK döneminde doktrinde benimsenen, yalnızca maddi edim niteliğindeki malvarlıksal değerlerin

---

[20] Arslanlı, **C. I,** s. 34; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 15; yazar bu noktada özellikle "malvarlığı" kavramı üzerinde durmakta ve eTK m. 279/2 b. 4'te kullanılan ibarelerin tesadüfi olmadığını (s. 32), söz konusu ibarenin açıkça sermaye taahhüdüne konu olan ayni değerin bir malvarlıksal değer olması gerektiğini ifade ettiğini belirtmektedir. Yazara göre özellikle teknik anlamda "malvarlığı" kavramı göz önünde bulundurulduğunda, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilecek edimler ancak müsbet edim niteliğinde olabilecek, ayrıca buna ek olarak ancak malvarlığından yerine getirilmesi zorunlu olan maddi edimler ayni sermaye yeterliliğini haiz olacaktır (s. 18).

[21] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 16; Arslanlı ise eTK m. 285/2'nin ifadesinin şirketin iktisadi değerler üzerinde malik sıfatıyla tasarruf imkânına sahip olmasının şart olduğu şeklinde yorumlanmaya müsait olduğunu, ancak yabancı doktrinde henüz mülkiyet hakkına konu olamayan iktisadi değerlerin de sermaye olarak kabul edilebileceği kanaatinin hâkim olduğunu belirtmektedir, Arslanlı, **C. I,** s. 35, dn. 67.

[22] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 16, 21.

[23] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 18, 32 vd.

[24] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 19 vd.

ayni sermaye yeterliliğine sahip olacağına yönelik kısıtlama temelde lafzi ve gayi yorum metodları çerçevesinde ortaya konulan iki gerekçe ile savunulmaktadır. İlk gerekçeye göre eTK m. 139'un uygulanması aynı maddede açıkça *"Kanunda aksine hüküm olma(ması)"* şartına bağlanmıştır ve eTK'nın özellikle iki maddesinde (eTK m. 279/2 b. 4 ve 285/2) kullanılan çeşitli ibareler bu anlamda aksine hüküm olarak değerlendirilmelidir. İkinci gerekçe ise özellikle kanun koyucunun anonim ortaklık bakımından benimsediği sermaye ve sorumluluk sistemini dikkate almakta, TK m. 139'da sağlanan serbestinin anonim ortaklıklar bakımından tam anlamıyla uygulanmasının özellikle alacaklılar bakımından tehlikeli olduğunu, amaca uygun bir yorum yapıldığı takdirde bu çerçevenin daraltılması gerektiği sonucuna ulaşılacağını belirtmektedir.

TK m. 342'de ise bu defa çok daha açık bir biçimde "malvarlığı" kavramından bahsedilmiş olması dolayısıyla, kanun koyucunun eTK döneminde doktrinde genel olarak benimsenen bu kanaati yeni kanunun metnine yansıtmış olduğu sonucuna varılabilir[25]. Ancak kanımızca söz konusu ibareye bir ayni sermaye şartı olarak anlam yüklemeden önce daha derinlemesine bir inceleme yapılması ve bu çerçevede bir sonuca ulaşılması icap eder. Bu bakımdan biz de aşağıda, eTK döneminde doktrinde ortaya konan gerekçeleri de değerlendirerek, TK m. 342'deki bu tercihin ayni sermaye yeterliliği bakımından özel bir anlamının bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışacağız.

a. Hükmün Lafzı Bakımından:

TK m. 342'deki "malvarlığı unsurları" ibaresinin teknik hukuki anlamda malvarlığı/mamelek kavramına tekabül edip etmediği belirlenirken, bir yandan bu kullanımın ne ölçüde bilinçli bir tercihin ürünü olduğu (lafzi yorum), diğer yandan da bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak malvarlığı/mamelek kavramına yollama yapmanın yerinde olup olmadığı üzerinde (amaçsal yorum) durmak gerekir.

Öncelikle hükmün lafzı bakımından bir değerlendirme yapıldığında, burada bilinçli bir biçimde malvarlığı/mamelek kavramına gönderme yapıldığı sonucuna

[25] Yeni dönemde Akdağ Güney ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığının maddi edime ilişkin olması gerektiğini belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 96, 97-98.

varılamayacağı kanaatindeyiz. Bu noktada bize göre daha doğru olan yaklaşım, anonim ortaklıkta ayni sermaye yeterliliği şartlarını düzenleyen TK m. 342'nin temelinde Sermaye Yönergesinin 7. maddesinin yattığı ve maddede yer verilen "malvarlığı unsurları" ibaresinin de orada kullanılan "Vermögensgegenstand/Asset" kelimesine tekabül ettiği şeklinde olacaktır. Gerçekten de TK'ya özgü önemli değişiklikler göz ardı edilmemek kaydıyla ayni sermaye yeterliliği konusunda baz alınan asgari düzenlemenin Sermaye Yönergesi olduğu şüphesizdir. Nitekim TK'nın genel gerekçesinde de kuruluş ve sermayenin korunması ile ilgili olarak söz konusu Yönerge hükümlerine açıkça işaret edilmiştir[26].

Öte yandan TK m. 342'deki "malvarlığı unsurları" ibaresinin teknik bir kavram olarak kullanıldığı kabul edildiğinde, öncelikle bunun eşya hukukundaki "malvarlığı/mamelek" kavramına mı yoksa bilanço hukukundaki "varlık" kavramına mı tekabül ettiğinin tespiti gerekir. Zira mehaz niteliğindeki Sermaye Yönergesi m. 7'de yer verilen "Vermögensgegenstand/Asset" terimi esasen bilanço hukukuna ait bir terimdir ve Türkçe karşılığı da "varlıklar" olarak çevrilmek gerekir[27]. Nitekim TK m. 342'nin aynı zamanda bir bilanço hukuku meselesi olan sermayeyi konu edinmesi, bilançoya ilişkin düzenlemelerin de TK'da yer alması ve TK m. 342'de yer alan "nakden değerlenebilme" şartının da bir bilanço meselesine işaret eder görünmesi karşısında, hükümde yer verilen "malvarlığı unsurları" ibaresinin de bir eşya hukuku kavramından ziyade bilanço hukuku kavramı olarak kullanıldığı sonucuna varmak pekâlâ daha akla yakın gözükmektedir. Nitekim TK'nın ticari defterlere ilişkin 64 vd. maddelerinin mehazı niteliğindeki HGB'nin ilgili hükümlerinde yer alan "Vermögensgegenstand" kavramı söz konusu hükümlerde çoğu defa "varlık/varlıklar" şeklinde tercüme edilmiştir. Bu noktada örnek olarak TK m. 68/1'deki "varlık" tabirinin HGB m. 242/1'deki "Vermögen" kavramını

[26] TK Genel Gerekçe, Kn. 57 (metin için bkz. Kendigelen, Abuzer, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun,** İstanbul 2011, s. 30).

[27] Nitekim bilanço hukukundaki "Vermögensgegenstand" kavramının, bir medeni hukuk kavramı olan ve "haklar ve mallar"ı ifade eden "Gegenstand" kavramından daha geniş olduğu ve bir hak konusu olmayan şeyleri, bu kapsamda örneğin patenti alınmadığı için sınai haklar kapsamında korunmayan buluşları da kapsadığı yönünde bkz. Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 216. Bu bakımdan Sermaye Yönergesinin Almanca metninde de Türkçe'deki "malvarlığı"nın karşılığı olan "Gegenstand" teriminin değil "varlık" karşılığı olan "Vermögensgegenstand" teriminin tercih edildiğine bir kez daha dikkat edilmelidir.

karşıladığı; aynı şekilde TK m. 72'deki "tüm varlıklar" ibaresinin mehaz HGB m. 246/1'deki "sämtliche Vermögensgegenstände" ibaresine karşılık geldiği gösterilebilir[28].

Diğer taraftan yine TK'nın bilanço ile ilgili hükümlerine göz atıldığında, TK m. 342'de de yer verilen "malvarlığı unsurları" ibaresinin TK'da eşya hukukuna özgü teknik anlamıyla kullanılmadığı, hatta bu bakımdan kavramın kullanımı noktasında özenli davranılmamış olduğu sonucuna ulaşılabilir. Nitekim yukarıdaki paragrafta bahsettiğimiz üzere bilançoya ilişkin TK hükümlerine kaynaklık eden HGB'deki "Vermögensgegenstand" kavramı bazı hükümlerde daha yerinde bir tercihle "varlık/varlıklar" olarak çevrilmişken örneğin TK m. 72/1, c. 2'de mehaz HGB m. 246/1'deki "Vermögensgegenstand" kavramına karşılık olarak tam da TK m. 342'de olduğu gibi "malvarlığı unsurları" terkibine yer verilmiştir. Şu halde TK'da kullanılan "malvarlığı unsurları" ifadesine teknik hukuki bir anlam vermek noktasında acele etmemek gerektiği, özellikle de bununla eşya hukukundaki "malvarlığı/mamelek" kavramına işaret edildiği sonucuna varmanın, bu örnekler karşısında lafzen de kolay görünmediği sonucuna varılmalıdır[29].

---

[28] Alman hukukunda da Sermaye Yönergesi m. 7'yi takiben AktG § 27/2'de kullanılan "Vermögensgegenstand" kavramı etrafındaki tartışmalar, bilanço hukukuna ilişkin bu kavramın kullanılmış olması dolayısıyla "Bilançolaştırılabilme" şartının bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak kabul edilmesinin gerekip gerekmeyeceği noktasında toplanmaktadır, bu tartışmalar için bkz. aşağıda I, C, 2, b, (1).

[29] eTK döneminde bu konudaki lafzi yorumun dayanağı olarak kabul edilen iki madde eTK m. 279/2 b. 4 ve 285/2'dir. İlk maddede paradan başka sermaye olarak konan "haklar ve mallar"dan bahsedilmesi; ikinci maddede ise her ne kadar başlangıçta "paradan başka iktisadi bir değer"den söz edilerek eTK m. 139'da çizilen geniş çerçeveye sadık kalındığı izlenimi uyandırılsa da aynı hükmün sonraki kısmında şirketin bu değerler üzerinde "malik sıfatıyla" tasarruf edebileceğinden söz edilmesi karşısında doktrin, kanun koyucunun anonim ortaklıklar bakımından eTK m. 139 ile getirilen genel düzenden ayrıldığını belirtmiştir. Bu çerçevede anonim ortaklıklarda söz konusu iki hükmün çizdiği sınırlar dolayısıyla ancak "haklar ve mallar" kapsamına giren ve üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmeye müsait değerlerin, kısaca "malvarlığı" değerlerinin ayni sermaye yeterliliğini haiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Kanımızca hâkim görüşün literal yorum sırasında kullandığı ve eTK'nın iki hükmünde geçen ibarelere dayanarak, kanun koyucunun ayni sermaye bakımından genel hükümlerde ortaya koyduğu ilkelerden anonim ortaklıklara özgü olarak ayrıldığını söylemek kolay görünmemektedir. Bir kere bu gerekçenin zayıf olduğu, bizzat dayanak olarak gösterilen iki hükümde ayni sermayeyi tanımlar gibi gözüken ifadelerin birbirine taban tabana zıt olmasından anlaşılmaktadır. Gerçekten daha önce aktardığımız üzere eTK 279/2 b. 4'ün ayni sermayeden bahsederken "haklar ve mallar" ibaresine yer vermesi, buna karşılık bu defa 285/2'nin ayni sermayeyi "paradan başka iktisadi bir değer veya menkul mal" şeklinde açıklaması, doktrinde iddia edilenin aksine kanun koyucunun bu hükümlerde kullandığı terimlerin bilinçli olmadığını, hatta aksine özensiz bir kullanım dolayısıyla sonuç olarak iki hükmün iki farklı yoruma ulaştıracak noktaya geldikleri belirtilmelidir.

b. Hükmün Gözettiği Amaç Bakımından:

TK m. 342'deki malvarlığı unsurları ibaresinin eşya hukuku anlamında malvarlığı/mamelek kavramına karşılık geldiği sonucuna ulaşmanın amaçsal olarak da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Hâlbuki eTK döneminde ayni sermaye yeterliliğinin bir şartının da bunun bir malvarlığı değeri teşkil etmesi olduğunu savunan görüşe göre, esas sermayenin güvence fonksiyonunun işlerlik kazanabilmesi ve ortaklıkla ilişkiye geçecek kimselerin korunabilmesi için sermayeyi oluşturacak kalemlerin "malvarlığı" kavramının kapsamına girmesinin gerekli olduğu

---

Bu noktada TST m. 62'nin de dikkat çekici bir düzenleme olduğu belirtilmelidir. Tüzüğün, diğer konuların yanı sıra anonim şirketlerde ayni sermaye meselesine ilişkin olan bu maddesinde açıkça "Şirkete sermaye olarak paradan başka mal veya hak veya bir işletme, yahut şahsi emek konulması"ndan bahsedilmektedir. Özellikle şirketler hukukunda normlar hiyerarşisi ilkesinin sıkça ihlal edildiği gerçeği göz önünde bulundurulmak kaydıyla, TST'de ortaya konulan yaklaşımın, kanun koyucunun eTK'daki ibareleri bilinçli bir biçimde kullandığı ve böylece anonim ortaklıklar bakımından eTK m. 139 ile getirilen rejimden ayrılmak istediği şeklindeki yorumu zayıflattığı, tam aksine bu rejimin anonim ortaklıklar bakımından da benimsendiği sonucuna ulaştıracağı belirtilmelidir.

Öte yandan hâkim görüşün bu ibarelere dayanarak benimsediği "malvarlığı" kavramının da, söz konusu görüşün ulaşmak istediği noktayı temsil eden ortak bir kavram olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışılmalıdır. Bir kere eşya hukukuna ait bir kavram olarak malvarlığının kapsamının ne olduğu konusunda bir netlikten bahsedilemez. Örneğin gerçekten ticaret hukuku öğretisinin genel olarak kabul ettiği üzere malvarlığı ancak hak ve mallardan oluşan bir birlik midir? Bu kapsamda doktrinde malvarlığının kapsamına hak ve mallar dışında hukuki ilişkilerin de girdiğini belirten görüşü zikretmekle yetinelim. Şu halde malvarlığı kavramının tartışmasız biçimde yalnızca eTK m. 279/2 b. 4 anlamında hak ve mallardan ibaret bulunmadığı ve dolayısıyla malvarlığı kavramının bu görüş bakımından elverişli olmadığı sonucuna varılabilir. Diğer taraftan hâkim görüş hak ve mallar dışındaki değerlerin malvarlığı kavramının kapsamına girmediğini kabul ettiğine göre, örneğin kişi ortaklıkları bakımından sermaye yeterliliğinden şüphe edilemeyecek olan ticari itibar, şahsi emek gibi değerlerin oluşturduğu topluluk hukuken nasıl değerlendirilecektir/tanımlanacaktır?

Öğretinin dayanak olarak zikrettiği bir başka madde de eTK m. 285/2'dir. Bu maddede ayni sermaye taahhüdünün, şirketin tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren bu değerler üzerinde "malik sıfatiyle doğrudan doğruya tasarruf edebileceği" anlamına geldiği ifade edilmiştir. Bu ibare dolayısıyla öğretide ancak şirketin üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarrufta bulunabileceği değerlerin ayni sermaye yeterliliğinin bulunduğu ileri sürülmüştür. Hâlbuki kanun koyucu ayni sermayenin bir malvarlığı üzerinde yalnızca mülkiyet hakkının devri suretiyle kurulabileceğini belirtmiş değildir. Aksine eTK m. 139'da mülkiyetin devri yerine yalnızca ayni hak tesisi veya bir menkul ve gayrimenkuller üzerindeki yararlandırma ve kullandırma haklarının ayni sermaye konusu olabileceği belirtildiği gibi, bununla sadece ayni hakların değil, alacak hakkı niteliğindeki yararlanma ve kullanma haklarının da kastedildiği, bu kapsamda örneğin kiracılık hakkının da ayni sermaye olabileceği belirtilmiş, giderek söz konusu maddenin sınırlayıcı bir düzenleme içermemesi karşısında yalnızca taşınır ve taşınmazlar değil, her türlü malvarlığı üzerindeki kullanma ve yararlanma haklarının ayni sermaye konusu olabileceği ifade edilmiş, bu imkân anonim ortaklıklar bakımından da kabul görmüştür. Şu halde ayni sermaye yeterliliği bakımından bir değer üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasının bir ön şart niteliği taşımadığı, aksine alacak hakkı niteliğindeki kullanma ve yararlanma haklarının dahi ayni sermaye yeterliliğini haiz olduğu kabul edildikten sonra, bir değerin ayni sermaye yeterliliğine sahip olması için mutlaka "ortaklık tarafından sahip olunabilecek" nitelikte olması gerektiği sonucuna nasıl varılabilecektir?

belirtilmiştir[30]. Bu kapsamda güvence fonksiyonunun amaca ulaşabilmesi için ortaklıkla ilişkiye giren kişilerin alacaklarını tahsil amacıyla gerektiğinde ortaklık malvarlığına başvurabilmelerinin icap ettiği, bunun için ise ortaklığa sermaye olarak getirilen değerlerin paraya çevrilebilir ve haczedilebilir olması gerektiği ifade edilmiştir[31].

Ancak hemen belirtelim ki esas sermayenin alacaklıları koruma fonksiyonunu gerekçe göstererek, doktrinde yaygın olarak benimsenen kapsamıyla malvarlığı içerisinde değerlendirilemeyen kıymetlerin ayni sermaye yeterliliği bulunmadığını belirtmek kanımızca yerinde değildir. Bir kere sermayenin korunması ilkesinin ortaklıktan talebi, kuruluş sırasında esas sermaye miktarı olarak tespit edilen parasal değere uygun bir işletme sermayesinin ve kuruluşun ciddiyetini sağlayan bir malvarlığının oluşturulması, daha sonra da esas sermaye miktarına karşılık gelen malvarlığının ortaklık bünyesinde mevcudiyeti garanti altına alınmadıkça malvarlığından ortaklara dağıtım yapılmasının önlenmesidir. Bunun dışında getirilen sermayenin sonradan üçüncü kişiler/alacaklılar tarafından haczedilebilir olup olmadığı bu sistem ve ilkeler tarafından hiçbir şekilde garanti edilmiş değildir. Nitekim esas sermaye sisteminin gereği olarak ortaklığa getirilen sermayenin adeta bir çelik kasa içerisinde muhafaza edildiği şeklindeki yaklaşımdan da dikkatle sakınmak gerekir. Zira esas sermayeye karşılık olarak getirilen malvarlığının iki temel fonksiyonundan biri de ortaklık için işletme sermayesi oluşturmasıdır. Sermayenin bu fonksiyonu dolayısıyla şirket faaliyete geçtiği andan itibaren bu malvarlığı üzerinde zorunlu olarak tasarruf etmek durumundadır. Özetle alacaklıların tatminine yarayan "yığın" esas sermayeye karşılık olarak getirilen ve dokunulmaksızın muhafaza edilen ilk malvarlığı değil, bu yekûnun kullanılmasıyla oluşan ve çok çeşitli iktisadi değerlerin bir bütünü olan ortaklık malvarlığıdır.

Esas sermaye etrafında böyle bir dokunulmazlık zırhı bulunmadığı içindir ki ortaklığın faaliyete geçmesi ile birlikte, kuruluş anında ortaklığın bilançosunun aktif tarafında yer alan ve şirket esas sermayesine karşılık gelen malvarlığı kalemleri

[30] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 17.

[31] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 21; Haczedilebilirliğin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak ileri sürülmesinin yerinde olup olmadığı konusunda bkz. aşağıda I, C, 2, D, (2).

sürekli olarak değişime uğrar; bu değişim mevcut kalemler arasındaki geçişler şeklinde gerçekleşebileceği gibi, başlangıçtaki kalemlerin kullanımı neticesinde zamanla yeni kalemler de oluşabilir. Böylece ilk anda esas sermaye olarak getirilen malvarlığı değerleri, hâkim görüşün zorunlu gördüğü şart gereği alacaklıların tatminini mümkün kılan birer "malvarlığı" değeri niteliğinde olsalar dahi, ortaklığın faaliyete geçmesi ile birlikte bu değerler üzerinde –işletme konusuna ve sermayenin muhafazasına ilişkin sınırlama göz önünde bulundurulmak kaydıyla- serbestçe tasarruf edilebilir; bu kapsamda bu değerler kullanılarak pekâlâ doktrinin kabul ettiği anlamda "malvarlığı" kapsamına girmeyen değerler de iktisap edilebilir. Şu halde başlangıç aşaması için getirilen bu sınırlama, faaliyete geçilme anından itibaren ortadan kalkacak, söz konusu şart kolayca aşılabilecektir. Dolayısıyla kuruluş anındaki ayni sermaye yeterliliğini –haklı bir gerekçe olmaksızın- sınırlandırmak dışında bir fonksiyonu olmayan bu yaklaşımın yerinde olmadığı kanaatindeyiz[32].

Gerçi TK m. 342'deki lafzın bilinçli bir tercih olarak kabul edilmesi halinde doğacak hukuki sonuç ile benimsediğimiz görüşün doğuracağı sonuçlar açısından mevcut TK bakımından pratikte çok büyük bir fark oluşmayacağı belirtilmelidir. Nitekim öncelikle eTK döneminde –diğer gerekçelerin yanında- birer malvarlığı değeri olmadıkları gerekçesiyle de öğretide ayni sermaye yeterlilikleri bulunmadığı belirtilen kıymetlerden kişisel emeğin[33] anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceği bizzat TK m. 342/1 c. 2'de açıkça zikredilmiştir. Dolayısıyla en

[32] Bu şartın kuruluşta aranmaması halinde ortaya çıkabilecek bir problem teorik olarak düşünülebilir: Ortaklığın kuruluşun hemen ardından iflas etmesi durumunda ortaklık malvarlığı ilk teşkil olunduğu andaki yapısına çok yakın bir durumda olacaktır. Bu halde eğer "malvarlığı" olma şartı aranmazsa, -yine farazi olarak- bütünüyle bu şarta uygun olmayan malvarlığı kalemlerinin bir araya gelmesi ile oluşmuş bir esas sermaye alacaklıların tatmini için elverişsiz bir yekün oluşturacaktır. Bu konuda bkz. Boehme, Matthias, **Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen- insbesondere obligatorische Nutzungsrechte,** Köln 1999, s. 32 vd.

Bu ihtimalin tamamen teorik olması bir tarafa, yukarıda da değinildiği üzere, ortaklık malvarlığının haczedilebilir olması gibi bir zorunluluk, kanunun hiçbir yerinde aranmamıştır. Nitekim böyle bir şartın aranması, ticari hayatın ihtiyaç duyduğu sürat de göz önünde bulundurulduğunda, anonim ortaklığın karar mekanizmalarını işleyemez hale getirebilecek, daha önceki dönemde işletme konusu bağlamında yaşanan tartışmaların çok daha ötesinde sıkıntıların doğmasına neden olabilecektir. Şu halde bir işletmenin malvarlığının büyük bir kısmının sonradan "malvarlığı" kapsamına girmeyen değerlere dönüşmesi ile başlangıçta böyle bir durumun –teorik olarak- yaşanması ihtimali arasında sonuçları veya arzettiği -varsa- tehlike bakımından bir fark mevcut değildir.

Bunun ötesinde ortaklığa getirilen malvarlığının –en azından tek başına- haczedilebilir olmasının zaruri olup olmadığı ile ilgili olarak aşağıda bkz. "cc. Devrolunabilirlik".

[33] Bu yönde Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 18.

azından bu bakımından tartıştığımız konuda benimsenecek yaklaşım pratik bir farka yol açmaz. Buna karşılık bir malvarlığı değeri olarak nitelendirilemeyecek olan, ancak TK'da ayni sermaye olarak kabul edilmelerini açıkça yasaklayan bir hükmün bulunmadığı know-how[34], müşteri çevresi, good-will veya yine mal veya hak kategorisinde yer almayan patenti alınmamış buluşlar gibi kalemler bakımından bu tartışmada takınılacak tutum önem kazanmaktadır[35].

Bu itibarla biz TK m. 342'de Sermaye Yönergesini takiben kullanılan malvarlığı kavramının teknik hukuki anlamıyla ele alınmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Aksine bir yaklaşım, yukarıda belirtildiği gibi, ayni sermaye olarak kabul edilmelerinin önünde özel bir engel bulunmadığı halde bazı değerlerin salt eşya hukuku bakımından malvarlığı kavramına dâhil olmadıkları gerekçesiyle ayni sermaye yeterliliklerinin reddine yol açabilecektir. Hâlbuki aşağıda yeri geldikçe değineceğimiz üzere kural olarak nakden değerlenmesi mümkün olan ekonomik bir varlığın ayni sermaye yeterliliğinden şüphe edilmemesi gerekir. Bir kere bu şart sağlandıktan sonra da ayni sermaye yeterliliğini engelleyecek yeni şartlar ileri sürmeye, özellikle sermayenin tedariki ilkesi bakımından kesinlikle ihtiyaç yoktur.

[34] Nitekim Arıcı know-how'ın ayni sermaye yeterliliğini reddederken diğer gerekçelerin yanı sıra, know-how kapsamındaki bilgi ve deneyimlerin malvarlıksal bir değerin konusu olmadıklarını, bu sebeple malvarlığından yerine getirilmesi gereken bir maddi edim niteliğinde olduklarının da söylenemeyeceğini belirtmektedir, Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 20. Know-how'ın ayni sermaye yeterliliği konusunda bkz. aşağıda II, H.

[35] AB üyesi ülke hukuklarında yapılan düzenlemelerde de Sermaye Yönergesini takiben "malvarlığı" terimi kullanılmış olmasına rağmen, eşya hukukundaki teknik anlamıyla malvarlığı teşkil etmeyen müşteri çevresi, know-how, good-will gibi değerlerin ayni sermaye yeterliliği genel olarak kabul edilmiştir, bu konuda aşağıda ilgili başlıklara bkz. Bu durum "malvarlığı" tabirinin karşılaştırmalı hukukta söz konusu teknik anlamıyla ele alınmadığını ortaya koymaktadır.

3. Nakden Değerlenebilme[36]:

TK m. 342'de anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konan malvarlığının "nakden değerlendirilebilir" olması şartı bir pozitif hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Nitekim aynı şarta kanun metninde açıkça yer vermeyen eTK döneminde de öğretide ayni sermayenin para ile ölçülebilir bir değerinin bulunması anonim ortaklıklarda ayni sermaye yeterliliğinin bir şartı olarak kabul edilmekteydi[37].

Gerçekten de gerek eTK'da gerek TK'da anonim ortaklıklarla ilgili çeşitli hükümlerin uygulanabilir hale gelmesi için ayni sermaye olarak getirilen değerlerin ekonomik olarak ölçülebilir olmaları bir zorunluluktur. Günümüz ekonomisinin ölçü birimi ise paradır. Ölçü biriminin bizatihi kendisi olması dolayısıyla nakdi sermaye taahhüdü durumunda böyle bir ihtiyaç gündeme gelmez. Ancak ortaklığa ayni değerlerin getirilmesi halinde bunların ortak ölçü birimine dönüştürülebilir ve dolayısıyla nakden ifade edilebilir olmaları gerekir.

Bu çerçevede bir kere esas sermayenin muayyenlik özelliği gereği (TK 329/1), esas sermayeye karşılık olarak getirilen malvarlığının parasal değerinin saptanması icap eder. Esas sermaye miktarının parasal olarak ifadesi mecburiyeti, asgari esas sermaye miktarını tespit eden hükümlerde açıkça parasal bir değerin

---

[36] TK m. 342'de ayni sermaye yeterliliği şartları sayılırken *"nakden **değerlendirilebilen**"* ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca burada tercih edilmesi gereken kelime "değerlendirilebilme" değil "değerlenebilme" ve dolayısıyla kanuni tabir de "nakden değerlenebilen" olmalıdır. Zira "değerlenme/değerlenebilme" iktisaden bir değer ifade etme, dolayısıyla parasal bir değeri bulunma anlamını ifade eder ki, TK m. 342'nin terkibin başında "nakden" sıfatını kullanmış olması, yine örneğin TK m. 343'te ayni sermayeye değer biçilmesinden bahsedilmesi de kanun koyucunun hedeflediği anlamın bu olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Hâlbuki "değerlendirme", "değer biçme" anlamının yanı sıra "bir şeyi yerinde ve yararlı bir yolda kullanmak" anlamına da gelir ki (bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Büyük Sözlük (internet versiyonu), "değerlendirmek" maddesi), bu durumda hangi anlamın kastedildiğini belirlemek meselesi gündeme geleceği gibi, bir an için ikinci anlamın kastedildiği kabul edildiğinde de bu defa ayni sermayenin "nakden değerlendirilebilmesi"nden ne anlamak gerektiğini ortaya koymak oldukça güçtür. Üstelik konuyla ilgili diğer maddelerdeki tabirin de "değerlendirme" değil "değerleme" olduğu söylenebilir. Nitekim yine TK m. 343'te örneğin "değerlendirme raporu"ndan değil "değerleme raporu"ndan; "değerlendirme yöntemi"nden değil "değerleme yöntemi"nden bahsedilmiş olduğuna dikkat edilmelidir. Dolayısıyla biz de çalışmamızda "nakden değerlenebilme" kavramını kullanmaya özen göstereceğiz.

[37] Arslanlı, **C. I,** s. 34; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 23-24; daha özel olarak bilançoda aktifleştirilebilme şartından bahseden Davran, **a.g.m.,** s. 7; Göle, **a.g.e.,** s. 13 vd.; Ansay para ile takdiri güç olan veya mümkün bulunmayan hak ve malları ifade etmek üzere, yabancı doktrine de atıfla parantez içerisinde "bilanço değeri olmayan" ibaresini kullanmaktadır, **a.g.e.,** s. 33; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154.

tespit edilmiş olmasında da görülür (TK m. 332/1). Bununla bağlantılı olarak şirket esas sermaye miktarını esas sözleşmeye yazmak zorundadır (TK m. 339/2-c). Yine esas sözleşme gereği her bir payın itibari değerinin belirlenmesi gerektiğine göre (TK m. 339/2-c), ayni sermayeye karşılık olarak verilecek payların miktarının da esas sözleşmeye yazılması kuralının (TK m. 339/2-e) uygulanabilmesi, bu değerlerin parasal karşılıklarını bilmeyi gerektirir. Dahası ekonomik faaliyetini muhasebeleştirmek mecburiyetinde olan anonim ortaklık, bünyesinde yaşanan değer hareketlerini parasal olarak ifade etmek zorundadır; bu durum muhasebe biliminde geçerli olan "parayla ölçme ilkesi"nin bir gereğidir[38]. Bu ve benzeri örnekler, anonim ortaklıkta ayni sermaye yeterliliği bakımından nakden değerlendirilebilmenin mantıksal bir şart olarak kendini dayattığını ortaya koymaktadır.

Bu bakımdan nakden değerlenebilme şartının ayni sermaye yeterliliğinin tespitinde temel şart olduğu belirtilmelidir. Bu sebeple, çok kısa ve öz bir şekilde, esas itibariyle nakden değerlenebilen, ortaklık bakımından parasal/ekonomik bir kıymet arzeden her varlığın ayni sermaye yeterliliğini haiz olduğu söylenebilir. Daha önce yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere eşya hukuku anlamında bir malvarlığı değeri teşkil edip etmemek ayni sermaye yeterliliği için bir kriter sunmadığı gibi, yine aşağıda devredilebilirlik şartı ile ilgili olarak belirteceğimiz üzere, bizim anladığımız anlamıyla "devredilebilirlik" de esasen ayrı bir ayni sermaye yeterliliği şartı değil, daha ziyade yine "nakden değerlenebilme" içinde eritilebilecek doğal bir gerekliliktir. Bu bakımdan şimdiden belirtelim ki bizce "nakden değerlenebilme" tek başına gerekli ve yeterli bir ayni sermaye yeterliliği şartı teşkil eder.

Türk hukukunda öteden beri ayni sermaye yeterliliği konusunda benimsenen bu şart aynı zamanda Kara Avrupası hukuk kültüründe de üzerinde uzlaşılmış bir şart niteliğindedir. Nitekim Sermaye Yönergesi'nin 7. maddesinde de, metnin kaleme alınması sürecinde ileri sürülen farklı öneriler ve kavramların/kriterlerin tartışılması

[38] Bu ilke/kavram hakkında bkz. Sevilengül, Orhan, **Genel Muhasebe,** 12. Baskı, Ankara 2005, s. 25-26; Çonkar, M. Kemalettin/Ulusan, Hikmet/Öztürk, Mehmet, **Genel Muhasebe,** 5. Baskı, Ankara 2010, s. 15.

neticesinde üzerinde mutabakata varılan[39], "ekonomik olarak değerlenebilme/ekonomik değerin belirlenebilir olma[40]" kriterine yer verilmiştir.

Ancak kavram üzerinde varılan bu uzlaşı, kavramın içeriği/anlam çerçevesi konusunda da ortak bir görüş olduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle karşılaştırmalı hukukta konunun ele alınış biçimi incelendiğinde, kavramın anlaşılmasına yönelik önemli farkların bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

a. Nakden Değerlendirilebilme-Bilançolaştırılabilme/ Aktifleştirilebilme İlişkisi

Bu çerçevede ortaya çıkan ilk sorun, nakden değerlenebilirlik ile bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme arasındaki ilişkidir. Özellikle Alman hukukunda hayli tartışmaya neden olan bu husus Türk/İsviçre doktrininde de ağırlıklı biçimde bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak –daha ziyade nakden değerlenebilirlik yerine ve onu karşılamak üzere bilançolaştırılabilme/ aktifleştirilebilme şeklinde- zikredilmiştir[41].

---

[39] Söz konusu farklı kavramlar ve sürecin gelişimi ile ilgili olarak bkz. Meilicke, Obligatorische Nutzungsrechte, s. 580.

[40] Farklı çeviriler için bkz. Yönerge'nin İngilizce ve Almanca metni.

[41] Türk hukukunda bu yönde Arslanlı, **C. I,** s. 34; Davran, **a.g.m.,** s. 7; Ansay, **a.g.e.,** s. 33; Göle, **a.g.e.,** s. 13 vd.; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Teoman, Ömer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu,** İstanbul 1983, s. 29; Poroy da emeğin sermaye olarak konamayacağını belirtirken gerekçe olarak bilançoda para ile kesin değerinin verilemeyecek olmasını gerekçe olarak göstermektedir, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 127b; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; Akdağ Güney, a.g.e., s. 96; İsviçre hukukunda bu yönde von Steiger, Fritz (çev. Çağa, Tahir), **İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku,** İstanbul 1968, s. 25, 85; belirli bir ekonomik değerinin bulunması şartının yanı sıra aktifleştirilebilme/bilançolaştırılabilme şartından bahseden Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, **Schweizerisches Aktienrecht,** Bern 1996, §15/10; Böckli, Peter, **Schweizer Aktienrecht,** 4. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Bern 2009, §1/214; Schenker, Franz, in **Basler Kommentar Obligationenrecht II,** her. Honsell/Vogt/Watter, 4. Auflage, Basel 2011, § 628/3.

Ülgen konuyu eTK m. 311 anlamında ayni devralma bağlamında incelerken ayni sermaye yatırımını da kapsayacak açıklamalar yapmış ve bu çerçevede yatırım malvarlığı değerlerinin ortak özellikleri arasında "aktifleştirilmeye elverişli olma" şartını da aramıştır. Ancak yazara göre bu şart bakımından önemli olan bir malvarlığı kaleminin somut durumda bilançoda fiilen aktif olarak mevcut olması değil, mahiyeti icabı aktifleştirmeye elverişli bulunmasıdır. Zira özellikle değerleme bakımından gündeme gelen bilanço ilkeleri uyarınca mahiyeti icabı aktifleştirilmeye elverişli olan bir değer, bazı durumlarda bilançoda aktif olarak gösterilemeyebilir. Yazar bu noktada Ort'un verdiği örneğe atıfla, bir şirketin piyasada tekel kurmak veya rekabet üstünlüğü elde etmek amacıyla iflas etmiş bir şirketin hisselerini devralması halinde, bu yatırımın ortaklığın zararına olduğu için aktifleştirilemeyeceğini, ancak mahiyeti icabı aktifleştirilebilir olması dolayısıyla eTK m. 311 kapsamında değerlendirileceğini ifade etmektedir, Ülgen, Hüseyin, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan**

Alman hukukunda bu konudaki tartışmanın tohumu, 1884 tarihli pay senetli ortaklıklar ile ilgili bir değişiklik tasarısının gerekçesinde[42] yer alan, bilançoya aktif olarak kabul edilebilen her kıymetin sermaye olarak ortaklığa getirilmesinin mümkün olduğu yönündeki açıklama ile atılmıştır. Nitekim sonrasında Alman doktrininde de kanun koyucunun bu yaklaşımına paralel olarak doktrinin önemli bir kısmı HGB 246/1 anlamında "bilançolaştırılabilme"yi sermaye ortaklıklarında bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak nitelendirmiş[43], hatta doktrinde 2. Yönergenin benimsenmesi amacıyla yapılan ve 1979 yılında yürürlüğe giren değişiklikle[44] bugünkü AktG § 27/2'nin kabulü sonrasında da, burada olumlu kipte yapılan ayni sermaye tarifinin, daha önce birinci fıkrada yapılmış olan olumsuz kipteki tarifin de bünyesinde mündemiç olduğu, ikinci fıkrayla yalnızca daha önce de geçerli olan bir hususun tekrar edilmiş olduğu ifade edilmiştir[45].

Nakden değerlenebilme ile bilançolaştırılabilme kavramları arasında bu bağlantının kurulmasına yol açan temel faktör, konunun bilanço hukuku ile ortaklıklar hukukunun kesiştiği bir alanda yer almasıdır. Bilançolaştırılabilmeyi ayni sermaye yeterliliği şartı olarak değerlendiren görüş, AktG § 27/2'de ayni sermayeden bahsederken kullanılan "Vermögensgegenstand" kavramının aynı zamanda HGB 246/1'de bilançoda aktifleştirilebilen değerleri ifade eden bir kavram olarak yer

---

Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Ankara 1969, s. 47 vd.

[42] Begründung zur Aktienrechtsnovelle 1884, Reichstag, 5. Legislaturperiode, Aktenstück N. 21, s. 265.

[43] Godin, Freiherr von/Wilhelmi, Hans (neubearbeitet von Sylvester Wilhelmi), **Aktiengesetz vom 6. September 1965,** Band I § 1-178, Berlin-New York 1971, 27/11; Würdinger, Hans, **Aktien- und Konzernrecht,** Eine Systematische Darstellung, 3. völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1973, s. 36, bununla birlikte yazar hangi kıymetlerin aktifleştirilebilir olduğu konusunda çok çeşitli görüşlerin bulunduğunu belirtmektedir; Eckardt, Ulrich in **Aktiengesetz Kommentar von Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff,** Band I, §§ 1-75, München 1984, § 27/7, 8; Lutter, **a.g.e.,** s. 231-232; Knobbe-Keuk, Brigitte, "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften?", **ZGR** 1980, s. 217; Haas, Franz Josef, "Gesellschaftsrechtliche Kriterien zur Sacheinlagefähigkeit von obligatorischen Nutzungsrechten", **Festschrift für Georg Döllerer,** Düsseldorf 1988, s. 177 vd.

[44] 9.11.1978 tarihli "Das Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts".

[45] Bu yönde bkz. Eckardt, **a.g.e.,** § 27/7, 8.

aldığını dikkate alarak[46], nakden değerlendirilebilmenin teknik karşılığının bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme yeterliliği olduğunu, dolayısıyla bu şartın bilanço hukukunun ilkeleri çerçevesinde anlaşılması gerektiğini savunmuştur. Buna göre ayni sermaye olarak ortaklığa getirilmek istenen bir kıymetin, kuruluş veya sermaye artırımı sırasında bilançoya geçirilebilecek nitelikte olması gerekir. Bu nitelikte olmadığı için kanun koyucu tarafından aktifleştirilmesine müsaade edilmeyen değerler aynı zamanda ayni sermaye yeterliliğinden de mahrumdur. Aksi görüşün kabulü ve aktifleştirilmesi mümkün olmayan değerlerin ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesine izin verilmesi halinde, ortaklığın daha ilk aşamada ticari hayatına bir bilanço zararı ile başlayacağı, bunun ise sermayenin teşkili ilkesine aykırı olacağı gibi, bazı durumlarda daha başlangıçta ortaklığın borca batıklık dolayısıyla iflasına yol açabileceği belirtilmiştir[47, 48, 49].

Buna karşılık Alman öğretisinde yeni dönemde daha çok taraftar bulan bir başka görüşe göre[50] ise, ayni sermaye yeterliliği ile aktifleştirilebilme arasında bir

---

[46] Bu bağlantıya dikkat çeken Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 216; Döllerer, Georg, "Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften", **Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988,** Berlin-New York 1988, s. 36; Arnold, **a.g.e.,** § 27/43.

[47] Eckardt, a.g.e, § 27/8.

[48] Bu arada bazı yazarlar "bilançolaştırılabilme"yi asgari bir şart olarak değerlendirmekte, bu anlamda aktifleştirilebilmesi mümkün olan tüm değerlerin otomatik olarak ayni sermaye yeterliliği bulunduğu sonucuna varılamayacağını, başka sebeplerle ayni sermaye yeterliliğinin ortadan kalkabileceğini, dolayısıyla bir varlığın aktifleştirilebilmesi mümkün olduğu halde ayni sermaye olamayabileceğini, buna karşılık ayni sermaye olarak kabul edilebilmek için en azından akftifleştirilebilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir, bu yönde bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 231-232; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 217; Haas, **a.g.m.,** s. 177-178; Schmidt, Karsten, "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen?", **ZHR 154**, 1990, s. 240; Ekkenga, Jens, "Zur Aktivierungs- und Einlagefaehigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht", **ZHR 161,** 1997, s. 618.

Ballerstedt ise yine bilançoda aktifleştirilebilecek değerler arasında da ancak "dikkatli/tedbirli bir tacirin aktifleştirilmesini amaca uygun/faydalı bulduğu değerlerin" ayni sermaye yeterliliğine sahip olduğunu belirterek, neticede yine bilançolaştırılabilmeyi asgari bir ölçü olarak değerlendirmektedir, Ballerstedt, Kurt, "Besprechung Gadow-Heinichen Grosskommentar zum Aktiengesetz 2. Auflage", **ZHR 127,** 1965, s. 97.

[49] Temelde bilançolaştırılabilmeyi bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak görmemekle birlikte, bilançoda aktifleştirilebilmesi mümkün olan değerlerin aynı zamanda ayni sermaye yeterliliğinin de bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Meilicke, Obligatorische Nutzungsrechte, s. 580; aynı yönde bkz. Pentz, **a.g.e. ,** § 27/20; Arnold, **a.g.e.,** § 27/43; bununla birlikte her iki yazar da açıklamalarının ilerleyen kısımlarında bilançolaştırılabilmesi mümkün olduğu halde ayni sermaye yeterliliği olmayan değerlerden de bahsetmektedir; Bayer, **a.g.e.,** § 27/10.

[50] Bu görüşte Röhricht, **a.g.e.,** § 27/22 vd.; Pentz, **a.g.e.,** § 27/19; Hüffer, Uwe, **Aktiengesetz,** 10. neubearbeitete Auflage, München 2012, § 27/15; Döllerer, **FS Fleck,** s. 36; Meilicke, Obligatorische

paralellik kurmak doğru değildir. Öncelikle sermayenin tedariki ilkesi ve bu bağlamda alacaklıların korunması gerekçesi ile ileri sürülecek bir itiraz yerinde değildir; bu noktada alacaklılar bakımından önem arzeden husus, ayni sermaye olarak getirilen malvarlığının gerektiğinde ortaklık alacaklılarının tatmini amacına hizmet edip etmeyeceğidir ki, bunun aktifleştirilebilme yeterliliği ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Öte yandan aktifleştirilemeyen malvarlığı değerlerinin ayni sermaye olarak kabulüne izin verilmesi halinde ortaklığın borca batıklığa sürükleneceğine yönelik itiraz da yerinde değildir. Zira borca batıklığın tespitinde esasen sonuç açıklama amacına yönelmiş olan yıllık bilanço değil, aksine bambaşka bir bakış açısı ile hazırlanan ve bir malvarlığı bilançosu niteliği arzeden borca batıklık bilançosu[51] ve ayrıca ortaklığın orta vadeli faaliyetini devam ettirebilme yeterliliği dikkate alınır[52]. Bu çerçevede borca batıklık değerlendirilirken yıllık bilançoda aktifleştirilemeyen malvarlığı değerleri de önem kazanmakta ve dikkate alınmaktadır[53]. Bu sebeple ayni sermaye yeterliliği bakımından önem taşıyan husus, sermaye olarak getirilmek istenen aynın somut olarak para ile ifade edilebilen

---

Nutzungsrechte, s. 580-581; Steinbeck, "Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz", **ZGR** 1996, s. 121-122; Frey, **a.g.e.,** s. 86 vd.; Boehme, **a.g.e.,** s. 14 vd.; limited şirketler bakımından hâkim kanaat bu yöndedir, bkz. Winter, Heinz in **Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz,** 10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, I. Band, §§ 1-34, Köln 2010, § 5/43; Märtens, Markus in **Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG,** Band 1, §§ 1-34, München 2010, § 5/70; Zeidler, Finn in **Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) von Michalski,** 2. neubearbeitete Auflage, Band I, §§ 1-34, München 2010, § 5/64; Alman Federal Mahkemesi de bir operet üzerindeki eser sahipliğinden doğan hakkın ayni sermaye olarak getirilmesi ile ilgili bir uyuşmazlıkta verdiği kararında "bilançolaştırılabilme" şartının harfiyen anlaşılmaması gerektiğini, önemli olan hususun ayni sermaye konusunun makul bir değer arzetmesi olduğunu ifade etmiştir, BGHZ 29, 304, NJW 1959, s. 934.

[51] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/26; Pentz, **a.g.e.,** § 27/19; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/15; aynı yönde Frey, **a.g.e.,** s. 89; bu yönde ayrıca bkz. Arnold, **a.g.e.,** § 27/44, yazar borca batıklık bilançosu bakımından HGB'nin değerlemeye ilişkin kurallarının değil, kullanışlılığın ölçü olacağını belirtmektedir.

Genel olarak borca batıklığı tespit bakımından hazırlanacak bilançoda yıllık bilançonunkinden farklı bir yaklaşımın benimseneceği, bu noktada özellikle varlıkların değerlenmesi bakımından yıllık bilançoya ilişkin kuralların değil kural olarak tasfiye bilançosuna ilişkin kuralların uygulama alanı bulacağı, borca batıklık şüphesinin ortaklığın ticari defterlerinde kayıtlı defter değerlerinden ayrı bir özel hesabı gerektirdiği yönünde açıklamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, Ahmet, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları,** Ankara 1999, s. 244 vd.; borca batıklığın belirlenmesinde aktiflerin satış fiyatı üzerinden düzenlenen ve böylece şirketin gerçek aktifini ve borçlarını tespit eden, bir "malvarlığı durumu" bilançosunun esas alınacağı yönünde bkz. Kaya, Arslan, "Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi", **Makalelerim I,** İstanbul 2012, s. 105, 110-111.

[52] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/26.

[53] Pentz, **a.g.e.,** § 27/19.

"makul bir malvarlığı değeri" taşımasıdır[54]. Esasen bu şartları taşıyan ayni bir değer çoğu defa aktifleştirilebilme niteliğini de haizdir; ancak aktifleştirilebilme bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak değil, bu anlamda ancak ayni sermaye yeterliliğinin belirtisi/emaresi olarak yorumlanabilir[55].

Kanımızca da "aktifleştirilebilme"nin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aranması doğru olmaz. Her şeyden önce "aktifleştirilebilme", anonim ortaklığa neyin ayni sermaye olarak getirilebileceği noktasında elverişli bir ölçüt teşkil etmez. Zira bir kere işletme bilimi açısından dahi nelerin aktifleştirilebilir olduğu konusunun tam bir kesinlikle sonuca bağlanmamış olduğu belirtilmek gerekir. Hangi kıymetlerin bilançoda aktifleştirilebileceği meselesi salt yıllık bilanço ölçü alınsa bile, bilançonun amacı bakımından benimsenecek görüşe göre farklılaşacaktır. Bu çerçevede statik bilanço teorisi uyarınca bilanço malvarlığının tam bir listesini sunmak durumunda olduğundan, malvarlığına katılmış her değerin de aktifleştirilebileceği söylenecektir[56]. Hâlbuki dinamik bilanço öğretisi uyarınca "aktif" esasen "faydası ileriki yıllarda da görülen bir masraf" anlamına geldiğinden ancak hakkında bir masraf yapılmış olan ve ilerleyen dönemde kâr getirecek nitelikte bulunan varlıkların aktifleştirilme ehliyeti olduğu söylenebilir[57]. Diğer taraftan bu görüş farkı dolayısıyla statik bilanço teorisi uyarınca aktifleştirilmesi mümkün olmayan bazı kalemlerin dinamik bilanço teorisi uyarınca aktifleştirilmesi pekâlâ mümkündür; bu kapsamda faydası ileriki dönemde de görülecek birer masraf olmaları dolayısıyla örneğin reklam harcamaları, bir binanın yıkımı için yapılan masraflar gibi çeşitli kalemler bilançoda aktif olarak gösterileceklerdir[58]. Bugün

---

[54] BGHZ 29, 304, NJW 1959, s. 934; Röhricht, **a.g.e.,** §, 27/26; Pentz, **a.g.e.,** § 27/12; Märtens, **a.g.e.,** § 5/71; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** §, 27/11; Winter, **a.g.e.,** § 5/43; Skibbe, Manfred, "Dienstleistungen als Sacheinlage bei der GmbH", **GmbHR** 1980, s. 73.

[55] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/27; Heidinger/Benz, a.g.e. , §, 27/11.

[56] Tekinalp, Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1979, s. 98-99.

[57] Statik ve dinamik bilanço teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Bilanço,** s. 69 vd.; dinamik bilanço teorisi uyarınca aktifleştirilebilme şartları hakkında a.e., s. 99 vd.

[58] Nitekim Alman doktrininde bir görüş, "bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme"nin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak görülmesi durumunda, anonim ortaklığa ayni sermaye olarak kabul edilmesi mümkün olmayan değerlerin bile dinamik bilanço teorisi uyarınca sermaye yeterliliği olduğu sonucuna varılması gerektiğini, bu çerçevede örneğin hizmet edimlerinin veya şirketin kendi paylarının ayni sermaye olarak kabul edileceği sonucuna ulaşılacağını belirtmektedir, bu yönde bkz.

hâkim olan öğretinin dinamik bilanço öğretisi olduğu, gerek TK gerek eTK bakımından da bu teorinin benimsendiği söylenebilirse de, mevcut durumda dahi "aktifleştirilebilme/ bilançolaştırılabilme" kavramının sınırlarının yeterince net olmadığı[59], bu konudaki belirsizliğin söz konusu kavramı güvenilir bir ölçüt olmak bakımından elverişsiz hale getirdiği belirtilmelidir[60].

Aktifleştirilebilme şartını elverişsiz hale getiren bir başka gerekçe de, bu şartın bilançonun türüne göre de değişmesi, dolayısıyla aynı kalemin bir bilançoda aktifleştirilmesi mümkün iken bir başka bilanço türünde olumsuz sonuca varılabilmesidir. Nitekim bu husus bilanço kavramının tek başına kullanıldığında çok geniş ve sınırları belirsiz bir kavram olmasının[61] doğal bir sonucudur. Bu çerçevede

---

Ballerstedt, **a.g.m.,** s. 97, yazar bilançolaştırılabilmenin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak kabulü halinde dinamik bilanço teorisi uyarınca bir tacirin ileride kar getireceği umuduyla para yatırmaya hazır olduğu her kıymetin ayni sermaye yeterliliği sonucuna ulaşılacağını, bunun ise kabul edilebilir olmadığını belirtmektedir; Lutter, **a.g.e.,** s. 231; Barz da know-how'ın ayni sermaye yeterliliği bakımından yaptığı incelemede, statik bilanço teorisinin hâkim olduğu dönemde bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aranan "bilançolaştırılabilme"nin yeni dönem bakımından kullanışlılığının tartışılabileceğini, zira özellikle vergi bilançosunun giderek daha yoğun bir biçimde dinamik bilanço öğretisinden etkilenmesi dolayısıyla bilançolaştırılabilmenin sınırlarının önemli ölçüde genişlediğini, vergi bilançosu ile ticari bilanço arasındaki ilişki dolayısıyla bu eğilimin ticari bilançolar bakımından da etkisini gösterdiğini, bu durumun ise bir zamanlar bilançolaştırılabilme ile ayni sermaye arasında paralellik kuran kanaatin öngörmediği bir gelişme olduğunu belirtmektedir, Barz, Carl Hans, "Know-How als Einbringungsgegenstand", **Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1959,** ed. Benveneto Samson, Berlin 1959, s. 162; aynı yönde Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 216; genel olarak dinamik bilanço teorisi uyarınca aktifleştirilebilecek kıymetlerin kapsamının genişletilmesinin alacaklılar bakımından riskli olduğu yönünde Zeidler, **a.g.e.,** § 5/64;

[59] Bu yönde bkz. Winnefeld, Robert, **Bilanz-Handbuch,** 4. Vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2006, D-415.

[60] Yine farklı bilanço kültürleri bakımından da bilançonun içeriği değişmektedir. Bu bakımdan ilk planda alacaklıların bilgilendirilmesini ve korunmasını amaçlayan ve dolayısıyla buna uygun bir biçimde tedbirlilik ilkesine bağlı olarak düzenlenen Kara Avrupası bilanço sisteminin aksine, IAS/IFRS ve İngiliz-Amerikan muhasebe sistemi (US-GAAP), asıl olarak yatırımcıların/pay sahiplerinin bilgilendirilmesini amaçladığı için işletmenin gelecekteki gelişimini ortaya koymak üzere dizayn edilmiştir ve bu bakımdan sonuç açıklamak veya vergi matrahına esas olmak bakımından elverişli bir bilanço değildir. Amaca ilişkin bu esaslı farklar, bilançoların içeriklerini de farklılaştırmaktadır, bu konuda bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** Einführung-3, 5, 62 vd.

[61] Bilançonun izlenilen gayeye göre değişik anlam ve özellikler yüklenen genel bir kavram olduğu, bu bakımdan söz konusu kavramın başlangıçta çok geniş ve sınırları belirsiz nitelikte bulunduğu, bu manada eTK m.74'te verilen tanımın bilanço kavramının çeşitliliği karşısında pek bir değer taşımadığı, her bir bilanço türü bakımından bunların çıkarılmasında izlenen gayeye göre farklı bir tanım verilmesi gerektiği yönünde bkz. Tekinalp, **Bilanço,** s. 57 vd.; bilanço kavramının kapsamını belirlemenin güç olduğu, çeşitli alanlarda çok farklı bilançoların mevzu bahis olabildiği, dolayısıyla bunlar hakkında net bir fikir edinebilmek için bunları amaçlarına göre tasnif etmek gerektiği yönünde bkz. Trumpler, Hans, **Die Bilanz der Aktiengesellschaft,** Basel 1950, s. 3; bilançonun içeriğinin amacına göre belirleneceği, çeşitli bilançoların bilgilendirmek istediği menfaat çevresinin/çevrelerinin veya bilançolaştırmaya yol açan sebebin çok çeşitli olabileceği, bu yüzden yeknesak bir bilanço

bilançonun amacına ve özellikle hitap ettiği ilgililer çevresine bağlı olarak hangi kalemlerin bilançoda aktifleştirilebileceği, çeşitli kalemlerin ne şekilde değerleneceği gibi hususlar önemli ölçüde farklılaşabilmektedir[62]. Amaçları bakımından çok çeşitli bilanço türlerinin olduğu ve bu konuda bir sınırlama yapılmasının da söz konusu olmadığı düşünüldüğünde, soyut olarak "aktifleştirilebilme" kavramının ne ölçüde belirsiz olduğu anlaşılabilir. Şu halde aktifleştirmenin anlamı ve sınırları bilançonun türüne göre değişiklik arzedeceği için, hangi bilançodan da söz edildiği belirtilemeden tek başına "aktifleştirilebilme"den bahsedilmesi halinde belirli bir ölçüt sunulmuş olmayacaktır[63]. Örneğin şirketle birlikte sona erecek olan bir intifa hakkı likidite bilançosunda hiç yer almayacakken, yıllık bilançoda/sonuç açıklama bilançosunda ihtiyatlı bir şekilde değerlenecek, buna karşılık malvarlığı bilançosunda ise tam değeri ile yer alacaktır[64]. Aynı şekilde yıllık bilançonun bir sonuç açıklama bilançosu olması dolayısıyla aktifleştirme yasağı kapsamında bilançoya geçirilemeyecek olan değerler, tasfiye bilançosunda veya borca batıklık bilançosunda bilançonun aktifleri arasında yerlerini alacaklar veya tam tersine yıllık bilançoda yer alan bazı aktif kalemler, özellikle de varsayımsal aktifler tasfiye bilançosunda veya borca batıklık bilançosunda gözükmeyecektir. Bu bakımdan örneğin TK m. 74/2'deki açık yasak dolayısıyla bedelsiz olarak iktisap edilmiş gayri maddi duran varlıklar, bu kapsamda işletme bünyesinde meydana getirilmiş markalar, patentler, tasarımlar, know-how kapsamındaki kıymetler, yine işletmenin oluşturduğu işletme değeri/good-will[65] yıllık bilançoda yer alamayacaksa da tasfiye ve borca batıklık bilançolarının amaçları ve birer malvarlığı bilançosu niteliğinde olmaları dolayısıyla

---

hukukundan bahsedilemeyeceği, her bir bilançonun gayesine ve hitap ettiği ilgililer çevresine göre birbirinden farklı bilanço hukuklarının gündeme geleceği yönünde, Winnefeld, **a.g.e.,** Einführung-5.

[62] Amaçları bakımından farklı bilanço türlerine genel bir bakış için bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** Einführung-5 vd.; Penne de, malvarlığı (Vermögensgegenstand) kavramının ve buna bağlı olarak bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme niteliğinin belirsizliğini vurgularken, HGB'nin aktifleştirilebilme şartları konusunda atıf yaptığı GoB'nin (Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung) bilançonun amacıyla bağlantılı kurallar getirdiğini ve dolayısıyla yıllık bilançonun amacına göre bir tespitin yapılacağını, bu bakımdan bilançonun amacı konusunda bir uyuşmazlık meydana geldiği takdirde bilançolaştırılabilme noktasında da farklı kanaatlerin ortaya çıkacağını belirtmektedir, Penne, Günter, "Zur aktienrechtlichen Sacheinlagefaehigkeit im Rahmen der Gründungsprüfung", **WPg** 1988, s. 36.

[63] Aynı yönde Boehme, **a.g.e.,** s. 17.

[64] Lutter, **a.g.e.,** s. 229.

[65] Good-will özelinde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1578a.

bu bilançolarda şirketin aktiflerine dâhil edilecekler; buna karşılık yıllık bilançonun aktifinde yer alan dönem ayırıcı hesaplar veya ortaklığın iktisap etmiş olduğu kendi payları, tasfiye ve borca batıklık bilançolarında yer almayacaktır[66].

Dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da bilançonun işletme malvarlığının salt hukuki durumunu gösteren bir tablo olmadığı, hatta daha ziyade iktisadi/işletmesel bakış açısıyla şekillenen bir yapıda bulunduğudur. Bu itibarla hangi kalemlerin, ne zaman, kimin tarafından bilançoya geçirileceği konusunda da hukuki durum değil ekonomik telakkiler esas alınmaktadır. Dolayısıyla hangi malvarlığı kalemlerinin ortaklığa ait olduğu ve buna bağlı olarak bilançoya geçirileceği sorusu, ilk planda hukuki değil iktisadi bakış açısı uyarınca cevaplanacak ve bu çerçevede "aidiyet" meselesinde de hukuki anlamda mülkiyet değil iktisadi aidiyet esas alınacaktır[67]. Bu sebeple örneğin taraflar arasında gönderilmek üzere bir malın satımı akdedildiğinde, bu borçlandırıcı işlemin neticesi olarak hukuken taraflardan biri alacaklı diğeri ise borçlu durumdadır; buna rağmen iktisadi/ticari telakkilere göre edimler karşılıklı olarak birbirine muvazi biçimde durdukları sürece her iki tarafın da malvarlığında bir artma yahut azalma gerçekleşmiş olmayacağından, taraflardan en azından birisi edimini kısmen veya tamamen yerine getirmediği sürece böyle bir işlemin bilançoya geçirilmesi de söz konusu olmayacak, buna karşılık alıcı malı teslim aldığı, yahut semeni kısmen veya tamamen ödediği takdirde edimler arasındaki denge de bozulmuş olacak ve bilançoya kaydı gereken bir durum meydana gelecektir[68]. Benzer şekilde bir taşınmazın bilançoya geçirilmesinde de esasen tapu sicilinde yapılacak tescil, yani hukuki mülkiyetin geçiş anı değil, alıcının ticari hayatta hâkim olan kanaat uyarınca/ekonomik olarak

---

[66] Tasfiye ve borca batıklık bilançolarının içeriğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar hakkında bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** N-730 vd.; 845 vd.

[67] Adler/Düring/Schmaltz, **Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft-Handkommentar,** 4. Auflage, völlig neu bearbeitet von Schmaltz/Forster/Goerdeler/Havermann, Band 1-Rechnungslegung, §§ 148-160, 311-313 AktG 1965, § 14 EG, Stuttgart 1968, § 149/31; Arslanlı, Halil, **Anonim Şirketler- IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları- V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi,** İstanbul 1961, s. 4, dn. 7; bu konuda klasik doktrinin genel bir değerlendirmesi için bkz. Tekinalp, **Bilanço,** s. 111 vd.

[68] Trumpler, **a.g.e.,** s. 195, zira tacir hukuki muameleleri değil ticari olguları kaydeder, s. 89; Adler/Düring/Schmaltz, **a.g.e.,** §149/31; Arslanlı, **C. III,** s. 4, 44.

taşınmaz üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabileceği an esas alınacaktır[69]. Dolayısıyla salt hukuki bir mesele olarak ayni sermaye yeterliliğinin tespitinde, farklı bir bakış açısının mahsulü olan bilançonun ve ona ilişkin ilkelerin/kuralların temel alınmasına en azından tereddütle yaklaşılması gerekir.

Belirtelim ki anonim ortaklığa özgü kurallar çerçevesinde nakden değerlendirilebilir nitelikte olan ve dolayısıyla ayni sermaye yeterliliği bulunan bir değerin, aktifleştirilme yeterliliğinin olmadığı ihtimaller sınırlıdır. Bununla birlikte bazı durumlarda, bilanço hukukunun özellikleri dolayısıyla bazı iktisadi değerlerin aktifleştirilmesi engellenmiştir. Bu bakımdan örneğin aktifleştirme yasağına ilişkin TK m. 74/2'de, TMS'de aksine bir düzenleme öngörülmüş değilse, *"ivazsız olarak elde edilmiş, maddi olmayan duran varlıklar"* için bilançonun aktifine kalem konulamayacağı düzenlenmiştir[70]. Aktifleştirmeye ilişkin bu yasak, ayni sermaye yeterliliği bakımından bir ölçü olarak kabul edildiği takdirde, bir ortağın ivazlı olarak iktisap etmediği bir gayri maddi yatırım malvarlığını, bu kapsamda kendisinin oluşturduğu bir markayı veya bizzat edindiği patenti, faydalı modeli veya know-how'ı anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirmesi şüpheli hale gelecektir. Zira bu değerlerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda TK m. 74/2 anlamında bir "bedel"den bahsedilemez; sermaye getiren ortağın elde ettiği paylar bu anlamda "bedel" olarak nitelendirilemez. Bu durumda bilançolaştırılabilme bir ayni sermaye şartı olarak dayatıldığı takdirde, ortaklığın ayni sermaye taahhüdü kapsamında, dolayısıyla teknik olarak ivazsız iktisap edeceği bir patentin ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılmak gerekir. Hâlbuki bu kapsamdaki

[69] Trumpler, **a.g.e.,** s. 195; Adler/Düring/Schmaltz, **a.g.e.,** §149/40;

[70] TK ile hukukumuza giren bu hükmün kaynağı HGB 248/2 düzenlemesidir. eTK döneminde özel olarak bu yönde bir hüküm yoktu. Buna karşılık eTK m. 460/2'de genel olarak tüm gayri maddi malvarlığı değerlerinin aktifleştirilebilir nitelikte olduğu ifade edilmişti. Bu hükmün genel ifadesine de istinat eden Tekinalp, eTK döneminde ortaklığın kendi işletmesinde meydana getirilen buluşların da, ister tescil edilmiş, isterse edilmemiş olsun aktifleştirilebileceği görüşünü savunmuştur, bkz. Tekinalp, **Bilanço,** s. 109.

Buna karşılık TK m. 74/2'nin madde gerekçesinde *"Bir işletmenin kendi yarattığı, kendisine ait ticaret unvanı, marka, patent, faydalı model, tasarım gibi fikrî mülkiyet hakları ve peştemaliye (goodwill) benzeri işletme değerleri de aktifleştirilemez."* denilerek TK bakımından tam aksi bir sonuç benimsenmiştir.

kıymetlerin anonim ortaklığa ayni sermaye olmasının önünde, anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanan özel bir engel mevcut değildir[71].

Yine TK m. 74/2'deki ivazsız olarak iktisap edilen gayri maddi yatırım malvarlığına ilişkin yasak dolayısıyla nisbi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmesi konusunda da tereddüt edilebilir[72, 73].

---

[71] Nitekim bu hususa dikkat çekilmesine rağmen Alman doktrininde hâkim görüş ayni sermaye taahhüdü durumunda HGB 248/2'nin uygulama alanı bulmayacağı kanaatindedir, bkz. Döllerer, **FS Fleck**, s. 37, yazar ayni sermaye getirilmesinin takas benzeri bir işlem olduğundan bahisle pay sahibinin paylar karşılığında ayni sermaye borcunu ifa ettiğini, bununsa değer üzerinde bir uzlaşmaya varılmasını şart koştuğunu, kaldı ki kanunun ayni sermaye vazına ilişkin getirdiği önlemler ile aşırı değerlemeye karşı gerekli önlemleri aldığını, bu sebeple anonim ortaklığa ayni sermaye getirilmesinin AktG § 248/2'nin aradığı piyasadan edinme şartını gerçekleştirdiği sonucuna varılması gerektiğini belirtmektedir; Röhricht de benzer bir yorumla aynı yönde sonuca ulaşmakla birlikte, gerçek anlamda bir değiş tokuş ilişkisinde aranan ve uygun bir değerin tespitine imkan sağlayan, "taraflar arasında menfaatlerin karşılıklı olması" şartının, anonim ortaklığa ayni sermaye getirilmesi halinde eksik kaldığına dikkat çekmekte, bununla birlikte anonim ortaklıktaki değerleme prosedürünün bu fonksiyonu yerine getirdiğini belirtmektedir, Röhricht, **a.g.e.,** § 27/24; ivazın mutlaka para olması gerekmediği, bu sebeple maddi olmayan duran varlığın ayni sermaye taahhüdü neticesinde elde edilmesi halinde de bir ivazın varolduğu sonucuna varılacağı yönünde ayrıca bkz. Merkt, Hanno in **Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch,** 36. neubearbeitete Auflage, München 2014, § 248/4; ayrıca bkz. Frey, **a.g.e.,** s. 87.

Kanımızca bu sonuca ulaşabilmek için ayni sermaye getirilmesi işlemini karşılıklı borç doğuran bir akde kıyas etmeye gerek yoktur. Hükmün amacı piyasadan/pazardan elde edilemediği için değerinin kestirilmesinde güçlük olan varlıkların aktifleştirilmesini engellemektir. Hâlbuki anonim ortaklıklar hukukunda söz konusu olan ayni sermayenin değerlenmesi prosedürü, hükmün önlemek istediği sakıncayı giderecek niteliktedir, bu yönde bkz. Penne, **a.g.m.,** s. 38-39, yazar HGB 248/2'in aradığı "ivazlı iktisap" şartının sağlamak istediği objektif değerin tespitinin, kuruluş denetçisinin yapacağı değerleme neticesinde sağlanmış olacağını belirtmektedir; aynı yönde Bork, Reinhard, "Die Einlagefaehigkeit obligatorischer Nutzungsrechte", **ZHR 154** (1990), s. 232. Dolayısıyla salt bu hususiyet dikkate alındığında gayri maddi yatırım malvarlığı niteliğindeki değerlerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda TK m. 74/2'nin uygulanmasına yer olmadığı sonucuna varılmalıdır.

[72] TK m. 74/2'de bahsedilen gayri maddi yatırım malvarlığının kapsamının ne olduğu konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte bilanço hukuku bakımından maddi bir varlığı olmayan ve maddi yahut mali yatırım malvarlığı arasında sayılamayacak tüm değerlerin, bu çerçevede özellikle hakların ve hak benzeri kıymetlerin "gayri maddi yatırım malvarlığı" kapsamına girdiği kabul edilebilir, bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** D-440. Bu bakımdan kullanım hakları da gayri maddi yatırım malvarlığı kapsamındadır, **a.e.** D-443. Gayri maddi bir kıymetin maddi bir varlıkla sıkı bir bağlantı içinde olduğu durumlarda ise maddi unsurun mu yoksa gayri maddi unsurun mu daha ağır bastığı önem kazanacaktır; bu yüzden örneğin bir film üzerindeki eser sahipliği hakkında ağır basan filmin materyali değil manevi unsur olduğundan, bunun da gayri maddi bir varlık olduğu sonucuna varılmalıdır, a.e. D-441.

[73] Nitekim Alman hukukunda bazı yazarlar diğer gerekçelerin yanı sıra aktifleştirilme yeterliliği bulunmadığı gerekçesiyle de nisbi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı görüşünü savunmaktadırlar, bu yönde bkz. Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 217 vd.; Schmidt, **ZHR 154,** s. 240, yazar kesin bir kanaat belirtmemekle birlikte özellikle HGB 248/2 karşısında nisbi nitelikteki kullanım haklarının aktifleştirilebilmesinin ve dolayısıyla ayni sermaye yeterliliğinin problemli olduğunu belirtmektedir; Bayer de nispi nitelikteki kullanım haklarının aktifleştirilebilme niteliğinden yoksun olduğunu belirtmekle birlikte bunların limited ortaklık için ekonomik olarak değerlendirilebilir olmasının ayni sermaye yeterliliğinin kabulü açısından kafi olduğu sonucuna

Halbuki aşağıda ilgili başlıkta ayrıca değerlendireceğimiz üzere, nakden değerlenebilir nitelikte olan nisbi kullanım haklarının da ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesi için geçerli bir gerekçe bulunmadığı gibi, aktifleştirilebilme niteliği bakımından varılacak olumsuz sonuç da ayni sermaye yeterliliğini etkilememelidir.

Öte yandan bilanço bakımından aktifleştirilebilmesi mümkün olan bazı kıymetlerin de ayni sermaye olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yani aktifleştirilebilme yeterliliğinin var olduğu şüphesiz olan bir kalem, anonim ortaklıklar hukuku bakımından ayni sermaye olarak kabul edilemeyecek nitelikte olabilir. Bu bakımdan örneğin dönemsellik ilkesi[74] gereği bilançonun aktifinde dönem ayırıcı hesaplar (TK m. 72, 76) altında, gelecek aylara ve yıllara ait giderler yer alacak ise de[75], gerçek bir varlığa tekabül etmeyen[76] bu kalemin anonim ortaklıkta ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir[77].

Bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak kabul edilmeyince, özellikle yıllık bilanço bakımından aktifleştirilebilir olmayan bir kıymetin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde doğacak sonuçlara göz atmakta ve bu durumda özellikle şirket veya alacaklılar bakımından bir olumsuzluğun gündeme gelip gelmeyeceğinin incelenmesinde fayda vardır. Hemen belirtelim ki Alman doktrininde ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aktifleştirilebilmeyi reddeden yazarların önemli bir kısmı, ilişkiyi tersine çevirerek aktifleştirilebilmenin ayni sermaye yeterliliğini izlemesi gerektiğini, dolayısıyla şayet bir kıymetin ortaklıklar hukuku bakımından ayni sermaye yeterliliği bulunduğu

---

varmaktadır, Bayer, Walter in **Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz Kommentar,** 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009, § 5/14.

[74] Bu ilke için bkz. Sevilengül, **a.g.e.,** s. 25; Çonkar/Ulusan/Öztürk, **a.g.e.,** s. 14-15;

[75] Bu hesap altında, her dönemin faaliyet sonuçlarının diğer dönemlerden bağımsız olarak saptanması amacıyla, içinde bulunulan dönemde ortaya çıkan, ancak gelecek aylara veya yıllara ait olan giderler izlenecektir. Bu çerçevede örneğin bir işletmenin bir işyerini iki yıllığına kiralaması ve kira bedelinin tamamını peşinen ödemiş olması durumunda, kira gideri içinde bulunulan dönemde ortaya çıkmış olmasına rağmen, dönemsellik ilkesi gereği bu gider gelecek dönemleri de ilgilendirdiği için, bu giderin gelecek dönemi ilgilendiren kısmı o dönem gelinceye kadar ayrı bir hesapta tutulacak/bekletilecek, ilgili aylarda/yıllarda ise gider hesaplarına alınacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevilengül, **a.g.e.,** s. 381 vd.; Çonkar/Ulusan/Öztürk, **a.g.e.,** s. 192 vd.

[76] Baumbach/Hopt, **a.g.e.,** 250/1.

[77] Bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/27; Pentz, **a.g.e.,** § 27/20; Arnold, **a.g.e.,** § 27/43; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/14; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/11; Bayer, **a.g.e.,** § 27/10; Döllerer, **FS Fleck**, s. 36; Winnefeld, **a.g.e.,** N-37.

sonucuna varılmışsa, bu kıymetin her halükarda bilançoya aktif olarak geçirilmesi gerektiğini belirtmektedirler[78].

Kanımızca da ayni sermaye yeterliliği testini geçmiş bir kıymetin özellikle açılış bilançosuna geçirilmemesi için herhangi bir sebep mevcut değildir. Gerçekten de TK m. 68/1 uyarınca tacir, ticari faaliyetinin başında açılış bilançosu düzenlemekle yükümlüdür. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde açılış bilançosunda "yılsonu finansal tablolarının yılsonu bilançosuna ilişkin hükümleri"nin uygulanacağının ifade edilmiş olması karşısında, açılış bilançosunun da bütünüyle yıllık bilanço gibi hazırlanması gerektiği akla gelebilirse de, bu sonucun yerindeliği şüphelidir. Bir kere bu yanlış anlaşılmaya yol açan hükmün lafzı eksik bir çeviridir. Gerçekten de TK m. 68/1'in kaynağı HGB §242/1 düzenlemesidir; TK'nın anılan fıkrası HGB düzenlemesinden aynen çevirilmişse de çeviri sırasında HGB §242/1'de yer alan ve yıllık bilançoya ilişkin hükümlerin açılış bilançosuna "mahiyetine uygun düştüğü ölçüde/kıyasen" uygulanacağını ifade eden "entsprechend" kelimesinin çevirilmesi ihmal edilmiştir. Hâlbuki mehaz metin dikkate alındığında bu ayrıntıya dikkat edilmesi gerektiği gibi, amaca uygun bir yorum da açılış bilançosu ile yıllık bilanço arasındaki farkın gözetilmesini icap ettirir. Zira her iki bilanço gayeleri itibariyle birbirinden farklıdır; yıllık bilanço bir sonuç açıklama bilançosu niteliğinde iken açılış bilançosu bir malvarlığı/gerçek malvarlığı bilançosu niteliği arzeder[79]. Bu bakımdan açılış bilançosunun öncelikli amacı ortaklığın kuruluştaki gerçek malvarlığı ve sermaye durumunun ve böylece kurucular tarafından ortaklığa getirilen sermayenin tam bir dökümünün ortaya konmasıdır[80]. Dolayısıyla öncelikli amacı ortaklığın belirli bir dönemde elde ettiği sonucu (kâr veya zarar) ortaya koymak olan yıllık bilançoya ilişkin kuralların açılış bilançosuna aynen uygulanması amaçsal olarak da doğru olmaz. Netice itibariyle ayni sermaye olarak ortaklığa getirilen kıymetlerin bilançoya geçirilmesinde özellikle açılış bilançosuna ilişkin amaçların göz önünde bulundurulması ve böylece ortaklıklar hukuku bakımından ayni sermaye

[78] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/22; Bayer, **a.g.e.,** §, 27/11; Winter, **a.g.e.,** § 5/43; Märtens, **a.g.e.,** § 5/70; Hueck, Alfred/Fastrich, Lorenz, in **Baumbach/Hueck GmbHG,** 19. Auflage, München 2010, § 5/23; Meilicke, Obligatorische Nutzungsrechte, s. 581; Boehme, **a.g.e.,** s. 19.

[79] Açılış bilançosunun bu niteliği hakkında bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** N-10.

[80] Winnefeld, **a.g.e.,** N-11, 31.

yeterliliği bulunan kıymetlerin aynı zamanda açılış bilançosu anlamında da aktifleştirilebilir olduğu sonucuna varılması yerinde bir çözüm tarzı olacaktır.

Bu çözüm tarzının benimsenmemesi durumunda, bilançoya aktif olarak geçirilmesi mümkün olmayan bir kıymetin sermaye olarak kabulü halinde, bilançonun aktifi ile pasifi arasında bir değer farkı ortaya çıkacağı, daha açık bir ifadeyle pasifte yer alan esas sermaye kaleminin aktifteki değerlerle tam olarak karşılanmamış olacağı muhakkaktır. Bu durumda –esasen kuruluş aşaması bakımından düşünüldüğünde- ortaklık bilançosunun aktifi pasifinden daha az gözükecek, teknik ifadeyle sermaye karşılıksız kalmış olacaktır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, bu durumda öncelikle salt hesabi olarak bir bilanço açığı gündeme geleceği gibi, ayrıca borca batıklığın var olup olmadığı konusunda da yıllık bilanço değil, borca batıklık bilançosu esas alınacağından ve bu sonuncusunda da yıllık bilançoda aktifleştirilmesi yasak olan kıymetler de dikkate alınacağından, kesinlikle bir borca batıklık tehlikesinden bahsedilemeyecektir[81, 82, 83].

Neticede belirtmek gerekir ki anonim ortaklıklar hukuku ve özellikle sermayenin tedariki ilkesi bakımından bir kıymetin ayni sermaye olarak kabul edilip edilmemesi noktasında önemli olan husus, bunun ortaklığa "sermaye" olarak hizmet etmesini mümkün kılan ve para ile ifade edilebilen bir değerinin bulunup bulunmadığıdır. Bu anlamda "nakden değerlenebilme" şartını karşılayan bir kıymetin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak kabul edilmesini engellemek için herhangi bir gerekçe mevcut değildir. Dolayısıyla bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme de ayni sermaye yeterliliğinin tespiti noktasında bir anlam taşımadığı gibi, bu özellik nakden

[81] Bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/26; Pentz, **a.g.e.,** § 27/19; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/15; Märtens, **a.g.e.,** § 5/71; Frey, **a.g.e.,** s. 89; doktrinin yaklaşımının bu yönde olduğu hakkında ayrıca bkz. Döllerer, **FS Fleck**, s. 36-37; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/15.

[82] Bilançonun aktifi ile pasifi arasında doğacak farkın asıl pratik sonucu kâr dağıtımının zorlaşmasıdır. Zira bu durumda elde edilen yıllık kar, kar payı dağıtımından önce ayrılması gereken diğer kalemlerin yanı sıra bilanço açığının kapatılması için kullanılacak, böylece kar dağıtımını zorlaştıracak fazladan bir faktör gündeme gelecektir. Ancak bu durumda da aktifleştirilmesi mümkün olmayan bir değeri ayni sermaye olarak kabul eden kurucuların söz konusu zorluğa rıza göstermiş, bunu kabullenmiş olacakları, dolayısıyla bu sonucun ayni sermaye yeterliliği bakımından bir engel olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/26; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/15; Pentz, **a.g.e.,** § 27/19; bu sonuca dikkat çekmekle yetinen Zeidler, **a.g.e.,** § 5/64.

[83] "Sermayenin karşılıksız kalması" ve "borca batıklık" kavramları ve bunlar arasındaki fark hakkında genel olarak bkz. Türk, **a.g.e.,** s. 16 vd.; Kayar, İsmail, **Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler,** Kayseri 1997, s. 107 vd.; Kaya, **İflasın Ertelenmesi,** s. 103 vd.

değerlenebilme niteliğini haiz bir kıymetin ayni sermaye yeterliliğini engelleyici bir şart olarak da ileri sürülemez.

b. Nakden Değerlendirilebilmenin Ölçüsü:

Geldiğimiz noktada TK m. 342'de bahsedilen "nakden değerlendirilebilirlik" kriterinin nasıl "anlaşılmaması" gerektiği belirtildikten sonra bu defa da bu kritere somut olarak ne anlam yükleneceği üzerinde durmak gerekir.

Bu noktada hemen belirtelim ki değerleme konusu bilimsel bir çalışma alanı olarak esasen işletme biliminin sınırları içerisindedir; dolayısıyla anonim ortaklıkta ayni sermaye yeterliliği bakımından değerleme söz konusu olduğunda da aksine bir açıklık olmadıkça bu bilim dalının geliştirdiği yöntem ve ilkeler çerçevesinde bir değerlemeden bahsedildiği kabul edilmelidir.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında öncelikle göz önünde bulundurulması gereken olgu, her değerleme işleminin aslında bir ölçüde "yaklaşık" bir hesaplama olduğu ve bu bakımdan "üç aşağı beş yukarı" bir değer ortaya koyduğudur[84]. Kanun koyucunun nakden değerlendirme şartı bakımından beklentisinin hatasız ve kesin bir değerin belirlenmesi olduğunu, dolayısıyla ancak böyle bir değerlemeyi mümkün kılacak varlıkların ayni sermaye olarak kabul edileceğini iddia etmek gerçekçi olmaz. Dolayısıyla bu ilke bakımından aranan kuruşu kuruşuna bir değerleme yapılabilmesi değildir; işletme bilimi çerçevesinde kabul görmüş metodlara göre bir değerleme yapılabilmesi yeterlidir[85]. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki herhangi bir varlığa parasal bir değer biçilmesinin güç olması da tek başına bir ayni sermaye yeterliliği engeli değildir. Zira kanun koyucunun da daha baştan kabul ettiği, değerleme neticesinde mutlak ve tartışmasız bir meblağa ulaşılamayacağı gerçeği, değerlenmesi zorluk arzeden kıymetlerin de otomatik olarak ayni sermaye yeterliliğinden mahrum bırakılmaması gerektiği sonucuna ulaştıracaktır[86].

---

[84] Bu yönde bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 47.

[85] Bu yönde bkz. Döllerer, **FS Fleck**, s. 37.

[86] Bu bakımdan karş. "parasal değerinin tespiti güçlük arz eden malvarlığı unsurları"nın ayni sermaye olarak getirilemeyeceği yönünde, Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 96.

Buna karşılık söz konusu ilkenin asgari bir belirlilik aradığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Buradaki asgari sınırın belirlenmesi kolay değildir ve aşağıda farklı ekonomik değerlerin ayni sermaye yeterlilikleri tartışılırken bu sınır konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler de yapılacaktır[87]. Ancak şu kadarı söylenebilir ki, yalnızca kabataslak değerlenebilen ekonomik kalemlerin ayni sermaye yeterliliğine şüpheyle yaklaşılmalı ve bu şüphenin büyüklüğü ayni sermaye yeterliliği bakımından bir engel olarak görülmelidir.

Bu bakımdan ayni sermaye olarak getirilmek istenen kıymetin somut ve parasal bir meblağ olarak sabitleştirilebilen bir değer ifade etmesi gerekir[88]. Hangi malvarlığı değerlerinin bu kapsamda olduğunun peşinen tespit edilebilmesi mümkün değildir; bu itibarla her ihtimali içerecek "sihirli bir formül"den bahsedilemez. Bununla birlikte "nakden değerlendirilebilme" şartı ile, hem ortaklığın faaliyette bulunabilmesine hem de şirket alacaklılarının tatminine imkan veren bir sermayenin tedarikinin amaçlandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu iki gayeye de hizmet edecek şekilde şirkete gerçek bir "değer akışının[89]" olması, böylece ortaklığın toplam malvarlığı değerinin artması icap eder. Bu anlamda bir değer artışından bahsedebilmek için bunun başta belirttiğimiz somutlukta olması gerektiği, değerleme faaliyetinin bünyesinden kaynaklanan ufak sapmalar tolere edilebilirse de, bunun ötesine geçecek şekilde, ancak kabataslak veya tahminen değerlenebilecek kıymetlerin bu anlamda "nakden değerlendirilebilirlik" niteliğinden yoksun olduğu sonucuna varılmalıdır.

4. Devrolunabilirlik

Türk hukukunda bu hususu bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak açıkça belirtmiş olmayan eTK döneminde de bir malvarlığı değerinin devredilebilir nitelikte olması, onun ayni sermaye yeterliliği için doktrinde üzerinde uzlaşılmış bir ön şart

[87] Nitekim bazı yazarlar hizmet sözleşmelerinin bünyesinde taşıdığı aşırı kişisel riskler dolayısıyla, bu değer bakımından böylesi bir belirsizliğin olduğunu kabul etmekte ve bu sebeple hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliği bulunmadığını belirtmektedirler.

[88] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/23, 25.

[89] Kavram için bkz. Frey, **a.g.e.,** s. 93.

olarak kabul görmekteydi[90]. eTK döneminde doktrinde özellikle borçlu pay sahibinin ayni sermaye taahhüdü ile ortaklığa karşı bir devir yükümlülüğü üstlenmesi durumunda, sermayeye konu kıymetin devredilebilir olmasının işin doğası gereği aranacağı kabul edilmiş, aksi takdirde esas sermaye sisteminin ve özellikle sermayenin tedariki ilkesinin bir gereği olarak taahhüt edilen sermayenin ortaklığın tasarrufu altına getirilmesini güvence altına almak için özel düzenlemeler sevkeden (örnek olarak bkz. eTKm. 140, 142) kanun koyucunun iradesine aykırı bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir[91]. Bu bakımdan haklı olarak devredilebilme niteliğinden mahrum olan bir malvarlığı kaleminin daha ilk aşamada pay sahibinin malvarlığından alınarak ortaklık malvarlığına aktarılması mümkün olamayacağından, devredilebilirlik itirazsız bir biçimde ayni sermaye yeterliliği şartı olarak telakki edilmiştir.

eTK döneminde doktrinin üzerinde uzlaştığı bu şart, TK'nın hazırlanması sırasında doktrinde yer alan diğer bir dizi şartla birlikte göz önünde bulundurulmuş ve ticaret ortaklıkları bakımından genel hüküm niteliğindeki TK m. 127/1-j'nin yanı sıra anonim ortaklıklara özgü olarak TK m. 342/1'de de açıkça bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak sayılmıştır.

eTK dönemindeki Türk hukukuna benzer bir biçimde, bu konuda pozitif metinlerde açık bir düzenleme olmayan İsviçre ve Alman hukukunda da doktrin "devredilebilirlik" niteliğini bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak zikretmiştir[92]. Bununla birlikte, ölçütün isimlendirilmesi noktasındaki bu ittifak bir yana bırakılırsa, devredilebilirlikten ne anlaşılması gerektiği noktasında özellikle Alman hukukunda önemli görüş ayrılıkları mevcuttur. Burada konuyla ilgili olarak yapılan tartışmalar, meselenin çok fazla tartışılmadığı Türk hukuku bakımından da dikkate alınmak durumundadır. Bu bakımdan biz de söz konusu tartışmaları göz ardı etmeksizin, Türk hukukundaki durumun ne olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

---

[90] Arslanlı, **C. I,** s. 34; Ansay, **a.g.e.,** s. 33; İmregün, **a.g.e.,** s. 26, dn. 13; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 22-23.

[91] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 22.

[92] Von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/11; Würdinger, **a.g.e.,** s. 36; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/28 vd.; Arnold, **a.g.e.,** § 27/26; Pentz, **a.g.e.,** § 27/21; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/12; Bayer, **a.g.e.,** § 27/12; İsviçre hukukunda bu yönde Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15/10; Böckli, **a.g.e.,** §1/215; Schenker, **a.g.e.,** § 628/3.

a. Ortaklığa Devredilebilme:

Kavramın anlam çerçevesinin tespit edilmesi, farklı bir söyleyişle devrolunabilirlikten kastın ne olduğunun belirlenmesi önemlidir. Hemen belirtelim ki bu şartın çağrıştırdığı ilk anlam, ayni sermaye olarak ortaklığa getirilmesi düşünülen malvarlığı kaleminin "ortaklığa devredilebilir" olmasıdır. eTK döneminde Türk doktrininde kavramın içeriği ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler yapılmamışsa da, doktrinin doğal olarak devredilebilirliğin çağrıştırdığı bu ilk anlamı önceledi ve esas itibariyle bir varlığın ortaklığa devredilebilir olmasını aradığı söylenebilir[93]. Dolayısıyla her şeyden önce ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığı kaleminin ortaklığın yararlanmasına sunulabilir nitelikte olması gerektiği belirtilmelidir.

Ancak bu anlamda dahi devredilebilirlik şartının bir malvarlığının ortaklığa mutlaka mülkiyetinin geçirilmesi şeklinde anlaşılmaması gerekir. Bu açıdan önemli olan, ortaklığa taahhüt edilen "ekonomik menfaat" her neyse onun devredilebilir olmasıdır. Dolayısıyla örneğin bir malvarlığı üzerinde ortaklığa intifa hakkı tanınması yahut tamamen alacak hakkı niteliğindeki bir kullanma hakkının sağlanması ihtimallerinde de devredilebilirlik niteliğinin mevcut olduğu kabul edilmelidir[94]. Nitekim *"taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları"*nın ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak konulabileceğinden bahseden TK m. 127/1-(d) hükmü de bu sonuca işaret etmektedir[95].

Belirtilmesi gereken ikinci nokta da bir ekonomik değerin özel hukuk bakımından bizatihi "devredilemez" olarak nitelendirilmesinin, ayni sermaye yeterliliği anlamında "devredilebilirlik" niteliğini otomatik olarak ortadan kaldırmayacağıdır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi bir malvarlığı değerinin salt sağladığı ekonomik menfaatin anonim ortaklığa tahsis edilmesi de ayni sermaye

[93] Nitekim bu dönemde konuyu nispeten detaylı olarak incelemiş olan Arıcı, devredilebilirlik şartını ele alırken bu anlam üzerinde durmaktadır, Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 22-23.

[94] Bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/28; Haas, **a.g.m.,** s. 175.

[95] Bu arada örneğin *"Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir"* diyen TK m. 128/4 hükmünden de aksi bir sonuca ulaşmak kanımızca mümkün değildir. Anılan hüküm yalnızca taşınmazlar dışındaki ayni değerlerin mülkiyetinin ortaklığa sermaye olarak getirilmesi ihtimalini düzenlemekte, buna karşılık mülkiyetin devri dışındaki kullanma/yararlanma imkânlarının ayni sermaye olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmek amacı gütmemektedir. Bu konudaki kural açık bir biçimde 127. madde ile konulmuştur.

yeterliliği bakımından aranan devredilebilirlik şartını karşılar. Bu bakımdan örneğin intifa hakkı şahsa bağlı olarak kurulan ve devredilebilirlik niteliği bulunmayan bir irtifak hakkıdır. Ancak MK m. 806/1'de sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmamışsa veya halin icabından hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa intifa hakkının "kullanılması"nın başkasına devredilebileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan bizatihi intifa hakkının devri mümkün değilse de bu hakkın "kullanımının" devrinin mümkün olması, ayni sermaye yeterliliği bakımından aranan "devredilebilirlik" şartını karşılar[96]. Dolayısıyla bir kimse kendisine tanınmış bulunan intifa hakkına ilişkin ekonomik menfaatten yararlanma hakkını anonim ortaklığa terk ettiği takdirde, ayni sermaye yeterliliği bakımından aranan devredilebilirlik şartını yerine getirmiş olduğu sonucuna varılacaktır[97].

b. Yeniden Devredilebilirlik/Haczedilebilirlik:

İkinci aşamada üzerinde durulması gereken husus devredilebilirlik şartının, çağrıştırdığı ilk anlamın ötesinde başka ve daha ileri derecede talepleri de içerip içermediği meselesidir. Esasen bir malvarlığının kuruluş veya esas sermaye artırımı aşamasında ortaklık malvarlığına kazandırılabilir olması anlamında devredilebilirlik zaten işin doğası gereği mevcut olmalıdır[98]. Ancak acaba söz konusu malvarlığının "ortaklığa devredilebilir" olmanın ötesinde "ortaklık tarafından da devredilebilir" olması, bu bakımdan özellikle alacaklarını şirket malvarlığından tatmin etmek

[96] Bu bakımdan bir kimsenin kendisi lehine tanınmış olan intifa hakkını değil, *"olsa olsa MK m. 806 uyarınca intifa hakkının kullanımını sermaye olarak getirebilece"*ğinden bahsederek olumlu sonuca varan Paslı, Ali, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", **Batider,** Eylül 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 199, dn. 12.

[97] Tüm bu açıklamalara rağmen, "ortaklığın kullanımına sunulabilme" anlamında devrolunabilirliğin kanun koyucu tarafından açıkça bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak belirtilmesinin gerekliliği tartışılabilir. Gerçekten bir ekonomik değerin eşya hukuku kuralları bağlamında eski malikin malvarlığını terk ederek bir başka malike ait malvarlığına geçirilebilme imkânı mevcut değilse, özellikle TK m. 128/4'te şirketin taahhüt edilen ayni sermaye değerlerinin üzerinde tüzel kişilik kazandığı andan itibaren malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceğinin de açıkça ifade edilmiş olması karşısında, açık bir kanun hükmü bulunmasına ihtiyaç duyulmaksızın bu tip bir değerin ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı söylenebilecektir. Böylesi bir durumun varlığı halinde mesele pekâlâ borçlar hukuku çerçevesinde (objektif ve sübjektif) imkânsızlık kavramları altında değerlendirilerek çözülebilir. Nitekim ne Sermaye Yönergesisinin 7. maddesinde, ne Alman AktG'de ne de İsvBK'da bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devrolunabilirlikten kanun metninde bahsedilmemiş olmasına rağmen, Alman ve İsviçre doktrininde de en azından bu anlamdaki bir devrolunabilirlik şartı kabul görmektedir.

[98] Bu yönde bkz. Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/23; Frey, **a.g.e.,** s. 86.

durumunda olan şirket alacaklılarına da intikal edebilecek, giderek onlar tarafından haczedilebilecek ve paraya çevrilebilecek nitelikte olması da aranacak mıdır[99]?

eTK döneminde bu konuda açık bir kanuni yasak olmamasına rağmen şahsi emeğin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceğine yönelik neredeyse tartışmasız olan doktrin görüşünün gerekçelendirilmesi sırasında bazı yazarlarca yeniden devredilebilirlik/haczedilebilirlik niteliklerinin yokluğu ayni sermaye yeterliliğini engelleyen gerekçeler olarak sunulmuş, dolayısıyla zımni olarak bu hususun bir ayni sermaye yeterliliği şartı olduğu ortaya konmuştur. Örneğin Göle, emeğin "başkalarına" devredilemez olmasını bir ayni sermaye engeli olarak değerlendirmiş[100], Domaniç ise daha açık bir biçimde emeğin haczinin ve paraya çevrilmesinin mümkün olmadığını, hâlbuki icabında şirket alacaklılarının müracaat ve haczedebilmesi gereken bakiye sermaye alacakları arasında emeğe yer olmadığını[101] belirtmiştir[102]. Yine Arıcı da know-how'ın ayni sermaye yeterliliğini değerlendirirken *"Esas sermayenin güvence işlevinin doğal sonucu olarak anonim ortaklıkla ilişkiye geçen üçüncü kişilerin, alacaklarını tatmin amacıyla gerektiğinde, ortaklığın malvarlığına başvurabilmesi gerekir. Bu amacın gerçekleşmesi ise ortaklığa sermaye olarak konulan malvarlığı değerlerinin paraya çevrilebilir (ve haczedilebilir) nitelikte olmasına bağlıdır"* diyerek açıkça haczedilebilirliği bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak zikretmiştir[103]. Yeni dönemde de Akdağ Güney

[99] Devredilebilirlik ile haczedilebilirlik arasında yakın bir ilişki vardır. Gerçekten de maddi hukuka göre devri mümkün bulunmayan hakların haczi de mümkün değildir, bkz. Postacıoğlu, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 538 Sayılı Kanun Gözönünde Tutularak Yazılan Dördüncü Bası, İstanbul 1982, s. 331; Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku,** İstanbul 2000, s. 173; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, **İcra ve İflas Hukuku- Ders Kitabı,** 21. Baskı, Ankara 2007, s. 268. Bununla birlikte tarafların aralarındaki anlaşma ile bir şeyin devrini yasaklamış olmaları hacze engel olmaz, Postacıoğlu, **a.g.e.,** s. 333; Üstündağ, **Medeni Yargılama,** s. 173; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 268. Nihayet Postacıoğlu bir hakkın devrinin maddi hukuk bakımından mümkün olmasının da her halükarda onun haczedilebilirliği sonucunu doğurmayacağını, örneğin kiracının kira akdini kural olarak başkasına devredebildiği halde, kira akdinden doğan hakların haczine cevaz verilmediğini belirtmekte ve Jaeger'e atıfla eşyanın tabiatı icabı kira akdinin kiracıya tanıdığı hakların haczinin mümkün olmadığını ifade etmektedir, **a.g.e.,** s. 332-333.

[100] Göle, **a.g.e.,** s. 16.

[101] Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 202.

[102] Emeğin ayni sermaye yeterliliği ile ilgili olarak bkz. aşağıda II, İ.

[103] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 21; yazar emeğin anonim ortaklıkta ayni sermaye olamayacağını belirtirken de Domaniç'i takiben emeğin bir sermaye alacağı olarak üçüncü kişiler tarafından haczedilebilir nitelikte olmadığını, emeğin bu özelliğinin eTK m. 269'un amacına aykırı olduğunu ifade etmektedir, s. 33.

"Anonim şirketin sermayesi alacaklılar bakımından asgari sorumluluk tutarı teşkil ettiğinden, gerektiği takdirde alacaklılara ödenebilmek için paraya çevrilebilmelidir" diyerek aynı sonuca ulaşmaktadır[104].

Mehaz İsviçre hukuku doktrininde de ayni sermaye kalemlerinin "paraya çevrilebilir (verwertbar)" nitelikte olmaları, böylece ortaklık tarafından satılmaya ve icabında alacaklıların tatminine hizmet etmeye müsait bulunmaları gerektiği ifade edilmiştir[105].

Alman doktrininde de bir görüş devrolunabilirlik şartını bu şekilde anlamaktadır. Bu yazarlara göre bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devredilebilirlik, ayni sermayenin ortaklığa devrinden sonra da başka sebeplerle üçüncü kişilere devredilebilir olmasını, buna bağlı olarak cebri icraya konu olabilecek/haczedilebilecek nitelikte bulunmasını ifade eder[106]. Bu bakımdan devredilebilirlik ifadesi yalnızca sermaye taahhüdü anı ile takyid edilmemeli, "yeniden devredilebilirlik" ve "icraya konu olabilirlik" şeklinde anlaşılmalıdır; zira bu değerler ancak bu şekilde garanti sermayesi fonksiyonunu icra edebileceklerdir[107].

---

[104] Akdağ Güney, **a.g.e,** s. 96.

[105] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/10; Böckli, **a.g.e.,** §1/215; genel bir ifadeyle "paraya çevrilebilir olma"dan bahseden Schenker, **a.g.e.,** § 628/3.

[106] Lutter, **a.g.e.,** s. 232, buna karşılık yazar sonraki dönemde bu görüşünü yumuşatmış ve ayni sermaye yeterliliği bakımından tekil olarak haczedilebilme yerine ortaklık malvarlığının bütünü içerisinde değerlendirilebilmenin yeterli olacağı sonucuna ulaşmıştır, bu yönde Eckardt, a.g.e, § 27/9; Penne, **a.g.m.,** s. 37-38; Boehme, **a.g.e.,** s. 31 vd.; Fabritius, Andreas, **Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch die Gesellschafter,** Heidelberg 1988, s. 169, yazar ortaklığın daha başlangıçta borca batıklığa düşmemesi için ortaklığa getirilen sermaye kalemlerinin borca batıklığı engelleyebilecek, dolayısıyla borca batıklık bilançosunda aktifleştirilebilecek nitelikte olmaları gerektiğini, borca batıklık bilançosuna ise en azından iflas durumunda alacaklılar lehine paraya çevrilebilecek kıymetlerin kaydedilebileceğini belirtmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde duracak olmakla birlikte şimdiden belirtelim ki, yazarın aradığı bu şart, ortaklık bütünüyle nakdi sermaye ile kurulsa dahi şirket yönetiminin kuruluştan hemen sonra yine haczi mümkün olmayan değerleri, bu defa borçlar hukuku temelinde iktisap etmesi suretiyle kolayca aşılabilecektir.

Schmidt bu yaklaşımın temelinde yatan saiki açıklarken işletme biliminin nazarında asgari düzeyde somutluk şartını yerine getiren her malvarlığı kaleminin değerlenebilir nitelikte olduğunu, buna karşılık hukukçunun iflas durumunda iflas masasına katkı yapabilecek malvarlığı kalemlerine ayni sermaye yeterliliği tanımaya daha yatkın olduğunu ifade etmektedir, Schmidt, Karsten, **Gesellschaftsrecht,** 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1997, s. 573.

[107] Lutter, **a.g.e.,** s. 232, yazar bu bakımdan ortaklığın şahsına bağlı olarak tesis edilen ve bu sebeple iflas veya tasfiye halinde sona erecek olan kullanım haklarının, üçüncü kişilerin el atmasına müsait olmamaları dolayısıyla ayni sermaye yeterliliklerinin bulunmadığı kanaatindedir.

Buna karşılık Alman doktrininde daha yaygın olarak kabul gören diğer görüşe göre devredilebilirlikten kasıt, malvarlığının ortaklığın nihai kullanımına sunulabilmesidir, yoksa malvarlığının bağımsız olarak üçüncü kişiye devredilebilir ve bu kapsamda yine münferit olarak cebren icra edilebilir olup olmadığı önemli değildir. Bununla birlikte bu görüş içerisinde de yazarlar, ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığının en azından ortaklık malvarlığının bütünü ile beraber üçüncü kişilere devredilebilir olmasının gerekli olup olmadığı konusunda ikiye ayrılmışlardır. Bazı yazarlar mutlak olarak tek başına üçüncü kişiye devredilebilirlik ve buna bağlı olarak tek başına haczedilebilirlik/cebri icra yoluyla paraya çevrilebilirlik nitelikleri aranmasa dahi, ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığı değerinin en azından ortaklık malvarlığının bütünü veya bir kısmı ile birlikte üçüncü kişilere devredilebilir/paraya çevrilebilir nitelikte olmasını gerekli ve yeterli görmektedirler[108]. Nitekim bu görüşteki bazı yazarlar şirketin şahsına bağlı olan ve dolayısıyla –pay sahibinin onayı olmaksızın- üçüncü kişilere devredilemeyen[109] ve iflas halinde de ortadan kalkacak olan değerlerin (örneğin ortaklığa tanınmış olan nispi/şahsi nitelikteki kullanım haklarının) ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı görüşündedirler[110].

---

[108] Pentz, **a.g.e.,** § 27/21; Arnold, **a.g.e.,** § 27/46; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/67; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/23; Haas, **a.g.m.,** s. 176, 181; Steinbeck, s. 122-123; Götting, Horst-Peter, "Die Einlagefähigkeit von Lizenzen an Immaterialgüterrechten", **AG** 1999, s. 3; Döllerer, **FS Fleck**, s. 42, yazar çok açık bir biçimde malvarlığının bütünü ile birlikte devredilebilirliğe vurgu yapmasa da, BFH'nın bu yöndeki bir kararına atıf yaparak görüşünü temellendirmektedir; karş. Schmidt, **ZHR 154,** s. 251, yazar tek başına haczedilebilmeyi bir ayni sermaye niteliği olarak görmemekle birlikte, ölçü olarak tasfiye ve iflas hallerinin alınması gerektiğini, buna göre tasfiye ve iflas durumunda ortaklık malvarlığının/iflas masasının bir parçası olarak yararlanılabilen/paraya çevrilebilen kıymetlerin ayni sermaye yeterliliği bulunduğu sonucuna varılabileceğini belirtmektedir.

[109] Kiracının kiralayanının izni olmaksızın kiralanan şeyin kullanımını üçüncü kişiye devredemeyeceği ve özellikle onu tekrar kiraya veremeyeceği (alt kira) yönünde BGB §540/1 c.1; BK m. 322/1'de ise kural olarak kiracının kiralananı alt kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebileceği hükme bağlanmış, ancak ikinci fıkrada konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından bir istisna getirilmiş ve kiraya verenin yazılı izni olmadıkça kiralananın alt kiraya verilemeyeceği gibi kullanım hakkının da devredilemeyeceği düzenlenmiştir. BK m. 323/1, c. 1'de de kira ilişkisinin devri için kural olarak kiraya verenin yazılı rızası aranmış, ancak aynı fıkranın ikinci fıkrasında işyeri kiralarında kiraya verenin haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamayacağı hükme bağlanmıştır.

[110] Bkz. Haas, **a.g.m.,** s. 181, bununla birlikte yazar, en azından kullanım süresi boyunca şirketin kullanım hakkını üçüncü kişilere devretmek konusunda yetkili kılınmış olması şartıyla ayni sermaye yeterliliğinin bulunduğu sonucuna varmaktadır; Fabritius, **a.g.e.,** s. 163 vd., özellikle 170 vd., 173; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, G.

Diğer grup yazarlar ise ayni sermaye yeterliliği bakımından ayni kıymetin ne tek başına ne de ortaklık malvarlığının bütünü içinde devredilebilir ve haczedilebilir/paraya çevrilebilir olmasına gerek olmadığı; yine bunun gibi iflas/tasfiye durumunda ortadan kalkacak olan ve netice itibariyle alacaklıların tatmininde kullanılması hiçbir şekilde mümkün bulunmayan değerlerin de –bu bağlamda özellikle ortaklık tüzel kişiliğine tahsis edilmiş olan nispi nitelikteki kullanma haklarının- ayni sermaye yeterliliğini haiz olduğu kanaatindedirler[111]. Bu görüşe göre ortaklığa faaliyeti çerçevesinde yararlanabileceği ve malvarlığını büyüten bir değerin getirilmiş olması, böylece alacaklılar nazarında da ortaklığın kendi gücüyle borçlarını ifa edebileceğinin ortaya konulmuş olması yeterlidir[112].

Biz de nakit dışı bir değerin ayni sermaye yeterliliğinin belirlenmesinde bu değerin ortaklığa devredilebilir olmasının yanı sıra üçüncü kişilere de (yeniden) devredilebilir, giderek onlar tarafından haczedilebilir ve paraya dönüştürülebilir nitelikte olmasının, kanun koyucunun aradığı bir gereklilik olmadığı, ayrıca böyle bir gerekliliğin esas sermaye sisteminden de çıkarılamayacağı kanaatindeyiz. Yine ayni sermaye konusu varlıkların en azından ortaklığın malvarlığı ile beraber devredilebilir nitelikte olması ve bu şekilde alacaklıları tatmine hizmet etmesi gerektiği yönündeki fikre de katılmıyoruz.

Öncelikle belirtelim ki esas sermaye sistemi ve bununla bağlantılı olarak sermayenin tedariki ilkesinin sağlamak istediği husus, rakamsal bir değer olarak ortaklığın esas sözleşmesinde yer alan esas sermaye miktarını gerçekten karşılayan bir malvarlığının temini ve bunun ortaklığın kullanımına sunulmasıdır. Ancak bunun ötesine geçerek bu ilkenin esas sermaye miktarına karşılık gelen malvarlığının bileşimi/türü ile de ilgilendiğini gösterecek bir veri, ilkesel olarak esas sermaye

[111] Meilicke, Obligatorische Nutzungsrechte, s . 579-580; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/31 vd., yazar ayrıca ve açıkça, yeniden devredilebilir nitelikte olmayan alacak ve hakların, yahut iflas halinde sona erecek ve dolayısıyla alacaklıları tatmin etmek için kullanılamayacak olan edimlerin de ayni sermaye yeterliliği bulunduğunu belirtmektedir; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/13; Winter, **a.g.e.,** § 5/44, yazar en azından işletmenin bütünü kapsamında paraya çevrilebilir olma şartını arayıp aramadığı konusunda çok açık bir beyanda bulunmamışsa da, ifadelerinin genelinden böyle bir şartı zaruri görmediği sonucu çıkmaktadır; Döllerer, **FS Fleck**, s. 46-47; Bork, **a.g.m.,** s. 228-229; Frey, **a.g.e.,** s. 91 vd.

[112] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/31; Bork, **a.g.m.,** s. 228; benzer şekilde Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/23.

sisteminin işleyiş tarzından çıkarılamayacağı gibi, sermayenin tedariki ilkesinin somutlaştığı maddelerde de bu yönde herhangi bir ipucu yer almamaktadır.

Nitekim kanun koyucunun ne sarahaten ne zımnen aradığı bu niteliğin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak dayatılması pratik olarak da faydasızdır. Gerçekten de, bu şart kabul edilse ve buna uygun olarak bir anonim ortaklık yalnızca üçüncü kişilere devredilebilir ve haczedilebilir nitelikteki ayınlar bir araya getirilecek şekilde kurulsa dahi, hemen kuruluşun ardından bu ayni değerler kullanılarak bu defa üçüncü kişiye devri ve haczi mümkün olmayan kıymetlerin edinilmesini engelleyen herhangi bir hüküm mevzuatta mevcut değildir. Hatta bu bakımdan nakdi sermayenin bile bir garanti sağladığı söylenemez; sırf nakdi sermaye ile kurulmuş bir anonim ortaklık dahi, bunu kullanmak suretiyle yeniden devredilebilir veya haczedilebilir olmayan malvarlığı değerlerini edinebilecektir[113]. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere esas sermaye sistemi ile getirilen koruma, esas sermayeye karşılık olarak getirilen malvarlığının ilk geldiği hali ile çelik bir kasada saklanması şeklinde sağlanmadığından, şirket malvarlığı başlangıçta yeniden devredilebilirlik/haczedilebilirlik şartına riayet edilerek oluşturulsa bile, sonradan bu bileşim kolaylıkla değişebilecek ve sonuçta teorik olarak bütünüyle yeniden devri mümkün olmayan değerlerden müteşekkil bir malvarlığı ortaya çıkabilecektir[114]. Bu açıdan ne esas sermaye sistemi ne de sermayenin tedariki/korunması ilkesi malvarlığı bileşiminin ne olacağı veya nasıl muhafaza edileceği ile ilgilenmektedir[115]. Şu halde

---

[113] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/30, yazarbu bağlamda *"alacaklıların ortaklık malvarlığında daima kendilerinin cebren el atmasına elverişli olan malvarlığı değerlerini bulma haklarından sözedilemeyeceğini"* belirtmektedir; Haas, **a.g.m.,** s. 176; Steinbeck, s. 123; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** §, 27/13; kuruluştan sonra ayni değerlerin devralınmasını düzenleyen TK m. 356'ya benzer bir düzenleme getiren AktG §52'ye rağmen, doktrinin sağlamak istediği şartın kolayca aşılabileceği yönünde Frey, **a.g.e.,** s. 91.

[114] Kaldı ki Döllerer'in son derece haklı olarak belirttiği üzere herhangi bir ayni değerin hatta nakdi sermayenin bile iflas halinde ortaklığın bünyesinde kalmaya ve alacaklıların tatminine hizmet etmeye devam edeceğinin garantisi yoktur; ne sermayenin korunması ilkesi ne de genel olarak kanun, ortaklığın kötü yönetilmesi veya piyasada yaşanan büyük çalkantılar gibi şirket malvarlığının bütünüyle ortadan kalkmasına yol açacak olgulara karşı gerçek bir koruma sağlayacak niteliktedir, Döllerer, **FS Fleck**, s. 47.

[115] Bu anlamda ortaklık malvarlığının salt alacaklıları tatmin etmek gayesiyle oluşturulmadığına, bunun yanı sıra –ve belki bundan da önce- ortaklığa bir işletme sermayesi olarak da hizmet ettiğine dikkat edilmelidir. Bu sebeple ortaklık malvarlığını oluşturan her bir cüzün gereğinde alacaklılar tarafından "el konulmak" üzere hazır bekletilmesi gerekliliğinden söz edilemez; benzer görüşte bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/21; Frey, **a.g.e.,** s. 92.

sonradan kolaylıkla aşılabilecek bir engeli kural haline getirmek ve şirket yöneticilerini kanunu dolanmak mecburiyetinde bırakmak yerinde bir tercih olarak gözükmemektedir.

Öte yandan bu yaklaşım açıkça kanuni bir dayanaktan da yoksundur. Gerçekten, ne bu tartışmaların yaşandığı Alman hukuku bakımından AktG'de ne de TK kapsamında kuruluş prosedürü çerçevesinde bir "yeniden devredilebilirlik/haczedilebilirlik testi" öngörülmüş değildir. Dolayısıyla kuruluş esnasında yapılacak kontroller (değerleme, tescil vs.) sırasında yetkili kimselerin böylesi bir testi gerçekleştirmek istemeleri halinde kullanabilecekleri herhangi bir pozitif dayanak da söz konusu değildir.

Avrupa hukukunda bu konuda temel metin olan Sermaye Yönergesinin 7. maddesi üzerinde yapılacak tarihsel bir yorum da aynı sonuca ulaştıracaktır. Gerçekten bahsi geçen maddenin kaleme alınışı sürecinde gerek "haczedilebilirlik" (Pfändbarkeit/Vollstreckbarkeit) gerekse paraya çevrilebilirlik/devredilebilirlik" (Verwertbarkeit/Übertragbarkeit) kavramlarının ayni sermaye yeterliliği kriterleri olarak kullanılması gündeme gelmiş ve tartışılmış, ancak her iki kavrama da farklı ülke hukuklarında farklı anlamlar yüklenmiş olduğu ve yorum güçlüklerine yol açabileceği gerekçesiyle, neticede ortak bir ölçüt olarak *"belirli bir ekonomik değer taşıma"*şartı benimsenmiştir[116]. Bu bakımdan Avrupa ölçeğinde hukuk düzenleyicilerinin de birer ayni sermaye yeterliliği şartı olarak haczedilebilirlik ve yeniden devredilebilirlik kavramlarından bilinçli olarak kaçındıkları anlaşılmaktadır.

Ayni sermaye kalemlerinin tek başlarına değilse de en azından ortaklık malvarlığı ile birlikte devredilebilir olması gerektiğini savunan yazarlardan Haas, bu şartın yalnızca alacaklıların korunması bakımından değil, daha önemlisi esas sermaye karşılığı getirilen malvarlığına yüklenen işletme sermayesi fonksiyonu

---

Bu noktada Moxter'in bilançonun aktifinde yer alan kalemler için kullandığı tabirle gerek ayni gerek nakdi sermayeyi teşkil eden değerlerin "gelecekteki kazançların tetikleyicisi" niteliğinde olduğunu (Moxter, Adolf, Bilanzlehre, Bd. I, Einführung in die Bilanztheorie, 3. Auflage, 1984, s. 88, (Döllerer, **FS Fleck**, s. 47'den naklen)), dolayısıyla ortaklığın bu değerleri kullanarak faaliyetini sürdüreceği, dolayısıyla kalemler arasında geçişler olmasının ve bu arada haczedilebilir bir varlık karşılık olarak kullanılmak suretiyle pekâlâ haczedilemez nitelikte bir varlığın ortaklık malvarlığına katılmasının mümkün olduğunu bir kez daha hatırlatalım.

[116] Sermaye Yönergesinin 7. maddesinin kaleme alınış süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Meilicke, **Obligatorische Nutzungsrechte,** s. 580.

bakımından da gerekli olduğunu belirtmiştir[117]. Bu yazara göre ayni sermayenin devredilebilirlik fonksiyonunun gözettiği bir amaç da, anonim ortaklık yönetimine ortaklığa getirilen sermaye üzerinde ortaklığın amacını gerçekleştirmesini mümkün kılacak nitelikte bir tasarruf özgürlüğü sağlanmasıdır. Kanun koyucunun gözettiği bu amaç nakdi sermaye bakımından açıktır; ortaklık yönetimi doğal olarak bu nakdi sermayeyi başkaca değerlere yatıracak ve bu yatırımlar yoluyla ortaklık malvarlığının artmasını –başka bir deyişle ortaklığın kâr etmesini- sağlamaya çalışacaktır. Nitekim bunun aksine olarak pay sahiplerinin getirdiği nakdi sermayeyi bir bankaya yatıran ve üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmayan bir yönetimin ticari mantığa ve ortaklığın amacına aykırı davrandığı kolaylıkla söylenebilir. Dolayısıyla yazar, aynı tasarruf özgürlüğünün ayni sermaye bakımından da sağlanması gerektiğini ve buna bağlı olarak pay sahiplerinin ortaklığa getireceği ayni değerlerin, bu gerekliliğe uygun şekilde ortaklığın yöneticileri tarafından üzerinde tasarruf edilebilecek, gerektiğinde satılarak/paraya çevrilerek başka değerlere yatırım yapmayı mümkün kılacak kıymetler olmasının icap ettiğini, bu durumun *"nakdi ve ayni sermayenin işlevleri açısından denk olması gerekliliği (funktionale Äquivalenz von Bar- und Sacheinlagen)"*nin de bir sonucu olduğunu belirtmiştir.

Kanımızca bu görüş, bir yandan kanundan kaynaklanmayan bir zorunluluğu yönetim kurulunun tasarruf serbestisi gerekçesiyle savunurken, diğer taraftan ortaklığın/kurucuların sermaye bileşimini oluşturmak konusundaki serbestisini –yine pozitif bir dayanak olmaksızın-daraltmaktadır[118]. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu bu konuda herhangi bir irade beyan etmiş değildir; dolayısıyla söz konusu menfaatlerden birini diğerine üstün tuttuğuna ilişkin bir işaretten de bahsedilemez. Şu halde bu konuda söylenebilecek olan, zaman itibariyle diğerine tekaddüm eden menfaatin öncelikli olacağı, başka bir deyişle sonraki menfaatin öncekine tabi olacağıdır. Bu bakımdan sermayenin oluşturulması aşaması önceliklidir; bu aşamada kanunen öngörülen ayni sermaye yeterliliği şartlarını

[117] Haas, **a.g.m.,** s. 180-181.

[118] Frey'e göre bu görüşün arka planında pay sahiplerinin şirket yönetiminde söz sahibi olmamalarını sağlamanın, yine onların sermaye yapısını belirleme özgürlüklerinden daha önemli olduğu gibi bir önerme yer almaktadır ki bu önermenin pratikte karşılığı olmadığı gibi, kanun düzenlemesi ile de uyumsuzdur, **a.g.e.,** s. 92.

taşıyan değerler ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilmeli, bu değerlerin yeniden devredilebilirlik veya haczedilebilirlik nitelikleri ise daha sonraki ortaklık yöneticilerinin karar alma ve icra etme aşamalarında göz önünde bulundurmaları gereken bir sınır olarak değerlendirilmelidir.

Bu görüşün bir gereklilik olarak dillendirdiği "ayni sermayenin ortaklık tarafından nakde tahvil edilebilirliği" ekonomik hayatta elbette önem arzeden bir husustur. Ekonominin temel işlem aracı paradır, dolayısıyla ortaklık borçlarını –kural olarak- para ile ödeyecektir. Ortaklığın tek bir borcunu bile ödeyememesinin muhtemel teorik sonucu şirketin iflasıdır. Dolayısıyla ortaklığın sahip olduğu malvarlığının nakde dönüştürülebilirliği/likidite kimi zaman hayati önem arzedebilir. Ancak ortaklığın kuruluş aşamasından sonrasına ilişkin bu endişe, ortaklığın kurulmasını önleyecek/zorlaştıracak tedbirlerle giderilmemelidir. Gerçekten nakde tahvil edilebilirliğin önem arzettiği örneklerin karşısında, ortaklık tarafından devredilebilirlik ve alacaklılar tarafından haczedilebilirlik nitelikleri bulunmayan malvarlığı değerlerinin şirketin kuruluşu bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğu ihtimaller de mevcut olabilir. Örneğin potansiyel ortaklardan birinin sahibi bulunduğu bir marka veya patente dayalı olarak faaliyette bulunmak isteyen bir anonim ortaklık, bu pay sahibinin markası üzerinde tanıyacağı lisansın üçüncü kişilere devrine veya alt lisans verilmesine açıkça izin vermemesi halinde (MarkaKHK m. 21/4), şayet yukarıdaki görüş esas alınırsa, kurulamayacaktır. Yine ortaklardan birinin bir otel işletmesi kurmayı planlayan anonim ortaklığa, sahip olduğu arazi üzerinde ortaklık lehine bir intifa hakkı tesis etmek istemesi; yahut bir maden sahibi ile maden işleme tesislerine sahip bir grup potansiyel ortağın, bir anonim ortaklık kurmak istemesi ve maden sahibi olan ortağın şirkete sermaye olarak 5 yıl boyunca piyasa fiyatının belirli oranda altında kalmak şartıyla hammade tahsisini üstlenmesi[119] gibi örneklerde, yukarıdaki tezin kabulü halinde ortaklığın kurulmasına dahi fırsat tanınmamış olmaktadır[120]. Bir şirketin gelecekte karşılaşması

[119] Son örnek için bkz. Frey, **a.g.e.,** s. 92-93.

[120] Devredilebilirliğe verilecek anlam, pratikte hangi kıymetlerin ayni sermaye yeterliliğine sahip olduğu noktasında önemli farklara yol açabilecektir. Yukarıda verdiğimiz örneklerin yanı sıra, devredilebilirliğin sınırları dar tutulduğu ve özellikle yeniden devredilebilirlik şeklinde anlaşıldığı takdirde genel itibariyle ancak kişiye bağlı/şahısla kaim olarak kurulabilecek olan intifa ve

ihtimali bulunan likidite ihtiyacı gerekçe gösterilerek, aynı şirketin faaliyetine başlamasını engelleyecek tedbirlere başvurmak, kanımızca ekonomik bir tercih olarak da yerinde değildir.

Nihayet kurucuların böylesi bir malvarlığı değerini ortaklığa ayni sermaye olarak kazandırmalarına izin verilmemesi tıpkı ortaklık malvarlığından bağımsız biçimde devredilebilirliği bir ayni sermaye şartı olarak arayan görüşe karşı belirtildiği gibi, esasen pratik açıdan da faydasız bir çabadır. Zirada orada belirttiğimiz üzere, söz konusu malvarlığı değerini ortaklığa kazandırmak konusunda kararlı olan bir yönetim, en kötü ihtimalde TK m. 356'nın getirdiği iki yıllık sınırlamayı bekleyip bundan sonra aynı malvarlığı değerini bu defa bir sözleşmeye dayalı olarak edinecek, gerek işletme sermayesinin niteliği gerekse alacaklıların korunması saiklerine dayalı olarak ileri sürülen aksi yöndeki görüşlerin vehmettiği olumsuz netice aynen elde edilmiş olacaktır.

5. Üzerinde Sınırlı Ayni Hak, Haciz veya Tedbir Bulunmamak:

TK'nın ayni sermaye ile ilgili olarak getirdiği kurallar arasında önemli bir yenilik TK m. 342/1'in başlangıç kısmıdır. Buna göre sınırlayıcı bir sayımla ancak *"üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan"* malvarlığı değerlerinin ayni sermaye olarak kabulüne müsaade edilmiştir. Bu düzenleme karşısında daha ilk bakışta TK'nın ayni sermaye yeterliliği konusuna, mukayeseli hukukta da karşılığı bulunmayan -ve belki de bu açıdan aşırı olduğu dahi söylenebilecek- ölçüde müteyakkız ve tedirgin yaklaştığı söylenebilecektir.

Esasen anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenen kıymetlerin TK m. 342'de sayılan türden yükler[121] taşıması halinde, bu durumun pekâlâ

---

oturma/sükna hakları; kişiye bağlı olarak kurulmak istenen düzensiz irtifaklar; aksi belirtilmedikçe kişiye bağlı olarak tesis edilen MK m. 838'deki diğer irtifakların yanı sıra; kanunen (örn. konut ve çatılı işyeri kirasından kaynaklanan kullanma hakkı, BK m. 322/2; hasılat kiracısının kullanma hakkı, BK m. 366; kullanma ödüncünde ödünç alanın kullanma hakkı, BK m. 380/2) veya iradi olarak temliki yasaklanan alacak haklarının; yahut yukarıdaki örnekteki gibi bir lisanstan doğan kullanma hakkının ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılacaktır.

[121] TK m. 342'nin aynı hükümlere tabi tuttuğu, ancak aslında birbirlerinden önemli ölçüde farklı müesseseler olan sınırlı ayni haklar ile haciz ve diğer tedbirleri ortak bir kavram altında toplamanın güçlüğü açıktır. Buna rağmen sık tekrara düşmemek ve yazım kolaylığı da sağlamak açısından

değerleme prosedürü sırasında dikkate alınması ve her bir somut durumun ve yükün niteliğine göre ayni sermaye konusu şeyin değerinde indirime gidilmesi, hatta yine bu kapsamda o şeyin ayni sermaye olarak arzettiği değerin "sıfır"a tekabül ettiği sonucuna ulaşılması mümkündür[122]. Bu bakımdan maddede sayılan her yük, ayni sermayenin kıymetini etkilemek bakımından eşit güçte olmadığı gibi, yine somut duruma bağlı olarak da bunların ayni sermayenin değerini etkileme derecesi farklılaşabilir. Bu bakımdan örneğin bir bina üzerinde üçüncü bir kişi lehine intifa hakkı tanınmış olması ile bu binada yer alan dairelerden birinde yine bir üçüncü kişi lehine sükna (oturma) hakkı tanınmış olması halinde, iki yükün de bu taşınmazın ayni sermaye olarak arzedeceği değeri aynı şekilde etkileyeceğinden bahsedilemez.

özellikle sınırlı ayni hakların eşya üzerindeki etkisini ifade eden "yük" kavramını (TK m. 779/1; bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 763), bu üç kalemi de kapsayacak şekilde kullanacağız.

[122] eTK döneminde bu yönde Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 197 vd., yazar bir takım zorluklara sebebiyet verebilecekse de sermaye konusu şeyler üzerinde "haciz, rehin, intifa ve hapis hakkı gibi bazı külfetlerin" bulunmasının bunların sermaye olarak taahhüdüne engel olmadığını, önemli olanın bilirkişi incelemesi esnasında bu külfetlerin tespit edilerek, külfetler çıktıktan sonraki net sermaye değerinin açıklanması olduğunu belirtmektedir; yeni dönemde TK m. 342'nin bu düzenlemesini eleştiren ve sorunun değer biçme prosedürü içerisinde çözülmesinin mümkün ve doğru olduğunu belirten bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 230; benzer biçimde değerleme yapılırken ilgili yükün sermaye konusu aynın değerinde yaratacağı azalmanın hesaplanabileceğini, dolayısıyla sırf yükün varlığından hareketle sermaye vasfının kabul edilmemesinin doğru olmadığını belirten Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 199; buna karşılık Manavgat madde gerekçesine paralel bir biçimde TK m. 342 düzenlemesinin sermayenin ve bu bağlamda alacaklıların korunmasına hizmet edeceği kanaatindedir, Manavgat, Çağlar (Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal), **Anonim Şirketler Hukuku,** C. I, Ankara 2013, s. 352.

Nitekim zaman zaman atıf yaptığımız Sermaye Yönergesinde, ayni sermaye yeterliliği bakımından TK m. 342'deki hükme karşılık gelen bir şart aranmamaktadır. Alman hukukunda da gerek öğretide gerekse mahkeme kararlarında ayni sermaye üzerinde yer alan sınırlamaların ayni sermaye yeterliliğini etkilemeyeceği, bu olgunun ancak söz konusu ayınlara değer biçilmesi sırasında dikkate alınması gereken bir mesele olduğu kabul edilmektedir, Pentz, **a.g.e.,** § 27/23, 39; Arnold, **a.g.e.,** § 27/48; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/15 Zeidler, **a.g.e.,** § 5/75; OLG Frankfurt a.M., **DStR 2006,** s. 1426.

Bununla birlikte Türk kanun koyucusunun İsviçre hukukunda bazı yazarların bu yönde ortaya koydukları görüşten etkilenmiş olduğu düşünülebilir. Esasen İsvBK'nda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen İsviçre doktrininde bazı yazarlar TK m. 342'ye paralel görüşler ortaya koymuşlardır. Nitekim erken bir tarihte ayni sermaye olacak malların her türlü takyitten ari olmaları gerektiğini ve bu bakımdan örneğin üzerinde bir rehin hakkı bulunmasının caiz olmadığı yönünde von Steiger, s. 125; Böckli de ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devredilebilirlikten bahsederken ortaklığın ticaret siciline tescilinden sonra ayni sermaye konusu şey üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi gerektiğini veya (taşınmazlar bakımından) tapu sicilinde kendisi adına tescili sağlamak konusunda kayıtsız şartsız bir talep hakkına sahip olması gerektiğini belirtmekte (bkz. İsvBK m. 634/b.2), mülkiyetin geçirilmesi konusundaki her türlü engelin, bu arada her türlü sınırlı ayni hakkın da serbestçe tasarruf imkânına ters düşeceğini ifade etmektedir, Böckli, **a.g.e.,** §1/215; onu takiben aynı yönde Werlen, Stephan, "Gründungshaftung bei der GmbH-Besprechung des Urteils 4A_61/2009 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 2009", **GesKR** 2009, s. 405.

Yahut yine ayni sermaye olarak getirilmek istenen bir arazi ile ilgili olarak tapuda haciz şerhi düşülmüş olması (MK m. 1010/b.2) ile bir üçüncü şahıs veya başka bir arazi lehine manzara irtifakı veya geçit irtifakı tesis edilmiş olması ayni sermaye yeterliliği bakımından aynı kefede değerlendirilemez. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak herhalde söylenmesi gereken, TK m. 342'nin saydığı şekliyle "sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir" şeklindeki yüklerin hepsinin ayni sermaye yeterliliği bakımından aynı sonucu doğurmasının, hem birbirlerine kıyasla hem de kendi içlerinde yer alan alt türleri bakımından gerçekçi ve doğru olmadığıdır[123].

Bu noktada kanun koyucunun böyle bir düzenleme yaparken hangi saikle hareket ettiğini anlamayı mümkün kılacak yegâne metin olarak 342. maddeye ilişkin madde gerekçesine bakılabilir. Buradaki açıklamalara göre *"Üzerinde sınırlı aynî bir hak, haciz veya tedbir bulunan…ayınların anonim şirkete sermaye olarak konulması, sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulunmuştur, 6762 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu nokta açıklığa kavuşturulmuştur."*. Ancak sermayenin korunması ilkesine yapılan bu genel yollama yukarıda işaret ettiğimiz toptancı tutumu gerekçelendirmek bakımından yeterli değildir[124]. Mevcut veriler karşısında kanun koyucunun "pire için yorgan yakmak" yöntemini tercih ettiğini söylemek ve

[123] Nitekim doktrinde de kanun koyucunun eşya üzerindeki her tür yüke ayni sermaye yeterliliğini engelleyici bir etki tanıması eleştirilmiştir, bu yönde bkz. Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 198 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 100.

[124] Konu hakkında mevzuatta geçmişe dönük olarak iz sürüldüğü takdirde, bu hükmün kanun metnine Bakanlık ve özellikle de "sicil bürokrasisi" eliyle dâhil edildiği ve bu bakımdan hükmün kaleme alınması esnasında hukuki gerekçenin sağlam olması kaygısından ziyade "bürokratik pragmatizm"in ağır bastığı tespit edilebilir. Bu bakımdan TK m. 342'deki düzenleme ile paralel bir yaklaşım, eTK döneminde çıkarılmış bulunan –o dönemki adıyla- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İç Ticaret: 2003/3 sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"'in (25.07.2003 tarih ve 25179 sayılı Resmi Gazete) kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinde istenecek belgelere dair 1 ve 2 numaralı eklerine yansımıştır. Gerçekten de örneğin bahsi geçen 1 numaralı ekin "G" maddesinde kuruluşta *"ayni sermaye gayrimenkul ise, üzerinde takyidatın olmadığına dair ilgili tapu dairesinden(,) nakil vasıtalarında, mülkiyeti muhafaza kaydının olmadığına dair ilgili trafik müdürlüğünden alınacak yazı"*nın, 2 numaralı ekin "F" maddesinde ise esas sermaye artırımında *"ayni sermaye olarak gayrimenkul ve nakil vasıtası konulduğu takdirde gayrimenkul üzerinde herhangi bir takyidatın, nakil vasıtalarında mülkiyeti muhafaza kaydının bulunmadığına dair belgeler"*in dilekçeye eklenmesi istenmiştir (anılan tebliğ, TK uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (15.11.2012 tarih ve 28468 sayılı Resmi Gazete)" m.8/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır). Şu halde geçmiş dönemde sicil uygulamasının kanuni bir dayanağı olmaksızın fiilen getirdiği sınırlamaların, TK değişikliği vesilesiyle daha geniş bir şekliyle kanun hükmü haline getirildiği söylenebilir.

meseleyi pekâlâ değerleme prosedürü çerçevesinde çözebilecekken kolaycı davranarak peşin bir yasaklama yoluna gittiğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

Ancak olması gereken hukuk bakımından ne söylenirse söylensin son tahlilde kanunun açık hükmü karşısında üzerlerinde –ne türden olursa olsun- sınırlı ayni hak bulunan veya icra hukuku kapsamında haciz veya usul hukuku bağlamında tedbir/geçici hukuki koruma konusu olmuş değerlerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmelerinin mümkün olmadığı, bu açık hüküm karşısında uygulamada da hem anonim şirket kurucularının hem de yetkili makamların bu tür varlıkların ayni sermaye yeterliliğini tartışmaktan kaçınacakları belirtilmelidir. Biz de bu bakımdan –de lege ferenda görüşümüzü ortaya koyduktan sonra- izleyen kısımda, mevcut hükmün anlaşılması noktasında çıkabilecek sorunları tespit etmeye çalışacağız.

a. Sınırlı Ayni Haklar:

Öncelikle kanun koyucu hiçbir ayırım yapmadan genel olarak *"üzerlerinde sınırlı bir ayni hak…bulunmayan"* ifadesini kullandığına göre, sınırlı ayni haklar kategorisi altındaki haklardan, bu kapsamda irtifak hakları (eşyaya bağlı irtifaklar, kişiye bağlı irtifaklar, düzensiz kişisel irtifaklar), taşınmaz yükü, taşınır ve taşınmaza ilişkin rehin haklarından birinin sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı değerinin üzerinde bulunması halinde, söz konusu kıymetin ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılması gerekecektir. Yukarıda sınırlı ayni hakların da sahip oldukları etkiler bakımından esasında birbirlerinden önemli ölçüde farklı olduklarını, bu sebeple bir malvarlığı değeri üzerinde yer alacak sınırlı ayni hakların her birinin bu malvarlığı değerinin kıymeti ve ayni sermaye olarak kullanışlılığı üzerinde çok farklı sonuçlar doğurabileceğini, bu bakımdan tüm sınırlı ayni hakların aynı şekilde değerlendirilmesinin doğru olmadığını belirtmiştik. Buna rağmen kanun koyucunun mutlak ifadesi karşısında bu konudaki kanaatimiz, olması gereken hukuk bakımından bir temenniyi yansıtmaktan öteye gidemeyecektir.

Yine de konuyla ilgili daha derinlemesine bir inceleme, bu düzenlemenin de her şeye rağmen değerlendirmeye ve yoruma açık taraflarının bulunduğunu gösterecektir. Bu bakımdan akla gelebilecek bir soru, haklar üzerinde tesis edilen intifa ve rehin haklarının da TK m. 342 anlamında bir ayni sermaye yeterliliği engeli

teşkil edip etmeyeceğidir. Kural olarak ayni hakların ancak eşya üzerinde söz konusu olacağı, eşya kavramının ise her şeyden önce cismani bir varlığı şart koştuğu, bu bakımdan maddi olmayan şeylerin eşya kavramına girmediği genel olarak kabul edilmekte ise de[125], bizatihi kanun koyucu bazı durumlarda eşya kavramı içerisinde değerlendirilemeyecek şeyler üzerinde de ayni hak kurulmasına müsaade etmiştir. Bu istisnai hallerin tipik örneği "haklar" üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulmasına imkân tanıyan düzenlemelerdir (bkz. MK m. 794/1; MK m. 954/1).

Şu halde ilk bakışta anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenen bir hak üzerinde intifa veya rehin hakkı bulunmasının TK m. 342 gereğince ayni sermaye yeterliliğini engellediği düşünülebilir. Ancak hemen belirtelim ki, haklar üzerinde kurulmasına müsaade edilen intifa ve rehin hakkının niteliği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bu noktada -tezimizin sınırlarını zorlamamak düşüncesi ile- ileri sürülen farklı görüşlerin ayrıntısına girmeksizin[126] şu kadarını belirtelim ki, Türk doktrininde bazı yazarlar haklar üzerindeki intifa ve rehin haklarının ayni hak karakteri taşımadığını savundukları gibi[127], bu konuda baskın durumdaki görüş de, söz konusu hakların ayni hak benzeri bir mutlak hak niteliğinde olduğunu ve gerçek anlamda eşya üzerinde intifa ve rehin hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir[128].

Haklar üzerindeki sınırlı ayni hakların niteliği ile ilgili olarak doktrinde yaşanan bu teorik tartışmada tercih edilecek görüş, konumuz açısından pratik bir önem de taşımaktadır[129]. Şayet haklar üzerinde kurulmasına izin verilen intifa ve

---

[125] Bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 4 vd., 6; Serozan, Rona/Hatemi, Hüseyin/Arpacı, Abdülkadir, **Eşya Hukuku,** İstanbul 1991, s. 49-50; bununla birlikte bu kabulün mutlak olmadığı belirtilmelidir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar eşyanın türlerine ilişkin yaptıkları çeşitli sınıflandırmalar arasında, Roma hukukundan gelen maddi-maddi olmayan eşya ayırımını da kullanmakta, ayni hakkın konusunun bir başka hak olduğu durumlarda da maddi olmayan eşyadan söz edileceğini belirtmektedirler, bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 22.

[126] Bu konudaki tartışmalar ve ileri sürülen farklı görüşler hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. Kendigelen, Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı,** İstanbul 1994, s. 14 vd.

[127] Bu görüşteki yazarlar için bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 14, dn. 40.

[128] Hâkim görüşteki yazarların bir listesi için bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 14, dn. 41. Bu arada İsviçre ve Alman doktrininde bazı yazarlar bu hakların gerçek anlamda ayni haklar olduğu görüşündedir, bu konuda bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 14 ve orada dn. 38'deki yazarlar.

[129] Bu itibarla TK m. 342'nin oluşturduğu yeni durumun söz konusu teorik tartışmaya pratik bir anlam kattığı söylenebilir; hâlbuki önceki dönemde bu tartışmanın pratik olarak fazla bir önemi bulunmadığı yönünde bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 15.

rehin haklarının gerçek anlamda ayni hak olmadığı sonucuna varılırsa bu durumda örneğin üzerinde bir intifa veya rehin hakkı bulunan bir anonim ortaklık payının yahut bir alacak hakkının ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde TK m. 342'nin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varılabilecektir. Buna karşılık Türk doktrininde ağırlık kazanan görüş uyarınca bu hakların "ayni hak benzeri" haklar olarak nitelenmesi halinde TK m. 342'nin uygulama alanının nasıl belirleneceği daha karmaşık bir sorun haline gelecektir. Zira söz konusu maddede, üzerinde "sınırlı ayni hak" bulunan bir malvarlığı unsurunun ayni sermaye yeterliliği kabul görmemiş, buna karşılık "sınırlı ayni hak benzeri" haklar bakımından ayrıca bir açıklığa da yer verilmemiştir. Şu halde TK m. 342 hükmünün yasaklayıcı ve dolayısıyla istisnai bir hüküm olduğu ve istisnaların da mahalline maksur yorumlanacağı düşünüldüğünde, yukarıdaki örnekte olduğu gibi üzerinde intifa veya rehin hakkı kurulmuş olan hakların ayni sermaye yeterliliği bulunduğu sonucuna varılabilecek midir?

Olması gereken hukuk bakımından yukarıda ortaya koyduğumuz görüş saklı kalmak kaydıyla öncelikle belirtelim ki, doktrinde hakkın niteliği ile ilgili olarak yürütülen tartışmadan bağımsız olarak kanun koyucu, intifa hakkı veya rehin hakkının haklar üzerinde kurulmasına müsaade ettiği gibi, bunların eşya değil de bir hak üzerinde tesis edilmesi halinde isimlendirilmeleri noktasında da bir farklılığa gitmeyi düşünmemiştir. Bu bakımdan MK'nın en azından metni nazarında hala "sınırlı ayni hak" kategorisinde ve yine "intifa hakkı" ve "rehin hakkı" olarak zikredilen "haklar üzerindeki intifa ve rehin hakları"nın da TK m. 342'nin kastettiği anlamıyla "sınırlı ayni haklar" arasında yer aldığı, başka bir deyişle TK m. 342'nin bu kavramı kullanmak suretiyle MK'da düzenlendiği şekliyle "sınırlı ayni haklar"a atıf yaptığı, bu sebeple doktrinde bu hakların niteliği ile ilgili olarak yaşanan tartışmadan bağımsız olarak MK'nın sınırlı ayni hak kavramı altında düzenlediği tüm hallerin TK m. 342'deki "sınırlı ayni haklar"a tekabül ettiği sonucuna varılabilir[130].

İsimlendirme konusunda kanun koyucunun ortaya koyduğu bu tercihin yanı sıra ve onunla birlikte TK m. 342'nin "sınırlı ayni haklar" kavramını kullanırken

[130] Pozitif hukuk açısından haklar üzerindeki intifa veya rehin hakkının da sınırlı ayni hak olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 15 ve orada dn. 43'teki yazarlar.

gözettiği amaç dikkate alınırsa, kanun koyucunun esasen sınırlı ayni hakların mutlak hak niteliği dolayısıyla bu haklara ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırma sonucunu bağladığı söylenebilir. Gerçekten de sınırlı ayni hakların mutlak hak niteliği dolayısıyla bu haklarla yüklü olan bir malvarlığı değerinin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi halinde ortaklık söz konusu varlığı üzerindeki sınırlı ayni hakla birlikte devralmış olacak, başka bir deyişle sınırlı ayni hakkın sahibi bu sıfatından kaynaklanan hakkını, yeni malik olan ortaklığa karşı da ileri sürebilecektir[131]. Özellikle bu durumun kanun koyucu tarafından madde gerekçesindeki ifadeyle "*sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz*" bulunduğu anlaşılmaktadır[132]. Benzer biçimde mutlak hakların iflas veya haciz hallerinde sahibine sağladığı imkânların, sınırlı ayni haklar özelinde söyleyecek olursak yüklü eşyanın sahibinin iflası veya bu eşyanın haczi ihtimallerinde sınırlı ayni hak sahibine tanınan öncelik haklarının da anonim ortaklık bakımından özellikle şirket alacaklılarının durumunu ağırlaştıracağı düşünülmüş olabilir. İşte TK m. 342'nin ayni sermaye yeterliliği bakımından –her ihtimalde- bir engel olarak gördüğü mutlak haklara tanınan bu etkiler –hak üzerindeki intifa veya rehin hakkının ayni hak niteliği ister kabul edilsin isterse edilmesin- anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenen bir hakkın intifa veya rehin hakkı ile yüklü olması durumunda da geçerlidir[133]. Gerçekten de örneğin üzerinde üçüncü bir kişi lehine intifa hakkı tanınmış olan anonim ortaklık payının bir başka anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi halinde, intifa hakkının sahibi bu hakkını payı sermaye olarak devralmış olan anonim ortaklığa karşı da ileri sürebilecek ve bu kapsamda örneğin

[131] Esasen bu imkan mutlak haklara tanınan etkilerden yalnızca birisidir, mutlak hakka tanınan diğer etkiler hakkında bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 15-16. Bir alacak hakkının üzerinde intifa veya rehin hakkı bulunması durumunda mutlak haklara tanınan bu hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlali halinde bir dava aracılığıyla kendini koruma imkanı kullanılamayacaksa da, hakkın kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmış olması halinde mutlak hakkın sağladığı etkiler tam olarak gündeme geleceği gibi, üzerinde intifa veya rehin hakkı kurulan (yüklü) hakkın mutlak hak niteliğinde olması durumunda da aynı sonuç doğacaktır, bu yönde bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 17.

[132] Yine mutlak hakların sahibine, yüklü eşyanın sahibinin iflası veya söz konusu eşyanın haczi durumunda sağladığı imkânların da anonim ortaklık bakımından özellikle şirket alacaklılarının durumunu ağırlaştıracağı düşünüldüğünde (bu imkânlar için bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 16-17), mutlak haklara tanınan bu etkinin de TK m. 342'nin kaleme alınması sırasında etkili olduğu tahmin edilebilir.

[133] Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 15 vd., 18.

bu paya terettüp eden kâr payı hakkını[134] veya TK m. 432/2 uyarınca bu paydan kaynaklanan oy hakkını şirket değil intifa hakkının sahibi olan kimse kullanacak; yine söz konusu payın şirket alacaklıları tarafından haczedilmesi halinde intifa hakkının sahibi olan kimse İİK 96 vd. maddeleri uyarınca istihkak davası açabilecektir[135]. Özetle kanun koyucunun TK m. 342 düzenlemesi çerçevesinde sınırlı ayni haklar ile ilgili olarak taşıdığı endişenin gerekçesi, aynı şekilde sınırlı ayni hak nitelikleri tartışmalı olan, "haklar üzerindeki intifa ve rehin hakları" için de sabit olduğuna göre, bu hallerde de TK m. 342'nin uygulama alanı bulması gerektiği sonucuna varılabilir.

Bu noktada gündeme gelebilecek bir başka sorun, sınırlı ayni haklar dışındaki mutlak hakların da TK m. 342 anlamında birer ayni sermaye yeterliliği engeli teşkil edip etmeyeceği meselesidir. Kanımızca bu defa yapılacak genişletici bir yorumun TK m. 342'nin kullandığı açık lafzi tercih ("sınırlı ayni haklar") karşısında kabul görmemesi gerekir. Aksine bir yaklaşım TK m. 342'nin "mutlak haklar" yerine yalnızca "sınırlı ayni haklar" kavramını kullanmak yönündeki tercihine açıkça aykırı olacağı gibi, hükmün öngördüğü ayni sermaye yeterliliği engellerinin sınırlı olarak sayılmış olması karşısında, kıyas yoluyla diğer mutlak hakların da bu kapsamda olduğu sonucuna varılabilmesi mümkün değildir. Aksi düşünce, farklı tasniflere ilişkin farklı kategorileri ifade eden "ayni hak/sınırlı ayni hak" ve "mutlak hak" kavramlarının da birbirine girmesine neden olur ki, böyle bir yorum daha başta özel hukuk teorisi açısından kabul edilemez. Dolayısıyla örneğin üzerinde üçüncü bir kişi lehine lisans hakkı tanınmış olan bir markanın, söz konusu lisans sözleşmesinin sağladığı hak mutlak nitelikte kabul edilse bile[136] anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebileceği konusunda tereddüt edilmemelidir.

Aynı şekilde gerek MK'nın ilgili hükümleri, gerekse diğer kanunlardaki düzenlemeler dolayısıyla tapu kütüğüne şerhi mümkün olan kişisel hakların, bu şerh

[134] Üzerinde intifa hakkı bulunan anonim ortaklık payından kaynaklanan kâr payı hakkının kime ait olacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 123 vd.

[135] Bu yönde bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı,** s. 16.

[136] Lisans sözleşmesinden kaynaklanan hakkın niteliği konusundaki farklı görüşler için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, C, 2.

neticesinde mutlak/ayni bir etki kazanacak olmalarına rağmen (MK m. 1009/2)[137], bu halde de TK m. 342'nin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varılmalıdır[138]. Bu noktada her şeyden önce TK m. 342'nin bir istisna hükmü olduğu, ayni sermaye yeterliliğini engelleyen hususlar konusunda sınırlı bir sayım yaptığı ve bu itibarla uygulama alanının kıyasen genişletilmesinin yerinde olmayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Öte yandan sınırlı ayni haklar ile şerh yoluyla etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi haklar arasında, hakkın mahiyeti bakımından temelde esaslı farkların bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan nisbi hakkın şerh edilmesi buna mutlak/ayni bir etki sağlamakta ise de, bu işlem neticesinde nisbi hakkın niteliği temelde aynı kalmaya devam eder; ayni hakka dönüşmez[139, 140]. Nitekim etkisi kuvvetlendirilmiş olan nisbi hakkın da nisbi hak olmakta devam etmesi dolayısıyla örneğin söz konusu nisbi hak gerçekte mevcut değilse, bu hakkı sicildeki kayda güvenerek devralan kimse, MK m. 1023 uyarınca alacak hakkını kazandığını ileri süremeyeceği gibi[141], benzer biçimde tapu sicilinde yolsuz bir tescile istinaden malik görünen kimse, bu taşınmazını iyiniyetli üçüncü kişiye kiralasa ve bu kira hakkını şerhettirse bile,

---

[137] Tapu sicilinde gerçekleştirilecek şerhlerin etkisinin ne olduğu meselesi doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bununla birlikte aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız üzere biz kişisel hakkın şerhi neticesinde bu hakka mutlak bir etki tanındığı görüşündeyiz.

[138] Bu yönde bkz. Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 199. Yazar TK m. 342 sisteminde, üzerinde süreli bir sükna ya da intifa hakkı bulunan taşınmazın sermaye olarak anonim ortaklığa taahhüt edilmesi engellenmişken, tapuya şerh edilmiş elli yıllık bir kira sözleşmesine konu edilen taşınmazın sermaye olarak taahhüdünün mümkün olmasını, söz konusu düzenlemenin anlamsızlığı zımnında örnek olarak vermiş, ancak ayrıca TK m. 342 hükmünün istisna niteliğinde olduğunu ve bu sebeple genişletici yoruma müsait bulunmadığını da belirtmek suretiyle (dn. 13), verdiği örnekteki şerh edilmiş kira sözleşmesinin ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğu konusunda doğabilecek tereddütleri gidermiştir.

[139] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 383, yazarlar bu bakımdan ayni hakların herkese karşı ileri sürülebileceğini, halbuki şerhle etkisi kuvvetlendirilen nisbi hakların yalnızca gayrimenkulün sonraki maliklerine veya sonraki ayni hak sahiplerine karşı etki göstereceğini, MK m. 1009/2 (eMK m. 919/2)'nin lafzına da dikkat çekmek suretiyle belirttikten sonra, *"Demek oluyor ki kütüğe şerhedilen hak,* ***şahsi karakterini muhafaza etmekte****; fakat gayrimenkulde sonradan ayni hak kazananlara da dermeyan edilebilmesi bakımından, kısmen ayni hak etkisine sahip olabilmektedir"* demektedirler; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 443, 444.

[140] Halbuki *"sınırlı ayni hakkın içeriği, mülkiyetin hakkının içeriğindeki yetkilerin bir kısmından oluştuğundan* ***hukuki niteliği kaynak mülkiyet hakkının aynıdır****"* (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 763).

[141] Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.,** s. 444; hakkın iyi niyetle kazanılması imkânının bulunup bulunmamasının nisbi hak-ayni hak ayırımının en temel sonuçlarından biri olduğu yönünde bkz. Serozan, Rona, "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", **İÜHFM,** Y. 1974, C. 40, S. 1-4, s. 459.

üçüncü kişinin iyi niyeti onun bu hakkını gerçek malike ileri sürmesine imkân tanımayacaktır[142]. Yine şerh nisbi hakkı bir ayni hakka dönüştürmediğinden, şerhin sağladığı koruma –nispeten- kısa sürelerle mukayyettir[143]; bu sebeple örneğin taraflar arasında daha uzun bir süre ile kararlaştırılmış olsalar dahi önalım, alım ve geri alım hakları şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erecektir (MK m. 735/2; 736/2)[144]. Yine Tapu Kanunu m. 26/8 uyarınca gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin şerhinden itibaren beş yıl içerisinde satış yapılmazsa söz konusu şerh tapu sicil müdürü veya sicil görevlileri tarafından re'sen terkin edilecektir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde şerhedilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş olan nisbi hakların esasen niteliklerinin değişmediği, şerhin bu hakların "nisbi hak" olma özelliklerinde temelde bir değişiklik yapmadığı, yalnızca –kural olarak geçici bir süre için- bunlara ayni/mutlak bir etki sağladığı dikkate alındığında, TK m. 342 ile üzerinde sınırlı ayni hak bulunan malvarlığı değerleri için getirilen sınırlamanın üzerinde şerhedilmiş bir nisbi hak bulunan taşınmazlara teşmil edilmesinin mümkün

[142] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 233-234, ayrıca bkz. s. 249, aksi görüşteki yazarlar için bkz. s. 191, dn. 659; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 383.

[143] Bazı irtifak hakları bakımından da kanun koyucu azami bir süre belirlemişse de, her iki halde kanun koyucunun tayin ettiği bu azami süreler arasındaki fark dahi, sınırlı ayni haklarla etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi haklar arasındaki mahiyet farkına işaret etmektedir. Bu bakımdan tüzel kişiler lehine tanınan intifa ve oturma haklarında (MK m. 797/2; 823/3) ve üst hakkında yüz yıllık bir azami süre belirlenmiştir. Bu sınırlar dışında özellikle malikin kullanma yetkisini sınırlı bir ölçüde daraltan geçit irtifakı gibi bir takım irtifakların süreye bağlı olmamalarında kural olarak bir sakınca bulunmadığı belirtilmiştir (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 672). Esasen bunun dışında da kanunen bir üst limit belirlenmemiş irtifak haklarının süresiz tesisi mümkündür. Bu itibarla Hatemi sınırlı ayni haklarda "süre düşmanlığı" olmadığını belirtmektedir. Ancak aynı yazar özellikle geniş yararlanma yetkisi veren hakların süresiz ve sürekli olarak kurulmalarına imkan verildiği takdirde çeşitli problemlerin doğabileceğine dikkat çekerek, bu gibi sınırlı ayni hakların süreye bağlı olması gerektiğini ifade etmiştir (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 673).

[144] Buna karşılık kira sözleşmesinden doğan hakkın ve boş dereceye ilerleme hakkının şerhi hakkında kanun azami bir süre tayin etmemiştir. Bu sebeple aksi açıkça belirtilmemişse kira sözleşmesindeki şerh süresinin kira sözleşmesinin süresi kadar olduğu (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 444) veya belirsiz süreli kira sözleşmelerini de kapsayacak daha yerinde bir ifadeyle kira hakkı (ve boş dereceye ilerleme hakkı) mevcut oldukça bu haklara dayanan şerhlerin de devam edeceği (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 382) belirtilmiştir. Ancak Tekinay haklı olarak bu esasın İsviçre Federal Mahkemesinin açıkça benimsediği çözüm tarzı uyarınca sınırlandırılması gerektiğini belirtmiş ve bu kapsamda bir borç ilişkisinin sonsuza dek sürüp gitmesinin, hatta böyle değilse bile çok uzun süreli olmasının MK m. 23/2'ye aykırı düşeceğini, bu tip anlaşmalar karşısında hakimin sürekli borç ilişkilerini kişi özgürlüğünü ezmeyecek bir süreye indirebileceğini belirtmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 382-383). Dikkat edilirse bu çözüm yolu bakımından da şerh edilmiş nisbi hakkın "nisbi hak" niteliğinin devam ediyor olması esas alınmıştır.

olmadığı kanaatindeyiz[145]. Ancak her halükarda üzerinde şerhedilmiş bir nisbi hak bulunan bir taşınmazın ortaklığa getirilmesi durumunda bu husus, şerhedilen hakkın niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle değerleme sırasında dikkate alınacaktır.

Yine nisbi hakların şerhine tanınan etkiye benzer biçimde BK m. 310'da kiralanan şeyin üçüncü kişiye devri halinde yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı düzenlenmiş, böylece kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkına adeta mutlak bir etki tanınmıştır. Ancak buna rağmen yine TK m. 342'nin açık lafzı karşısında üzerinde kiracılık hakkı bulunan bir malvarlığı değerinin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Üstelik bu durumda mutlak haklarda olduğu gibi mutlak hakkın sahibinin ilişkiden/sözleşmeden tamamen bağımsız bir kimseye/devralana karşı hak sahibi olması söz konusu değildir. Aksine BK m. 310'da açıkça ifade edildiği gibi yeni malik, yani konumuz özelinde daha önce kiralanmış bir malvarlığı değerini ayni sermaye olarak devralan anonim ortaklık kira sözleşmesinin tarafı haline gelmekte, böylece kiracılık hakkının sahibi ile aralarında sözleşmesel bir ilişki kanun eliyle tesis edilmiş olmaktadır[146]. Bu ilişkinin bir sonucu olarak kiracı, anonim ortaklığa karşı (nisbi nitelikte) haklara sahip olduğu gibi, ortaklık da kiralayan sıfatının getirdiği haklardan faydalanabilecek, bu çerçevede

[145] Taşınmaz malikinin penceresinden bakıldığında, bir taşınmazın sınırlı ayni haklarla yüklü olması ile aynı taşınmazla ilgili olarak üçüncü kişi lehine bir nisbi hak şerhi yapılmış olması arasındaki fark, özellikle rehin hakkı örneğinde daha açıktır. Bu bakımdan örneğin uygulamada da sıklıkla rastlanması mümkün olduğu üzere şerhedilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilmiş olan taşınmaz satış vaadi dolayısıyla satış vaadi alacaklısının bu hakkını kullanması durumunda ortaklık ya rızaen ya da alacaklının açacağı dava neticesinde mahkemenin vereceği kararla sermaye olarak iktisap ettiği taşınmazı devretmek zorunda kalacaktır. Ancak bunun karşılığında da normal şartlarda satım konusu taşınmazın bedelini nakden elde edecektir (Tapu sicilinde hakkında şerh bulunan taşınmazın mülkiyeti devredilince, yeni malikin eski malik yerine borç ilişkisine dahil olacağı hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 386; Serozan, **Nisbi Haklar,** s. 476). Bu durumda getirilen sermayeden ayın olarak yararlanma imkânı ortadan kalkacaksa da, bu aynın parasal karşılığı ortaklık malvarlığında kalmaya devam edeceği için sermayenin korunması ilkesi bakımından esaslı bir problemden bahsedilemez. Benzer biçimde önalım, alım ve geri alım haklarının veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkının da şerhedilmiş olmaları dolayısıyla ortaklığa karşı kullanılmaları halinde ortaklığın kendisine düşen edimi bila bedel yapmak durumunda olmayışı, rehin haklarıylaşerhedilmiş kişisel haklar arasında ayni sermaye yeterliliğini ilgilendirmek bakımından bir mahiyet farkı olduğunu ortaya koymaktadır. Halbuki rehin hakkında – bir varsayım olarak- rehinli taşınmazı devralan ortaklık rehnin paraya çevrilmesi karşısında bir bedel talep edemeyecektir.

[146] BK m. 310'da kanun gereğince sözleşmenin devrinin hükme bağlanmış olduğu yönünde bkz. Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 240.

örneğin kira bedelini kiracıdan talep edebilecektir. Kısacası bu ihtimalde ilişkinin niteliği gereği de TK m. 342'nin uygulanmasını gerektirecek bir husus söz konusu değildir; bununla birlikte tıpkı nisbi hakların şerhinde olduğu gibi, anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilen eşya üzerinde üçüncü bir kişinin kira sözleşmesinden doğan hakkının mevcudiyeti de değerleme sırasında dikkate alınması gereken bir hususdur.

Nihayet genel olarak ayni sermaye konusu şey üzerinde tesis edilmiş olan nisbi nitelikteki kullanım haklarının varlığının, yukarıda yaptığımız yorum çerçevesinde kesinlikle bir ayni sermaye yeterliliği engeli teşkil etmeyeceğini belirtmekle yetinelim. Bu çerçevede yukarıdaki adi kira örneği dışında, üçüncü kişi lehine hasılat kirasına verilmiş bir tarlanın veya yine üçüncü kişiye kullanım ödüncü çerçevesinde (ariyet olarak) bırakılmış bir şeyin ayni sermaye olarak getirilmesi konusunda tereddüt edilmemelidir.

b. Haciz:

TK m. 342'de diğer hallerin yanı sıra anonim ortaklığa getirilmek istenen ayni sermaye kaleminin üzerinde haciz bulunması da ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir hal olarak sayılmıştır. Haciz doktrinde, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan para alacağının ödenmesini sağlamak için, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması olarak tanımlanmıştır[147]. Bu şekilde haczedilen mal ve haklar, satış isteme süresinin geçirilmesi (İİK m. 106) veya hacizden sonra borçlunun İİK m. 111'e uygun olarak taksitle ödeme taahhüdünde bulunması gibi haller dışında icra dairesi tarafından satılarak paraya çevrilecek ve elde edilen meblağ alacaklının tatmini için kullanılacaktır. İşte TK m. 342, hacizli bir mal veya hakkın karşı karşıya bulunduğu bu risk dolayısıyla, böyle bir malvarlığı kaleminin ayni sermaye olarak getirilmesi imkânını baştan önlemek istemiştir.

Haczin kesinleşmiş bir icra takibinin neticesi olması ve hacze konu malvarlığı kaleminin olağan şartlarda ayın olarak muhafaza edilemeyeceği, satış prosedürü neticesinde üçüncü bir kişinin alacağını tatmin gayesiyle nakde tahvil olacağı dikkate

[147] Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 231.

alındığında böyle bir varlığın sermaye yeterliliğinin şüpheli görülmesi anlaşılabilir. Bu noktada eleştiri konusu olması gereken husus, üzerinde sınırlı ayni hak bulunan bir malvarlığı kalemi ile hacze konu bir varlığın ayni sermaye olarak arzettikleri kullanışlılık derecesinin aynı şekilde değerlendirilmesidir. Hâlbuki yukarıda da değindiğimiz üzere çoğu kez bir sınırlı ayni hakkın varlığı, yüklü eşyanın kullanımını bütünüyle ortadan kaldırmamakta, pek çok ihtimalde yalnızca bir değer düşüklüğü ile geçiştirilebilecek şekilde yüklü eşyanın sahibine bir davranışta bulunmama veya lehine sınırlı ayni hak tanınan kimsenin bir davranışına katlanmakla yükümlü kılmaktadır. Hatta bu bakımdan sonuçları itibariyle haciz haline en yakın sınırlı ayni hak olarak görülebilecek olan rehin hakkının varlığı halinde dahi, ayni sermaye kaleminin üçüncü kişinin alacağını tatmin amacıyla nakde dönüşmesi riski hacizdeki kadar yüksek değildir. Zira rehin hakkı henüz borcun ödenip ödenmeyeceğinin belli olmadığı bir dönemde tesis edilmekte ve normal şartlar altında rehin verenin rehin verdiği şeyin kullanılmasına gerek kalmaksızın borcunu ödemek suretiyle rehin hakkını sona ermesini sağlaması beklenmektedir. Hâlbuki haciz, yukarıda da belirttiğimiz üzere kesinleşmiş bir icra takibinin neticesidir; daha açık ifadeyle alacaklının takip talebi ile bir icra takibi başlamış, borçluya ödeme emri (ilamlı icrada bir icra emri) gönderilmiş ve nihayet icra takibi ödeme emrine süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itiraza rağmen itirazın iptal edilmiş yahut kaldırılmış olması sonucunda kesinleşmiştir. Şu halde haciz işlemi tamamlanıp satış aşamasına gelindiğinde borçlunun borcunu bilerek ve isteyerek ödemediği veya en azından ödemede ihmalkâr kaldığı anlaşılmış ve böylece haczedilmiş olan eşyanın mukadderatı –nakde dönüştürülmek suretiyle alacaklıyı tatminde kullanılacağı- az çok belli olmuştur[148]. Kısacası bir malvarlığı kaleminin üzerinde sınırlı ayni hak bulunması ile aynı malvarlığının haczedilmiş olması arasında, ayni sermaye olarak

[148] Gerçi borçlunun hacizli malın satışına kadar borcunu ödemesi ve böylece satışı engellemesi mümkündür. Ancak satış aşamasına kadar gelinmiş olması, borçlunun borcunu ödemeyecek veya ödeyemeyecek durumda olduğu konusunda güçlü bir emaredir ve dolayısıyla hacizli malı bekleyen kaderin "satılarak paraya çevrilmek" olduğu söylenebilir. Üstelik malın satışından önce borcun icra dairesine değil de icra dairesi dışında ödenmesi durumunda dahi alacaklının takibe devam etmesi ve satışı sağlaması riski mevcuttur, bu konuda ayrıntılı bilgi ve icra dairesi dışında gerçekleşen borcun itfası sebebiyle icra mahkemesinden istenecek icra takibinin iptali talebi hakkında bkz. Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 209 vd.

arzedeceği elverişlilik bakımından kayda değer bir fark olduğu kabul edilmek durumundadır.

Esasen icra hukuku bakımından da taşınır veya taşınmaz bir mal yahut hakkın haczedilmiş olması borçlu açısından bir tasarruf engeli doğurur (İİK m. 86/1; m. 91/1; m. 94). Ancak söz konusu tasarruf yetkisi kısıtlaması mutlak nitelikte değildir; borçlunun hacizli mal üzerinde –alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi olmaksızın- gerçekleştirdiği tasarruf, alacaklının haklarını haleldar ettiği ölçüde geçersizdir (İİK m. 86/3; m. 94/1); dolayısıyla genel olarak tasarruf işleminin geçersizliği söz konusu değildir[149]. Taşınmazlar bakımından da (İİK m. 91/1) tapu siciline bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak kaydedilen (MK m. 1010, b. 2) haciz olgusuna rağmen borçlunun alacaklı ve icra müdürünün izni olmaksızın taşınmazı üzerinde tasarrufta bulunabileceği, böyle bir tasarrufun geçerli olacağı ancak yeni ayni hak sahiplerinin bu haklarının haciz alacaklısının hacizli taşınmazın bedeli üzerindeki hakkından sonra geleceği, dolayısıyla mahcuz gayrimenkulün paraya çevrileceği, artan miktarın ise borçluya değil, geçerli olarak taşınmazı iktisap etmiş olan kimseye verileceği kabul edilmektedir[150]. Dolayısıyla icra hukukunun hacizli mal veya hak için getirdiği tasarruf kısıtlaması TK m. 342'deki düzenleme ile elde edilmek istenen sonucu sağlamaya elverişli değildir. TK m. 342 uyarınca hacizli bir malvarlığı kalemi mutlak olarak ayni sermaye yeterliliğinden yoksun olacak, dolayısıyla en azından değerleme prosedürü esnasında anonim ortaklığa getirilmek istenen mal veya hakkın hacizli olduğunun tespiti halinde söz konusu kıymetin sermaye yeterliliği reddedilecektir.

---

[149] Postacıoğlu, **a.g.e.,** s. 319; Üstündağ, **Medeni Yargılama,** s. 164, bununla birlikte Üstündağ haklı olarak İİK m. 86'da mahcuz malın İİK m. 88/2 uyarınca borçluya bırakılmış olması ihtimaline binaen kaleme alındığını, hâlbuki pek çok halde mahcuz mal borçlunun elinde bırakılmayacağından, borçlu zilyedliği devir imkânından mahrum bulunduğunda mal üzerinde tasarruf edebilmesinin de mümkün olmayacağını belirtmektedir, s. 163-164. Ayrıca bu ihtimalde kanımızca mahcuz malın maliki zilyedlik sıfatına sahip olmadığından, zilyedliğin havalesi imkânından yararlanması da söz konusu değildir. Zira bir malın haczedilmek suretiyle borçlunun elinden alınması halinde, borçlu/malikin söz konusu mal üzerindeki hâkimiyeti onun iradesi dışında/hilafına ele geçirilmiş olmaktadır; bu halde ise malik sıfatı devam etmesine rağmen zilyed sıfatı ortadan kalkacaktır (hâkimiyetin zilyedin iradesi dışında ortadan kalkması halinde zilyedlik sıfatının da kaybedileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 49); Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 250.

[150] Postacıoğlu, **a.g.e.,** s. 319-320; Üstündağ, **Medeni Yargılama,** s. 164; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 252.

TK m. 342'de kullanılan "haciz" kavramı ile takibin kesinleşmesinden sonra gündeme gelen kesin haciz halinin kastedildiği noktasında şüpheye yer yoktur. Bununla birlikte yine İİK'da düzenlenen bir başka haciz türü olan geçici haciz halinin de TK m. 342 kapsamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediği açık değildir. İİK m. 68a uyarınca adi bir senede dayalı olarak yapılan ilamsız takipte borçlu senetteki imzayı inkâr ederse alacaklı itirazın kesin kaldırılmasını değil, geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda icra mahkemesi yapacağı inceleme neticesinde imzanın borçluya ait olduğuna kanaat getirirse (İİK m. 68a/3) veya borçlu söz konusu duruşmaya geçerli mazereti bulunmaksızın katılmazsa (İİK m. 68a/5) itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verir. İşte bu geçici kaldırma kararına istinaden alacaklı da İİK m. 69/1 uyarınca geçici haciz istemek imkânına sahiptir. İtirazın geçici olarak kaldırılması kararından sonra yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açılmaması veya açılan borçtan kurtulma davasının reddi neticesinde, geçici kaldırma kararının kesin kaldırma kararına dönüşmesiyle geçici haciz de kesin hacze dönüşecektir (İİK m. 69/3). İşte bahsi geçen bu dönem içinde gündeme gelebilecek olan geçici haczin kesin hacizden tek farkı geçici haczin neticesi olarak alacaklının satış isteyememesidir[151]. Bunun için haczin kesinleşmesi beklenecektir. Geçici haczin uygulandığı dönemde borcun varlığı ve borçlu olduğu iddia edilen şahsın bu sıfatı kesin hacizde olduğu kadar net değildir. Tam da bu sebeple geçici haciz neticesinde satış aşamasına geçilmesi kanun koyucu tarafından uygun görülmemiştir. Ancak yine de hâkimde adi senet altındaki imzanın borçluya ait olduğuna ilişkin bir kanaat oluşmuş bulunması veya borçlu olduğu iddia edilen şahsın duruşmaya gelmeyerek kendisini savunmaktan kaçınmış olması karşısında, borcun varlığı ve aidiyeti noktasında sıradan bir iddiadan daha öteye geçildiğine de kuşku yoktur. Bu durumda oluşan riskin ise TK m. 342'nin uygulanmasına yol açacak nitelikte olduğu söylenebilir. Nitekim kanun koyucu TK m. 342'de üzerinde "tedbir" bulunan kıymetlerin de ayni sermaye yeterliliğini reddetmiştir. Bu bakımdan tedbir kavramının içerisinde yer alan ihtiyati haciz halinde dahi ayni sermaye yeterliliği ortadan kalktığına göre, geçici haciz halinde evleviyetle bu sonuca ulaşmak gerekir. Gerçekten de ihtiyati haciz henüz alacak üzerinde bir çekişme

[151] Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 252.

olmadığı, alacağın dava veya takip konusu yapılmadığı bir dönemde yapılabilmektedir[152]. Borcun mevcudiyet ve aidiyeti konusunda bu derece büyük bir belirsizliğe rağmen ihtiyati haciz halinde TK m. 342'nin uygulanması mümkün görülüyorken, geçici haciz konusunda farklı bir kanaate varılmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

c. Tedbir:

TK m. 342 son olarak *"üzerlerinde…tedbir bulunmayan"* malvarlığı unsurlarının ayni sermaye yeterliliği bulunduğunu hükme bağlamaktadır. Hemen belirtelim ki hükmün eleştiriye en açık taraflarından biri de terminoloji ile ilgili olarak burada kullandığı tercihtir. Kanun koyucu teknik hukuk bakımından hiç de uygun olmayan bir ifade ile "tedbir"den bahsetmekle yetinmiştir. Maddenin kaleme alınışındaki bu özensizlik, bu derece önemli bir sınırlama hükmünün yorumlanmasını büyük ölçüde güçleştirecek niteliktedir.

Tedbir kavramının çağrıştırdığı ilk müessese HMK m. 389-399. maddeler arasında, usul hukukundaki "geçici hukuki korumalar"dan birisi olarak düzenlenen "ihtiyati tedbir"dir. Esasen "ihtiyati tedbir", HMK'da HUMK'a kıyasla daha açık bir biçimde ortaya konulduğu üzere, daha geniş bir kavram olan "geçici hukuki korumalar"ın bir türüdür. Bu bakımdan örneğin bir başka geçici hukuki koruma olan delil tespiti HMK'da, ihtiyati haciz İİK'da ele alınmış, ayrıca yine HMK m. 406'da "diğer geçici hukuki korumalar" başlığı altında birinci fıkrada "defter tutma" veya "mühürleme" kararlarından bahsedildiği gibi, ikinci fıkrada da geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklı tutulmuştur.

Şu halde "ihtiyati tedbir" ile "geçici hukuki korumalar" arasında kapsam bakımından önemli bir farklılık vardır. TK m. 342'deki "tedbir" tabiri şayet "ihtiyati tedbir" kavramını karşılamak üzere kullanılmışsa sınırın belirlenmesi nispeten kolaylaşır. Ancak her şeyden önce açıkça "ihtiyati tedbir" kavramını kullanmak yerine "tedbir"den bahsedilmiş olması karşısında, kanun koyucunun TK m. 342'de bilinçli olarak "ihtiyati tedbir"e gönderme yapmış olduğunu söylemek kolay

[152] Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 435.

gözükmemektedir. Üstelik gerek uygulamada[153] ve gerekse doktrinde[154] "ihtiyati tedbir" kavramının zaman zaman "ihtiyati haciz" ve hatta diğer "geçici hukuki korumalar" yerine ve bazen de bunları kapsayacak bir üst kavram şeklinde kullanıldığı dikkate alındığında, TK m. 342'nin neyi kastettiği konusunda kesin bir hükme varmak oldukça zorlaşmaktadır.

Hâlbuki bu belirsizlik hiç de küçümsenemeyecek bir problem teşkil etmektedir. Şayet "tedbir" tabiri ile "ihtiyati tedbir" kavramına gönderme yapılmışsa, bu durumda çok geniş bir uygulaması bulunan "ihtiyati haciz" halinin bir ayni sermaye yeterliliği engeli olmadığı sonucuna varılacaktır. Buna karşılık şayet TK m. 342'deki "tedbir"in HMK'daki "geçici hukuki koruma" üst başlığını karşıladığı savunulursa, bu durumda ihtiyati haczin yanı sıra örneğin delil tespiti ve diğer geçici hukuki korumaların ve hatta HMK m. 406/2'deki yollama dolayısıyla diğer kanunlarda düzenlenmiş bulunan çok çeşitli geçici hukuki koruma türlerinin de ayni sermaye yeterliliğini engelleyeceği belirtilmek zorundadır. Hatta bu durumda mesele başka bir boyut daha kazanacak, yalnızca bir özel hukuk kavramı değil daha genel bir kavram olarak da kullanılan "geçici hukuki koruma" kavramının[155] bu geniş anlamının kapsamına giren örneğin ceza hukukundaki el koyma tedbirinin de ayni

---

[153] Örneğin uygulamada para alacakları için ihtiyati haciz talebinde bulunulması gerekirken sıklıkla ve hatalı olarak ihtiyati tedbir istemek yoluna gidildiği yönünde bkz. Karslı, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku,** 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 752.

[154] Bu bakımdan örneğin Üstündağ'ın konu ile ilgili eserinin "İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri]" şeklindeki başlığı dahi bu durumu ortaya koymaktadır. Yazar aynı eserin giriş bölümünün başlığında da bu özdeşleştirme tercihini devam ettirmiş ve "Hakkın geçici himayesine (ihtiyati tedbir müessesesine) genel bakış" ifadesine yer vermiştir (Üstündağ, Saim, **İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri],** İstanbul 1981, s. 1). Halbuki yazar aynı eserin ilerleyen satırlarında *"...geçici hukuki himayenin klasik vasıtaları olarak ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler..."*den bahsetmektedir (a.e., s. 4). Yazar ayrıca başlangıçta ihtiyati haciz müessesesinin ihtiyati tedbiri de kapsayacak bir kavram olarak doğduğunu ifade etmektedir (a.e., s. 4-5); yine ihtiyati haczin ihtiyati tedbirin özel bir çeşidi olduğu yönünde bkz. Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 435.

İhtiyati tedbirle diğer geçici himaye tedbirleri arasında kurulan özdeşliğin idare hukukundaki "yürütmeyi durdurma"nın dahi bir ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesine yol açtığı yönünde bkz. Yılmaz, Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri,** C. I-II, Ankara 2001, s. 39, 1443 vd.

[155] Nitekim Yılmaz "geçici hukuki himaye tedbirleri" kavramını özel hukukun yanı sıra kamu hukukunu da ilgilendiren bir üst kavram olarak ele almakta (Yılmaz, **C. I,** s. 8) ve eserinde de idari yargılama, anayasa yargısı ve ceza yargısında söz konusu olan "geçici hukuki himaye tedbirlerini" de değerlendirme konusu etmektedir.

sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi gündeme gelebilecektir.

Maalesef "tedbir" tabiri ile neyin kastedildiği konusunda madde gerekçesinde de bir ipucu yoktur. Dolayısıyla yine hükmün amacını ve kanun koyucunun yaklaşım biçimini dikkate almak suretiyle bir yorum faaliyetinde bulunmak kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu açıdan "tedbir" tabirinin HMK m. 389 vd.nda yer alan "geçici hukuki korumalar" karşılığı olarak kullanıldığını söylemek akla yakın görünmektedir. Zira özellikle TK m. 342'nin kaleme alınmasına yol açan bakış açısı dikkate alınırsa, kanun koyucunun herhalde örneğin ihtiyati tedbir konusu bir malın ayni sermaye yeterliliği bulunmadığını kabul ederken ihtiyati hacze konu olmuş bir malvarlığı değerini ayni sermaye olarak kabul etmek istediği söylenemez. İki müessese arasında nitelikleri ve tabi oldukları düzenlemeler bakımından farklılıklar varsa da[156], TK m. 342'nin ilgilendiği açıdan, yani söz konusu malvarlığı değerinin ayni sermaye olarak muhafaza edilebilme ihtimali bakımından ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasında hüküm farkını gerektirecek bir nitelik farkından bahsedilemez. Gerçekten de bir para borcunun alacaklısı olduğunu iddia eden şahıs henüz bir dava açmadan veya takibe başlamadan önce dahi ihtiyati haciz kararı için mahkemeye başvurabilirken, aynı şekilde ihtiyati tedbir de ihtiyati tedbire konu olan şeye ilişkin bir dava açılmadan önce talep edilebilecektir. Kendisinden ihtiyati hacze karar vermesi istenen mahkemeye İİK m. 258/1 uyarınca alacağın ve ihtiyati haciz sebeplerinin varlığı hakkında kanaat verecek delillerin ibrazı zorunlu ise de, bu deliller ile tam bir ispatın gerçekleşmesi aranmayacak, mahkemenin alacağın ve ihtiyati haciz sebeplerinin varlığına kanaat getirmesi yeterli kabul edilecektir[157]. Aynı şekilde ihtiyati tedbir kararının alınabilmesi için de tedbir talep eden taraf dayandığı ihtiyati tedbir sebebini belirttikten başka *"davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak"* ispat etmekle yetinebilecektir (HMK m. 390/3). Kısacası her iki halde de borcun varlığı veya tedbire konu şey üzerindeki talebin haklılığı konusunda tam bir ispat aranmaksızın ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verilebilmektedir. Hatta yine her iki halde de mahkeme icabında aleyhine ihtiyati

[156] İhtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki farklar hakkında bkz. Yılmaz, **C. I,** s. 176-177; Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 435-436.

[157] Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 437.

tedbir veya ihtiyati haciz istenen kimseyi dinlemeksizin dahi bu kararı vermek yetkisini haizdir (ihtiyati tedbir bakımından HMK m. 390/2; ihtiyati haciz bakımından İİK m. 258/2). Söz konusu kararların alınmasının şartları bakımından ortaya konan bu paralellik karşısında, kanun koyucunun da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz arasında ayni sermaye yeterliliğini etkilemek noktasında farklı hükümlere tabi kılmayı düşünmüş olamayacağı sonucuna varıyoruz[158].

Bu açıklamalar neticesinde ihtiyati tedbirlerin yanı sıra ihtiyati haczin de anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenen bir ayın hakkında gerçekleşmesi durumunda TK m. 342 tarafından bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak düzenlenmek istediği sonucuna varıyoruz[159]. Ancak tekrar belirtelim ki genel olarak hem "geçici hukuki korumalar" kavramı, hem de daha özel nitelikte olmasına rağmen "ihtiyati tedbir" kavramının çerçevesi fazlasıyla geniştir. Bu kavramların kapsamında esasen anonim ortaklıkta ayni sermaye meselesini ilgilendirmeyecek pek çok farklı önlem yer almaktadır. Bu bakımdan örneğin aile ve kişiler hukukundan kaynaklanan geçici hukuki korumaların, bu kapsamda örneğin bir ihtiyati tedbir türü olarak nafakanın[160], yahut MK m. 195 vd. uyarınca evlilik birliğinin korunması amacıyla hükmolunacak ihtiyati tedbirlerin, yine çok yaygın bir tedbir türü olarak yürütmenin durdurulmasının, iş hukukundan kaynaklanan ihtiyati tedbirlerin vb. ayni sermaye meselesini ilgilendiren bir tarafı yoktur. Bu itibarla genel bir formülle, ancak doğrudan doğruya nakit dışı bir malvarlığı değerini ilgilendiren, kısaca ayni bir değere dokunan geçici hukuki koruma tedbirlerinin ayni sermaye yeterliliği şartı olarak tartışma konusu yapılabileceği söylenebilir.

---

[158] Burada bu kadar kolay bir biçimde alınabilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına bir malvarlığı kaleminin ayni sermaye yeterliliğine engel olma sonucunun bağlanmasının yerinde olmadığı yönündeki kanaatimizi belirtmekle yetinelim.

[159] Buna karşılık bir geçici hukuki koruma niteliğinde olan delil tespiti müessesesinin ise işin mahiyeti gereği bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenen bir malvarlığı değeri üzerinde delil tespiti yapılması, örneğin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz hallerinde olduğu gibi söz konusu varlığın mevcudiyetine ilişkin bir tereddüt doğuracak nitelikte bir işlem değildir. Örneğin bir trafik kazası sonrası bir otomobilde oluşan zararın delil tespiti yoluyla incelenmesi sonrasında söz konusu aracın tamir ettirilerek anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi pekala mümkündür. Bu örnekte olduğu gibi delil tespiti aynın kaderine ilişkin tereddüt oluşturacak nitelikte bir işlem olmadığından TK m. 342 kapsamında değerlendirilmesinin de bir anlamı yoktur.

[160] Bkz. HUMK m. 101/b.3'te nafakanın ihtiyati tedbir niteliği açıkça ifade edilmişti.

Bu çerçevede örneğin ihtiyati tedbir kapsamında bir menkule el konularak yediemine teslim edilmesi, bir gayrimenkul hakkında ferağdan men kararı verilmesi, dava konusu bir eşyanın muhafaza amacıyla mühürlenmesi, üçüncü kişinin elinde bulunan bir malla ilgili olarak bu şeyin mahkeme kararı olmaksızın kimseye verilmemesi ile ilgili ihtarda bulunulması gibi haller birer ayni sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca HMK dışında özel kanunlarda yer verilen ihtiyati tedbirlerin de[161] anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenen bir varlığı ilgilendirmesi halinde ayni sermaye engeli olarak değerlendirilmesi icap eder. Bu bakımdan örneğin TK m. 61/2 uyarınca haksız rekabete konu mallara gümrük idaresince tedbiren el konulmuş olması yahut tescilsiz bir marka ile iltibas oluşturan bir başka markanın kullanımının yine TK m. 61/1 uyarınca tedbiren engellenmesi TK m. 342 anlamında bir ayni sermaye yeterliliği engelidir. Benzer şekilde FSEK m. 77 uyarınca *"bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına"* karar verilmişse, söz konusu eserin, çoğaltılmış nüshalarının veya onu imale veya çoğaltmaya yarayan araçların ayni sermaye olarak bir anonim ortaklığa getirilebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde MarkaKHK m. 76 vd. hükümleri çerçevesinde verilmiş bir ihtiyati tedbir kararına istinaden el konulmuş olan malların da ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı söylenebilir. Yine MK m. 589 vd. hükümleri uyarınca tereke mallarının korunması amacıyla bunların yazılması veya terekenin mühürlenmesi de terekeye dâhil malların veya bir bütün olarak terekenin ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir tedbir olarak değerlendirilmelidir.

Bu arada zikredilmesi gereken özel bir durum da, gayrimenkuller bakımından ihtiyati tedbirin şerh görünümünde ortaya çıkması halidir. Nitekim örneğin MK m. 1010/1, b.1'de *"çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları"*nın şerhi bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak düzenlenmiştir. Bu bentte taşınmaz üzerinde ayni hak değişikliğine yönelmiş ihtilaf konusu bir kişisel hakkın mahkemece korunması düzenleme konusu edilmiştir ve bahsedilen mahkeme kararı

[161] Diğer kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirlere ilişkin bkz. Yılmaz, C. I, s. 671 vd.; Özkan, Hasan, **İhtiyati Tedbir Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz,** Ankara 1997, s. 23 vd.

da HMK m. 389 vd. anlamında bir ihtiyati tedbir kararıdır[162]. Benzer biçimde mahkeme ihtiyati tedbir olarak hacze de karar verebilir ve bu durumda ihtiyati tedbir niteliğindeki söz konusu haciz bu defa da MK m. 1010/2 uyarınca bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olarak tescil edilir. Şerh şeklinde ortaya çıkan bir ihtiyati tedbir de MK m. 1011/1, b. 1'de düzenlenen geçici tescil şerhidir. Bu durumda MK m. 1010/1, b. 1'den farklı olarak bir kimse sicil dışı bir ayni hak sahibi olduğu iddiasına dayanmaktadır. Söz konusu iddia ispat edilerek dava neticesinde sicil kaydı düzeltilinceye kadar üçüncü kişilerin sicile güvenerek iyi niyetle ayni hak iktisap etmeleri halinde sicil dışı hak sahibinin hakkını söz konusu üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesini sağlamak amacıyla bu ayni hak iddiasının tescili imkânı tanınmıştır[163].

[162] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 214 ve dn. 680.

[163] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 218; gerek ihtiyati tedbir niteliğindeki haciz kararının gerekse geçici tescilin şerhinin mülkiyet dışındaki ayni haklar bakımından elverişli olmakla birlikte mülkiyet iddiaları bakımından yeterli olmadığı, zira bu durumda davalının gayrimenkulü başkasına devretmesinin ihtimal dahilinde olduğu, her ne kadar davacının davayı yeni malike teşmil etmesi mümkün ise de bu durumun davayı uzatacağı, bu sakıncayı önlemek amacıyla uygulamada mülkiyet iddiaları ile ilgili olarak ferağdan men'e karar verildiği yönünde bkz. Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku- Ders Kitabı,** Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 612-613.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇEŞİTLİ KIYMETLERİN AYNİ SERMAYE YETERLİLİĞİ KRİTERLERİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

I. EŞYA ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI

Eşya hukuku anlamında "eşya" kavramı içerisinde değerlendirilen her türlü menkul ve gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkı anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilir. Bu bakımdan eşya hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilen tanım uyarınca "kişilerin üzerinde hâkimiyet kurabildiği, ekonomik değeri olan, kişi dışı maddi/cismani varlıklar"[1] kural olarak yukarıda sayılan şartları taşıdıkları için, ayni sermaye yeterliliğini haizdirler. Nitekim şirketler hukuku bakımından genel hüküm niteliğindeki 128. madde incelendiğinde de gerek taşınmazların (TK m. 128/2,3,5) gerek taşınırların (TK m. 128/4) ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak konmasının kanun koyucu tarafından da kabul edildiği görülmektedir. Esasen ayni sermaye denilince akla ilk gelen kalemler taşınır ve özellikle taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkıdır.

Kural olarak mülkiyet hakkı ancak eşya üzerinde tesis edilebilir. Bu durum mülkiyet hakkının ayni haklar kategorisi içerisinde yer almasının ve ayni hakların da eşya üzerinde söz konusu olmasının[2] doğal bir sonucudur[3]. Bununla birlikte hukukumuzda istisnai olarak "eşya" kavramı içerisinde yer almamakla birlikte ayni hak ve bu arada mülkiyet konusu olabilecek çeşitli kalemler kabul edilmiştir. Bu çerçevede MK m. 704/b. 2 uyarınca "tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar", MK m. 762 uyarınca "edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler", teknik anlamda eşya kavramının içinde yer almasalar da bizzat kanunun kabulü dolayısıyla mülkiyet

[1] Bu yöndeki bir tanım için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 8.

[2] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 1, 4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 6, 10.

[3] Öyle ki ayni hakların konusunun eşya olması, onu diğer mutlak haklardan ayıran temel unsurdur, bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 20.

hakkına konu olabileceklerdir. Buna bağlı olarak sayılan bu kıymetlerin kural olarak devredilebilir ve nakden değerlenebilir nitelikte oldukları da düşünüldüğünde, bunlar üzerinde ortaklık lehine tesis edilecek bir mülkiyet hakkının da anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmelidir.

Bir eşyanın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilmesi için taahhütte bulunan kimsenin aynı zamanda söz konusu eşyanın maliki olması gerekip gerekmediği değerlendirilebilir. Kanımızca TK'nın hem genel olarak ticaret ortaklıkları hem de özelde anonim ortaklıklar için getirdiği kuruluş sisteminin sağladığı güvenceler karşısında, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı kaleminin mülkiyetinin mutlaka bizzat taahhüt eden kimseye ait olması gerektiğinden söz edilemez[4]. Gerçekten de nakit dışı bir değerin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi isteniyorsa TK m. 128/2 uyarınca bu hususta taşınmazlar bakımından tapuya şerh verilmesi, taşınırların güvenilir bir kimseye tevdi edilmesi ve özel sicili bulunan değerlerin de kendi özel sicillerine bu konuda bir kayıt düşülmesi gerekir. Bu şekilde koruma altına alınan değerlerin bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkı yine aynı hüküm uyarınca şirketin tescili ile birlikte şirkete intikal edecek (TK m. 128/4), taşınmazlar bakımından ise TK m. 128/6 uyarınca şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte ticaret sicili müdürü re'sen harekete geçerek tapu kaydının şirket lehine değiştirilmesini sağlayacağı gibi ayrıca bizzat ortaklık da tescili re'sen isteyebilecektir. Şu halde taahhüt aşamasında taahhüde konu olan ayni değerin sahibinin TK m. 128/2'deki şerh, tevdi veya kayıt şartlarını yerine getirmesi/pay sahibi tarafından getirmeye ikna edilmesi ve böylece bu taahhüde rıza göstermesi durumunda ortaklık bakımından özellikle sermayenin tedariki noktasında endişe edilecek bir durum kalmayacaktır. Bu şartların gerçekleştirilmesi durumunda şirket, tüzel kişilik kazandıktan sonra TK m. 128'in sağladığı koruma tedbirleri sayesinde bu malvarlığı üzerinde kolayca tasarruf etme imkânına kavuşacaktır. Buna karşılık ayni değerin maliki TK m. 128/2'deki şartları yerine getirmek konusunda taahhütte

[4] Üçüncü kişilere ait malvarlığı unsurlarının da ayni sermaye olarak konulabileceği görüşünde bkz. Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 199; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 97; Alman hukukunda da ayni sermaye taahhüdünde bulunan kimsenin söz konusu malvarlığı kaleminin maliki olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir, von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/11; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/36; Pentz, **a.g.e.,** § 27/23; Arnold, **a.g.e.,** § 27/48; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/15; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/75; Märtens, **a.g.e.,** § 5/78.

bulunan kurucu tarafından ikna edilemezse bu durumda ilgili nakit dışı değer ayni sermaye olarak kabul olunmayacak (TK m. 128/2), ayrıca TSY m. 69/f uyarınca anonim şirketin tescili için yapılan başvuruda aranan *"ayni sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge*[5]*"* eksik kalmış olacağından TSY m. 34/1-c'ye istinaden şirketin tescili gerçekleştirilmeyecek, başka bir ifadeyle bu durum bir tescil engeli teşkil edecektir. Şu halde kural olarak anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı kaleminin malikinin bizzat kurucu/taahhütte bulunan kimse olmamasının anonim ortaklık ve sermayenin tedariki ilkesi bakımından özel bir tehdit oluşturmadığı dikkate alındığında, bizzat malik olmanın bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak değerlendirilmesine de gerek yoktur.

Ayni sermaye taahhüdü esnasında veya en azından şirketin ticaret siciline tescil talebinden önce taahhüt konusu eşyanın mevcudiyetinin şart olup olmadığı da tartışılabilecek bir başka konudur. Hemen belirtelim ki anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin hükümler karşısında henüz mevcut olmayan bir malvarlığı kaleminin anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkün değildir. Zira TK m. 128/2 uyarınca aranan şerh, tevdi veya kaydın yapılmamış olması, ilgili malvarlığı değerinin ayni sermaye olarak kabulüne ve ayrıca TSY m. 69/f uyarınca ortaklığın tesciline engel olacağına göre, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için ayni sermaye olarak taahhüt edilen şeyin henüz tescilden önce mevcut olması gerekir. Yine ayni sermaye taahhüdü halinde öncelikle söz konusu kıymetin TK m. 343 uyarınca bilirkişi tarafından değerlenmesi gerekir ki bunun için taahhüt edilen varlığın mevcudiyeti bir ön şarttır. Üstelik TK m. 339/2-e uyarınca ayni sermaye olarak konulan şeylere biçilen değerin ve bunlar karşılığında verilecek pay miktarının da esas sözleşmeye yazılması gerektiğine göre, bu değerleme yapılmadığı sürece esas sözleşmenin hazırlanması da mümkün değildir. Dolayısıyla ayni sermaye olarak taahhüt edilecek malvarlığı kaleminin henüz esas sözleşme hazırlanmadan

[5] Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin anılan hükmünde TK m. 128/2'de ayrıca yer verilen taşınırlar bakımından tevdi ve kendi özel sicilleri bulunan varlıklar bakımından sicile kayıt yükümlülüklerinin yerine getirildiğine ilişkin bir belgeden açıkça bahsedilmemişse de, bu durumun basit bir ihmal olarak değerlendirilmesi ve anonim ortaklığa sermaye olarak taşınırların veya özel sicili bulunan değerlerin taahhüt edilmesi durumunda kuruluş belgeleri kapsamında bunlara ilişkin tevdi ve kayıt yükümlülüklerinin de yerine getirildiğinin tevsik edilmesi şartı aranmalıdır.

veya tamamlanmadan önce mevcut olmasının bir zorunluluk olduğu sonucuna varılabilir[6, 7].

II. SINIRLI AYNİ HAKLAR

Eşya –ve kanunen izin verilen hallerde eşya kategorisine girmeyen kıymetler- üzerinde tesis edilecek sınırlı ayni hakların ayni sermaye yeterliliği doktrinde genellikle kabul görmüştür[8]. Biz de daha derinlemesine bir inceleme yapabilmek bakımından sınırlı ayni hakların ayni sermaye yeterliliğini, klasik tasnif uyarınca "irtifak hakları", "taşınmaz yükü" ve "rehin hakları" alt başlıkları altında her bir kalem bakımından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

A. İrtifak Hakları

İrtifak haklarının ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmelerinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken de esasen ayni sermaye yeterliliğine ilişkin temel ölçütler kullanılmalıdır. Bu bakımdan genel olarak devredilebilirlik ve nakden değerlenebilirlik niteliğini haiz olan sınırlı ayni hakların ve bu kapsamda irtifak haklarının ayni sermaye taahhüdünün konusu olabilecekleri söylenebilir.

---

[6] Alman hukukunda hâkim kanaat henüz var olmayan ve dolayısıyla taahhütte bulunan kimsenin malvarlığına dâhil bulunmayan bir eşyanın da ayni sermaye taahhüdüne konu olabileceği yönündedir (Röhricht, **a.g.e.,** § 27/36; Arnold, **a.g.e.,** § 27/48; Pentz, **a.g.e.,** § 27/23; Winter, **a.g.e.,** § 5/45; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/76; Märtens, **a.g.e.,** § 5/79). Ancak bu hukuk çevresinde söz konusu eşyanın en azından ortaklığın tescil başvurusundan önce mevcut olmasının aranıp aranmayacağı meselesi tartışılmış ve doktrinin çoğunluğu, AktG § 36a/2 c.2'de ayni sermayenin tescilden önce getirilmesinin şart koşulmadığını, aksine ayni sermaye taahhüdü durumunda ifanın tescilden itibaren 5 yıl içerisinde gerçekleşmesi gerektiğinin düzenlendiğini belirterek, böyle bir gerekliliğin dahi mevcut olmadığı sonucuna varmıştır (Röhricht, **a.g.e.,** § 27/36; Arnold, **a.g.e.,** § 27/48; Pentz, **a.g.e.,** § 27/23; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/15; aksi görüşte bkz. Polley, Notker in **Aktienrecht und Kapitalmarktrecht,** (her. Heidel, Thomas), 4. Auflage, Baden-Baden 2014, § 27/13).

[7] eTK döneminde bu konuyu değerlendiren Domaniç, bir ortağın henüz mevcut olmayan bir menkul veya gayrimenkulü yahut bir hakkı iktisap ederek şirkete sermaye olarak koymayı taahhüt etmesinin mümkün olduğunu, bu halde bilirkişi incelemesinin evrak üzerinde yapılacağını belirtmiştir, **TTK Şerhi II**, s. 199.

[8] Esasen eTK m. 285/2'de anonim ortaklıklara özgü olarak *"gayrimenkul üzerindeki mülkiyet ve **sair haklar**"*dan bahsedilmek suretiyle, sınırlı ayni hakların kural olarak anonim ortaklıkta ayni sermaye yeterliliği bulunduğu ifade edilmişti. Türk hukukunda sınırlı ayni hakların anonim ortaklıkta ayni sermaye yeterliliğini açıkça zikreden Arslanlı, **C. I,** s. 35; Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 187; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1025; Alman hukukunda von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/11; Eckardt, a.g.e, § 27/10; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/17; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/16; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13; Solveen, Dirk, in **Aktiengesetz Kommentar,** (her. Hölters, Wolfgang), 2. Auflage, München 2014, § 27/8; İsviçre hukukunda Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/11.

Bu hakların pay sahibine ait bir eşya üzerinde mi yoksa bir başkasına ait eşya üzerinde mi kurulmuş olduğu, ayni sermaye yeterliliği açısından bir fark oluşturmaz[9]. Zira pay sahibine ait bir eşya üzerinde tesis edilmiş olan irtifak hakkının bu pay sahibi tarafından ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda, ortaklık açısından meydana gelen özel bir tehlike söz konusu değildir; ortaklık gerek pay sahibinin kendisinden gerekse üçüncü kişilerden gelebilecek tehlikelere karşı ayni hakkın mutlak etkisi ile korunmuştur[10].

İrtifak hakkının ayni (eşyaya bağlı) ya da şahsi (kişiye bağlı) nitelikte olması da ayni sermaye yeterliliği bakımından kural olarak bir fark yaratmaz. Şahsi irtifaklar söz konusu olduğunda, ayni sermaye olarak doğrudan doğruya anonim ortaklık lehine bir irtifak hakkı tesis edilebileceği gibi, ayni sermaye getiren kimsenin kendisi lehine tesis edilmiş bulunan bir irtifak hakkını anonim ortaklığa devretmesi de mümkündür. Zira ilke olarak önceden mevcut olan bir sınırlı ayni hakkın mı getirildiği yoksa ilk olarak ortaklık lehine kurulan bir hakkın mı mevcut olduğu ayni sermaye yeterliliğinin tespiti bakımından önemli değildir[11]. Nitekim TK m. 128/3'te de *"taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan ayni bir"* haktan bahsedilerek bu hususa işaret edilmiştir. Dolayısıyla şahsi irtifaklar söz konusu olduğunda gerek yeni bir irtifak hakkının doğrudan ortaklık lehine tesisi, gerek mevcut bir irtifak hakkının ortaklığa devri suretiyle ayni sermaye getirmek mümkündür.

Yalnız ikinci ihtimalde ayni sermaye olarak getirilmek istenen mevcut sınırlı ayni hakkın, ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel ilkeler uyarınca ortaklığa devredilebilir olması gerektiği şüphesizdir. Bu bakımdan örneğin ne bizatihi kendisi ne de kullanım hakkı üçüncü kişiye devredilemeyen mevcut bir oturma/sükna hakkının (MK m. 823/2) anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi de mümkün değildir. Buna karşılık bizatihi devri mümkün olmamakla birlikte sözleşme ile aksi açıkça öngörülmediği veya durum ve koşullardan bizzat hak sahibince kullanılması gerektiği sonucuna varılmadığı takdirde *"kullanılması"* başkasına

[9] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/16; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/78; Märtens, **a.g.e.,** § 5/83.

[10] Bu yönde bkz. Zeidler, **a.g.e.,** § 5/78; Märtens, **a.g.e.,** § 5/83.

[11] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/16; Märtens, **a.g.e.,** § 5/83.

devredilebilen (MK m. 806/1) intifa hakkının[12,13]; aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece devri mümkün olan üst hakkının (MK m. 826/2) ve kaynak hakkının (MK m. 837/2) veya kural olarak devredilememekle birlikte tarafların açıkça aksini kararlaştırmaları halinde devri mümkün olan diğer düzensiz irtifak haklarının (MK m. 838/2) anonim ortaklık bakımından ekonomik bir değer ifade etmeleri (nakden değerlenebilir olmaları) halinde ayni sermaye yeterliliklerinin bulunduğu hususunda tereddüt edilmemelidir.

Bununla birlikte eşyaya bağlı irtifak hakları bakımından mevcut bir irtifak hakkının ortaklığa devredilmesi yoluyla ayni sermaye getirilmesi yoluna başvurulmasının mümkün olmadığına işaret edilmelidir. Zira bu durumda taşınmazın mülkiyetinden bağımsız olarak irtifak hakkının devri bahis mevzuu olamaz. Hakkın kaderi taşınmazın kaderini takip eder. Taşınmazın mülkiyeti el değiştirdiğinde ise yeni malik otomatik olarak devraldığı taşınmaz lehine tesis edilmiş bulunan irtifak hakkını da kullanma yetkisini kazanır[14]. Buna karşılık irtifakın yararlanan taşınmazdan ayrı olarak devri mümkün değildir[15]. Dolayısıyla yararlanan taşınmazdan ayrı olarak irtifak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi

---

[12] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/16; Winter, **a.g.e.,** § 5/45; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/84; Roth, Günter H., in **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung- Kommentar von Altmeppen/Roth,** 6. neubearbeitete Auflage, München 2009, § 5/39; şirket türü bakımından ayırım yapmaksızın bir şirkete katılırken intifa hakkının kullanımının devredilebileceği yönünde bkz. Promberger'e atıfla Özen, Burak, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı,** İstanbul 2008, s. 299; pay sahibinin ölümü ile birlikte intifa hakkının da sona ereceği gerekçesi ile aksi görüşte Zeidler, **a.g.e.,** § 5/80, bu görüşe karşı söz konusu riskin değerleme sırasında dikkate alınmasının yeterli olduğu ancak daha ileri giderek bu sebeple ayni sermaye yeterliliğinin reddedilemeyeceği belirtilmiştir, Märtens, **a.g.e.,** § 5/84. Pay sahibinin ölümünden kaynaklanan riskle ilgili olarak ayrıca bkz. nisbi kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliğine ilişkin aşağıda İkinci Bölüm, G.

İntifa hakkının kullanımının tüm olarak başkasına devrinin yanısıra yalnızca içeriğindeki bazı münferit yararların devrinin de mümkün olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 820.

[13] Ancak intifa hakkının kullanılmasının devrinin borçlandırıcı bir işlem olduğuna, dolayısıyla bu işlem neticesinde taraflar arasında nisbi bir borç ilişkisi kurulduğuna dikkat edilmelidir, Bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 820; Özen, **a.g.e.,** s. 298. Bu sebeple anonim ortaklığa sermaye olarak intifa hakkına ilişkin kullanım hakkının getirilmesi halinde de ortaklığa bir ayni hak değil nisbi hak getirilmektedir. Dolayısıyla intifa hakkının kullanımının devrinin ayni sermaye yeterliliği konusunda esasen nisbi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği ile ilgili olarak yapacağımız açıklamalara bakılmalıdır, bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VII.

[14] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 784, 788; Esener, Turhan/Güven, Kudret, **Eşya Hukuku,** Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 348.

[15] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 788, dn. 119.

de söz konusu olamaz. Öte yandan yararlanan taşınmazın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda ise ortaklık otomatik olarak irtifak hakkının da sahibi olmaktadır. Bu bakımdan eşyaya bağlı irtifakların anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi ancak bir taşınmaz üzerinde, anonim ortaklığa ait bir taşınmaz lehine yeni bir irtifak hakkının tesisi suretiyle gündeme gelebilir.

Yalnızca taşınmazlar üzerinde tesis edilecek irtifak hakları değil, şartları taşıması halinde başka ekonomik değerler üzerindeki irtifak hakları da anonim ortaklıkta ayni sermaye olabilir. Bu bakımdan taşınmazların yanı sıra taşınırlar, haklar ve malvarlığı üzerinde kurulmasına kanun koyucu tarafından açıkça izin verilen intifa hakkı (MK m. 794/1) önemlidir. Dolayısıyla yalnız taşınmazlar üzerindeki intifa hakkı değil, taşınırlar, haklar ve malvarlığı üzerinde tesis edilecek veya hali hazırda tesis edilmiş bulunan intifa hakları da anonim ortaklıkta ayni sermaye olarak değerlendirilebilecek kalemler arasındadır. Bu noktada açık bir pozitif dayanak olarak taşınmazların yanı sıra taşınırlara ilişkin faydalanma ve kullanma haklarının da ticaret şirketlerine sermaye olarak konabileceğinden bahseden TK m. 127/1-(d)'nin yanı sıra aynı maddenin sınırlayıcı bir sayım yapmadığını ifade eden (j) bendine işaret edilebilir.

Bir irtifak hakkının anonim ortaklık lehine kurulması veya mevcut bir irtifak hakkının anonim ortaklığa devri bakımından tüzel kişiler lehine irtifak hakkı kurulmasının mümkün olup olmadığı noktasında bir tereddüt gündeme gelebilir. Hemen belirtelim ki ayni irtifaklar bakımından lehine irtifak hakkı tanınan taşınmazın maliki irtifak hakkının da sahibidir ve bu bakımdan gerçek veya tüzel kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Şahsi irtifaklar bakımından ise intifa hakkında hak sahibinin tüzel kişi olabileceği MK m. 797/2'de dolaylı olarak ifade edildiği gibi, üst hakkı[16], kaynak hakkı ve diğer düzensiz kişisel irtifaklar[17] bakımından da tüzel kişilerin hak sahibi olması mümkündür. Buna karşılık oturma hakkının ise şahsen kullanılması gerektiği, dolayısıyla tüzel kişi lehine tanınmasının mümkün olmadığı doktrinde kabul edilmektedir[18]. Bu sebeple zaten devredilebilirlik

[16] Üst hakkı bakımından Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 859.

[17] Diğer düzensiz kişisel irtifaklar bakımından Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 874.

[18] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 854.

niteliğinden yoksun olduğu için anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceğini yukarıda belirttiğimiz mevcut bir oturma hakkının yanı sıra doğrudan anonim ortaklık lehine bir oturma hakkı tesis etmek suretiyle de ayni sermaye getirilmesi mümkün değildir.

B. Rehin Hakkı

1. Taşınır Rehni

Taşınır rehninin ortaklığa sermaye olarak getirilmesi bakımından iki ihtimal gündeme gelebilir. İlk olarak bir kimsenin kendisi lehine kurulmuş olan taşınır rehnini ortaklığa sermaye olarak getirmesi hali düşünülebilir. Bu durumda rehin hakkının temin ettiği alacağa bağlı olması (fer'ilik ilkesi) dolayısıyla tek başına devredilemeyecek olması[19] daha başlangıçta bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak ortaya çıkacaktır.

İkinci ihtimalde ise rehin hakkının doğrudan anonim ortaklık lehine tesis edilmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda da bir kimsenin ortaklığa karşı olan borcunu temin etmek üzere ortaklık lehine bir taşınır rehni tesis etmesi söz konusu olabileceği gibi, üçüncü kişinin ortaklığa olan borcunu temin etmek üzere ortaklık lehine taşınır rehni kurulması[20] ve bunun ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenmesi de bir başka ihtimal olarak düşünülebilir. Bu durumda ayni sermaye yeterliliğini engelleyen rehnin devredilemez olması değildir; zira rehin hakkı ilk olarak bizzat ortaklık lehine tesis edilecektir. Ancak her iki ihtimalde de rehin hakkının asıl alacağa bağlı bulunmasının ve asıl alacağın sona ermesi durumunda rehin hakkının da sona ererek ortaklık bakımından bir sermaye kalemi olarak anlamsızlaşacak olmasının bir sorun teşkil ettiği açıktır. Bir başka ifadeyle rehin hakkından kaynaklanan alacağın doğumu asıl borcun ödenmemesi şartına bağlı olduğundan, şarta bağlı bu alacağa değer biçilebilmesi mümkün değildir[21]; bu bakımdan her iki ihtimalde de rehin hakkının sermaye olarak nakden

[19] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 1001; Serozan/Hatemi/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 350.

[20] Bir kimsenin sahip olduğu taşınır üzerinde başkasının borcu için rehin tesis edebilmesi mümkündür, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 1011; Serozan/Hatemi/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 350.

[21] Şarta bağlı alacakların ayni sermaye yeterliliği hakkında bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI, B.

değerlenebilirlik niteliğinden yoksun olduğu ve dolayısıyla anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüdünün mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan söz konusu rehnin ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda esasen ortaklık malvarlığında herhangi bir artış meydana gelmemektedir. Gerçekten de şirket bu halde zaten malvarlığında mevcut bulunan bir alacağı teminat altına almaktadır. Rehin hakkının tesisi, bu alacağın ödenmemesi ihtimaline özgü olarak şirketin zararını gidermekte ise de gerçek anlamda bir malvarlığı artışı sağlamamaktadır. Üstelik söz konusu rehin hakkının temin ettiği asıl alacağın sona ermesi halinde bu durum daha da belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Rehin hakkının şirket malvarlığındaki muhtemel bir azalmayı gidermek üzere tesis edildiği, dolayısıyla rehinle temin edilen alacağın ödenmemesi ihtimalinde olası kaybın önüne geçileceği söylenebilirse de, tam da bu ihtimalin doğurduğu belirsizlik, değer biçmeyi engelleyeceği için ayni sermaye olarak kabule de engeldir.

2. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehni çerçevesinde gündeme gelen sınırlı ayni haklar olarak ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi bakımından da ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel şartlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

İpotek teminat altına aldığı alacağa bağlı olan bir haktır[22]. Bu sebeple, temin ettiği alacaktan ayrı olarak devri mümkün olmayan ipoteğin devredilebilirlik niteliğinden yoksun olması dolayısıyla ayni sermaye olarak ortaklığa getirilemeyeceği sonucuna varılmalıdır[23]. Alacak ile ipotek arasındaki bu bağ, özellikle temin edilen alacağın devri halinde en sıkı bir şekilde mevcuttur ve alacağın temlik edilmesi halinde alacağı temin eden ipotek de kendiliğinden alacaklıya geçer

[22] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 891, bu durum ipoteğin yalnızca kişisel alacağı teminat altına alma fonksiyonunun bulunmasından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık bu fonksiyonun yanı sıra arazi değerini tedavül ettirme fonksiyonunun da bulunduğu ipotekli borç senedi ile irat senedinde bu anlamda bir fer'ilik söz konusu değildir. Bu hallerde alacak bir kıymetli evraka bağlanmakta ve soyut bir hale getirilmekte ve taşınmaz rehni de kıymetli evrakta tecessüm eden bu soyut alacağı teminat altına almaktadır.

[23] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/16; gerekçe belirtmeksizin ipoteği de ayni sermaye yeterliliği bulunan sınırlı ayni haklar arasında sayan Märtens, **a.g.e.,** § 5/82.

(BK m. 189)[24]. Dolayısıyla örneğin anonim ortaklıkta pay sahibi olmak isteyen kimsenin sahip olduğu mevcut bir ipotek hakkını, bu hakkın bağlı olduğu alacaktan ayrı olarak sermaye olarak getirmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda ipotekle güvence altına alınmış alacağın ayni sermaye olarak getirilmesi halinde ise ortaklık bu alacağı otomatik olarak ipotek ile birlikte devralmış olacaktır. Bu son ihtimalde ise artık ipoteğin ayni sermaye olarak getirilmesinden değil, alacağın sermaye olarak getirilmesinden bahsedilebilecek ve dolayısıyla buna ilişkin kurallar uygulama alanı bulacak[25], ancak ipoteğin alacağa bağlılığı dolayısıyla ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın ortaklık ipotek hakkının da sahibi olacaktır.

Bununla birlikte mevcut bir ipotek hakkının ortaklığa getirilmesi haricinde, ayni sermaye olarak doğrudan doğruya ortaklık lehine ipotek hakkı tesis edilmesi ihtimali de değerlendirilebilir. Bu halde pay sahibinin ortaklığa karşı olan herhangi bir borcunu temin edecek bir ipotek hakkını tesis ederek –büyük olasılıkla sermaye artırımı halinde- bunu ayni sermaye olarak getirmesi düşünülebileceği gibi, ayrıca yine pay sahibi olmak isteyen kimsenin, üçüncü kişinin ortaklığa olan borcu için kendisine ait taşınmaz üzerinde ortaklık lehine bir ipotek hakkı tesis etmesi ve bunu ortaklığa ayni sermaye olarak getirmesi de akla gelebilir. Ancak her iki ihtimalde de, tıpkı taşınır rehninde olduğu gibi alacakla ipotek arasındaki aslilik-fer'ilik ilişkisi bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilmek zorundadır. Zira bu ilişki dolayısıyla normal olarak alacağın sona ermesi ipotek hakkının da ortadan kalkması sonucunu doğuracak, dolayısıyla alacağın borçlusunun borcunu bizzat ifa etmesi durumunda ipoteği tesis eden pay sahibinin sermaye taahhüdü ortaklık bakımından anlamsızlaşacaktır. Dolayısıyla yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçelerle, bu durumda da ayni sermaye yeterliliği reddedilmelidir.

[24] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 953; MK m. 891 ipotekle teminat altına alınmış olan alacağın devrinin geçerli olmasının tapu kütüğüne tescile bağlı bulunmadığını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla rehinli alacağın temliki de BK'nın alacağın temlikine ilişkin hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 953). BK m. 189/1'de ise alacağın temliki neticesinde devredenin şahsına bağlı olanlar dışında fer'i/bağlı hakların da devralana geçeceği düzenlenmiştir. Şu halde ipotekle temin edilmiş alacağın temlik edilmesi, onun fer'i niteliğindeki ipoteğin de devri sonucunu doğurur.

[25] Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI.

Bununla birlikte özellikle MK'nın ipotekle temin edilen alacağın sona ermesi ihtimaline ilişkin düzenlemeleri, farklı bir sonuca varılmasını mümkün kılacak ifadeler içermektedir. MK m. 883'e göre *"(a)lacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir"*. İsviçre doktrininde bu ifadeye dayanan bazı yazarlar, alacağın sona ermesinin otomatik olarak ipoteğin de sona ermesi sonucuna yol açmayacağı yönünde görüş belirtmektedirler. Bu fikre göre şayet kanun koyucu ipoteğin alacağın sona ermesi ile beraber sicil dışı sona ermesini düzenlemek isteseydi, taşınmaz malikinin rehinli alacaklının muvafakati gerekmeksizin ipoteği terkin ettirebilmesini mümkün kılmalıydı. Bunu yapmadığına göre, rehinli alacaklının terkine muvafakat etmemesi durumunda alacaktan bağımsız bir ipotek oluşmaktadır[26].

İşte bahsi geçen bu görüşün kabulü halinde alacaktan bağımsız bir ipotek hakkının varlığının mümkün olduğu ve dolayısıyla artık ipoteğin de ortaklık malvarlığını artırıcı bir etkisinin bulunduğu söylenebilecektir. Bu durumda ipotek, alacaktan bağımsız olarak ortaklık açısından "sermaye" sıfatını kazanmayı hak edecek bağımsız bir ekonomik değer ifade etmektedir.

Ancak hemen belirtelim ki Türk ve İsviçre hukuklarında Alman hukukundan farklı olarak alacaktan bağımsız bir ipotek türü kabul edilmediği dikkate alındığında bizce de bu görüşün Türk teminat hukuku bakımından savunulması mümkün değildir[27]. MK m. 883 hükmü ipoteğin sona erme rejimini düzenleyen bir hüküm olarak değil, sona eren ipoteğe ilişkin tapu kayıtlarının düzeltilmesi ve böylece sicile güvenle hak iktisabına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmasının engellenmesine dönük usuli işlemlere ilişkin bir hüküm olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla asıl alacağın sona ermesi ile birlikte ipoteğin de sona ereceği, asıl alacağa bu şekilde bağlı bir hakkın ise anonim ortaklıkta sermaye olmak bakımından yetersiz olduğu sonucuna varılmalıdır.

İpotekli borç senedi ve irat senedi esasen ipotekle güvence altına alınmış bir alacak hakkını içeren ve soyutluk niteliği de olan kıymetli evraktır. Dahası BK m.

[26] Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 955, dn. 276'da anılan yazarlar.

[27] Bu görüş için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 955-956 ve orada dn. 278'de anılan yazarlar.

133/2'deki genel kuralın aksine MK m. 910/1 uyarınca ipotekli borç senedi ve irat senedinin tanzimi ile birlikte alacak yenilenmiş olur. İpotekten farklı olarak bu durumda gerek ilk olarak ortaklık lehine bir irat senedi yahut ipotekli borç senedi düzenlenmesi, gerekse mevcut bir irat senedi veya ipotekli borç senedinin ortaklığa devredilmesi mümkündür; şu halde nakden değerlenebilirlik ve devredilebilirlik nitelikleri bakımından her iki halde de ayni sermaye yeterliliğinin mevcut olduğu söylenebilir[28]. Ancak neticede ipotekli borç senedinin ve irat senedinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi esasen kıymetli evrakın devri anlamına geldiğinden, bu konuda kıymetli evrakın ayni sermaye olarak getirilmesi ile ilgili açıklamalarımıza bakılmalıdır[29]. Şimdiden belirtelim ki her iki durumda da ayni sermaye yeterliliği ile ilgili olarak ortaya çıkacak asıl mesele ise, müeccel alacakların ayni sermaye yeterliliklerini açıkça reddeden TK m. 342 karşısında, ipotekli borç senedi veya irat senedine bağlanmış olan alacağın vadesinin gelip gelmediği olacaktır.

III. SINAİ HAKLAR

A. Pay Sahibinin Sahip Olduğu Bir Sınai Hakkı Ortaklığa Devretmesi

Mutlak hak niteliğindeki[30] marka, patent, faydalı model, ıslahçı hakkı gibi sınai hakların da –kural olarak ekonomik bir değerlerinin bulunduğu ve devredilebilirlik niteliğini de haiz oldukları dikkate alındığında- ayni sermaye yeterliliklerinin bulunduğu genellikle kabul edilmektedir[31]. Bu bakımdan TK'da da

---

[28] Alman hukukunda ipotekli borç senedinin ayni sermaye yeterliliği bulunduğu yönünde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/39; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Märtens, **a.g.e.,** § 5/82.

[29] Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, XV.

[30] Genel olarak sınai hakların mutlak hak niteliği için bkz. Tekinalp, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2004, § 1/17; § 1/70; Özel, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi,** Ankara 2002, s. 76; Oktay-Özdemir, Saibe, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması,** İstanbul 2002, s. 24.

[31] Arslanlı, **C. I,** s. 35; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Öçal, Akar, "Markaların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi", **İktisat ve Maliye,** C. XVII, S. 7, 1970, s. 307 vd.; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; markanın bir şirkete sermaye olarak konulabileceği yönünde bkz. Kaya, Arslan, **Marka Hukuku,** İstanbul 2006, s. 206; Alman hukukunda bu yönde von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/11; Röhricht, **a.g.e.,** §, 27/40; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Heidinger/Benz,

fikri hakların gerek genel olarak ticaret şirketlerine (TK m. 127), gerekse anonim ortaklıklara (TK m. 342) ayni sermaye olarak konabileceklerinin açıkça zikredilmiş olduğuna işaret edilmelidir.

Sınai hakların -ilgili olduğu ticari işletmeden bağımsız olarak- devredilebilecekleri Türk hukukunda kabul edilmiştir (MarkaKHK m. 15; PatentKHK m. 86/1; EndTasKHK m. 39/1). Bu bakımdan kural olarak sınai hakların bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devredilebilirlik niteliğini taşıdıkları söylenebilir[32, 33]. Öte yandan sınai hakların mutlak hak nitelikleri dolayısıyla, ortaklığa bir sınai hakkın devri, yine her bir olayın arzettiği kendine özgü şartlar dikkate alınmak kaydıyla, mutlak hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, esas olarak hakkın niteliğinden kaynaklanacak özel bir risk taşımamaktadır. Dolayısıyla TK m. 342 ile getirilen hukukumuza özgü "temiz olma" şartının varlığı durumunda esas itibariyle sınai hakların ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmesi mümkündür[34].

---

a.g.e., § 27/18; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/120; Märtens, **a.g.e.,** § 5/94; Winter, **a.g.e.,** § 5/49; İsviçre hukukunda Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15/11.

[32] Bununla birlikte somut olayın şartları çerçevesinde devredilebilirlik niteliğini engelleyebilecek ihtimaller de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan örneğin MarkaKHK m. 16/4'ün *"Markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz"* diyen düzenlemesi devredilebilirliğin ortadan kalkabileceği bir durum olarak değerlendirilmelidir.

[33] Ferdi markaların yanı sıra, garanti markası ve ortak marka da devredilebilirlik niteliğini haiz olduklarından (MarkaKHK m. 60), bunların da ayni sermaye olarak bir anonim ortaklığa getirilebilmeleri mümkündür. MarkaKHK m. 60'ın aksine Markalar Kanunu m. 36'da birlik markaları ve müşterek markaların devri açıkça yasaklanmış olduğundan, bu dönemde konuyu ele alan yazarlar söz konusu markaların ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığını ifade etmişlerdir, bu yönde bkz. Ansay, **a.g.e.,** s. 33; Öçal, **Marka,** s. 307; Göle, **a.g.e.,** s. 15, dn. 34.

[34] Buna karşılık sınai haklar arasında sayılabilecek olan coğrafi işaretlerin niteliği gereği hukuki işlemlere konu olamayacağı kabul edilmektedir (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §1/76). Dolayısıyla TK m. 342'nin aradığı devredilebilirlik niteliğinden yoksun olan coğrafi işaretlerin ayni sermaye olarak getirilmeleri de mümkün değildir, bkz. Dal, Seniha, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 382.

Buna karşılık Coğrafi İşaretlerin ve Geleneksel Özellikli Ürün Adlarının Korunması Hakkında Kanun Taslağı'nın 27. maddesinde tescil sahibinin talebi veya 12. maddede aranan şartları karşılayamayacak hale gelmesi durumunda, devralanın da 12. maddede sayılan tescili talep etmeye yetkili kişi veya gruplar arasında yer alması kaydıyla, coğrafi işaretlerin devrinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu taslağın kanunlaşması durumunda coğrafi işaretlerin tescilinden doğan hakların

Ayni sermaye yeterliliği bakımından sınai hakkın tescilli olup olmaması da kural olarak belirleyici değildir. Bu çerçevede markalar bakımından, tescilli markanın yanı sıra tescilsiz bir markanın da ayni sermaye olarak getirilmesi mümkündür[35]. Zira markanın varlığı ve hatta korunması bütünüyle tescile bağlı olmadığı, dolayısıyla tescil edilmemiş olsa dahi ekonomik bir değer olarak marka mevcut olduğu gibi[36], tescil edilmemiş olması markanın devredilebilirliği bakımından da bir fark yaratmaz[37]. Bununla birlikte tescilsiz markayı ayni sermaye olarak getirmek isteyen kimsenin gerçek hak sahibi olup olmadığı noktasında oluşabilecek tereddütler ve bunun şirket bakımından oluşturacağı elverişsiz durum pratikte tescilsiz bir markanın ayni sermaye olarak getirilmesi ihtimalini oldukça düşük hale getirdiği gibi, yine TK m. 128/2 uyarınca özel sicili bulunan kıymetlerin ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için bu sicile yapılması aranan kayıt şartı dolayısıyla da hem şirketlerin hem de ticaret sicilinin tescilsiz bir markayı sermaye olarak kabul etmekten kaçınacakları tahmin edilebilir[38].

---

da devredilebilir nitelikte olduğu kabul edilecek, dolayısıyla ekonomik değer taşıma şartını da karşılaması kaydıyla coğrafi işaretlerin ayni sermaye olarak getirilebilmesi mümkün olacaktır.

[35] Markalar Kanunu döneminde açıkça bu yönde Öçal, **Marka,** s. 308; Göle, **a.g.e.,** s. 15, dn. 34; karş. markaların sermaye olarak kabul edilmesinden önce bunların usulüne göre tescil ettirilmiş olup olmadıklarını aramak gerektiği görüşünde Tosbi, **a.g.e.,** s. 26.

[36] MarkaKHK'nın "Marka hakkının elde edilmesi" kenar başlıklı 6. maddesinde *"Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir"* denmiş olması MarkaKHK'da mutlak olarak tescil sisteminin benimsendiği izlenimini uyandıracak nitelikte ise de, KHK'nın bütünü incelendiğinde kanun koyucunun "ilk kullanma sistemi"nden gelen ve marka hakkının ilk defa ihdas ve istimal yoluyla doğduğuna ilişkin ilkeden de tamamen ayrılmamış olduğu görülmektedir. Bu bakımdan MarkaKHK m. 6 ile daha ziyade ek bir imkân tanınmış, markayı ilk defa seçip kullanmak suretiyle marka hakkı sahibi olmanın yanı sıra, kullanma şartı aranmaksızın seçme ve sicile tescil ettirme yoluyla da marka hakkına sahip olunabileceği ifade edilmiştir. Nitekim MarkaKHK m. 8/3 ile marka üzerinde gerçek hak sahibi olan kişiye, markasının başka birisi tarafından tescilini önleme veya tescile rağmen m. 42/1-b uyarınca tescilli markanın hükümsüzlüğü talep etme imkânı tanınmış olması, kanun koyucunun ilk defa seçme ve kullanma suretiyle marka hakkının doğumu ilkesini bütünüyle terk etmemiş olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla MarkaKHK'nın ilk kullanma sistemini de tamamen göz ardı etmeyen "karma bir sistem" benimsediği yönünde Arkan, Sabih, **Marka Hukuku,** C. II, Ankara 1998, s. 129; Kaya, **Marka Hukuku,** s. 45 vd., 49; aksi görüşte Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §23/2, 3, yazar MarkaKHK ile Markalar Kanunu döneminde benimsenen gerçek hak sahipliği ilkesinin terkedildiği ve mutlak anlamda tescil ilkesinin benimsendiği kanaatindedir.

[37] Tescilsiz markanın da tıpkı tescilli bir marka gibi hukuki işlemlere konu olabileceği yönünde Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 175, dn. 2; Kaya, **Marka Hukuku,** s. 206, dn. 20.

[38] Nitekim Arkan uygulamada tescil edilmemiş markaların hukuki işlemlere konu olmasına pek rastlanmadığını, zira markayı devir ya da rehin alacak kişinin hem kendi hukuki durumunu güçlü hale getirmek hem de tescil formalitelerinden kaçınabilmek için tescilli bir markayı tercih edeceğini belirtmektedir, **Marka Hukuku II,** s. 175, dn. 2.

PatentKHK'nın patent hakkının doğumu ile ilgili olarak gerçek buluş sahibi ilkesini benimsemiş[39] ve bu çerçevede PatentKHK m. 11/1'de de patent isteme hakkının "buluşu yapana veya onun haleflerine" ait olduğu hükme bağlanmış, yine buna uygun olarak PatentKHK m. 12 ve 13'te patent isteme hakkının gerçek sahibinin patent verilmesi işlemleri esnasında veya sonrasında hak sahibi olduğu iddiası ile dava açma imkânı düzenlenmiştir. Yine PatentKHK m. 11/1'de patent isteme hakkının başkalarına devrinin mümkün olduğu da açıkça düzenlenmiş ve böylece henüz tescilin gerçekleşmediği aşamada buluş üzerindeki hakkın da devre konu olabileceği ifade edilmiştir[40]. Ancak tescilsiz markalar bakımından yukarıda zikrettiğimiz tereddütlerin patenti alınmamış buluşlar bakımından da gündeme gelebileceği belirtilmelidir.

B. Pay Sahibinin Sahip Olduğu Bir Sınai Hak Üzerinde Ortaklık Lehine Kullanım Hakkı/Lisans Tesis Etmesi

Sınai hakkın devrinin değil de bu hak üzerinde tesis edilecek bir kullanım hakkının -sınai haklara ilişkin terminoloji uyarınca lisans sözleşmesi ile- sermaye olarak getirilmesi durumunda daha farklı bir değerlendirmenin yapılması gereklidir. Zira lisans sözleşmesi ile sınai hakkı devralan kimseye (sermaye taahhüdü bakımından anonim ortaklığa) şayet nispi bir hak devredilecekse, bu durumda aşağıda taşınır ve taşınmaz eşya üzerinde kurulacak nispi nitelikteki kullanım haklarının sermaye olarak getirilmesi ile ilgili olarak tartışma konusu yapılan tereddütler bu halde de gündeme gelecektir[41]. Dolayısıyla ancak sınai haklar üzerinde kurulacak lisans sözleşmesinin lisans alana nasıl ve ne kuvvette bir hak sağladığı tespit edildikten sonra bu hakkın sermaye yeterliliği konusunda bir hüküm vermek mümkün olabilir.

Hemen belirtelim ki sınai haklar üzerindeki lisans sözleşmesinden kaynaklanan hakkın niteliği meselesi gerek Alman ve İsviçre hukuklarında gerekse

[39] Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §33/1.

[40] Nitekim buluşun, patent başvurusunun veya patentin devredilebileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 38/4; ayrıca patenti alınmamış buluş üzerindeki hakkın araştırmanın her aşamasında devredilebileceği yönünde § 38/7.

[41] Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI.

Türk hukukunda oldukça tartışmalıdır. Tartışmanın seyrini özellikle Alman hukukunda ileri sürülen ve en azından inhisari lisansın[42] lisans sahibine ayni nitelikli veya ayni hak benzeri (quasi-dinglich) bir hak verdiğine ilişkin görüş belirlemektedir[43]. Öte yandan İsviçre doktrininde ister inhisari ister basit lisans söz konusu olsun lisanstan kaynaklanan hakkın ayni bir etkisinden bahsedilemeyeceği, lisans sözleşmesi ile sağlanan hakkın da diğer borçlar hukuku ilişkileri gibi ancak taraflar arasında ileri sürülebilecek nispi bir hak olduğu, ancak tescile bağlı olarak kuvvetlendirilmiş bir nispi haktan bahsedilebileceği kanaati hâkimdir[44].

Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda lisansın ayni etkisine ilişkin yaygın kabul, bu ülkede sınai hakların korunmasına ilişkin mevzuatın altında yatan teorik temeli teşkil etmektedir. Bu sebeple MarkenG, PatG ve sınai haklara ilişkin diğer mevzuat yorumlanırken lisansa ilişkin hükümlerin altında yatan bu teorik temel daima göz önünde bulundurulmak zorundadır. Bu bakımdan örneğin Alman hukukunda sınai haklar üzerindeki lisansın tesciline ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bunun gerekçesi olarak ise Alman doktrininde lisans hakkına tanınan ayni/mutlak etkinin ayrıca sicile kaydı gereksiz kıldığı ifade edilmiştir[45]. Görüldüğü gibi bu hukuk çevresinde lisans hakkının ayni nitelikli veya mutlak bir hak olduğuna yönelik teorik açıklama, lisans alanın konumunu güçlendirmek ve onun üçüncü kişiler karşısında korunmasının alt yapısını sağlamak amacına hizmet etmiştir[46]. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından lisansın ayni/mutlak etkisi, pozitif hukuk düzenlemesine tekaddüm etmekte, varlığı kanun düzenlemesine bağlı olmayan bir ilke olarak anlam kazanmaktadır.

---

[42] Basit lisansın varlığı durumunda Alman hukukunda da baskın kanaat nispi bir hakkın bulunduğu yönündedir, bu konuda bkz. Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 18 ve orada dn. 66'daki yazarlar.

[43] Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 19 ve orada dn. 67-68'deki yazarlar.

[44] Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 193 ve dn. 73 ve 74'teki yazarlar; Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 20 ve dn. 76'daki yazarlar; Özel, **a.g.e.,** s. 87, dn. 89.

[45] Fezer'den naklen Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 193, nitekim Alman hukukunda marka üzerinde lisans hakkına, MarkenG m. 30/5 ile tescilden bağımsız olarak mutlak/ayni bir etki tanınmıştır.

[46] De lege feranda Türk hukuku için bu yönde bkz. Ortan, Ali Necip, **Patent Lisansı Sözleşmesi,** Ankara 1979, s. 99.

Türk doktrininde her iki görüş de farklı yazarlarca savunulmuştur[47]. Belirtmek gerekir ki İsviçre-Türk hukukunda lisans hakkının ayni/mutlak bir etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda daha ziyade pozitif hukuk düzenlemelerinin değerlendirilmesi suretiyle bir hüküm verilmektedir. Şu halde esasen bu hukuk çevrelerinde lisans hakkının etkisine ilişkin pozitif hukuktan bağımsız bir tutumun varlığından genel olarak söz edilemez. Gerçekten lisans hakkının mutlak veya ayni etkisinden bahsedilemeyeceğini ileri süren yazarlar bu konuda mevzuattaki hükümlerin varlığını gerekçe olarak gösterdikleri gibi[48], lisans hakkını mutlak bir hak olarak niteleyen yazarlar da görüşlerini pozitif hükümlerin sağladığı etkilere dayandırmaktadırlar[49]. Dolayısıyla Türk doktrininde lisans hakkının etkisi ile ilgili olarak hangi görüş tercih edilirse edilsin, mevzuatta lisans sahibine tanınan yetkilerin belirleyiciliği kabul edilmektedir. Bu itibarla ifade edelim ki Türk hukukunda kanunlarca özel olarak korunmuş sınai haklara ilişkin pozitif hukuk metinlerinde, lisans alanın sahip olduğu hakkın gerek sınai hakkın sahibi gerekse üçüncü kişiler karşısında etki gösterdiği durumlar açık hükümlerle düzenlenmiş ve böylece lisans alanın hakkının nasıl nitelendirileceğinden bağımsız olarak, ilgili hükümlerin aradığı şartların yerine getirilmesi kaydıyla lisans hakkına üçüncü kişiler karşısında olağan bir nispi hak bakımından söz konusu olmayan etkiler tanınmıştır[50]. Dolayısıyla lisans hakkının ayni ya da mutlak nitelikli bir hak

[47] Lisansın tanıdığı hakkın şahsi nitelikte olduğu yönünde bkz. Ayiter, Nuşin, **İhtira Hukuku,** Ankara 1968, s. 122; Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 25 vd.; lisansın sahibine nisbi bir hak bahşettiği yönünde Gürzumar, Osman Berat, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması,** İstanbul 1995, s. 97, kural olarak bu görüşte olmakla birlikte yazar ayrıca Markalar Kanunu m. 34'ün son fıkrasında yer alan, lisansın tescilden itibaren üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade edeceği yönündeki düzenleme karşısında marka siciline kayıtlı bir marka lisansının (ve İhtira Beratı Kanunu m. 25 dolayısıyla patent lisansının) kanun gereği lisans alana herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hak verdiğinin söylenebileceğini belirtmektedir; lisansın tasarrufi işlem niteliğinde olduğu görüşünde Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §28/35; Erel, Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku,** 3. Bası, Ankara 2009, s. 304; lisansın mutlak hak verdiği yününde Ortan, **a.g.e.,** s. 66 vd., özellikle s. 97-99; Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 192.

[48] Örnek olarak bkz. Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 25 vd.

[49] Bu yönde bkz. Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 193; Özel, **a.g.e.,** s. 95 vd., ancak yazar tüm lisans haklarının mutlak etkisi olduğu sonucuna varmamakta, pozitif düzenlemelerin "mutlak etkili lisans anlaşmalarının" varlığına imkan verdiğini, neticede tarafların özel olarak aksine düzenlemeler içeren bir sözleşme yapmadığı hallerde lisansın mutlak etkisinden bahsedilebileceğini, buna karşılık aksi durumda nispi etkili lisansın da söz konusu olabileceğini ifade etmektedir, s. 98, s. 100.

[50] Buna karşılık kanunda düzenlenmemiş olan ve dolayısıyla özel bir koruma rejimine tabi olmayan know-how veya patenti alınmamış buluşlar gibi kıymetlere ilişkin lisans sözleşmelerine benzer bir korumanın sağlanması noktasında, lisans hakkının niteliği ile ilgili olarak –nispeten pozitif

olarak tavsifi kabul edilmese dahi, söz konusu hükümlerle lisans sahibine tanınan ve bu hakkın etkisini belirli şartlarda tarafların arasındaki ilişkinin dışına çıkararak üçüncü kişilere sâri kılan hükümlerin her halükarda dikkate alınması zorunludur.

İşte bahsi geçen bu koruyucu hükümlerin uygulanabilirlik şartlarının sağlanması halinde, sınai hakkın sahibinin ve üçüncü kişilerin, lisans hakkına sermaye olarak ekonomik bir değer biçilmesini engelleyebilecek nitelikteki taleplerinin önüne geçme imkânı doğmaktadır. Böylece özellikle lisans hakkının ortaklığa tanınmasından sonra pay sahibinin üzerinde lisans hakkı tesis edilen sınai hakkı üçüncü kişiye devretmesi, pay sahibinin üçüncü kişiye olan borcu dolayısıyla cebri icra yoluyla söz konusu sınai hakkın el değiştirmesi gibi ihtimallerde lisans hakkı üçüncü kişiye karşı ileri sürülebildiği ölçüde ayni sermaye yeterliliğine ilişkin –nispi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterlilikleri bakımından gündeme gelen- tereddütler de bertaraf edilmiş olacaktır[51].

Bu noktada Türk-İsviçre hukuklarında sınai haklar üzerindeki lisans hakkının ilgili sicile tescilinin mümkün olduğu[52] ve özellikle lisans hakkının üçüncü kişilere ileri sürülmesi bakımından bu tescilin önem arzettiği belirtilmelidir. Gerçekten sınai mülkiyete ilişkin mevzuatta bu haklara ilişkin lisansların sicile tescil edilmediği sürece iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir (MarkaKHK m. 21/10; PatentKHK m. 92/2). Böylece lisans hakkı bakımından tescilin, bu hakkın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlamaya yönelik bir etkisinin bulunduğu ifade edilmiş olmaktadır[53]. Hükmün mefhum-u

---

metinlerden bağımsız- bir teorik altyapının pratik sonuçlar sağlamak bakımından önemli olduğuna işaret edilmelidir.

[51] Türk hukukunda ayrıntısına girmeksizin marka üzerindeki kullanma hakkının da ayni sermaye olarak getirilebileceğini belirten Öçal, **Marka,** s. 309.

[52] Örneğin MarkaKHK m. 39/2 uyarınca "marka ve marka hakları ile ilgili bütün değişiklikler"in sicile kaydı gerektiğinden bu kapsamda marka üzerinde tanınan lisans hakkının da sicile kaydı icap eder. Nitekim yine MarkaKHK m. 21/10'da da lisansın tescilinden bahsedilmiştir. Bu yönde ayrıca bkz. MarkaYön m. 20. Bununla birlikte söz konusu tescilin kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Özel, **a.g.e.,** s. 84; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s. 436, Kn. 33.

İsviçre'de de MSchG m. 18/2 c.1 ile marka üzerindeki lisansın sicile kaydı zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bu hukuk çevresinde tescilin kurucu etkisinin kabul edildiği yönünde bkz. Özel, **a.g.e.,** s. 83.

Alman hukukunda sınai haklar üzerindeki lisansın tescili söz konusu değildir.

[53] Buna karşılık Alman hukukunda MarkenG 30/5 ile aynı etki tescilden bağımsız olarak tanınmıştır.

muhalifinden, lisansın sicile tescil edilmiş olması durumunda, bu lisanstan doğan hakkın sınai hakkı sonradan iktisap eden veya bu hak üzerinde sonradan lisans sahibi olan herkese, hatta iyi niyetli kimselere karşı dahi ileri sürülebileceği sonucu çıkmaktadır[54]. Aynı hüküm uyarınca, sicile tescil edilmemiş bir lisans dahi, bu lisansın varlığını bilen veya bilmesi gereken, başka bir deyişle kötü niyetli üçüncü kişilerin iktisapları karşısında korunmaktadır[55]. Bu bakımdan pozitif düzenlemelerde basit veya inhisari lisans arasında bir ayırım yapılmadığına da özellikle işaret edilmelidir. Dolayısıyla lisansın inhisari veya basit olması, tescilli lisans sahibinin üçüncü kişi karşısında korunması bakımından bir fark yaratmayacak[56], bu çerçevede tescilli bir basit lisans sahibi de, sonradan söz konusu sınai hakkı devralan veya bu sınai hak üzerinde inhisari lisans kazanan kimseye karşı kendi lisans hakkını ileri sürebilecektir.

İşte bu hüküm uyarınca, lisans hakkının sicile kaydından sonra –lisans hakkı ister ayni hak benzeri bir hak, ister etkisi kuvvetlendirilmiş bir nispi hak, isterse mutlak hak olarak nitelensin- sınai hakka ilişkin lisansı ortaklığa sermaye olarak getiren pay sahibinin bu hakkını üçüncü kişiye devretmesi halinde üçüncü kişi bu hakkı, üzerindeki lisans sözleşmesi ile birlikte devralacak, başka bir deyişle ortaklık lehine tanınan lisans sözleşmesi hükümleri ile bağlı olacaktır[57]. TK m. 128/2 ise fikri

---

[54] Bu bakımdan aynı sonucu açıkça dile getiren İsviçre MSchG m. 18/2 c. 2 düzenlemesinin daha isabetli olduğu söylenebilir. Söz konusu hükümde, lisansın sicile tescil ile birlikte, marka üzerinde daha sonra edinilen haklara karşı ileri sürülebilir hale geleceği ifade edilmiştir.

[55] Bu bakımdan Özel'in *"Tescil edilmemiş marka lisansı aynı zamanda kötü niyetli hak kazananlara karşı da bir etki doğurmaz"* şeklindeki ifadesinin yerinde olmadığı belirtilmelidir (Özel, **a.g.e.,** s. 96). Nitekim aksi yönde bkz. Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 198.

Bir kere Özel'in vardığı sonuç açıkça MarkaKHK m. 21/10'un iyiniyeti şart koşan lafzına aykırıdır. Öte yandan kanımızca söz konusu maddede iyiniyete açık bir atıf bulunmasaydı bile özel hukukun en temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralının varlığı karşısında böyle bir yorumun mümkün olamayacağının kabulü gerekir.

[56] Alman hukukunda mesele pozitif hukuk düzenlemeleri ile netleştirilene kadar koruma rejimi inhisari ve basit lisans arasında yapılan ayırım çerçevesinde işletilmişti. Buna göre inhisari lisans bakımından kabul edilen ayni hak benzeri etki dolayısıyla bu tür bir lisansın sahibine karşı üçüncü kişilerin iyiniyetle iktisap imkânının bulunmadığı kabul ediliyordu. Buna karşılık basit lisans söz konusu olduğunda BGH, bundan doğan hakkın nispi karakterine atıf yaparak, halefi koruyucu etki (Sukzessionsschutz) tanımamaktaydı. Ancak sonrasında benimsenen pozitif düzenlemeler (PatG 15/3; GebrMG 22/3; MarkenG 30/5), halefi koruyucu etki ile mutlak/ayni hak arasında BGH'nin kabul ettiği bu bağlantı kırılmış ve basit lisans bakımından bu koruma sağlanmıştır (Bu gelişim seyri hakkında bkz. Götting, **a.g.m.,** s. 8).

[57] Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku,** 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Yedinci Baskı (On Altıncı Baskıdan Tıpkı Basım), Ankara 2012, s. 293.

mülkiyet haklarının ticaret şirketlerine sermaye olarak kabul olunabilmesi için, henüz taahhüt aşamasında bu hakların özel sicillerine bu konuda bir kayıt yapılmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. TK m. 128/2'de kullanılan "fikri mülkiyet hakları" ibaresi yalnızca bu haklar üzerindeki mülkiyet hakkının değil, kullanım haklarının sermaye olarak getirilmesi halini de ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır. Bu sebeple kanımızca sınai bir hak üzerindeki lisansın anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda bu hususun da söz konusu madde uyarınca ilgili sınai hakka ilişkin sicile kaydedilmesi, lisans hakkının ayni sermaye olarak kabul edilebilmesinin ön şartıdır. Burada bahsedilen kaydın MarkaKHK m. 21/10 veya PatentKHK m. 92/3'te bahsedilen tescille aynı şey olup olmadığı tartışılabilirse de, kanımızca bu tartışmada benimsenecek sonuç ne olursa olsun, ilgili sicilde böyle bir kaydın varlığı, TK m. 128/2'de bu tescile iyi niyeti kaldırıcı bir etki tanındığı da dikkate alındığında, MarkaKHK m. 21/10'un (ve PatentKHK m. 92/3'ün) ratio legis'ini teşkil eden "aleniyet"in gerçekleşmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir. Nitekim MarkaKHK m. 21/10 ve PatentKHK m. 92/3'te "iyiniyet"e vurgu yapılmış, buna paralel olarak TK m. 128/2 kapsamında sicile yapılacak kayda da kanun açıkça iyiniyeti kaldırıcı etki tanımıştır. Sınai hakka ilişkin sicilde gerçekleşecek bu iki işlemin amaçsal ve işlevsel paralellikleri dikkate alındığında, ortaklığa sermaye olarak getirilecek olan lisans hakkı ile ilgili olarak TK m. 128/2 uyarınca yapılacak kaydın, MarkaKHK m. 21/10 veya PatentKHK m. 92/3'ün lisans hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için aradığı tescilin yerini tutacağı sonucuna varılmalıdır. Şu halde ister basit isterse inhisari lisans şeklinde olsun, bir sınai hak üzerindeki kullanım hakkının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüdü halinde TK m. 128/2 uyarınca ilgili sicile yapılacak olan kayıt, sınai haklara ilişkin mevzuatta lisans hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için aranan tescilin yerini tutacak, dolayısıyla sonradan ilgili sınai hakkın el değiştirmesi veya üzerinde bir başkası lehine lisans hakkı tanınması halinde ortaklığın sahip olduğu hak, sınai hakkı veya lisans hakkını sonradan devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilecektir.

Üstelik yine TK m. 128/6 uyarınca şirketin tüzel kişilik kazanması sonrasında, taahhüt edilen kıymetlerin ortaklığa geçirilebilmesi için gerekli tescillerle

ilgili bildirimlerin ticaret sicili müdürü tarafından ilgili sicile re'sen ve hemen yapılacağının belirtilmiş olması karşısında, olayların çoğunda lisans sahibinin/anonim ortaklığın üçüncü kişilerin taleplerine karşı korunması için gerekli olan tescilin de ayrıca yapılacağı sonucuna varılabilecektir[58]. Neticede, pay sahibine ait bir sınai hak üzerinde anonim ortaklık lehine bir lisans hakkının tanınması ve bunun tescil edilmesi durumunda bu sınai hakkın sonradan üçüncü kişiye iradi olarak devredilmesi veya üçüncü kişinin bu sınai hakkı cebri icra yoluyla edinmesi yahut yine sonradan aynı sınai hak üzerinde bir başkası lehine lisans tesis edilmesi ortaklığın durumunda olumsuz bir değişikliğe yol açmayacak, şirket sahip olduğu lisans hakkını aynı içerikle sonradan hak sahibi olan üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Bu çerçevede lisans sözleşmeleri ile tanınan kullanma haklarının hem ayni sermaye yeterliliklerine ilişkin şüphelerin, hem de nakden değerlenebilirliklerini engelleyebilecek ihtimallerin, bu sistem içerisinde önemli ölçüde bertaraf edildiği, dolayısıyla bir sınai hak üzerinde ortaklık lehine tanınacak lisans hakkının kural olarak ayni sermaye yeterliliğinin bulunduğu söylenebilecektir.

Öte yandan lisans sahibinin hakkının üçüncü kişilere karşı genişlediği bir başka hal olarak lisans sahibine tanınan dava hakları da göz önünde bulundurulmalıdır. Gerçekten sınai haklara ilişkin düzenlemelerle lisans alana, sınai hakka yönelik tecavüzler dolayısıyla üçüncü kişilere karşı doğrudan dava açabilme imkânı tanınmıştır (MarkaKHK m. 21/6; PatentKHK m. 148; EndTasKHK m. 41/8)[59]. Bu dava hakkı aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece inhisari lisans sahibi

[58] Sınai haklar üzerindeki lisans haklarının tescilinin kurucu bir etkisi olmamakla birlikte bu tescilin yapılması gerekliliğinden yine de bahsedilebilir ve bu sebeple kanımızca ayni sermaye olarak getirilen lisans sözleşmelerinin tescilinde de TK m. 128/6'nın uygulanması gereklidir. Nitekim hükümde tapu sicili dışındaki diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili olarak bir sınırlama getirilmemiş olması karşısında, sınai hakların yalnızca mülkiyetlerinin değil, bunlar üzerindeki lisans haklarının sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde de TK m. 128/6'nın uygulanacağı sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

[59] İsviçre hukukunda ise 2007 yılında MSchG'de yapılan değişiklikten önce lisans alanın böyle bir dava hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalı idi. Buna karşılık hâkim görüş lisans alanın böyle bir hakkının bulunmadığı yönündeydi (Bu konuda bkz. Özel, **a.g.e.,** s. 84, dn. 75).

Buna karşılık 2007 Haziran ayında kabul edilen ve 2008 Temmuz ayından itibaren de yürürlük kazanmış bulunan yeni MSchG m. 55/4 uyarınca inhisari lisans sahibi olan kimse lisans sözleşmesinde açıkça aksi kararlaştırılmamışsa, bu hakkın sicile tescilinden bağımsız olarak markaya tecavüzün önlenmesine yönelik bir dava açabilecektir. Aynı fıkranın ikinci cümlesi ile ayrıca her lisans sahibinin (ve bu arada basit lisans sahiplerinin) de uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla, açılmış olan bir davaya iştirak edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak aynı kanunun 78a maddesi

için mutlak olarak mevcutken, basit lisans sahibine de belirli bir prosedürü takip etmesi kaydıyla tanınmıştır (MarkaKHK m. 21/6). Bu çerçevede basit lisans sahibi de sınai hakkın sahibinden dava açmasını istemesine rağmen bu talebinin reddedilmesi veya talebin cevapsız bırakılması durumunda böyle bir davayı bizzat açabilecektir (MarkaKHK m. 21/7). Dolayısıyla taraflar arasında farklı bir mutabakata varılmadığı sürece inhisari lisans sahipleri bakımından doğrudan, basit lisans sahipleri bakımından ise belirli bir prosedüre riayet edilmesi sonrasında lisans dolayısıyla sınai hak üzerinde elde ettikleri hakkın korunmasını sağlamak için çok önemli bir vasıta ihdas edilmiştir. Böyle bir imkânın varlığı ise, yukarıda aktarılan tescil edilmiş lisansın sahibine tanınan koruma ile birlikte değerlendirildiğinde, sınai hak üzerindeki lisansı sermaye olarak edinecek olan ortaklığın konumunu önemli ölçüde kuvvetlendirecek, dolayısıyla lisansın ayni sermaye olarak değerini düşürebilecek riskleri de büyük ölçüde giderecektir.

Son olarak bir lisans hakkının ayni sermaye yeterliliği belirlenirken ve özellikle değerleme yapılırken her somut olayın kendine özgü şartlarının göz önünde bulundurulması gereğine vurgu yapılmalıdır. Bu noktada ilk bakışta dikkat edilmesi gereken bazı hususlar zikredilebilir: Öncelikle her ne kadar ayni sermaye olarak getirilen lisansın basit lisans mı yoksa inhisari lisans mı olduğu kural olarak ayni sermaye yeterliliği bakımından bir fark yaratmayacaksa da, değerleme sırasında bu husus dikkate alınmak durumundadır. Bu bakımdan basit lisansın varlığı halinde sonradan aynı sınai hakkı pay sahibinin de kullanabilecek veya üzerinde başka kimseler lehine de lisans tesis edilebilecek olması, basit lisansın ayni sermaye olarak arzedeceği parasal değeri düşürücü bir faktördür. Öte yandan pay sahibi ile ortaklık arasında yapılan lisans sözleşmesinin olağan kanuni düzenden ayrılan hükümleri de tespit edilecek değeri etkileyecek nitelikte olabilir. Örneğin MarkaKHK m. 21/5 uyarınca lisans alanın yetkilerini kısıtlayan veya MarkaKHK m. 21/6 uyarınca inhisari lisans alanın sahip olduğu dava hakkını kısıtlayan veya tamamen ortadan

---

ile MSchG m. 55/4'ün zaman olarak uygulama alanı, yeni hükmün yürürlüğe girdiği 01.07.2008 tarihinden sonra akdedilen lisans sözleşmeleri ile sınırlanmıştır.

Alman hukukunda ise MarkenG m. 30/3 uyarınca lisans sahibi –ister basit ister inhisari lisans söz konusu olsun- ancak sınai hakkın sahibinin izni/muvafakati ile böyle bir davayı açabilecektir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise İsviçre düzenlemesi ile benzer bir biçimde, her lisans alanın, sınai hakkın sahibi tarafından açılmış bir davaya, kendi zararlarının tazmini talebi ile katılabileceği düzenlenmiştir.

kaldıran sözleşme hükümleri lisansın değerini düşürücü etki yapabilecekken, MarkaKHK m. 21/4 uyarınca yapılacak bir anlaşma ile lisans alan ortaklığa alt lisans verme yetkisi tanınması halinde bu yetkinin lisansın ayni sermaye olarak arzedeceği değeri artıracağı söylenebilir. Nihayet lisansın süresi de değerleme sırasında dikkate alınması gereken bir veri teşkil etmektedir[60].

C. Pay Sahibinin Bir Sınai Hak Üzerinde Sahip Olduğu Lisans Hakkını Ortaklığa Devretmesi

Lisans hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi sonucunu doğurabilecek son bir ihtimal olarak da pay sahibinin daha önce kendisi lehine tanınmış olan bir lisans hakkını ortaklığa devretmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulabilir.

Sınai haklara ilişkin mevzuatta lisans alanın bu hakkı bir başkasına sağlaması imkânı mutlak olarak yasaklanmış değildir. Aksine pozitif düzenlemelerde bunun iki yolla mümkün olabileceği, ancak bunun için lisans alanla sınai hak sahibi arasındaki sözleşmede bu hakkın lisans alana açıkça tanınması gerektiği aksi takdirde böyle bir hakkın mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede sözleşmede açıkça üzerinde mutabık kalınmışsa lisans sahibi lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredebilir veya alt lisans verebilir (MarkaKHK m. 21/4; PatentKHK m. 88/5; EndTasKHK m. 41/5). Bir kimsenin sahip olduğu lisansın basit veya inhisari olmasının, lisansın devredilebilirliği veya alt lisans verilebilirlik noktasında bir farklılığa yol açmayacağını da belirtelim[61].

Şu halde sahibi olduğu lisanstan doğan hakkını ortaklığa devrederek veya ortaklık lehine bir alt lisans tesis ederek ayni sermaye getirmek isteyen kimsenin, sınai hak sahibi ile arasındaki sözleşmede bunu mümkün kılan bir mutabakatın yer alması bir ön şart olarak aranacaktır. Böylece ayni sermayenin değerlenmesi, sermaye taahhüdünün esas sözleşmeye kaydı veya şirketin tescili aşamalarında, ortaklığa devredilen lisans hakkının veya ortaklığa tanınan alt lisansın temelinde

[60] MarkYön m. 20/2-b uyarınca lisans sözleşmesinde lisans süresinin belirtilmesi gerekir.

[61] Buna karşılık Tekinalp, alt lisansın ancak basit lisanslar bakımından söz konusu olabileceğini, zira inhisari lisanstaki inhisar hakkının alt lisansa da engel olduğunu belirtmektedir (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 28/30).

yatan, sınai hak sahibi ile ilk lisans alan arasındaki sözleşmede bu onayın verilmiş olup olmadığına göre geçerli bir ayni sermaye taahhüdünün bulunup bulunmadığı tespit edilecektir.

Ortaklığın alt lisans sahibi olması durumunda edindiği hukuki konum esasen alt lisans sözleşmesi ile tespit edilecektir. Doğal olarak alt lisans alanın hukuki konumu lisans alandan daha geniş olamaz[62]. Bu çerçevede alt lisansın herhangi bir kısıtlamaya gidilmeksizin tanınmış olması halinde esasen ilk lisans alanın durumu alt lisans alana da sağlanmış olacağından, yukarıda kendisine lisans hakkı tanınan kimse ile ilgili yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Ancak somut durumda alt lisans alana tanınan hukuki konum lisans alandan önemli ölçüde farklı olabilir. Bu hallerde söz konusu farklılığın değerleme sırasında dikkate alınması ve özellikle kanunun lisans alana sağladığı mutlak yetkilerin alt lisans alana tanınmamış olduğu durumlarda lisansın ayni sermaye olarak arzettiği değerde esaslı bir kesintinin yapılması gerekecektir[63].

IV. ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLAR

A. Genel Olarak

FSEK çerçevesinde eser sahipliğinden kaynaklanan hakların ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak getirilebileceği TK m. 127/1-(b)'de genel bir şekilde ifade edildiği gibi, doktrinde de anonim ortaklıklarda ayni sermaye olabilecek kıymetler arasında bu haklar da zikredilmiştir[64]. Eser sahipliğinden kaynaklanan hakların sermaye olarak getirilmesi bu hakların devri şeklinde olabileceği gibi, bunlar üzerinde FSEK m. 56 uyarınca ruhsat tanınması suretiyle de gerçekleşebilir. Nihayet eser sahibinin sahip olduğu haklar dışında bunlar ile bağlantılı hakların ayni sermaye yeterliliği de ayrıca değerlendirilmelidir.

---

[62] Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 200.

[63] Nihayet yine somut durumda alt lisans sahibinin yetkileri bakımından yapılacak bir değerlendirme, bu kimsenin sahip olduğu hakkın mutlak hak niteliğinden uzaklaşmasına ve daha ziyade bir nisbi hakka yaklaşmasına neden olabilecektir. Bu halde ise konu ayrıca pay sahibinin bizzat borçlu olduğu alacak haklarının ayni sermaye yeterliliği bulunup bulunmadığı meselesi ile de ilgili hale gelecektir. Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI, D, 3.

[64] Arslanlı, **C. I,** s. 35; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; Alman hukukunda Röhricht, **a.g.e.,** § 27/40; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/49; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/18; İsviçre hukukunda Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,**, § 15/11.

B. Mali Hakların Devri

FSEK kapsamında eser üzerindeki manevi ve mali hakların oluşturduğu bütün anlamında "eser sahipliği" devredilemez. Esasen teknik olarak eser sahibinin eseri üzerinde çeşitli yetkiler şeklinde görünür hale gelen tek bir hakkı var ise de[65], pratik ihtiyaçların da bir gereği olarak eser sahipliğinin içerdiği çeşitli haklar/yetkiler kanun koyucu tarafından manevi ve mali haklar olarak ayrılmış ve sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır. Manevi haklar da eser sahibinin kişiliği ile sıkı bağlantıları dolayısıyla kural olarak mirasa konu olamayacakları gibi, sağlar arası işlemlerle de devredilemezler[66].

Buna karşılık eser sahipliğinden doğan mali hakların gerek eser sahibi gerekse mirasçıları tarafından başkalarına devredilebileceği veya yalnızca kullanımlarının bir başkasına bırakılabileceği FSEK m. 48'de açıkça ifade edilmiştir. Şu halde bir bütün olarak eser sahipliği ve manevi haklar değilse de, eser sahipliğinden kaynaklanan mali haklar, nakden değerlenebilir olmalarının yanı sıra kural olarak bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aranan devredilebilirlik niteliğine de sahiptir. Bu bakımdan bir yayıncılık şirketine sermaye olarak bir edebiyat eserinin çoğaltma ve yayma haklarının devredilmesi veya bunlar üzerinde ruhsat verilmesi, bir müze işletmek üzere kurulan anonim ortaklığa ünlü bir tablonun mülkiyetinin yanı sıra bu eserin çoğaltma hakkının devri, plakçılıkla iştigal eden bir anonim şirkete sermaye payı olarak sahibi olduğu bestelerin çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarının devredilmesi esas itibariyle mümkündür.

FSEK m. 52 uyarınca *"mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır"*. Mali hakların devrinin temelinde çok çeşitli hukuki ilişkiler/sözleşmeler bulunabilir[67]. Ayni

[65] Ayiter, Nuşin, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri,** 2. Bası, Ankara 1981, s. 112; Erel, **a.g.e.,** s. 135; Öztan, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,** Ankara 2008, s. 280.

[66] İstisnai olarak manevi hakların da kullanılmaları için üçüncü kişiye devri mümkündür. Örneğin FSEK m. 14/3'te eserin umuma arz yetkisinin devrinden bahsedilmiştir. Bu bakımdan istisnai ve sırf kullanım hakkının devri şeklinde de olsa manevi hakların da "devredilebilirlik" niteliğini haiz olduğu durumlardan bahsedilebilir. Ancak buna rağmen manevi hakların/yetkilerin tek başlarına ekonomik bir değer arzetmemeleri karşısında bunların ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

[67] Bunlar hakkında bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §15/12, ayrıca genel olarak Bölüm 16; Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 555-556, 777 vd.

sermaye sözleşmesi de bu kapsamdadır. TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmeye yapılacak kayıt FSEK m. 52'nin aradığı yazılılık şartını karşılar; bu noktada ayrıca hangi mali hakkın veya hakların ayni sermaye olarak getirildiğinin de açıkça gösterilmesi gerekir. TK m. 128/4 uyarınca sermaye olarak taahhüt edilen mali haklar şirketin tescili ile birlikte ortaklığa intikal edecektir. Mali hakların bu şekilde devri neticesinde ortaklık söz konusu haklar üzerinde eser sahibinin durumuna benzer bir hakka sahip olur; bu çerçevede bu mali haklardan kaynaklanan tüm yetkileri ve bu arada dava haklarını kullanabilir[68]. Şu halde mali hakların devri neticesinde ortaklık oldukça güçlü bir konum edinmiş olmaktadır[69]. Şüphesiz bu durum değerleme sırasında dikkate alınması gereken hususlardan biridir.

Mali hakların sermaye olarak getirilmesi halinde ortaklık kural olarak güçlü bir konum elde ediyorsa da, gerek eser sahipliğinden doğan hakların mahiyeti gerekse taraflar arasında yapılan anlaşmanın özel hükümleri dolayısıyla söz konusu hakkın/hakların sermaye olarak arzettikleri değeri düşürücü sebepler göz önünde bulundurulmalıdır. Bir kere FSEK m. 48/1 uyarınca mali hakların devri bir süre ile mukayyet olarak yapılabilir. Böyle bir sürenin mevcudiyeti halinde ilgili hakka biçilecek değer buna göre değerlendirilmelidir. Öte yandan mali hakkın süresiz devri halinde dahi FSEK m. 26 uyarınca mali hakların zamanla mukayyet olması karşısında FSEK m. 27 gereği eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl geçmekle anonim ortaklığın devraldığı mali haklar, herkes tarafından kullanılabilir hale gelecektir. Benzer biçimde yine FSEK m. 48/1 uyarınca mali hakkın yer itibariyle

[68] Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 15/13; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 553-554, her iki yazar da sözleşme ile engellenmemişse mali hakları devralan kimsenin söz konusu hakları kısmen veya tamamen devredebileceğini ve üzerlerinde ruhsat tanıyabileceğini belirtmektedirler. FSEK m. 49/1'in açık hükmü karşısında bu sonuca varılamayacağı kanaatindeyiz. Mali hakları devralan kimse kural olarak bunları devretmeye veya üzerlerinde ruhsat tesis etmeye yetkili değildir; ancak eser sahibi veya mirasçılarının yazılı muvafakatiyle bu imkâna sahip olacaktır; mali hakkı devralanın "devir işleminde öngörülen şartlar dairesinde tıpkı eser sahibi gibi" devre konu haktan yararlanabileceği veya başkalarının yararlanmasına engel olabileceği yönünde bkz. Erel, **a.g.e.,** s. 302.

[69] Bununla birlikte mali bir hakkı devralanın kural olarak eser sahibinin manevi hakları ile sınırlanmış/kuşatılmış biçimde bu hakkı kullanabileceğine işaret edilmelidir (bu yönde bkz. Erel, **a.g.e.,** s. 302-303; Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 560). Mali haklara yönelik bir tecavüzün manevi hakları da ihlal etmesi durumunda eser sahibi müdahalede bulunabileceği gibi (örn. FSEK m. 14/3, 15/3, 16/3), mali hakkı veya mali hak üzerindeki ruhsatı devralan kimsenin bunu gereği gibi ve şartlarına uygun olarak kullanmaması dolayısıyla eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse, eser sahibine cayma hakkı da tanınmıştır (FSEK m. 58).

sınırlı yahut sınırsız biçimde devredilmiş olması biçilecek değeri etkileyecek bir başka husustur.

FSEK m. 49/1 uyarınca mali hakkı/hakları devralan kimse ancak eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı muvafakatiyle[70] bu hakkı/hakları başkalarına devredebilir veya üzerlerinde üçüncü kişiler lehine ruhsat tanıyabilir. Bir mali hak sermaye olarak konulurken bu yönde verilen yazılı bir muvafakatın varlığı, söz konusu mali hakkın değerini yükselten bir olgu olarak değerlendirilebilir. Zira böyle bir muvafakat neticesinde mali hakkın sahibi olan ortaklığın konumu eser sahibinin konumuna daha da yaklaşmış olmaktadır.

C. Mali Haklar Üzerinde Ruhsat Tanınması

Eser sahibi veya mirasçıların eserden kaynaklanan mali haklar üzerinde gerçekleştirebilecekleri bir başka tasarruf da bunlar üzerinde üçüncü kişiler lehine kullanma hakkı tesis etmek, kanunun deyimiyle "ruhsat" vermektir. Bu durumda mali hakkın devrinden farklı olarak hak, eser sahibinin veya mirasçılarının malvarlığında kalmaya devam etmekte ancak bu hakkın kullanılması yetkisi ruhsat alan kimseye geçmektedir[71]. FSEK m. 56'da tam ruhsat ve basit ruhsat olmak üzere iki tür ruhsatın mevcut olduğu, ruhsat "yalnız bir kimseye mahsus olduğu" hallerde tam ruhsat, "mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesi"nin mümkün olduğu hallerde ise basit ruhsatın söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır[72]. Kanunun

---

[70] Yazılılığın sıhhat şartı olduğu yönünde bkz. Ayiter, **Fikir ve Sanat Ürünleri,** s. 208; Erel, **a.g.e.,** s. 313; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 557; yazılı şeklin ispat şartı olduğu görüşünde bkz. Arslanlı, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954,** s. 184-185.

[71] Erel, **a.g.e.,** s. 303-304; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 15/14; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 560.

[72] Basit ve tam/inhisari ruhsat/lisans arasındaki ayırımın ne olduğu meselesi ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanun metnine daha sadık görünen hâkim fikre göre inhisari nitelikte olan, aynı yer, zaman ve konulardaki ruhsatın/lisansın başkasına tanınmasına imkân vermeyen ruhsatların/lisansların tam/inhisari ruhsat/lisans, mali hak sahibinin aynı şartlardaki ruhsatı/lisansı başkasına da verebildiği ruhsatların/lisansların ise basit ruhsat/lisans olarak nitelenmesi gerekir, Ortan, s. 151-152; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §15/14; Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 12-14; Kaya, **Marka Hukuku,** s. 226; Aydıncık, Şirin, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri,** İstanbul 2006, s. 59-61.

Buna karşılık Arslanlı, basit ruhsatta da aynı ruhsatın aynı muhteva ve konuda tekrar verilmesinin hukuken mümkün olmadığını, aynı ruhsatın ayrı ayrı şahıslara verilemeyeceğini, böyle bir durumda hangisi önce ruhsat aldıysa kullanma yetkisinin de onda olduğu sonucuna varılması gerektiğini ifade etmektedir, **Fikri Hukuk Dersleri,** s. 175; Erel de, kanunun basit ruhsatı mali hak sahibinin aynı ruhsatı başkalarına da verebileceği ruhsat türü olarak tanımlamış olmasını eleştirmekte ve aynı süre,

düzenleme biçiminden de açıkça anlaşıldığı üzere fikri haklar alanındaki "ruhsat", sınai haklar alanındaki "lisans"ın karşılığıdır.

Fikri haklardaki ruhsat ve sınai haklardaki lisansın bu işlevsel paralelliklerine rağmen, pozitif düzenlemelere yansıması bakımından iki alanda önemli farklar mevcuttur. Gerçekten de bir yandan fikri haklara ilişkin ruhsatın, sınai haklardaki lisanstan farklı olarak tescili ve buna dayalı olarak üçüncü kişilere ileri sürülebilme imkânı bulunmadığı gibi, sınai haklara ilişkin mevzuatla lisans alana tanınan dava haklarına paralel dava hakları fikri haklar alanında ruhsat alan kimselere –en azından açık bir kanun hükmü ile- tanınmamıştır[73]. Bu bakımdan Türk hukukunda fikri haklar üzerindeki ruhsatın hukuki niteliğine ilişkin tartışma, sınai haklara ilişkin lisansın hukuki niteliğinden farklı olarak pozitif metinler üzerinden yürümemiş[74], -Alman hukukunda sınai haklar üzerindeki lisans hakkının hukuki niteliği bakımından olduğu gibi- daha ziyade ilkesel planda ve özellikle ekonomik ihtiyaçları da gözeten amaçsal bir yorum çerçevesinde şekillenmiştir.

Bu konuda yürütülen tartışmanın ayrıntılarına girmeksizin belirtelim ki Türk hukukunda hâkim görüş, fikri haklara ilişkin ruhsat sözleşmeleri yoluyla tesis edilen kullanma hakkının şahsi bir haktan farklı olarak doğrudan doğruya konusu olan hak üzerinde etki ettiğini, bu hakkı ruhsat sahibi lehine kısıtladığını, dolayısıyla tasarrufi işlem niteliğinde olduğunu[75] ve bu itibarla ruhsat/lisans sözleşmesinden kaynaklanan

---

nitelik ve kapsamdaki bir ruhsatın ayrı ayrı şahıslara verilmesinin mümkün olmadığını, böyle bir durum oluşsa bile kim önce ruhsat almışsa kullanma yetkisinin de onda olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, bu sebeple basit ruhsatın "aynı mali hakka ilişkin fakat süre, nitelik veya kapsam itibariyle farklı kullanma yetkilerinin birden çok şahsa devri şeklinde" anlaşılması gerektiğini, bu anlamda kullanma yetkilerinin çeşitli bakımlardan bölünerek devri durumunda, örneğin bir edebi eser üzerindeki işleme hakkını tercüme ederek kullanma yetkisinin bir kimseye, senaryoya dönüştürerek kullanma yetkisinin ise bir başka kimseye bırakılması durumunda basit ruhsattan bahsedilebileceğini, bunun karşısında tam ruhsatın da mali hakka özgü bütün kullanma ve yararlanma yetkilerinin tek bir elde toplanması şeklinde anlaşılması gerektiğini, dolayısıyla tam ruhsat basit ruhsat ayırımında mali haktan kaynaklanan yetkilerin tamamen veya kısmen devredilmesinin belirleyici olduğunu ifade etmektedir, **a.g.e.,** s. 305.

[73] Pozitif düzenlemelerdeki bu farklılıklar dolayısıyla Aydıncık, fikri haklarla ilgili ruhsat/lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın sınai haklara oranla daha büyük bir önem arzettiğini, lisans alanın sahip olduğu hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesinin ancak bu hakka mutlak bir etki tanınması ile mümkün olabileceğini belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 77-78.

[74] Sınai haklar bakımından tartışmanın pozitif metinlerdeki düzenlemelere bağlı olarak yapıldığı yönünde bkz. yukarıda İkinci Bölüm, III, B.

[75] Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri,** s. 174-175; Erel, **a.g.e.,** s. 304; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §15/29, Tekinalp hakim görüşe temelde karşı çıkmamakla ve FSEK sistemine uygun ve adil

hakkın bir çeşit ayni hak[76] yahut mutlak hak[77] niteliği taşıdığını kabul etmektedir[78]. Bu çerçevede tam ruhsat alan kimsenin sahip olduğu kullanma hakkını yalnızca ruhsatı veren şahsa karşı değil üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceği, bu bakımdan özellikle mali hakkın sonradan üçüncü kişiye devri durumunda tam ruhsat sahibinin bu ruhsattan kaynaklanan hakkını yeni müktesibe karşı da kullanabileceği[79], ayrıca kullanma hakkını engelleyen müdahaleleri de bizzat menedebileceği ifade edilmiştir[80]. Yine basit ruhsat sahibinin de mali hakkın sonradan bir başkasına devri durumunda hakkını yeni müktesibe yahut sonradan eser sahibinden tam ruhsat alan kimselere karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir[81].

Biz de hâkim görüşü takiben, eser sahipliğinden kaynaklanan bir mali hak üzerindeki kullanma hakkının anonim ortaklığa -ister basit isterse tam ruhsata dayalı olarak- ayni sermaye olarak getirilmesi halinde, ortaklığın yalnızca pay sahibine karşı ileri sürebileceği ve kendisine üçüncü kişiler karşısında herhangi bir koruma sağlamayan nispi bir hakkı değil, doğrudan doğruya hak üzerinde etkili olması

---

bulmakla birlikte FSEK m. 68'deki tecavüzün ref'i davasının ruhsat sahibi tarafından açılmasını mümkün görmediğini, bu bakımdan hakim görüşten farklı bir noktada bulunduğunu ifade etmektedir; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 560; lisans sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu yönündeki düşüncenin Türk hukuk sisteminin prensiplerine daha uygun olduğunu ifade etmekle birlikte sonuç olarak bu yönde Aydıncık, **a.g.e.,** s. 84.

[76] Erel, **a.g.e.,** s. 305-307; gerek basit gerekse tam lisansın bir çeşit ayni hak niteliği taşıdığı yönündeki hakim görüşe katıldığını belirten Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §15/29; basit ruhsatla sağlanan kullanma hakkı için bu tabiri kullanan Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 563.

[77] Aydıncık, **a.g.e.,** s. 84; açıkça "mutlak hak" nitelemesi yapmamakla birlikte tam ruhsat bakımından bu yönde açıklamalarda bulunan Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 562.

[78] Buna karşılık fikri haklara ilişkin ruhsattan kaynaklanan hakkın nispi nitelikte olduğu yönünde Ayiter, **Fikir ve Sanat Ürünleri,** s. 211; Arkan, Azra, **Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar,** İstanbul 2005, s. 233; esasen Hirş tarafından savunulan ancak doktrinde fazla taraftar bulmayan bir başka görüş ise basit ruhsat ile tam ruhsat arasında bir ayırıma gitmekte, tam ruhsatın sahibine ayni hakkı andıran bir talep hakkı verdiğini, basit ruhsatın sağladığı talep hakkının ise nispi nitelikte olduğunu kabul etmektedir, Hirş, Ernst E., **Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt- Fikri Haklar (Telif Hukuku),** İstanbul 1943, s. 228.

[79] Erel, **a.g.e.,** s. 304, 306-307; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 561.

[80] Erel, **a.g.e.,** s. 304; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 562.

[81] Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri,** s. 174; Erel, **a.g.e.,** s. 307, yazar bu bakımdan basit ruhsatın tam ruhsattan farkının sağladığı kullanma yetkisinin daha dar kapsamlı olmasından ibaret bulunduğunu belirtmektedir; karş. basit ruhsat sahibinin eser sahibinin veya üçüncü kişilerin hakkı kullanmasına engel olamayacağını ancak mutlak hak sahibi olması nedeniyle, eser sahibinden hakkı sonradan devralan veya o hakla ilgili olarak tam ruhsat alan kişilere karşı hakkını ileri sürebileceği yönünde Aydıncık, **a.g.e.,** s. 85; Öztan da tam ruhsatın aksine basit ruhsat sahibinin men (savunma) hakkı bulunmadığını, basit ruhsat sahibinin ne eser sahibinin ne de bir başkasının kullanma yetkisini engelleyemeyeğini kabul etmektedir, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 56.

bakımından ayni hak benzeri[82], üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından da mutlak nitelikte bir hak elde ettiği kanısındayız. Böylece bir fikri hak üzerinde tesis edilen ruhsatın, fikri hakkın sahibinden ve üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek risklere karşı sağladığı güvence karşısında, bunun ayni sermaye yeterliliği noktasında da özel bir tereddüde yer yoktur. Şüphesiz mali hakların devrinde olduğu gibi burada da, ruhsatın tam veya basit ruhsat niteliğinde olması, kullanım hakkının niteliği veya çerçevesi ile ilgili olarak yapılan kayıtlamalar, örneğin ruhsatın süresi veya yer itibariyle kullanım sahası, ayni sermaye olarak biçilecek değer üzerinde etki eden unsurlar olarak dikkate alınmak durumundadır.

D. Bağlantılı Haklar

Son olarak eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakların bir anonim ortaklıkta ayni sermayenin konusunu oluşturup oluşturamayacakları da değerlendirilebilir. Gerçekten de FSEK'te eser sahibine tanınan ve fikri çabanın bir esere dönüşmesi halinde gündeme gelen hakların yanı sıra, fikri çabanın bir eser niteliğine ulaşmamış olduğu halde korunmaya değer bulunduğu "eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar" da düzenleme ve koruma konusu yapılmıştır (FSEK m. 80)[83]. Nitekim TK m. 342'nin madde gerekçesinde de bağlantılı hakların ayni sermaye olup olamayacakları konusunun değerlendirmeye muhtaç olduğuna işaret edilmiş ve bu bağlamda *"Ayrıca, fikrî mülkiyet hakları ile elektronik ortamlar çok çeşitli türleri içerdikleri için bu türlerden bazıları, özellikle bağlantılı haklar, meselâ bir kısım fonogram yapımcısı hakları sermaye olarak konulmaya müsait olmayabilir, ya da bu hakların değerlendirilmeleri sorun oluşturabilir."* denilerek, neticede en azından bağlantılı hakların bir türü bakımından tereddütlü bir ifade kullanılmışsa da, konu ile ilgili olarak kesin bir tutum almaktan da kaçınılmıştır.

Bu konuda da genel kuralın uygulanması ve nakden değerlenebilirlik ve devredilebilirlik niteliklerini taşıdıklarının tespiti halinde bağlantılı hakların da ayni sermaye yeterliliği bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında genel

[82] Bu durumda hakkın konusunun eşya değil bir başka hak olması, ruhsattan kaynaklanan hakkın "ayni hak" olarak nitelenmesine engeldir.

[83] Bağlantılı haklar kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, **a.g.e.,** s. 206 vd.; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 17; Arkan, **Bağlantılı Haklar,** s. 30 vd.; Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 703 vd.

olarak bağlantılı haklar kapsamında icracı sanatçılara, fonogram yapımcılarına, radyo-televizyon kuruluşlarına veya film yapımcılarına ait bulunan bağlantılı hakların ekonomik bir değer arzettiği sonucuna ulaşılacaktır. Bu bakımdan örneğin icracı sanatçının *"icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda"* sahip olduğu hak veya *"yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama"* hakkının; fonogram yapımcısının *"Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama"* haklarının yahut *"icraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak"* hakkının pekâlâ ekonomik bir değer teşkil ettiği belirtilmelidir. Şu halde en azından kural olarak bağlantılı hakların ekonomik bir değer arzetmedikleri sonucuna varılamaz[84]. Öte yandan madde gerekçesinin tabiriyle bu hakların değerlendirilmelerinin sorun oluşturması ihtimali tek başına ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir husus değildir; ayni sermaye kavramı içerisinde değerlendirilebilecek pek çok malvarlığı kalemi bakımından da çeşitli sebeplerle değerleme zorlukları ortaya çıkabilir[85]. Oysa

[84] Nitekim Arkan, bağlantılı hakların sahiplerine manevi hakların yanı sıra parayla ifade edilebilen mali haklar da tanıdığını genel bir özellik olarak belirtmektedir, **Bağlantılı Haklar,** s. 32. Hatta bu bakımdan asıl olan bağlantılı hakların mali nitelik arzetmeleridir; Türk hukukunda istisnai olarak yalnızca icracı sanatçılar bakımından manevi nitelikli bağlantılı haklara da yer verilmiştir (a.e., s. 226). Buna karşılık örneğin İsviçre, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere hukuklarında veya Roma ve TRIPS anlaşmalarında bağlantılı hak sahiplerine yalnızca mali yetkiler tanındığı yönünde a.e., s. 33, 64.

[85] Kaldı ki TK m. 342'nin madde gerekçesinde örnek olarak fonogram yapımcısının haklarına işaret edilmiş olması ve bu kapsamda bazı fonogram yapımcısı haklarının sermaye olarak konmaya müsait olmadığının belirtilmiş olması da kanımızca salt örnek olarak dahi yerinde bir tercih olmamıştır. Zira FSEK m. 80/1/1/B'de düzenlen fonogram yapımcısının hakları örneğin icracı sanatçılara tanınan bağlantılı haklardan farklı olarak bütünüyle mali karakterlidir. Nitekim Öztan da devredilebilirlikleri açıkça kanun tarafından düzenlenmemiş olan fonogram yapımcısı haklarının *"şahsiyet hakkı vasfı taşımadığı, aksine sadece iktisadi organizasyon ağırlıklı icrayla ilgili olduğu"* gerekçesiyle devirlerinin mümkün olduğu sonucuna varmaktadır, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 735.

değerlemenin zorluğu, mutlak olarak değerlemeyi engelleyen bir husus değildir ve bu sebeple ayni sermaye yeterliliği engeli olarak de kabul edilemez.

Bununla birlikte bağlantılı haklar çerçevesinde tanınan bazı hakların/yetkilerin daha ziyade manevi haklar kategorisine yakın olmaları dolayısıyla ekonomik bir değer arzetmemesi de mümkündür. Ancak bu durumda da yapılması gereken genel kuralın uygulanması ve her somut durumda ilgili hakkın nakden değerlenebilir nitelikte olup olmadığının tespit edilmesidir. Örneğin icracı sanatçılara tanınan "icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme" yönündeki hakları, eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkına benzer ve esasen ekonomik bir değer teşkil etmediği için ayni sermaye olarak getirilmesi de mümkün değildir.

Yine ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel kural çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husus da bağlantılı hakların TK'nın aradığı devredilebilirlik şartını taşıyıp taşımadıkları meselesidir. İcracı sanatçıların FSEK'in kendilerine tanıdığı hakları devredebilecekleri FSEK m. 80/1/1/A/(5)'te *"İcracı sanatçılar bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler"* denilerek açıkça düzenlenmiştir[86, 87]. Fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları veya film yapımcılarının FSEK m. 80 dolayısıyla sahip oldukları haklarla ilgili olarak ise bu yönde bir hükme/hükümlere yer verilmemiştir. Bununla birlikte Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin "Hakların Devir ve İntikali" kenar başlıklı 23. maddesinde bu konuda genel bir düzenleme getirilmiş ve *"Komşu hak sahiplerinin haklarının devir ve intikali, 5846 sayılı kanun ile genel hükümler çerçevesinde yürütülür."* denilerek, söz konusu hakların devri konusunda FSEK'e yollama yapılmıştır[88]. Buradan hareketle, özellikle eser sahibinin

[86] Buradaki devrin eser sahibinin mali haklarının devrinde olduğu gibi mali hakkın icracı sanatkârın malvarlığından çıkması sonucunu doğuran bir tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 724.

[87] Söz konusu hükmün yanlış anlaşılmaya müsait olan ifadesine rağmen, icracı sanatçıların mali haklarını yalnızca yapımcıya değil, herhangi bir üçüncü kişi ya da kuruma da devredebilecekleri yönünde bkz. Arkan, **Bağlantılı Haklar,** s. 227.

[88] Bu hükme de yollama yaparak fonogram yapımcılarının hakları bakımından devredilebilirlik sonucuna ulaşan Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri,** s. 735.

mali haklarına karşılık gelen bağlantılı hak sahiplerine ait ekonomik/mali nitelikli hakların[89] devredilebilir oldukları, hatta bunlar üzerinde ruhsat tanınmak suretiyle salt kullanma hakkının da devredilebileceği sonucuna varılabilecektir[90]. Bu çerçevede kural olarak bağlantılı hakların da ayni sermaye yeterliliklerinin bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

V. ORTAKLIK PAYLARI

A. Genel Olarak

Ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel ilkeler çerçevesinde ekonomik bir değer arzeden ve ortaklığa devri mümkün olan ortaklık paylarının ayni sermayeye konu olabilecekleri genel olarak söylenebilir[91].

TK m. 127/1-(a)'da açıkça "sermaye şirketlerine ait paylar"ın ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla TK m. 124/2 uyarınca sermaye şirketi olarak kabul edilen anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların paylarının kural olarak anonim ortaklığa da ayni sermaye olarak getirilebilecekleri kabul edilebilir. Bu ortaklıkların paylarının şahıs şirketleri ile kıyaslandığında devredilebilirlik özelliklerinin daha yüksek olduğu göz önünde bulundurulduğunda TK m. 127/1-(a)'da bunlara ilişkin payların sermaye olarak getirilebileceğinin özel olarak belirtilmiş olması anlaşılabilir.

---

[89] FSEK m. 19 uyarınca manevi hakların devri mümkün değildir. Buna karşılık icracı sanatçıların sahip olduğu manevi hakların en azından "kullanılması"nın icracı sanatçıların hayatında başkalarına devrinin mümkün olduğu doktrinde kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Arkan, **Bağlantılı Haklar,** s. 226 ve orada dn. 857'de anılan yazarlar. Bununla birlikte manevi hakların nakdi bir değer arzetmemeleri karşısında, konumuz bakımından bunların en azından kullanımlarının devredilebilir olması neticeyi değiştirmeyecek, manevi nitelikteki bağlantılı hakların ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılacaktır.

[90] İcracı sanatçıların mali hakları üzerinde kullanma yetkisi (lisans/ruhsat) verebileceği yönünde bkz. Arkan, **Bağlantılı Haklar,** s. 234-235; FSEK m. 80 anlamında "devir"in bir lisans sözleşmesi bağlamında kullanma ve yararlanma haklarını konu alabileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 17/31. Nitekim FSEK m. 80/1/B'de fonogram yapımcılarının eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devralmasından bahsedilmiş olması da, bağlantılı haklar üzerinde kullanım hakkı tanınabileceğine işaret etmektedir.

[91] Alman hukukunda bu yönde bkz. Eckardt, **a.g.e.,** § 27/12; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/45; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/50; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/17; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13; Winter, **a.g.e.,** § 5/50; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/26; Märtens, **a.g.e.,** § 5/97; Roth, a.g.e., § 5/49; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/117; İsviçre hukukunda Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15/11.

Buna karşılık aynı maddede genel olarak "şirket paylarının" değil de "sermaye şirketlerine ait paylar"ın sermaye yeterliliklerinden bahsedilmiş olması karşısında, TK m. 124/2 uyarınca şahıs şirketi olarak nitelenen kollektif ve (adi) komandit şirket ile TK'nın ticaret şirketleri bakımından yaptığı şahıs-sermaye şirketi ayırımının dışında kalan ve hukukumuzdaki temel ortaklık tipini oluşturan adi ortaklığın paylarının ticaret şirketlerine sermaye payı olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir[92]. Bu noktada hemen belirtelim ki kollektif şirketin TK m. 211 gereği ancak gerçek kişiler arasında kurulabilecek bir ortaklık olması karşısında, anonim ortaklığa bir kollektif ortaklık payının sermaye olarak konabilmesi bu sebeple daha baştan mümkün değildir. Buna karşılık bir tüzel kişinin komandit ortaklıkta komanditer ortak olması (TK m. 304/3) veya adi şirkete ortak olarak girmesi mümkündür. Dolayısıyla bu ortaklıkların paylarının/ortaklık haklarının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir.

Kanımızca bir kere TK m. 127'de sınırlayıcı bir sayımın yapılmamış olması peşinen olumsuz bir sonuca ulaşılmasına engeldir. Bu konuda genel kuralı getiren aynı maddenin (j) bendi "devrolunabilen ve nakden değerlenebilen" her türlü değerin sermaye taahhüdüne konu olabileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan incelenmesi gereken husus, komandit ve adi ortaklığın paylarının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığıdır. Böyle bir değerlendirmede tereddüt uyandırabileceğinden bahsedilebilecek nitelik ise esasen "nakden değerlenebilme" değil "devrolunabilirlik"tir. Gerçekten, şahıs şirketlerinde ortakların kişiliklerinin şirket bakımından arzettiği önem, şirket paylarının kolayca devredilebilmesinin ve bu şekilde ortaklık yapısının diğer ortaklardan habersiz biçimde değişmesinin önüne geçmeyi gerektirmiştir. Bu sebeple adi komandit şirket ile adi ortaklıkta ortaklık payının devri, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir ve dolayısıyla şirket sözleşmesi ile ayrıca özel olarak düzenlenmemişse oybirliği ile alınacak bir kararı gerektirir (BK m. 632)[93]. Nitekim şahıs şirketi-sermaye şirketi ayırımının

[92] Bu arada hükmün eTK'daki karşılığı olan eTK m. 139/b.1'de böyle bir ibareye yer verilmediğini, bunun yerine "para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler"in sermaye olarak getirilebileceğinden bahsedildiğini belirtelim.

[93] Komandit ortaklık bakımından bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.,** N. 314.

önemli sonuçlarından bir tanesi de şirket paylarının devredilebilme yeteneği bakımından ortaya çıkan bu farklılıktır.

Ancak şahıs şirketlerinin paylarının devrinin sermaye şirketlerine kıyasla zor olması bir şey, bunların devredilebilirlik niteliğinden yoksun olduğunu söylemek başka bir şeydir. Bahsettiğimiz bu nispi zorluğa rağmen komandit şirketin ve adi ortaklığın paylarının da –payların devredilemeyeceği açıkça kararlaştırılmadığı müddetçe- devir kabiliyetinin bulunduğu şüphesizdir. Dolayısıyla TK m. 127/1-(a)'nın lafzının uyandırabileceği tereddüde karşın, bu şirketlere ilişkin payların da anonim ortaklığa sermaye payı olarak getirilebileceği kanaatindeyiz[94].

B. Sermaye Şirketlerine Ait Paylar

Yukarıda da aktardığımız üzere TK m. 127/1-(a)'da sermaye şirketlerine ait payların sermaye yeterliliği açıkça kabul görmüştür. Sermaye şirketlerine ait payların nakdi değerinin bulunması ve daha da önemlisi kural olarak devredilebilir nitelikte olması karşısında, bunların anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi bakımından bir engel mevcut değildir.

Bununla birlikte sermaye şirketlerinin payları bakımından da ayni sermaye yeterliliği noktasında tereddüt doğurabilecek ihtimaller akla gelebilir. Bu bakımdan özellikle anonim ortaklık payının devrinin esas sözleşme ile yönetim kurulunun onayına tabi kılınması, kısaca pay üzerinde bağlam bulunması (TK m. 491 vd.); TK m. 595/2 ve 595/6 uyarınca limited şirket payının devri için aranan şirket onayının verilmemesi tehlikesi dolayısıyla bu şirketlerin paylarının ayni sermaye yeterliliği hususunda da şüphe edilebilir[95]. Yine limited şirketlerde TK m. 577/1-(b) uyarınca esas sözleşmede ortaklara veya şirketin kendisine sermaye paylarının devri durumunda uygulama alanı bulacak olan önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının tanınmış olması da benzer bir tereddüdü gündeme getirebilir.

[94] Şahıs şirketlerine ilişkin payların da şirket sözleşmesi uyarınca devredilebilir olduğu sürece ayni sermaye yeterliliği bulunduğu yönünde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27745; Pentz, **a.g.e.,** § 27/24; Arnold, **a.g.e.,** § 27/50; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/117; Märtens, **a.g.e.,** § 5/97; Winter, **a.g.e.,** § 5/49; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/17, yazar ayrıca dernek üyeliğinin ekonomik bir değeri bulunmadığı için ayni sermaye olamayacağını belirtmektedir.

[95] Bu arada TK m. 595/4 uyarınca limited şirket sözleşmesi ile sermaye payının devrinin yasaklanmış olması durumunda, bu şirkete ait payın anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmesi, devredilebilirlik niteliğinin bulunmaması nedeniyle mümkün olmayacaktır.

Kanımızca anonim ortaklıklar bakımından tek başına bağlamın varlığı ayni sermaye taahhüdüne konu olan malvarlığının (anonim ortaklık payının) devredilebilirlik niteliğini ortadan kaldırmaz[96]. Bu bakımdan bağlama rağmen anonim ortaklık payı asli niteliği itibariyle devredilebilir bir malvarlığı değeridir; bağlamın varlığı bu konuda ancak bir risk teşkil eder.

Bir kere TK'nın bağlama ilişkin olarak benimsediği yeni sistem uyarınca anonim ortaklık paylarının devrinin mutlak olarak yasaklanmasının artık mümkün olmadığı dikkate alınmalıdır (bkz. TK m. 493, 495). Öncelikle bir anonim ortaklığın kanuni bağlama tabi, yani bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylarının bir başka anonim ortaklığa sermaye payı olarak getirilmesi durumunda ancak devralan şirketin ödeme yeterliliğinin şüpheli olması ve devreden şirketin istediği teminatın da verilmemiş bulunması halinde onay vermekten kaçınılabilir (TK m. 491). Dolayısıyla bu ihtimalde devir için gerekli onayın sağlanmasının esasen devralan şirketin inisiyatifinde olduğu söylenebilir[97].

Yeni sistemin izin verdiği esas sözleşmesel bağlam hükümleri de eski düzenlemeden önemli ölçüde farklıdır. Öncelikle eTK m. 416/1 uyarınca izin verilen payın devrinin tamamen yasaklanması imkânı yeni sistemde söz konusu değildir. Dahası yine eski sistemden farklı olarak şirketin devre onay vermekten kaçınmasını mümkün kılabilecek sebepler sınırlanmış, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından esas sözleşmede önceden öngörülecek "önemli bir sebep"in varlığı şart koşulmuş, "önemli sebep" kavramının sınırları da bizzat kanun tarafından belirlenmiş (TK m. 493/2), böylece şirketlerin keyfi olarak bağlam sebepleri öngörmeleri mümkün görülmemiştir[98]. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından da ancak esas sözleşmede belirtilecek bir üst sınırın aşılması halinde redde cevaz verilmiştir (TK m. 495/1). Yine TK m. 492 uyarınca esas sözleşme ile payların devrinin şirket onayına bağlanmış olması kaydıyla, TK m. 493/1 uyarınca

[96] Alman hukukunda bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/45; Winter, **a.g.e.,** § 5/50; Märtens, **a.g.e.,** § 5/98.

[97] Kendigelen, bu maddede belirtilen "ödeme yeterliliği" kavramının sübjektif bir tespiti gerektirdiğini, dolayısıyla bedeli kısmen ödenmiş paylarda şirketin çoğunlukla teminat isteyeceğini söylemenin abartı olmayacağını belirtmektedir, **İlk Tespitler,** s. 399.

[98] Bu konuda bkz. Uzel, Necdet, **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam,** İstanbul 2013, s. 232-233.

devredenin paylarının şirket, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına gerçek değeri ile alınması suretiyle de devre onay verilmesi reddedilebilecektir. Ancak her halükarda anonim ortaklık payının mutlak bir surette devrinin yasaklanması mümkün olmadığı için anonim şirket paylarının "devredilebilirlik" niteliğinin ortadan kalktığı söylenemeyecek, dolayısıyla kural olarak bu payların üzerindeki bağlama rağmen diğer bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilecektir.

Benzer biçimde limited şirket paylarının TK m. 595/2 ve 6 gereğince şirketin onayı ile devredilecek olması veya ilgili limited şirketin esas sözleşmesinde diğer ortaklar lehine öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının bulunması durumunda da sonuç itibariyle benzer bir durumla karşılaşılabilir. Bu ihtimallerin varlığı durumunda da yukarıda ifade ettiğimiz gibi kural olarak payın devredilebilirlik niteliği mevcut olduğu için ayni sermaye yeterliliğinin de bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Buna karşılık TK m. 595/4 ile limited şirketlerde ana sözleşmeye bu yönde konulacak bir hükümle şirket paylarının devrinin bütünüyle yasaklanabilmesine imkân tanımıştır. İşte bu şekilde paylarının devri tamamen yasaklanmış bir limited şirketin paylarının ise artık devredilebilirlik niteliğinden yoksun olduğu ve dolayısıyla anonim ortaklığa da ayni sermaye olarak getirilemeyeceği sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Tüm bu açıklamalara rağmen, kuruluş işlemleri esnasında bu şirketlerden birine ait bir payın devrinin taahhüt edilmiş olmasına rağmen, anonim şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra adi, komandit veya limited şirket ortaklarının devre onay vermemeleri veya anonim ortaklık yönetim kurulunun bağlam hükmüne dayanarak devri onaylamaması da ihtimal dâhilindedir. Üstelik TK m. 128 ile öngörülen önlemler kapsamında da bu onayın garanti altına alınmadığını veya diğer ortakların onayının yerine geçebilecek bir mekanizmaya yer verilmemiş olduğu söylenmelidir. Bu noktada anonim ortaklık kurucularının henüz kuruluş aşamasında bazı önlemler alarak benzer bir korumayı sağlamaları tavsiye edilebilir.

Bu noktada onayın verilip verilmeyeceği konusundaki belirsizliği, henüz anonim ortaklık tüzel kişilik kazanmadan neticelendirmek ve böylece buna uygun yeni bir tedbiri alma imkânını bu aşamada ortaklığa sağlamak bakımından

düşünülebilecek bir çözüm, sermaye taahhüdüne konu payın şirketin ticaret siciline tescilinden önce ön ortaklığa devrinin talep edilmesidir. Buna göre öncelikle kurucular tarafından imzalanacak esas sözleşmede, ayni sermaye konusu olan bağlama tabi paylar da zikredilecek, bunlara daha önce bilirkişi tarafından biçilmiş olan değer esas sözleşmeye yazılacaktır. Şirket sözleşmesinin imzalanması ve şirketin kurulması (TK m. 335) ile esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile şirketin tüzel kişilik kazanması (TK m. 355/1) arasındaki dönemde ön ortaklık devre konu payın kendi adına pay defterine kaydı amacıyla ilgili anonim ortaklığa başvuracaktır[99]. Bu müracaat neticesinde payı devredilen ortaklık bu devre onay verdiği takdirde bir problem kalmayacak ve devralan şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte söz konusu pay anonim ortaklığın malvarlığına kendiliğinden dâhil olacak; onay verilmemesi ihtimalinde ise ortak olmak isteyen kimsenin ya yeni bir sermaye taahhüdünde bulunması veya ortak olmaktan vazgeçmesi istenecek, böylece sonradan ortaya çıkabilecek bir imkânsızlık ihtimali baştan ortadan kaldırılmış olacaktır[100].

[99] Bu aşamada henüz tüzel kişilik kazanmamış bir (ön) ortaklığın pay defterine kaydının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. TK m. 499/1'de pay sahiplerinin pay defterine "ad, soyad, unvan ve adresleriyle" kaydedileceğinden bahsedilmektedir. Kanımızca bu hüküm de ön anonim ortaklığın pay defterine kaydına engel olacak bir düzenleme içermemektedir. Her ne kadar ön anonim ortaklık tüzel kişiliğe sahip değilse de, esas sözleşmenin imzalanması neticesinde bir ortaklığın kurulduğu kanun hükmü ile sabittir (TK m. TK m. 335); kurulan bu şirketin unvanı da aynı esas sözleşmede mevcuttur (TK m. 339/2-(a)). Şu halde TK m. 499/1 anlamında kayda esas alınacak bir unvanın varlığı konusunda da tereddüt edilmemelidir. Nitekim henüz tüzel kişilik kazanmamış durumdaki "kurulmakta olan şirket adına", asgari nakdi sermaye borçlarının ödenebilmesi amacıyla bankada hesap açtırılmasına izin verilmiş olan bir sistemde (TK m. 345/1), yine kurulmakta olan şirket adına bir başka şirketin pay defterine kayıt düşülmesi de yadırganmamak gerekir.

[100] Bu arada düşük de olsa payı/payları devralmasına onay verilen ve pay defterine de kaydedilen ön anonim ortaklığın daha sonra ticaret siciline tescil edilmemesi ve tüzel kişilik kazanamaması ihtimal dâhilindedir. Bu halde ise pay defterine kaydedilmiş olan ön anonim ortaklığın sona ermesi halinde anonim ortaklığa ilişkin tasfiye hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi gündeme gelecektir (Ön ortaklık hakkında hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı konusunda genel olarak bkz. Barlas, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri,** 3. Bası, İstanbul 2012, s. 156 vd., özellikle s. 160; Kervankıran, Emrullah, "Ön Şirket ve Hukuki Niteliği", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 352 vd., özellikle 355 vd.). Ancak ister anonim ortaklığa isterse adi ortaklığa ilişkin tasfiye hükümleri uygulama alanı bulsun kural, sermaye/katılım payı olarak bir şey üzerindeki mülkiyet hakkını getiren ortağın tasfiye neticesinde o şeyi olduğu gibi geri alamayacağı, ancak bunun parasal karşılığını talep edebileceğidir (BK m. 642/1; TK m. 543/3). Bununla birlikte TK m. 543/3'te ayrıca bu kuralın aksinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile kararlaştırılabileceği de düzenlenmiştir. Henüz kuruluş aşamasında olan bir anonim ortaklıkta ayni sermaye getiren ortaklara dağıtımın ayni olarak yapılması çoğunlukla daha uygun ve kolay olacaktır. Bu imkanın somut olayda kabulü halinde sermaye olarak payını getiren ortağa bu pay aynen iade edilebilecek, o da yine pay defterine kayıt talebiyle ilgili şirkete başvuracaktır. Dağıtımın ayni olarak yapılamaması halinde ise söz konusu

Nihayet bu görüşün kabul edilmemesi yahut böyle bir yola hiç başvurulmamış olması halinde ise sonradan ortaklığın devre onay vermemesi durumunda, ayni sermaye taahhüdünde imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[101].

C. İlmühaberler

TK m. 486/2'de anonim ortaklıklarda pay senedi bastırılıncaya kadar kullanılmak üzere ilmühaber ihraç edilebileceği hükme bağlanmıştır[102]. Yine aynı

---

pay/paylar da tasfiye çerçevesinde satılmış/elden çıkarılmış olacak, bu payları ortaklığa getiren pay sahibi ise tasfiye payı olarak parasal bir ödeme elde edecektir.

[101] Ayni sermaye taahhüdünün imkânsızlığı konusunda bkz. aşağıda Altıncı Bölüm, III. Alman doktrininde bağlamın varlığını bizatihi bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak görmeyen bazı yazarlar da en geç tescil anına kadar devre onay verilmiş olmasını aramaktadırlar, bu yönde bkz. Winter, **a.g.e.,** § 5/50; Märtens, **a.g.e.,** § 5/98.

[102] TK m. 486/2'nin üçüncü ve dördüncü cümlelerinin ayrı bir fıkra olarak düzenlenmemiş, aksine hamiline yazılı paylara ilişkin birinci ve ikinci cümlelerle aynı fıkrada yer almış olması, en azından ilk bakışta ilmühaber çıkarma imkânının yalnızca bedellerinin tamamı ödenmemiş hamiline yazılı paylar bakımından tanındığı izlenimini uyandırmaktadır. Hâlbuki bedelleri tamamen ödenmemiş hamiline yazılı paylar için ilmühaber çıkarılmasına müsaade edilirken, bedelleri tamamen ödenmiş olsun olmasın –zira hamiline yazılı payların aksine bedelleri tamamen ödenmiş nama yazılı payların senede bağlanması zorunluluğunu öngören bir hüküm mevcut değildir- nama yazılı paylar için bu imkânın tanınmamış olmasını haklı kılacak bir gerekçe mevcut değildir. Gerçi TK m. 484/2'nin mefhum-u muhalifinden anlaşıldığı üzere bedeli tamamen ödenmemiş (nama yazılı) paylar için dahi nama yazılı pay senedi çıkarılabileceği, dolayısıyla bunlar için ayrıca ilmühaber ihracı imkânının tanınmasına ihtiyaç olmadığı söylenebilirse de, bu argümanın da tek başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bizzat TK m. 486'da da belirtildiği üzere ilmühaber pay senedi bastırılıncaya kadar çıkarılan geçici bir senettir; bu geçici veya ara senedin yalnızca pay senedi bastırma imkânının bulunmadığı hallere özgü olduğu ise söylenemez. Nitekim eTK m. 411'de de ilmühaber çıkarılabilmesi bakımından pay bedelinin tamamen ödenmiş olup olmamasına bağlı olarak bir ayırıma gidilmemiştir. Şu halde, aksi yöndeki kanaati destekleyecek açık bir hükmün yer almadığı TK bakımından da farklı bir sonuca varılmasını gerektiren bir ihtiyaçtan bahsedilemez.

TK m. 486/2'nin üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, yukarıda belirttiğimiz üzere ayrı bir fıkra şeklinde anlaşılması durumunda yorum güçlüklerinin de ortadan kalkacağını düşünüyoruz. Bu şekilde okunduğunda maddenin *"Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir"* şeklindeki düzenlemesi genel bir ifade içermekte, payın türü bakımından herhangi bir ayırıma gitmemektedir. Dolayısıyla gerek nama gerekse hamiline yazılı paylar için ilmühaber çıkarılması mümkündür (Bu gerekçeyle Çonkar, M. Halil, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması,** İstanbul 2009, s. 142; yine TK m. 486/2'nin "ifade tarzı yönünden" bu yönde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 394, ilmühaberlerle ilgili eTK m. 411'in TK'ya alınmamasının muhtemel gerekçesi için bkz. **a.e.,** s. 392, dn. 411; sonuç olarak bu yönde Şener, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku,** Ankara 2012, s. 578; bu konunun tereddütlü olduğu yönünde bkz. Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** N. 91)

TK m. 486/2 c. 1 ile getirilen yeni düzenleme uyarınca hamiline yazılı payların bedellerinin ödenmesinden itibaren üç ay içinde bunlar için hamiline yazılı pay senedi bastırılması zorunlu olduğundan, normal şartlarda söz konusu üç aylık sürenin sonundan itibaren bunlar için ayrıca ilmühaber ihracına da gerek kalmayacaktır. Halbuki benzer bir zorunluluğun nama yazılı paylar bakımından –buna ilişkin azlık hakkının varlığı bir tarafa bırakılırsa- öngörülmediği dikkate alındığında, bedeli tamamen ödenmiş olsa dahi nama yazılı paylar için ilmühaber çıkarılmasının

fıkranın son cümlesinde söz konusu ilmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı da belirtilmiştir[103]. Dolayısıyla kural

---

engellenmesini gerektirecek bir düzenlemeden de bahsedilemez (bu gerekçe için bkz. Uzel, **a.g.e.,** s. 109).

Ayrıca TK m. 486/2 c. 4'te yine eTK'dan farklı olarak ilmühaberler hakkında kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağının ifade edilmiş olması karşısında, bedeli tamamen ödenmiş nama yazılı paylar hakkında ilmühaber ihraç edilmesinin ne ortaklık ne de pay sahipleri bakımından bir sakınca arz etmediği de belirtilmelidir. Nihayet bedelleri tamamen ödenmiş olduğu halde üç aylık ara dönem içerisinde bulunan ve henüz haklarında pay senedi ihraç edilmemiş olan hamiline yazılı paylar hakkında ilmühaber düzenlenmesine imkân tanınmışken, haklarında pay senedi ihraç edilebilmek bakımından aynı konumda bulunan nama yazılı paylar için buna izin verilmemesinin de haklı bir gerekçesi olduğu söylenemez.

Hâlbuki eTK m. 411/1'de açıkça nama yazılı hisse senetlerinin yerini tutmak üzere ilmühaber çıkarılmasından bahsedilmekte, ayrıca ikinci fıkrada da hamiline yazılı hisse senetleri yerine tanzim olunacak "nama yazılı ilmühaberler"den söz edilmekteydi. Bu düzenleme biçimi karşısında doktrinde ayrıca hamiline yazılı ilmühaber ihracının da mümkün olup olmadığı tartışılmaktaydı. TK'da ise yeni düzenlemenin bir sonucu olarak ilmühaberin nama yahut hamiline olmasından bahsedilmemiş, yalnızca "ilmühaber" kavramı kullanılmakla yetinilmiş, bunların da nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlere tabi olacağı düzenlenmiştir.

[103] Bu düzenleme karşısında eTK döneminde ilmühaberlerin türü bakımından kanunun ve doktrinin yaptığı ayırımın TK açısından geçerli olmayacağı sonucuna varıyoruz. Kısaca hatırlatmak gerekirse eTK m. 411/2'de hamiline yazılı hisse senetleri yerine düzenlenebilecek "nama yazılı ilmühaberler"den bahsedilmiş, ancak bunların nama yazılı hisse senetleri yerine çıkarılacak nama yazılı ilmühaberlerden farklı olarak (eTK m. 411/1) alacağın temlikine ilişkin hükümler uyarınca devredilecekleri düzenlenmişti. Bunun yanı sıra hakim doktrin, özellikle eTK m. 409/3'ün –bu hükme karşılık gelen TK m. 484/2'den farklı olarak- kullandığı *"Bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamile yazılı hisse senetleri* ***veya ilmühaberler*** *çıkarılamaz"* şeklindeki ifadesinin mefhum-u muhalifinden, bedelleri tamamen ödenmiş olan hamiline yazılı hisse senetlerinin yerini tutmak üzere hamiline yazılı ilmühaber çıkarılabileceği sonucuna varmaktaydı (Bu konudaki hâkim ve azınlıkta kalan görüşü temsil eden yazarların listesi için bkz. Çonkar, **a.g.e.,** s. 135, dn. 341).

Kanımızca TK bakımından artık ne hamiline yazılı ve ne de nama yazılı ilmühaberlerden bahsetmeye imkân ve ihtiyaç yoktur (Buna karşılık ilmühaberlerin nama yazılı olacağı kanaatinde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** 9-16; Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi,** C. II, Ankara 2011, § 35/42; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 544; Karahan, Sami/Ünal, Mücahit, **Şirketler Hukuku,** 2. Baskı, Konya 2013, s. 747; hamiline yazılı ilmühaber ihracının da mümkün olduğu yönündeki ayrıksı görüş için bkz. Uzel, **a.g.e.,** s. 109 ve dn. 40; Kendigelen ve Şener ise konuyu özel olarak tartışmamışlarsa da, ilmühaberler bakımından bir tür ayırımına gitmemişlerdir, Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 394; Şener, **Ortaklıklar Hukuku,** s. 578). Bir kere TK m. 486/2 ilmühaberleri tavsif etmek üzere hiçbir şekilde "nama yazılı" yahut "hamiline yazılı" sıfatlarını kullanmamış, yalnızca ilmühaberden bahsetmiştir. Hâlbuki eTK m. 411'in her iki fıkrasında da "nama yazılı ilmühaberler"den söz açıldığı gibi, yine eTK m. 409/3'ün ifadesi de hâkim görüşün yorumladığı şekilde "hamiline yazılı ilmühaber"in varlığına işaret etmekteydi. Eski ve yeni metnin lafızları arasındaki bu açık farklılığın ortaya koyduğu üzere, TK'da ilmühaberin türü bakımından sınıflara ayrılmasına dayanak olabilecek bir düzenleme söz konusu değildir. Gerçi ilmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanacağına göre, bunların metni konusunda da bu kıyasın geçerli olacağı, dolayısıyla üzerindeki ibareler itibariyle ilmühaberin nama yazılı pay senedine paralel olacağı söylenebilir (nitekim açıkça bu yönde bkz. Karahan/Ünal, **a.g.e.,** s. 747, dn. 6). Ancak bu sonuç hiçbir şekilde nama yazılı ilmühaber şeklinde bir türün varlığından bahsetmeyi gerektirmez.

Kaldı ki TK m. 486/2 c. 4 ilmühaberler hakkında kıyasen nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağından bahsetmiştir. Bu hüküm de aynı şekilde herhangi bir tür ayırımına gitmeksizin, ilmühaberlere uygulanacak rejimi açıklığa kavuşturmuştur. Bu düzenleme karşısında

olarak nama yazılı pay senetleri bakımından olduğu gibi, devredilebilir ve nakden değerlenebilir bir kıymet olarak ilmühaberin de ayni sermaye yeterliliği mevcuttur[104].

VI. ALACAK HAKLARI

A. Genel Olarak

Alacak hakkının ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğu, eTK döneminde olduğu gibi (eTK m. 139/b.1) yeni TK bakımından da açıkça kanunda ifade edilmiştir (TK m. 127/1/a). Dahası kanun koyucu yine tıpkı eTK'da olduğu gibi (eTK m. 142) alacağın ticaret şirketlerine sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde uygulama alanı bulacak olan özel bir hüküm de sevketmiştir (TK m. 130).

---

ayrıca bir "nama yazılı ilmühaber"den bahsetmek gereksiz olduğu gibi, "hamiline yazılı ilmühaber"den bahsetmek de anlamsızdır. Zira bir an için hamiline yazılı ilmühaber ihraç edilebileceği kabul edilse bile TK m. 486/2 c. 4'ün açık hükmü karşısında bu ilmühaber için de nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı sonucuna varmak kaçınılmazdır. Oysa ki eTK döneminde hakim doktrinin sözünü ettiği "hamiline yazılı ilmühaber"in ayırıcı vasfı, bunun gerçek anlamda hamiline yazılı bir kıymetli evrak olarak yalnızca zilyedliğin geçirilmesi suretiyle devredilebilmesidir. Hamiline yazılı kıymetli evrakın ayırıcı vasfı olan devir şekline tabi olmayan bir senedin hamiline yazılı olarak adlandırılmasının herhangi bir esprisi yoktur. Netice itibariyle TK bakımından hamiline yazılı ilmühaberden bahsetmenin bu anlamda yol açacağı herhangi bir pratik fark da mevcut değildir.

[104] İlmühaberler hakkında kıyasen nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağına göre, nama yazılı paylara ilişkin bağlam hakkındaki hükümlerin de uygulanması ihtimali üzerinde durulabilir. Kanuni bağlama ilişkin TK m. 491'de "bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar"dan bahsedilmiştir. Bedeli tamamen ödenmemiş hamiline yazılı bir pay için ilmühaber ihraç edilmiş olması halinde bu anlamda "bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı pay" mevcut değildir; ancak öte yandan ilmühaberlere kıyasen nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacak olması (TK m. 486/2) dolayısıyla, TK m. 491'in de kıyasen uygulama kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada TK m. 491'in ratiolegis'i yol gösterici olabilir. Burada düzenlenen kanuni bağlamın amacı bakiye sermaye borcunun borçlusunun değişmesi konusunda ortaklığa bir değerlendirme yapma şansı tanımak, TK m. 491/2'de ifadesini bulduğu üzere devralan kimsenin ödeme yeterliliğinin şüpheli olduğu ve bu sebeple şirketin istediği teminatın da verilmediği durumlarda ortaklığın sermaye borcunu tahsil edememe riski ile başbaşa kalmasının önlenmesidir. Hükmün önlemek istediği tehlikenin bedeli tamamen ödenmemiş payın hamiline yazılı olması durumunda da aynen mevcut olduğu, aynı korunma imkanının bu halde de şirkete tanınmasına ihtiyaç bulunduğu belirtilmelidir. Bu sebeple TK m. 491'in açıkça nama yazılı paylardan bahsetmiş olmasına rağmen hükmün bedelleri tamamen ödenmemiş hamiline yazılı paylar bakımından da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz (Bu görüş için bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 400, yazar eTK m. 418/3'ten farklı olarak hükmün uygulama alanının nama yazılı paylara hasredildiğini, yeni durumda bedeli tamamen ödenmemiş hamiline yazılı paylar için ihtiyaç duyulan korumanın ancak TK m. 491/1 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla sağlanabileceğini belirtmektedir; Pulaşlı, **a.g.e.,** § 42-40).

Buna karşılık esas sözleşmesel bağlam bakımından farklı bir sonuca varılması gerekir. Burada kanuni bağlamdan farklı olarak bedeli tamamen ödenmediği için ilmühabere bağlanan hamiline yazılı bir payın da esas sözleşmesel bağlama tabi kılınmasında ortaklığın benzer bir çıkarı bulunduğundan söz edilemez. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve bizim de katıldığımız bu görüşün gerekçeleri için bkz. Uzel, **a.g.e.,** s. 109-110.

Genel hükümlerdeki bu açık ifadelerin aksine anonim ortaklığa ilişkin özel hükümler arasında açıkça "alacak haklarının" sermaye olarak taahhüdünden bahsedilmiş değildir. Bu bakımdan örneğin konuyla ilgili olarak kullanıldığı söylenebilecek olan "paradan başka sermaye olarak konan haklar" ifadesi (eTK m. 279/2 b.4), yeni kanunda da aynen benimsenmiş (TK m. 339/2/e), ancak bunun dışında ayrıca ve özel olarak alacak haklarından bahsedilmemiştir. Bununla birlikte bu eksiklik pekâlâ ticaret şirketlerine alacak hakkının sermaye olarak konmasına müsaade eden genel düzenlemelerin anonim ortaklık için de aynen uygulama alanı bulacağı şeklinde anlaşılabilecektir.

Buna karşılık eTK'da karşılığı bulunmayan TK m. 342/1'in 2. cümlesinde "vadesi gelmemiş alacaklar"ın sermaye yeterliliğinin bulunmadığı hükme bağlanmış ve böylece yeni dönemde anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilecek olan alacak haklarının sınırı önemli ölçüde daraltılmıştır. Bu düzenleme ile genel hüküm niteliğindeki TK m. 127 bir arada değerlendirildiğinde, alacak haklarının ancak TK m. 342/1 c. 2'deki sınırlama çerçevesinde anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilecekleri sonucuna varılacaktır.

B. Vadesi Gelmemiş Alacakların Ayni Sermaye Yeterliliğinin Engellenmesi

eTK döneminde alacak haklarının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi ile ilgili düzenleme genel hükümlerde yer almış (eTK m. 142), anonim ortaklığa ilişkin özel hükümlerde ise bu düzenlemeden ayrılan bir maddeye yer verilmemişti. Bu çerçevede eTK m. 142/2'nin açık ifadesi karşısında, doktrinde de genel itibariyle anonim ortaklığa ayni sermaye olarak yalnız muaccel alacakların değil, müeccel alacakların da taahhüt edilebilecekleri kabul edilmekteydi[105].

[105] Arslanlı, **C. I,** s. 206; alacağın sermaye olarak getirilmesinin nakdi sermaye sayılamayacağını açıklarken vadesi gelmemiş alacakların da ayni sermaye olabileceklerine zımnen işaret eden Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 182, yazar ayrıca s. 181'de alacağın bono veya poliçeye bağlı olabileceğini de belirtmekte, dolayısıyla yine örtülü de olsa vadeye bağlı alacakların ayni sermaye yeterliliğini kabul etmektedir; konuyu detaylı olarak inceleyen ve anonim ortaklıkta müeccel alacakların da ayni sermaye yeterliliği bulunduğunu belirten Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 57 vd.; buna karşılık Tekinalp müeccel alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak konmalarının "tescil ile muacceliyet" ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığı sorusunu sormakta ve neticede müeccel alacakların da değerleme sırasında gerçekleştirilecek indirim neticesinde sermaye olarak getirilmeleri yönündeki çözümün tercih

Esasen yeni TK'nın ortaklıklar hukukuna ilişkin genel hükümler kısmındaki düzenleme eski kanunun düzenleme biçimiyle paraleldir. Burada TK m. 130/2'de tıpkı eski kanunda olduğu gibi açıkça vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak taahhüdü ihtimaline değinilmektedir. Buna karşılık kanun koyucu genel hükümlerdeki düzenlemenin alacak hakkının anonim ortaklığa konulması durumunda da benimsenmesi yönündeki yaklaşımını bu defa terk etmiş ve yeni TK m. 342/1 c. 2'de açık bir biçimde "vadesi gelmemiş alacaklar"ın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Doğrusu kanunun bu konudaki net ifadesi, pozitif hukuk açısından konunun tartışılmasını imkânsız ve –en azından ilk bakışta- gereksiz kılmaktadır[106].

Ancak eski düzenlemenin getirdiği rejimden ayrılmayı haklılaştıran gerekçenin ne olduğunun belirlenmesi kanımızca önemlidir. Şayet bu yaklaşım farklılığını meşrulaştıran somut bir gerekçe/problem gösterilemeyecekse, kanun koyucunun ayni sermaye yeterliliği ile ilgili tutumunun gereksiz derecede sınırlayıcı olduğu tespiti yapılabilir ve en azından hukuk politikası bakımından bu tercih eleştirilebilir. Zira -aşağıda ayrıca ortaya koymaya çalışacağımız üzere- kanımızca eski kanunun müeccel alacaklar konusunda benimsediği tutum, hem pay sahiplerinin getirebilecekleri sermaye kalemlerinin çerçevesini genişleten, hem de sermayenin tedariki ilkesi ile kabil-i telif olan bir düzenleme idi. Bu düzenlemenin değiştirilmiş olması, ancak uygulamada rastlanan somut bir problem dolayısıyla savunulabilir.

Hemen belirtelim ki en azından 342. maddenin gerekçesinde kanun değişikliğinin temelinde yatan böyle bir olgudan bahsedilmemiştir. Ancak bu noktada daha da çarpıcı olan, madde gerekçesinde değişikliğin sebebi bir yana, değişikliğin kendisinden dahi bahsedilmemiş olmasıdır. Öyle ki madde gerekçesi

---

edilebileceğini, ancak yine de ilkeye daha uygun düşen çözümün yalnızca muaccel alacakların sermaye olarak konması olduğunu belirtmektedir, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1031.

Alman hukukunda neredeyse ittifakla vadeli alacakların da, değerleme sırasında vadeye göre yapılacak bir değer indirimi ile birlikte, ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilebilecekleri kabul edilmektedir Röhricht, **a.g.e.,** § 27/74; Pentz, **a.g.e.,** § 27/28; Arnold, **a.g.e.,** § 27/52; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/23; Winter, **a.g.e.,** § 5/47; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/27; Märtens, **a.g.e.,** § 5/116; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/84; Roth, a.g.e., § 5/42; vadeli alacakların ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı yönünde ayrıksı görüş için bkz. KK/Lutter, 2. Auflage, 183/21.

[106] Karş. müeccel alacakların sermaye olarak konabileceğinden bahseden ve bu konuda değerlendirmelerde bulunan Pulaşlı, **a.g.e.,** § 38/30.

okunduğu zaman, adeta 342. madde tek cümleden ibaretmiş, maddenin ikinci cümlesi hiç yokmuş gibi bir izlenim oluşmaktadır. Gerekçede ilk cümle ile getirilen değişiklik açıkça zikredilmiş olmasına rağmen, ilk fıkranın ikinci cümlesi ile getirilen ve *"hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar"*ın ayni sermaye yeterliliğini reddeden düzenlemeye hiç değinilmemiştir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla uygulamada vadesi gelmemiş (müeccel) alacakların ayni sermaye olarak anonim ortaklığa konulması dolayısıyla yaşanan kayda değer bir problem gündeme gelmiş değildir. Konu teorik olarak ele alındığında da vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliklerini ortadan kaldıracak haklı bir gerekçe ortaya koyabilmek mümkün görünmemektedir. Özellikle yukarıda açıklanan ve ayni sermaye yeterliliğini belirleyen temel ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, müeccel alacakların ayni sermaye yeterliliklerinin aslında genel olarak ayni sermaye ehliyeti kabul edilen pek çok malvarlığı değerine göre daha kolayca kabul edilebileceğini belirtmek gerekir.

Öncelikle müeccel alacakların ayni sermaye yeterlilikleri devredilebilirlik niteliği bağlamında değerlendirildiğinde, hiç tereddüt etmeden bu alacakların devredilebilir olduğu sonucuna varılabilir. Henüz doğmamış alacakların temlikinin bile hâkim görüş tarafından kabul edildiği[107] bir hukuk sisteminde, doğmuş ancak henüz ifası talep edilemeyen bir alacağın temlik edilebilirliği konusunda şüphe edilemez[108]. Alacağın vadeli olup olmaması onun devredilebilirlik özelliğini etkileyen bir unsur değildir. Müeccel alacaklar bakımından da tıpkı muaccel alacaklar bakımından olduğu gibi genel olarak alacaklar hakkında gündeme gelebilecek temlik engelleri söz konusu olabilir. Ancak bunlar dışında

[107] von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** C. 1-2, Ankara 1983, s. 846; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 248-249; Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** I. Cilt, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 1082; buna karşılık ileride doğacak alacakların ikiye ayrılması gerektiği ve bunlar arasında yer alan "temlik anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan", örneğin geciktirici şarta bağlı alacaklar, borcun doğumu ve kapsamının gelecekte belli olacağı sözleşmelerden doğan alacaklar ve kira gibi periyodik borç doğuran sözleşmelerden doğan alacakların temlikinin mümkün olduğunu, buna karşılık temlik anında herhangi bir temeli bulunmayan alacakların temlik edilemeyeceğini belirten Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. II, Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014, s. 555-556.

[108] Nitekim açıkça bu yönde von Tuhr, **a.g.e.,** s. 846; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 248.

devredilebilirlik bakımından müeccel alacakları muaccel alacaklardan farklı değerlendirmeyi gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

Devredilebilirlik kriteri bakımından durum böyle olunca, müeccel alacakların ayni sermaye ehliyetini engelleyebilecek bir başka faktör olarak nakden değerlenebilme kriterine bakılabilir. Bu noktada önem arzeden, söz konusu alacağın gerçek/somut ve parayla ölçülebilir/ifade edilebilir bir değer teşkil etmesidir. Bu ise alacağın vadeli olup olmamasına değil, borçlunun yapacağı ödemenin ifa zamanına ve ifanın güvenilirlik derecesine bağlıdır[109]. Farklı bir söyleyişle, bir alacağın vadeye bağlanmış olması, ilkesel olarak ona sermaye taahhüdü sırasında parasal bir değer biçilmesini engelleyen bir faktör olarak değerlendirilemez. Bu faktör ancak değer biçme sırasında dikkate alınacak ve bu kapsamda olsa olsa söz konusu alacağın sermaye taahhüdü olarak taşıdığı değeri azaltacak bir unsur teşkil edecektir[110]. Gerçekten alacağın bir vadeye bağlanmış olması, ortaklık tarafından derhal paraya çevrilebilir nitelikte olan muaccel bir alacakla karşılaştırıldığında, müeccel alacakları bir sermaye taahhüdü olarak daha elverişsiz kılabilir. Ancak vadenin varlığı, bu vadenin uzunluğu vs. nihayet alacağa değer biçilmesi sırasında göz önünde bulundurulabilecek ve buna göre alacağın değerinde azalmaya yol açacak bir olgu olarak değerlendirilebilecektir[111].

Ancak bunun ötesinde yalnızca vadenin varlığını ayni sermaye yeterliliğini engelleyici bir faktör olarak değerlendirmek yerinde değildir. Zira burada belirleyici olan "nakden değerlenebilirlik" niteliğidir; müeccel alacak örneğinde olduğu üzere hali hazırda doğmuş bulunan bir alacak bakımından ise kural olarak nakden değerlenebilirlik niteliği hakkında şüphe edilmesini gerektirecek bir durum yoktur. Bu bakımdan nakden değerlenebilme niteliği bakımından da müeccel alacakların ayni sermaye yeterliliğini peşinen reddetmeyi haklı gösterecek bir sebep bulunmadığı net bir biçimde ifade edilmelidir.

---

[109] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/74.

[110] Alacağın vadesinin gelmemiş olmasının ancak ayni sermayeye biçilecek değer ile ilgili olduğu yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 230; aynı yönde Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 200.

[111] Özellikle uzun bir ecelin öngörülmüş olması halinde, şirketin tescilinden kısa bir süre sonra gerçekleşecek iflas durumunda bu alacağın durumu hakkında özel olarak bkz. Zeidler, **a.g.e.,** § 5/84.

Öte yandan TK m. 342 hükmü ortaklığın ve özellikle sermayenin korunması gerekçesiyle de savunulabilecek bir düzenleme değildir. Bir kere nakdi sermaye borcunun ¾'lük kısmının ödenmesi TK m. 344 ile yirmi dört aya kadar uzatılabilecekken ve kanun koyucu bunda ortaklık bakımından bir tehlike görmemişken, alacak hakları bakımından farklı bir yaklaşım benimsenmesi çelişki arzeder. Dahası alacak hakları ile ilgili olarak TK m. 130/3 ile sağlanan özel koruma rejimi karşısında, vadesi gelmemiş alacakların özel olarak riskli bir sermaye kalemi muamelesi görmesi de yerinde bir yaklaşım değildir[112].

Müeccel alacaklara ayni sermaye yeterliliği tanınmamış olması beraberinde başka sorunları da getirecek bir tercihtir. Her şeyden önce ancak vadesi gelmiş alacakların ayni sermaye yeterliliği olduğunu söylemek, vadesi gelmemiş alacakların ise anonim ortaklık bakımından geçerli bir sermaye kalemi olamayacağı kuralını vazetmek, pratikte alacağın hiçbir şekilde sermaye olarak konmaması ile eşdeğer bir sonuç doğurmaya müsaittir. Zira bir alacak sermaye olarak konmak istendiğinde asıl olan vadesi gelmemiş alacağın sermaye olarak konmasıdır. Nitekim örneğin para alacağı bakımından düşünüldüğünde şayet sermaye olarak getirilmek istenen alacağın vadesi zaten gelmişse, daha akla yakın olan ihtimal iştirak müteahhidinin vadesi gelmiş olan bu alacağı tahsil ederek, tahsil ettiği meblağı nakdi sermaye olarak kullanmasıdır[113]. Hatta vadesi gelmiş bir para alacağının sermaye olarak taahhüt edilmesi ve böylece tahsil işinin ortaklığa bırakılması, diğer ortaklar bakımından alacağın tahsil edilebilirliği noktasında şüphe uyandıracak bir tercihtir ve dolayısıyla karşılaşılması da düşük bir ihtimaldir[114]. Bu bakımdan özellikle para alacakları söz konusu olduğunda aslolan vadesi gelmemiş alacağın sermaye olarak konulmasıdır. Konusu para dışında bir şey olan alacaklar bakımından dahi, iş hayatının genel pratiğine daha uygun olan ihtimalin müeccel alacakların getirilmesi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye

[112] Aynı gerekçe için bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 105-106.

[113] Bahtiyar, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Makaleler II,** İstanbul 2008, s. 202.

[114] Hatta doktrinde Paslı ilgili ortak tarafından tahsil edilip nakdi karşılığının şirkete sermaye olarak konması mümkün olan muaccel bir alacağın, bu yapılmaksızın sermaye olarak konması normal karşılanmış ve buna cevaz verilmişken alacağın henüz vadesi gelmediği için tahsil imkanı yokken sermaye niteliğinin kabul edilmemesini eleştirmektedir, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 200.

yeterliliğinin engellenmesinin pratikte alacakların hemen hiçbir zaman anonim ortaklıkta bir sermaye kalemi olarak gündeme gelmemesi sonucuna yol açabileceği tahmin edilebilir.

Öte yandan vadesi gelmemiş alacakların sermaye yeterliliğinin bulunmaması en azından ilk bakışta bir sermaye kalemi olarak pratikte daha büyük bir önem taşıyan başka bazı varlıkların da ayni sermaye yeterliliğini şüpheli hale getirebilir. Bu bakımdan tipik bir örnek ticari işletmedir. Gerçekten de şayet vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliği mevcut değilse, bünyesinde normal olarak vadesi gelmemiş alacakların da bulunacağı ticari işletmenin de söz konusu alacaklarla birlikte ve dolayısıyla bir bütün olarak ayni sermaye yeterliliği bulunup bulunmadığı noktasında soru işareti oluşacaktır[115]. Hemen belirtelim ki ilgili bölümde de belirteceğimiz üzere[116] bu durum kesinlikle ticari işletme bakımından bir ayni sermaye yeterliliği engeli teşkil etmez ve ticari işletme, bünyesindeki vadesi gelmemiş alacaklarla birlikte bir bütün olarak ayni sermaye konusu olabilir. Ancak bu durumda da vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin yasak önemli ölçüde işlevsiz hale gelmiş olmaktadır. Dolayısıyla her halükarda doğuracağı sonuçlar itibariyle söz konusu yasağın yerindeliği tartışmalı hale gelmektedir.

Bu kısa değerlendirmeden de ortaya çıkacağı üzere biz, devredilebilirliği ve nakden değerlenebilirliği noktasında karakteristik bir engel taşımayan bir malvarlığı değerinin ayni sermaye yeterliliğini reddetmenin haklı bir gerekçesi olmadığı kanaatindeyiz[117]. Daha önce de vurguladığımız gibi, bir malvarlığının ayni sermaye

---

[115] Kesin bir cevap vermeksizin bu soruna işaret eden Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması III,** s. 201.

[116] Bkz. İkinci Bölüm, IX.

[117] TK'nın bu konudaki yaklaşımına yönelik eleştiriler için bkz. Moroğlu, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu- Değerlendirme ve Öneriler,** 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 141-142, yazar bu hükmün vadeli para alacağını içeren kıymetli evrakın sermaye olarak konmasını engelleyeceğini, ayrıca yasak dolayısıyla portföyünde tahvil vs. alacaklılık hakkı veren menkul kıymetler bulunduran şirketlerin birleşme ve bölünmelerinde de sorun çıkabileceğini belirtmektedir; Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 230, yazar haklı olarak hem vadesi gelmemiş alacaklar, hem de yine TK m. 342'de bahsedilen üzerinde sınırlı ayni hak veya haciz bulunan malvarlığı kalemlerinin nakden değerlenebilirlik ve devredilebilirlik şartlarını taşıdıklarını, bu bakımdan bunların ayni sermaye olarak kabul edilmemelerini haklı kılacak bir gerekçe bulunmadığını, meselenin ayni sermayeye biçilecek değer ile ilgili olduğunu belirtmektedir; Bahtiyar, **TK Tasarısı,** s. 202; ayrıca bkz. Bahtiyar, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi", **Makaleler II**, İstanbul 2008, s. 248; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 104 vd.; karş. TK m. 342 düzenlemesinin anonim şirketlerde sermayenin ifasında gecikmelerin önüne geçilmesini sağlayacağı yönünde Karahan/Karaman Coşgun, **a.g.e.,** s. 346; vadesi

yeterliliği, önceki bölümde ortaya koyduğumuz kıstaslar esas alınarak değerlendirilmek zorundadır. Böyle bir değerlendirme sonucunda ise, yukarıda ifade ettiğimiz üzere vadeli alacakların ayni sermaye yeterliliğini peşinen reddetmeyi gerektirecek bir sebep mevcut değildir.

Her halükarda TK m. 342'nin açıkça benimsediği bu yasak dolayısıyla vadesi gelmemiş alacakların yanı sıra henüz doğmamış alacakların, bu kapsamda örneğin geciktirici şarta bağlı alacakların evleviyetle ayni sermaye yeterliliğinden mahrum olduğu sonucuna varmak gerekir[118]. TK m. 342'nin mevcut ancak henüz vadesi gelmemiş alacakların dahi ayni sermaye yeterliliğini kabul etmemesi karşısında, doğmuş dahi olmayan alacakların[119], devrolunabilirlik ve nakden değerlenebilirlik bakımından ne durumda bulunurlarsa bulunsunlar ayni sermaye yeterliliklerinin olmadığı sonucuna varılmak durumundadır. Öte yandan sermaye taahhüdü anında herhangi bir hukuki temeli bulunmayan, gelecekteki alacaklar, örneğin henüz yapılmamış bir satım sözleşmesinden doğan alacak ve benzeri beklentiler, TK m. 342'nin vadeli alacaklar için getirdiği yasaktan bağımsız olarak, nakden değerlenebilmeleri mümkün olmadığı için ayni sermaye yeterliliğinden yoksundur.

---

gelmemiş alacağın vadeye kadar geçecek dönemde şirket sermayesinin belirsiz kalmasına yol açacağı, ayrıca vadenin uzatılması olasılığının bu belirsizliği daha uzun sürelere de yayabileceği gerekçeleriyle düzenlemeyi olumlu bulan, Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 352.

[118] Arıcı, eTK döneminde şarta bağlı alacakların ayni sermaye yeterliliğini reddetmiştir, bkz. **Alacak Hakkı,** s. 38-39; şarta bağlı alacakların da ayni sermaye olarak getirilebileceği Alman hukukunda azınlıkta kalan yazarlar tarafından kabul edilmektedir, bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/75, yazar Alman hukukunda hâkim görüşün tartışmalı, itiraza uğramış veya ifası şüpheli alacakların ayni sermaye olarak taahhüdünü kabul ettiğini, hâlbuki somut olayın şartları çerçevesinde bu tip alacakların tahsilinin kimi zaman şarta bağlı bir alacaktan daha fazla belirsizlik taşıyabileceğini, dolayısıyla şarta bağlı alacaklar bakımından da meselenin geciktirici ya da bozucu şartın gerçekleşmesinin ne ölçüde mümkün olduğu dikkate alınarak yapılacak bir değerleme sorunu olduğunu, bu değerleme neticesinde sıfır veya sıfıra yakın bir değere ulaşılabileceği gibi, aksinin de mümkün bulunduğunu, dolayısıyla şarta bağlı alacaklar söz konusu olduğunda diğer şüpheli alacaklardan farklı bir ölçüye başvurulmasının yersiz olduğunu belirtmektedir; Märtens, **a.g.e.,** § 5/117, yazar geciktirici şarta bağlı alacaklar bakımından yaptığı açıklamalarda bunların ayni sermaye yeterliliğinin peşinen reddinin yerinde olmadığını, şartın gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu hallerde, değerleme sırasında yapılacak uygun bir kesintiyle, ayni sermaye yeterliliğinin de kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

[119] Geniş anlamda bir borç ilişkisinin geciktirici şarta bağlanmış olması halinde, şart gerçekleşmeden önceki dönemde de taraflar arasında bir hukuki işlem/borç ilişkisi kurulmuş ve varlığını devam ettirmektedir (Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 505; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 248, 333); bununla birlikte geciktirici şart gerçekleşmediği sürece bu geniş anlamda borç ilişkisinden kaynaklanan dar anlamda borçlar/alacaklar doğmayacaktır, başka bir deyişle borç ancak şartın gerçekleşmesi ile doğar, Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 505, 865.

C. Para Alacağının Ayni Sermaye Niteliğinde Olması

Alacağın konusunun para olması durumunda, bu alacağın sermaye olarak getirilmesinin nakdi sermaye olarak mı yoksa ayni sermaye kapsamında mı değerlendirileceği konusunda tereddüt edilebilir. Bu hususta bir tespitin yapılması pratik olarak önemlidir; zira varılacak sonuca göre kanun koyucunun ayni sermaye taahhüdü ihtimaline özgü olarak vazettiği ağırlaştırılmış kuralların (özellikle değer biçme prosedürü, ayrıca kurucular beyanında yer alacak vs.) uygulama alanı bulup bulmayacağı söylenebilecektir.

Bu bakımdan hemen belirtelim ki, alacak hakkı bir para alacağı niteliğinde olsa dahi nakdi sermaye kapsamında değerlendirilemez[120]. Gerçi TK'da nakdi sermayeye veya ayni sermayeye ilişkin bir tanım yapılmış değildir. Ancak bu ayırımın sınırları sermayenin tedariki ilkesi ve bu ilke uyarınca kanuna dâhil edilmiş hükümler değerlendirilerek tespit edilebilir. Kanun koyucu bu ilke uyarınca, pay sahiplerinin taahhütleri toplamının esas sermaye miktarına denk olmasını sağlamaya çalışmakta, örneğin bu sebeple ayni sermaye kalemleri bakımından değer biçme prosedürü getirerek bu kıymetlerin para ile ifade edilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Böyle olunca bizatihi "nakit para" olmayan tüm değerlerin ayni sermaye sınıfına dâhil edilmesi zaruridir[121].

Bir alacak hakkının konusunun para olması ise tek başına onun nakit para ile denk kabul edilmesini haklı göstermez. Zira aşağıda daha ayrıntılı olarak ortaya konulacağı üzere, konusu para olan alacak haklarının gerçek değeri, alacak haklarının tamamı için söz konusu olabilecek bazı özel şartlar nedeniyle (çekişmeli olması, hakkında bir def'i ileri sürülmüş olması, borçlunun ödeme gücünün düşük olması dolayısıyla alacağın tahsil ihtimalinin zayıflığı, devre konu alacağın borçlusunun aciz halinde bulunması[122] vs.) kimi zaman itibari değerlerinden daha

[120] Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 182; Göle de para dışında kalan tüm ekonomik değerlerin ayni sermaye kapsamına dahil olduğunun kabul edilebileceğini belirtmekle birlikte, buna ek olarak kıymetli evrak ve alacakların ne ayni ne de nakdi sermaye kavramlarına dahil olmadığını belirtmektedir, s. 27-28; karş. kıymetli evrak ve alacakları "nakdi sermaye" kategorisi altında inceleyen Bilgili/Demirkapı, s. 56.

[121] Ayni sermaye kavramının kapsamı hakkında bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I.

[122] Son örnek için bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 210.

düşük olabilir. Öte yandan alacak hakkının sermaye olarak getirilmesi halinde sermaye borcunun ifasının üçüncü kişinin iradesine bağlı olması da şirket bakımından elverişsiz bir durum teşkil eder[123]. Bu durumlardan birinin veya bir kısmının varlığı halinde alacağın içerdiği meblağın, olduğu gibi sermaye borcundan düşülmesi mümkün değildir. Nihayet TK m. 344 ile nakdi sermaye borcunun en az dörtte birinin şirketin tescilinden önce ödenmesi zorunluluğunun alacak hakkı bakımından uygulanma imkânı bulunmaması da para alacağı ile nakdi sermaye arasındaki farkı ortaya koymaktadır[124]. Dolayısıyla sermayenin tedariki ilkesi bakımından, bir alacağın sermaye olarak taahhüdü durumunda yapılması gereken, söz konusu alacak hakkı ile ilgili olarak değer biçme prosedürünün işletilmesi ve eğer alacağın sermaye olarak arzettiği değeri düşüren faktörler mevcutsa bunların değerleme sırasında dikkate alınmasıdır.

Sonuç itibariyle alacak hakkı, konusundan bağımsız olarak ayni sermaye kapsamında ele alınmak zorundadır. Alacağın konusunun para olması, alacak hakkının kendine özgü yapısı ve tabi olduğu şartlar dikkate alındığında bu sonucu değiştirmez. Alacak hakkının içerdiği parasal meblağın da söz konusu şartlar göz önünde bulundurularak sermaye niteliği bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekir. Varılan bu ara sonuç çerçevesinde para alacağının sermaye yeterliliği değerlendirilirken ayni sermayeye ilişkin yeterlilik şartları esas alınmalıdır. Biz de aşağıda para alacağı haklarını bu bağlamda değerlendirmeye çalışacağız.

D. Sermaye Taahhüdüne Konu Olan Alacağın Borçlusu Bakımından Değerlendirilmesi

1. Alacağın Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması

Alacak hakkının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi denince akla ilk gelen ihtimal doğal olarak pay sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu bir alacağı ortaklığa getirmesidir. Bu kapsamda pay sahibi nakden değerlenebilir ve ayrıca devredilebilir nitelikte olan alacak hakkını anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirebilecektir. Bu halde özel olarak üzerinde durulabilecek husus

[123] Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 182.

[124] eTK bakımından bkz. Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 183.

devredilebilirlik şartıdır. Gerçekten de alacağın temlikinin mümkün olmaması durumunda TK m. 342'nin açık hükmü ve doğal bir zorunluluk olarak söz konusu alacağın ayni sermaye niteliği bulunmadığı sonucuna varılacaktır.

Konuyla ilgili olarak BK m. 183/1'de "kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça" borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın alacağın devrinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Şu halde alacağın temlikinde kural olarak serbesti bulunduğu söylenebilirse de, zikredilen kanun hükmünün işaret ettiği hallerde –en azından borçlunun rızası olmaksızın- devrin mümkün olmadığı, dolayısıyla bu durumun ayni sermaye yeterliliğini de engelleyeceği belirtilmelidir. Sözleşme ile kararlaştırılabilecek temlik engelleri bir tarafa bırakılırsa, kanunda çeşitli sözleşmelerden kaynaklanan alacakların temliki için borçlunun onayına ihtiyaç bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda konut ve çatılı işyeri kirasından kaynaklanan kullanma hakkı (BK m. 322/2); ürün kiracısının (BK m. 366/1) veya kullanma ödüncünde ödünç alanın kullanma hakkı (BK m. 380/2); işverenin işin görülmesine ilişkin hakkı (eBK m. 320/2) yahut MK m. 25/4 uyarınca manevi tazminat alacağı borçlunun rızası olmaksızın devredilemeyecektir. Bunun gibi işin niteliği gereği alacağın temlikinin mümkün olmadığı örneğin rekabet yasağı sözleşmesine uyulmasını isteme hakkının[125] veya her türlü sözleşme yapma vaadinden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını isteme haklarının[126] da sermaye olarak getirilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak şüphesiz tüm bu hallerde –gerektiğinde yazılı olarak (örn. bkz. BK m. 322/2)- borçlunun rızasının alınmış olması durumunda artık ilgili alacak da devredilebilirlik niteliğini tekrar kazanacak ve ayni sermaye yeterliliğinin önünde de özel bir engel kalmamış olacaktır[127].

[125] von Tuhr, **a.g.e.,** s. 842; Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 561.

[126] von Tuhr, **a.g.e.,** s. 841; Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 561, dn. 67.

[127] Bununla birlikte söz konusu onay beyanının her halükarda yazılı olarak alınması ve böylece gerektiğinde değer tespiti yapacak olan bilirkişiye veya şirketin tescili esnasında ticaret siciline ibraz edilebilir durumda bulunması tavsiye edilebilir.

2. Alacağın Borçlusunun Ortaklık Olması:

a. Genel Olarak:

Türk doktrininde borçlu tarafında bizzat ortaklığın yer aldığı alacakların da sermaye yeterliliğinin bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. Özellikle esas sermaye artırımı ile ilgili olarak yapılan açıklamalarda, artırımda kullanılabilecek kalemlerden birisi olarak ortaklığın bizzat ortaklara veya üçüncü kişilere karşı olan borçları da zikredilmiştir[128]. Bu usulde sermaye artırımında pay sahibi (veya üçüncü

[128] Moroğlu, Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2003, s. 5, yazar bu şekilde anonim ortaklığın gerek pay sahiplerine gerekse pay sahibi olmayan kimselere karşı olan borçlarının sermayeye dönüştürülmesinin, likidite sıkıntısı yüzünden ödeme güçlüklerinin giderilmesi amacına da hizmet ettiğini belirtmektedir; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1379; Teoman, Ömer, "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843 K. 1972/356)", **Tüm Makalelerim,** C. I-II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 200; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 35.

İsviçre hukukunda da kuruluşta veya sermaye artırımında sermaye borcunun ortaklıktan olan bir alacak ile takas edilmek suretiyle ifasının mümkün olduğu özellikle yargı içtihadında erken tarihlerden beri kabul edilmektedir (Bu konuda İsviçre hukukundaki tarihsel süreç için bkz. Isler, Peter R./Schilter-Heuberger, Evelyn, "Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung", **Festschrift für Rolf H.Weber zum 60. Geburtstag,** Bern 2011, s. 877 vd.; 1991 öncesi dönem için ayrıca bkz. von Steiger, **a.g.e.,** s. 110-111). Kanunda bu konuda özel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde eski İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 80'de sermaye borcunun takas yoluyla ifası açıkça düzenlendiği gibi, daha sonra da İsvBK'da 1991 yılında yapılan değişiklikler kapsamında konu kanunun çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (bkz. İsvBK m. 634a/2, 635/b.2, 652e/b.2). Bu düzenlemeler çerçevesinde bugün İsviçre hukukunda hâkim olan kanaat takas yolu ile ifanın ayni ve nakdi sermaye yanında ve onlardan ayrı bir sermaye türü olduğu yönündedir (bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/34; Isler/Schilter-Heuberger, **a.g.m.,** s. 880; takas yoluyla ifanın bir ayni sermaye türü olmadığı yönünde Böckli, **a.g.e.,** §1/428; Schenker, **a.g.e.,** § 628/2).

İsviçre'den farklı olarak bu konuda açık bir kanuni düzenlemenin yer almadığı Alman hukukunda da pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesi tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir (Bu konuda bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 233 vd.; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/80; Pentz, **a.g.e.,** § 27/29; Arnold, **a.g.e.,** § 27/54; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/18; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/24; Bayer, **a.g.e.,** § 27/16; Winter, **a.g.e.,** § 5/48; Märtens, **a.g.e.,** § 5/124; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/28; Bayer, **a.g.e.,** § 5/17; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/89).

Bununla birlikte Alman hukukunda asıl tartışmalı olan konu, pay sahibinin şirketten olan alacağını sermaye olarak getirmesinin bir ayni sermaye taahhüdü olarak değerlendirilmesinin zorunlu olup olmadığı, buna bağlı olarak söz konusu alacağın da değerleme prosedürüne tabi tutulup tutulmayacağıdır. Daha yaygın biçimde savunulan görüş bu halde de ayni sermayeye ilişkin kuralların ve değer biçme prosedürünün uygulanmasının gerekli olduğunu, zira bu durumda da alacağın gerçek değerinin itibari değerinden farklı olabileceği ihtimallerin bulunabileceğini, bu çerçevede özellikle şirketin borca batık durumda bulunmasının pay sahibinin şirketten olan alacağının gerçek değerini itibari değerinin altına düşüreceğini belirtirken (Lutter, **a.g.e.,** s. 240; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/80 vd., 206 vd.; Pentz, **a.g.e.,** § 27/29; Arnold, **a.g.e.,** § 27/57; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/18; Winter, **a.g.e.,** § 5/48; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/28; Märtens, **a.g.e.,** § 5/27; Gustavus, Eckhart, "Kapitalerhöhung durch Einbringung von Darlehensforderungen gegen die Gesellschaft", **BB** 1977, s. 214 vd.; Henze, Hartwig, "Zur Problematik der "verdeckten (verschleierten) Sacheinlage" im Aktien- und GmbH-Recht", **ZHR 154** (1990), s. 119 vd.; Ulmer, Peter, "Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-

bir kişi) sermaye taahhüdü olarak şirkete karşı sahip olduğu alacağı getirmekte, böylece bir yandan ortaklık bir borcundan kurtulmuş olmakta, diğer yandan pay sahibi/üçüncü kişi de nakdi ödeme yapmaksızın yalnızca alacağının sermayeye tahvili suretiyle sermaye koyma borcunu yerine getirmiş olmaktadır.

Kanımızca da ortaklığa karşı sahip olunan bir alacağın sermaye olarak taahhüdünün önünde kural olarak bir engel yoktur. Bu konuda daha önce ortaya koyduğumuz genel ilkelere uygun olarak, taahhüt edilen malvarlığının ekonomik bir değerinin bulunması, ayni sermaye yeterliliğinin onaylanması için yeterlidir. Bu açıdan bakıldığında ortaklığın bizzat borçlu sıfatını haiz olduğu bir alacağın ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin ortaklık malvarlığını artırıcı bir etkisi olduğu konusunda şüphe edilmemelidir. Zira bu durumda malvarlığındaki artış ortaklığın borcunun/pasifinde yer alan bir yabancı kaynak kaleminin azalması ve buna mukabil aktifte yer alan aynı miktardaki değerin serbest kalması şeklinde gerçekleşmektedir[129]. Dolayısıyla alacağın borçlusunun ortaklık olması, söz konusu alacağın sermaye olarak ekonomik bir değer arzettiği gerçeğini değiştirmeyecektir.

Recht", **ZHR 154** (1990), s. 138 vd.; Müller, Gerd, "Zur Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital fallierender Gesellschaften –Besprechung der Entscheidung BGHZ 125, 141-", **ZGR** 1995, s. 333 vd.), diğer görüşteki yazarlar ortaklık bakımından kendisine karşı ileri sürülen alacakların daima itibari değerleri ile değerleneceğini ve buna göre pasifleştirileceğini, bu durumda diğer alacaklıların zarara uğradıkları iddiasının gerçekçi olmadığını zira bu borcun ortadan kalkmasıyla birlikte ona karşılık gelen aktif malvarlığı değerlerinin de serbest kalacağını ifade etmekte, dolayısıyla bu durumda mevsuf kuruluşa ilişkin hükümlerden sarf-ı nazar edilebileceği sonucuna ulaşmaktadırlar (Gessler, Ernst, "Die Umwandlung von Krediten in Haftendes Kapital", **Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag 4. September 1975,** München 1975, s. 179 vd.; Meilicke, Wienand, "Die Kapitalaufbringungsvorschriften als Sanierungsbremse – Ist die deutsche Interpretation des § 27 Abs. 2 AktG richtlinienkonform?" DB 1989, s. 1072 vd.; Karollus, Martin, "Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital- eine verdeckte Sacheinlage?", **ZIP** 1994, s. 591 vd.; Hannemann, Hans D., "Zur Bewertung von Forderungen als Sacheinlagen bei Kapitalgesellschaften", **DB** 1995, s. 2055 vd.). Biz de bu meseleye aşağıda İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün konuyla ilgili düzenlemeler içeren genelgesini ele alırken değineceğiz.

[129] Lutter, **a.g.e.,** s. 234; Pentz, **a.g.e.,** § 27/29; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/80, yazar bu durumda ortaklığın safi malvarlığının arttığını belirtmektedir; ortaklığın likit değerlerini bünyesinde tutmuş olmasının ekonomik açıdan yeterli olduğu yönünde Zeidler, **a.g.e.,** § 5/89.

b. Sermaye Taahhüdünün Türü: Ayni Sermaye mi Nakdi Sermaye mi?:

(1) Doktrinde ve Mevzuattaki Durum:

Pay sahibinin şirketten olan alacağını sermaye olarak getirmesi konusunda öncelikle ele alınması gereken husus, bu durumda ortada bir ayni sermaye taahhüdü halinin bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak ayni sermayeye ilişkin özellikle değer biçme prosedürünün bu alacaklar bakımından da uygulanmasının gerekip gerekmediği meselesidir.

Konuyla ilgili mevzuatta özel bir düzenlemenin bulunmadığı eTK döneminde doktrinde bu soruna ayrıntılı bir biçimde olmasa da değinilmiştir. Bununla birlikte Tekinalp, anonim ortaklığın kuruluşu ve sermaye artırımı sırasında sermaye borcunun takas suretiyle ödenmesi meselesini ayrıca ele almış ve burada özellikle İsviçre hukukuna ve özellikle (eski) İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesinin 80. maddesine işaret ederek, konuyla ilgili özel bir düzenleme bulunmayan Türk hukukunda da İsviçre'de kabul edildiği üzere bu aşamada yapılacak takasın kuruluşu mevsuf hale getireceğinin kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla takas konusu alacağın "varlığının ve değerinin" bilirkişilerce tespitinin sağlanmasının bizim sistemimize de uygun bir çözüm olacağını belirtmiştir[130].

Buna karşılık Domaniç, *"sermaye edinilen para alacağı hakkının istisnaen...ayın sermaye değil nakit sermaye niteliğinde"* olduğu halleri sayarken, *"...sermaye artırımı sebebiyle bir ortağın taahhüt edeceği nakit sermayenin tamamının, sermaye borçlusu ortağın şirkette bulunan alacağının takas ve mahsubu suretile ödenmesi"* ihtimalini de zikretmekte ve bu halde bir ayni sermaye taahhüdünün söz konusu olmadığını ve dolayısıyla bilirkişi incelemesine de ihtiyaç bulunmadığını belirtmektedir[131].

---

[130] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1047, yazarın İsviçre'deki durumu açıklarken işaret ettiği mevzuatın eskimiş olduğunu belirtelim. Gerçekten yazarın zikrettiği 1937 tarihli İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü 2007 yılında yenilendiği gibi, eski Tüzüğün 80. maddesinde yer alan düzenlemenin yerini de 1991 yılında İsvBK'da yapılan değişiklikle eklenen kanun maddeleri almış, başka bir deyişle konu bu tarihten itibaren kanuni bir mesele haline gelmiştir.

[131] Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 184.

Yeni dönemde pay sahibinin şirketten olan alacağının bir sermaye kalemi teşkil edebileceği bizzat pozitif metinlerde öngörülmüş (bkz. TK .m 457/2-(a); şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin TK m. 463 vd.; limited şirketler bakımından TK m. 583/5) ve en azından bu bakımdan kanun koyucu konuyu tamamen ihmal etmediğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte anılan hükümlerde, pay sahibinin şirketten olan alacağının mutlak olarak bir ayni sermaye kalemi teşkil edip etmediği, dolayısıyla özellikle değerleme prosedürüne tabi olup olmadığı konusunda kanun koyucunun açık bir belirleme yapmadığı görülmektedir[132, 133]. Dolayısıyla yeni dönemde de tartıştığımız konunun kanun düzeyinde çözüme kavuşturulmamış olduğu söylenebilir.

Buna karşılık konu TK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın kaleme aldığı bazı metinler ile birlikte güncel hale gelmiştir. İlk olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 15.07.2013 tarihli Bakanlık görüşünde öncelikle –malumun ilamı olacak şekilde- "alacakların sermayeye ilavesi"nin TK bakımından mümkün olduğu sonucuna ulaşıldıktan sonra daha önemlisi bu halde bir ayni sermaye taahhüdünün mevcut olduğu ve dolayısıyla sermayeye eklenecek alacaklara da TK m. 343 uyarınca değer biçilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Ancak söz konusu Bakanlık görüşünün yayınlanmasından kısa bir süre sonra 27.09.2013 tarihinde, bu kez yine İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından konuyla ilgili bir genelge yayınlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu defa daha açık bir biçimde *"Buna göre, pay sahibinin, üçüncü bir kişiden veya şirketten olan üzerlerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve tedbir bulunmayan, vadesi gelmiş alacağının bir sermaye*

[132] Ancak gerek anonim ortaklıklar bakımından TK m. 457/2-(a)'nın, gerekse limited ortaklıklara ilişkin TK m. 583/5'nin kaleme alınış tarzı, pay sahibinin şirketten olan alacağının İsviçre hukukunda yaygın şekilde kabul edilidiği gibi ayni ve nakdi sermaye yanında onlardan ayrı üçüncü bir sermaye türü olarak kabul edildiği yönünde yorumlanmaya müsaittir. Gerçekten de TK m. 457/2-(a)'da esas sermaye artırımı halinde yönetim kurulunun yapacağı beyanın içeriği düzenlenirken nakdi ve ayni sermayeye ilişkin açıklamalar sayıldıktan ve noktalı virgül konulduktan sonra *"…bir borcun takası söz konusu ise…"* denildiği gibi, TK m. 583/5'te de, belki daha da güçlü bir şekilde *"Esas sermaye payının bedeli…nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla...ödenir"* denilerek, böyle bir yoruma destek olacak bir ifade tarzı tercih edilmiştir.

[133] Bu konuda doktrinde Tekinalp anonim ortaklığa karşı sahip olunan alacağın bir takas işlemine konu olacağını belirttikten sonra, bu halde alacağın sermaye olarak konulmasının nakdi sermayeye de benzediğini belirtmekle yetinmiştir, Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin), **Ortaklıklar Hukuku I,** Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014, N. 487a.

şirketine ayni sermaye olarak konulmasında herhangi bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir" denilerek pay sahibinin şirketten olan alacağını ayni sermaye olarak getirmesinin mümkün olduğu ifade edildikten sonra, uygulamada mahkemelerin söz konusu alacakların değerlenmesi ile ilgili olarak bilirkişi atanması taleplerini reddettikleri, bu sebeple yaşanan problemlerin giderilmesi amacıyla bu genelgenin yayınlandığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede İç Ticaret Genel Müdürlüğü – ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı ve bir özellik arzetmediği halde- pay sahibinin şirketten olan alacağını bir başka şirketin kuruluş veya sermaye artırımında ayni sermaye olarak getirmek istemesi halinde TK m. 343 uyarınca mahkemece bilirkişi atanması gerekliliğinin devam ettiğini belirtmiş, ancak pay sahibinin şirketten olan alacağını yine aynı şirkete sermaye artırımı sırasında ayni sermaye olarak getirmesi durumunda ise TK m. 343 uyarınca mahkemece atanacak bilirkişinin hazırlayacağı raporun yanı sıra *"yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin raporunun da ibraz edilebileceği"* sonucuna ulaşmıştır[134].

Genelgenin amacı Bakanlığın açıkça ifade ettiği üzere bilirkişi tayini aşamasında yaşanan problemin aşılmasıdır. Bu noktada TK m. 343 düzenlemesine genelge ile istisna getirilmesinin normlar hiyerarşisi bakımından oluşturduğu problem açıktır. Ancak buna ilişkin ihtirazi kayıt saklı kalmak koşuluyla konumuz açısından asıl önemli olan nokta Bakanlığın da pay sahibinin ortaklıktan olan alacağını bir ayni sermaye türü olarak nitelemiş ve dahası bunun da diğer ayni sermaye kalemleri bakımından olduğu gibi TK m. 343'teki değerleme prosedürüne tabi olduğu sonucuna varmış olmasıdır. Söz konusu metinlerde uygulamada mahkemelerin yol açtıkları problemin mahiyeti konusunda bir ayrıntı

[134] Bakanlığın ve İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün konuyla ilgili olarak benimsediği bu yaklaşım tarzı esasen yeni değildir. Nitekim daha önce de zikrettiğimiz (bkz. yukarıda İkinci Bölüm, III, B, 5), Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İç Ticaret: 2003/3 sayılı (mülga) "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin, esas sözleşme değişikliğinde istenecek belgelere ilişkin 2 numaralı ekinin "F" maddesinde *"sermaye artırımını(n) ortakların şirketten (olan) alacakların(ın) ilavesi yoluyla yapılması halinde bunların tespitine dair mahkemenin bilirkişi raporu ve mahkeme bilirkişi atama kararı* ***veya Yeminli Mali Müşavir veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavir Raporu****"*nun dilekçeye eklenmesi istenerek, bahsi geçen durumda mahkemenin atayacağı bilirkişinin yanı sıra yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir tarafından hazırlanacak raporun da yeterli olacağı –kanuni bir dayanağı bulunmaksızın- kabul edilmişti.

verilmediğinden, mahkemelerin söz konusu alacakların ayni sermaye yeterliliğini red mi ettikleri, yoksa bunu kabul etmekle birlikte TK m. 343'teki değerleme prosedüründen muaf mı gördükleri anlaşılamamaktadır. Ancak her halükarda söz konusu genelgenin yayınlandığı tarihten sonraki uygulamayı dönüştüreceği muhakkaktır.

(2) Olması Gereken Hukuk Bakımından Görüşümüz:

Yukarıda açıklandığı üzere kuruluşta veya esas sermaye artırımı sırasında pay sahibinin sermaye olarak ortaklıktan olan bir alacağını getirmesi ihtimali yeni dönemde TK'da açıkça öngörülmüşse de, bu ihtimalde ayni sermayeye ilişkin rejimin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi söz konusu hükümlerde açıklığa kavuşturulmamış, buna karşılık Bakanlık, 15.07.2013 tarihli görüşü ve 27.09.2013 tarihli genelgesi ile konuya müdahale etme ihtiyacı duymuş ve bu çerçevede söz konusu hali bir yandan açıkça bir "ayni sermaye taahhüdü" olarak nitelendirdiği gibi, diğer yandan özellikle değerleme prosedürü konusunda kanundaki rejime önemli bir istisna getirmiştir.

İlk bakışta tartıştığımız ihtimalde de ortada bir alacağın olduğu, dolayısıyla özel bir incelemeye gerek olmaksızın, nakit dışı bir değer olarak bu alacağın da, borçlunun sıfatından bağımsız biçimde otomatik olarak ayni sermaye kategorisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Gerçekten de TK'da -hem eTK'ya hem de bu konudaki Sermaye Yönergesi düzenlemesine paralel olarak- sermayenin türü bakımından nakdi ve ayni sermaye şeklinde iki kategori ve yine buna bağlı olarak getirilecek sermayenin türüne göre iki ayrı rejim –nakdi kuruluş/mevsuf kuruluş- benimsenmiştir. Bu bakımdan ilgili bölümde açıkladığımız üzere sistemimizde nakit dışındaki tüm sermaye kalemlerinin ayni sermaye kategorisinde yer aldığı -yine Sermaye Yönergesi m. 10'a paralel bir biçimde- kabul edilmiş ve TK m. 339/2-e'de "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar"ın varlığı halinde mevsuf kuruluşa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Kısacası TK'nın öteden beri benimsediği bu sistem çerçevesinde nakit dışı bir değer olan "ortaklığın borçlu olduğu alacağın" da ayni sermaye kategorisi içerisinde değerlendirilmesi adeta bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte daha derinlikli bir inceleme, kanuni kategorilerin sınırlılığı dolayısıyla ortaya çıkan bu ilk sonucun çok da tatmin edici olmadığını ortaya koymaktadır. Zira böyle bir bakış açısı ortaklığın borçlu olduğu alacağın hem diğer ayni sermaye kalemleri hem de diğer alacaklar ile arasında mahiyet bakımından önemli farklar olduğunu göz ardı etmektedir. Öncelikle diğer ayni sermaye kalemleri ile ortaklığın borçlu olduğu alacağın sermaye olarak arzettikleri nitelik oldukça farklıdır. Gerçekten de ayni sermaye konularak yapılan bir sermaye artırımı daima efektif bir artırımdır; bu artırım neticesinde ortaklığın malvarlığı artacak, bilanço açısından bakıldığında da yine hem pasifte hem de aktifte artış meydana gelecektir. Tam da bu sebeple ayni sermayeye değer biçilmesi bir zorunluluktur. Zira sermaye olarak getirilen ayni sermaye kalemi şirketin malvarlığını artıracağı için bu artırımın parasal olarak neye tekabül ettiğinin belirlenmesi ve bu kıymetin bir taraftan bilançonun aktifine tespit edilen değerle geçirilmesi, diğer taraftan pasifte esas sermaye kaleminin de aynı miktarda artırılması gerekir. Hâlbuki ortaklığın borçlu olduğu bir alacağın sermaye olarak getirildiği bir sermaye artırımında, ortaklığa yeni bir malvarlığı girişi gerçekleşmez, başka bir deyişle efektif bir artırım söz konusu değildir[135]. Dolayısıyla böyle bir artırım neticesinde ortaklığın malvarlığı ve buna bağlı olarak aktif ve/veya pasifteki değerlerin toplamı değişmeyecektir. Yalnızca pasifte yer alan kalemler arasında bir yer değişimi gerçekleşecek, yabancı kaynaklarda (borçlar) yer alan belirli bir miktar, sermaye artırımı ile birlikte otomatik olarak öz kaynaklardaki bir kaleme (esas sermaye) aktarılmış olacaktır. Bu durumda ise –tıpkı serbest yedek akçeler kullanılarak yapılan bir sermaye artırımında olduğu gibi-, artırıma konu olan kalem şirketin aktiflerine eklenmesi gereken ve bu sebeple değerinin belirlenmesine ihtiyaç bulunan mücessem/somut bir varlık değil, aksine pasifte yer alan belirli bir rakam olduğundan, bununla ilgili olarak değer biçme prosedürünün işletilmesine de kesinlikle gerek duyulmayacaktır.

Ortaklığın borçlusu olduğu alacak hakkının ayni sermaye olarak nitelendirilmesinin buradaki alacak hakkı ile ayni sermaye olarak şirkete getirilecek

[135] Nakdi veya ayni sermaye kullanılarak gerçekleştirilen sermaye artırımı ile şirketin alacağının sermayeye eklenmesi suretiyle gerçekleşen sermaye artırımı arasındaki farka dikkat çeken Forstmoser, Peter/Vogt, Hans-Ueli, "Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft", **ZSR 144** (2003/1), s. 535-536.

olan diğer/olağan alacak hakları arasındaki farkı da göz ardı ettiğini belirtmiştik. Gerçekten de olağan biçimiyle üçüncü kişinin borçlu olduğu bir alacak hakkının ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde de her şeyden önce yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz anlamda efektif bir sermaye artışı söz konusudur ve ortaklık malvarlığı alacağa biçilen kıymet kadar artacaktır. Bunun yanı sıra ilişkinin üç taraflı yapısı da değer biçilmesini gerektiren bir başka faktördür. Gerçekten ortaklık bu durumda sermaye müteahhidi olarak pay sahibi ile, buna karşılık sermaye konusu alacağın ifası için ise üçüncü kişi ile muhatap olmaktadır. Kural olarak ortaklığın tanımadığı ve doğrudan muhatap olmadığı bir kimsenin borçlu olduğu bir alacağın ödenmesi noktasında doğabilecek tereddütler dolayısıyla, borçlunun ödeme kabiliyetini de göz önüne alan bir değerleme prosedürü kaçınılmazdır. Böylece alacağın gerçek değerini itibari değerinin altına düşürebilecek riskler dikkate alınmış ve ortaklığın malvarlığının "sulandırılması" engellenmiş olacaktır.

Hâlbuki ortaklığın bizzat borçlu olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesi durumunda efektif bir artış olmadıktan başka, bu işlem neticesinde ortaklık her durumda pasifte yer alan borç miktarının tamamından kurtulmuş olmakta, başka bir açıdan yine her durumda ortaklık sermayesi pasifte yer alan ve sermaye taahhüdüne konu olan borç miktarınca artmış olmaktadır[136]. Bu itibarla ortaklığın borçlu olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesinin efektif değil hesabi bir işlem olduğu da tekrar dikkate alındığında, bu alacağın üçüncü kişinin borçlu olduğu alacakta olduğu üzere borçlunun (bu ihtimalde bizzat ortaklığın!) ödeme yeterliliğini de dikkate alan ve itibari değer yerine gerçek değeri bulmaya çalışan bir değer biçme prosedürüne tabi kılınması anlamsızdır.

Burada alacağın değerlenmesi bakımından dikkat edilmesi gereken nokta bu değerlemenin üçüncü kişilerin değil her halükarda ortaklığın bakış açısından yapılacağıdır. Nitekim herhangi bir ayni sermaye kalemi, örneğin bir taşınmaz, taşınır, marka yahut üçüncü kişinin borçlu olduğu alacağın değeri belirlenirken, bu değerin kendisine göre belirlendiği mihenk bizatihi ortaklıktır. Bu bakımdan örneğin tekstil ürünleri imalatı ile iştigal eden bir ortaklığa sermaye olarak bir otomobil fabrikasının getirilmesi halinde belirlenecek değerle, çalışır durumdaki bir dokuma

[136] Gessler, **a.g.m.,** s. 182; Meilicke, **DB 1989,** s. 1119; Isler/Schilter-Heuberger, **a.g.m.,** s. 893.

fabrikasının getirilmesi halinde belirlenecek değer, ortaklığın iştigal konusu dikkate alınarak farklılaşmaktadır. Ortaklığa sermaye olarak getirilecek alacağın borçlusunun bizzat ortaklık olması durumunda da bu ilkeden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur[137]. Dolayısıyla örneğin ortaklığın bir borcunu tamamen veya kısmen ödeme yeterliliğinin bulunmadığı gerekçesiyle bu borca itibari değerinin altında bir değer biçilmesi ve bunun düşük değerle sermayeye eklenmesi, alacağın değerini üçüncü kişi veya pay sahibinin bakış açısıyla değerlemek anlamına geleceğinden doğru değildir. Hâlbuki yukarıda belirttiğimiz üzere ortaklığın borcu sermayeye dönüştürüldüğü takdirde, ortaklık açısından bakıldığında şirket bu alacaktan pasifte yer alan itibari değeri ne kadarsa o ölçüde kurtulmuş olmaktadır. Durum böyle olunca ortaklığın borçlu olduğu bir alacağın sermayeye dönüştürülmesinde daima itibari değerin esas alınacağı sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır[138].

---

[137] Meilicke, **DB 1989,** s. 1074.

[138] Nitekim pay sahibinin şirketten olan alacağının sermaye olarak getirilmesi halinde böylesi bir değerleme prosedürüne tabi kılınmasının gerekli olup olmadığının yoğun biçimde tartışıldığı Alman hukukunda dahi tartışma esas itibariyle şirketin borca batık olması haline özgü olarak yaşanmaktadır. Bunun dışında normal dönemde pay sahibinin şirketten olan alacağını ayni sermaye olarak getirmesi halinde bunun itibari değeri ile değerlenmesinin önünde kural olarak bir engel yoktur. Nitekim hâkim görüşteki Gustavus, şirket malvarlığının ortaklığın borçlarını ve esas sermayeyi bütünüyle karşıladığı hallerde veya sermayenin kısmen karşılıksız kaldığı, dolayısıyla esas sermaye miktarı değilse de şirket borçlarının bütünüyle karşılandığı hallerde söz konusu alacağın itibari değeri ile değerlenmesinin önünde herhangi bir engelin bulunmadığını belirtmektedir (Gustavus, **a.g.m.,** s. 215).

Alman doktrininde bunun dışında değerlemeyi haklı kılan sınırlı sayıdaki haller arasında zikredilen, alacağın müeccel olması ihtimali (bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/84; Märtens, **a.g.e.,** § 5/129) zaten TK m. 342 ile açıkça bir sermaye yeterliliği engeli olarak kabul edildiği gibi, ayni sermaye hükümleri yerine nakdi sermaye hükümlerinin uygulanması halinde alacağın sermayeye tahvilini sağlamak amacıyla başvurulacak olan "takas" işlemi bakımından da alacağın muacceliyeti bir takas engeli teşkil edecektir (BK m. 139/1). Öte yandan yine bu kapsamda zikredilen (bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/83; Pentz, **a.g.e.,** § 27/29; Winter, **a.g.e.,** § 5/48; Märtens, **a.g.e.,** § 5/128) alacağın çekişmeli/belirsiz olması hali de yine ortaklıklar hukuku çerçevesinde bir takas engeli olarak değerlendirilebilir. Nitekim çekişmeli alacakların takasına cevaz veren BK m. 139/2'nin mehazı olan İsvBK m. 120/2'nin varlığına rağmen İsviçre doktrininde bu hükmün sermaye borcunun takas yoluyla ifasına uygulanmasının ortaklıklar hukuku bakımından kabul edilemeyeceği belirtilmekte, dolayısıyla alacağın çekişmeli olmasının tartışılan konu bakımından bir takas engeli olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir, bu yönde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/32; Böckli, **a.g.e.,** §1/412; Schenker, **a.g.e.,** § 628/2; Isler/Schilter-Heuberger, **a.g.m.,** s. 881-882.

İsviçre doktrininde de hâkim görüş sermaye borcunun takas suretiyle ödenmesi halinde alacağın itibari değerinin dışında gerçek değerinin belirlenmesinin gerekli olmadığı yönündedir. Özellikle belirtelim ki bu hukuk çevresinde de aksi görüşü savunan yazarlar meseleyi borca batıklık özelinde ele almaktadırlar (İsviçre'de bu görüş asıl olarak Böckli tarafından savunulmaktadır, bkz. **a.g.e.,** § 2/127 vd., aynı görüşteki yazarların bir listesi için bkz. Forstmoser/Vogt, **a.g.m.,** dn. 9).

Ortaklığın bizzat borçlu olduğu alacakların ayni sermaye rejimine tabi tutulmaması halinde ise yine kategorik zorunluluk dolayısıyla böyle bir sermaye taahhüdünün nakdi sermaye olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Zira ayni sermaye kapsamında olmayan bir sermaye kaleminin yerleştirilebileceği yegâne sermaye kategorisi nakdi sermayedir. Bununla birlikte alacağın sermayeye tahvilinin nakdi sermaye olarak tavsif edilmesi ve bütünüyle buna ilişkin rejime tabi tutulması da yerinde olmayacaktır. Bir kere teorik olarak bu halin nakdi sermaye taahhüdü olarak açıklanabilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda ayni sermaye bakımından yaptığımız açıklamalarda olduğu üzere, nakdi sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı da daima efektif bir artırım olmasına ve dolayısıyla ortaklık malvarlığında bir artışa, şirkete yönelik bir nakit akışına yol açmasına rağmen, alacağın sermayeye tahvili suretiyle artırımı bu nitelikte değildir[139]. Nitekim bu halde örneğin sermaye borcunun yerine getirilmesi de nakdi sermaye borcunun tahsili için benimsenen sistemden bütünüyle farklı bir biçimde gerçekleşmekte, sermaye artırımı ile birlikte takasa konu alacak hakkı otomatik olarak sermayeye eklenmekte ve dolayısıyla nakdi sermaye taahhüdünde olduğunun aksine "tahsil" özel bir mesele olarak ortaya çıkmamaktadır.

Öte yandan alacağın sermayeye tahvilinin nakdi sermaye olarak nitelenerek, özellikle mevcudiyet denetiminden ve daha ziyade mevsuf kuruluşa özgü kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinden muaf tutulması da sakıncalı olacaktır. Zira bu alacakların sermaye yeterliliğinin belirlenmesinde en azından bunların gerçekliğine ilişkin bir denetimin yapılması, takasa konu alacağın mevcut ve gerçek olup olmadığının belirlenmesi yahut hiç değilse taahhüt edilmesi gerekir. Aksi takdirde bazı ortaklar veya üçüncü şahıslar lehine bilançoda gerçek olmayan/fiktif alacaklar ihdas edilmek suretiyle sermaye artırımları yapılmasına ve ortaklığın ve diğer pay sahiplerinin bu suretle zarara uğratılmasına göz yumulmuş olacaktır[140]. Ayrıca takas edilebilirliğin şartlarının oluşup oluşmadığının, bu kapsamda karşılıklılık şartının yahut TK'nın genel olarak tüm alacak hakları bakımından aradığı ve ayrıca bir takas

[139] Böckli bu farka dikkat çekmektedir, **a.g.e.,** §1/429.

[140] Nitekim İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 27.09.2013 tarihli genelgesinde de özellikle "alacağın varlığının tespiti" üzerinde durulmakta ve dolayısıyla bu noktada doğabilecek risklere dikkat çekilmektedir.

edilebilirlik şartı da olan muacceliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de denetlenebilir olması gerekir[141]. Kısacası alacağın sermayeye tahvilinin sağlıklı bir sermaye artırım türü olarak kabul edilebilmesi için nakdi sermaye bakımından uygulanan rejimden daha farklı bir rejimin uygulanması gerektiği de açıktır.

Özetle mevcut durumda kanunun uygulanacak rejim bakımından yalnızca iki sermaye türüne yer vermiş olması, ortaklığın borçlu olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesi halinin kendisine özgü bir rejime tabi tutulmasını engellemektedir. Hâlbuki bu tür bir alacağın daima itibari değeri üzerinden değerlenmesi mümkün olduğuna göre bir yandan ayni sermaye için getirilen değer biçme prosedüründen muaf tutulması gerekirken diğer taraftan da ortaklık malvarlığının sulandırılmasına engel olacak denetim ve kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin öngörülmesine ihtiyaç vardır. Bu tür bir düzenlemenin ise esasen kanunla yapılması gerektiği ve ya İsviçre'de olduğu gibi nakdi ve ayni sermayenin yanında ayrı bir sermaye türü olarak "takas yoluyla ifa"ya yer verilmesi yahut da bu halin bir mevsuf kuruluş türü olarak nitelenmekle birlikte özellikle ayni sermayeye özgü değerleme prosedüründen muaf tutulması, buna karşılık niteliğine daha uygun denetleme hükümleri ile donatılması gerektiği söylenmelidir[142].

---

[141] Bu bakımdan İsvBK m. 635'de kuruluşta takas yoluyla ifa söz konusu ise kurucular beyanında takasa konu alacağın "varlığı ve takas edilebilirliği" konusunda beyanda bulunulması gerektiği hükme bağlanmıştır.

[142] Pay sahibinin veya üçüncü kişinin şirkete karşı sahip olduğu alacağı sermaye olarak getirmesi durumunda ifa fiilinin ne olduğu da, bu tür bir sermaye taahhüdünün nakdi veya ayni sermaye olarak nitelendirilmesine bağlı olarak farklılaşacaktır. Nitekim Alman hukukunda bu durumda bir ayni sermaye taahhüdü bulunduğunu kabul eden yazarlar, ifanın ya bir ibra sözleşmesi yoluyla yahut da alacağın ortaklığa temliki neticesinde alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve böylece borcun sona ermesi yoluyla gerçekleşeceğini kabul etmektedirler (bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 240 ve dn. 90; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/80; Pentz, **a.g.e.,** § 27/29; Arnold, **a.g.e.,** § 27/58; Märtens, **a.g.e.,** § 5/126). Bu bakımdan Alman hukukunda söz konusu yazarlar, İsviçre'deki kullanımdan farklı olarak "takas yoluyla ifa"dan söz etmemektedirler. Bu durum bahsettiğimiz kategorik sınırlamanın bir sonucudur. Nitekim Lutter ifanın ya ibra yoluyla yahut da alacağın temliki yoluyla gerçekleşebileceğini, bunlar dışında üçüncü bir yolun söz konusu olmadığını belirttikten sonra, Fischer ve Schilling'in konuya ilişkin açıklamalarında "takas"tan bahsetmiş olmalarını eleştirmekte ve bu kullanımın yanıltıcı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu durumda ya bir ayni sermaye taahhüdü mevcut olduğu sonucuna varılacak ve bu taahhüt alacağın temliki yoluyla ifa edilecek veya nakdi sermaye taahhüdü olduğu kabul edilecek ve bu durumda ifa takas yoluyla gerçekleşecektir.

Hâlbuki İsvBK'da "takas yoluyla ifa"nın ayrı bir sermaye kategorisi olarak ele alınmış olması, Alman hukukundaki bu yorumu zorunlu olmaktan çıkarmaktadır. İsvBK'da böyle bir düzenlemenin yer almadığı dönemde de eski İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m. 80 ve 81 takas yoluyla ifayı ayrı bir rejime tabi tuttuğu gibi, gerek yargı içtihadında ve gerekse doktrinde bu halin öz sermaye temininin kendine özgü bir yolu olduğu kanaati işlenmiştir (bu konuda bkz. Isler/Schilter-Heuberger, **a.g.m.,**, s. 877 vd.).

Hâlbuki Türk hukukunda konunun bütüncül bir şekilde ve özellikle de kanun seviyesinde ele alınmadığı ve daha ziyade ikincil mevzuat yoluyla, kanuni temelden yoksun bazı düzenlemeler ile pratik bir çözüme ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Esasen kanun koyucu şirket borcunun sermayeye dönüştürülmesi haline özgü bir denetimin gerekliliğinin farkında olduğunu, TK m. 457/2-(a)'da bu halde yönetim kurulunun bahsi geçen borcun *"varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği"*ne ilişkin açıklamalarda bulunması gerektiğini hükme bağlamak suretiyle ortaya koymuştur. Ancak yönetim kurulu beyanının içeriğine ilişkin bu müdahale dışında, asıl önemli adım olan değerleme prosedüründen muafiyet yahut bu prosedürün gevşetilmesi şeklinde esaslı bir müdahale kanun eliyle gerçekleşmemiştir.

Bu aşamada ise uygulamanın ihtiyacına cevap vermek amacıyla yukarıda bahsi geçen genelge ile bir yandan borçlunun bizzat ortaklık olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesi bir ayni sermaye taahhüdü olarak nitelendirilerek ayni sermayeye özgü değerleme ve kamuyu aydınlatma hükümlerinin uygulama alanı bulması ve böylece sürecin bütünüyle denetimsiz kalması engellenmek istenmiş, diğer taraftan da değerleme prosedürünün getireceği masraf ve zaman kaybının önüne geçebilmek saikiyle TK uyarınca mahkemenin atayacağı bilirkişi eliyle yürütülecek değerleme prosedürünün alternatifi olarak *"yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin raporunun"* da ibraz edilebileceği belirtilmiştir.

Ancak söz konusu düzenin bir genelge ile sağlanmaya çalışılması normlar hiyerarşisi bakımından açık bir sorun teşkil ettiği gibi, konunun daha sağlam bir hukuki zeminde çözülmesi ihtiyacını da gidermemektedir. Kaldı ki bu düzenleme uyarınca yapılacak denetim çerçevesinde konuya özgü olarak örneğin takas edilebilirliğin şartlarının denetlenmesi konusunda bir açıklık bulunmadığı gibi, yine BK anlamında takası kabil olan örneğin çekişmeli yahut zamanaşımına uğramış alacakların (BK m. 139/2, 3) sermaye yeterliliğinin bulunup bulunmadığı gibi meselelerde de genelge düzenlemesi bir çözüm sağlamamaktadır[143].

[143] İsviçre doktrininde İsvBK m. 120/2 ve 3'deki düzenlemelerin aksine çekişmeli veya zamanaşımına uğramış alacakların takas yoluyla sermaye borcunu ifa etmek bakımından elverişli olmadığı kabul edilmektedir, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/32; Böckli, **a.g.e.,** §1/412; Isler/Schilter-Heuberger, **a.g.m.,**, s. 881-882.

Netice itibariyle Bakanlık genelgesinin konuya ancak pratikte yaşanan bazı güncel problemlere çözüm bulmak noktasından yaklaştığı ve meselenin bütüncül olarak düzenlenmesine yönelik ihtiyacı gidermekten uzak olduğu, ayrıca hem teorik açıdan hem de getirdiği somut düzenlemeler bakımından kanuni temelden yoksun olduğu belirtilmelidir[144]. Bu bakımdan "alacağın sermayeye dönüştürülmesi" müessesesinin tüm cepheleriyle kanunen düzenlenmesinin, bu çerçevede ihtiyaç duyduğu kendine özgü rejime kavuşturulmasının ve böylece hem gereksiz zaman kaybı ve masrafın önüne geçilmesinin hem de şirketin, pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin korunmasını sağlayacak bir sistemin teşkilinin kanun koyucunun müdahalesini bekleyen bir konu olduğu belirtilmelidir[145].

---

[144] Bu düzenleme çerçevesinde alacakların mahkemenin atadığı bilirkişilerce tespit edilen değerle değil, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporundaki değerle ayni sermaye olarak konmasının TK m. 342'nin (TK m. 343 olmalıdır) açık hükmü karşısında sermaye artırımının geçersizliği iddialarına yol açabileceği görüşünde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I,** N. 487a.

[145] Tartıştığımız konunun yanı sıra kuruluşta veya sermaye artırımı sırasında değil de sonradan bakiye nakdi sermaye borcunun ödenmesi için yapılan çağrı neticesinde bir pay sahibinin söz konusu bakiye sermaye borcu ile ortaklığa karşı sahip olduğu alacağı takas etmesinin mümkün olup olmadığı meselesi de önem arzetmektedir. Türk hukukunda nakdi sermaye borcunun özellikle ortaklıktan olan alacak ile takas edilmek suretiyle ifasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu imkânı kabul eden yazarlar olduğu gibi (bkz. Göle, **a.g.e.,** s. 52; Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 184, 1121; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1046), örneğin Hirş, sermaye koyma borcunun takas yoluyla ifasını mümkün görmemiş (Hirş, Ernst, **Ticaret Hukuku Dersleri,** Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1948, s. 275); Moroğlu da kural olarak nakdi sermaye taahhütlerinin Türk lirası olarak ödenmesi gerektiğini, bono, poliçe ve sair kıymetli evrak ile veya sermaye artıran ortaklıktaki alacağın temliki ile ödemenin kabul edilemeyeceğini, nakdi ödeme mecburiyeti eTK m. 279/b.3 gereği şirket esas sözleşmesinde yer almış olacağından, bunun aksine bir ödemenin kabulünün esas sözleşmenin bu hükmünün ihlali anlamına geleceğini ve dolayısıyla sorumluluğa yol açacağını belirtmiş, yine de her nasılsa nakdi sermaye taahhüdünü bono ile ödemek isteyen pay sahibinin bu istemi kabul edilmişse eTK m. 142 uyarınca ancak bononun tahsili halinde pay sahibinin sermaye borcundan kurtulmuş olacağı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 94; "Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı", **Makaleler I,** 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2006, s. 48 ve dn. 11; Arslanlı, Alman ve İsviçre hukuklarındaki durumu aktarmışsa da konuyla ilgili bir görüş belirtmemiştir, Arslanlı, **C. I,** s. 102, dn. 13.

Bu konuda ayrıntılı bir incelemeye girişmeksizin belirtelim ki kuruluş veya esas sermaye artırımında takas yoluyla ifadan kaynaklanan, özellikle alacağın gerçek olmaması tehlikesi sonraki takas beyanında da mevcuttur. Kaldı ki takas beyanının yenilik doğurucu bir işlem olduğu düşünüldüğünde, tek taraflı bir beyanla otomatik olarak takas sonucunun doğmasının ortaklıklar hukuku bakımından yerinde olup olmadığı da düşünülmelidir. Hâlbuki örneğin İsviçre'de tek taraflı bir takas beyanının sermaye borcunun ifası için yeterli olmadığı, bunun ancak kuruluş ve esas sermaye artırımında kanunen öngörülen prosedüre uyulmak şartıyla ve dolayısıyla ortaklığın da muvafakati ile mümkün olduğu ifade edilmiştir (Böckli, **a.g.e.,** §1/429). Alman hukukunda ise bu ilke açık bir kanun hükmü ile hüküm altına alınmış ve AktG § 66/1 c. 2'de sermaye borcunun şirketten olan bir alacak ile takas edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Doktrinde bu hükümle pay sahibinin tek taraflı bir beyanıyla takasın sonuç doğurmasına engel olunmak istendiği, buna karşılık söz konusu

3. Alacağın Borçlusunun Bizzat Pay Sahibi Olması:

Değerlendirilmesi gereken bir başka ihtimal de bir pay sahibinin ayni sermaye olarak konusu para veya para dışında bir şey olan, borçlunun kendisi olduğu bir alacağı taahhüt etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Dikkat edilirse bu durumda pay sahibi sermaye olarak belirli bir miktar parayı veya bir aynı değil, konusu para veya aynın getirilmesi de olabilen bir alacak hakkını getirmekte, sermaye taahhüdüne konu bu alacağın borçlu tarafında da bizzat pay sahibi yer almaktadır. Bu kapsamda örneğin pay sahibinin şirketin kullanımı için bir fabrika binasının inşasını taahhüt etmesi; şirketin kuruluşundan beş yıl sonra 100.000 TL getirmek borcu altına girmesi yahut şirketin istediği herhangi bir zamanda muaccel olmak üzere o sırada piyasada var olan faiz oranlarının altında, yahut tamamen faizsiz olarak şirkete kredi verme taahhüdünde bulunması veya sahibi bulunduğu bir binanın kullanım hakkını ortaklığa sağlamayı taahhüt etmesi gibi ihtimaller sayılabilir.

Borçlu tarafında bizzat pay sahibinin yer aldığı bir alacağın ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi Türk doktrininde pek fazla ilgi çekmemiş görünse de, bu konuya kısaca değinen Arıcı*"...alacağı sermaye koyanın alacağın borçlusu sıfatını taşıması, alacağın sermaye taahhüdüne engel değildir"* diyerek bu halde sermaye yeterliliğini engelleyen bir problem görmediğini ortaya koymuş, örnek olarak da sermaye olarak taahhüt edilen alacağı temsil eden kambiyo senedinde alacağı sermaye olarak koyan pay sahibinin kambiyo borçluları arasında yer almasını göstermiştir[146].

Buna karşılık konu üzerinde özellikle Alman hukukunda yoğun bir tartışmanın olduğu görülmektedir. Alman hukukunda hâkim olan kanaat yalnızca konusu para olan alacak haklarının değil genel olarak borçlunun bizzat pay sahibi olduğu her türlü alacak hakkının ayni sermaye yeterliliğinin kural olarak bulunmadığı yönündedir. Hâkim kanaatin çok çeşitli gerekçelerle savunulduğu söylenebilir: Bu kapsamda söz konusu ihtimalde pay sahibinin malvarlığından gerçek

---

düzenlemenin ortaklığın takas beyanında bulunmasına kural olarak engel olmadığı, takas edilebilirliğin şartları bulunduğu takdirde ortaklığın bu yöndeki beyanının hüküm doğuracağı belirtilmiştir (bkz. Hüffer, **a.g.e.,** § 66/6).

[146] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 35.

bir malvarlığı değerinin ayrılmadığı[147] ve ortaklığa da bir malvarlığı sevkinin/akışının gerçekleşmediği[148]; bu durumda yalnızca bir alacak değiş tokuşunun gerçekleştiği ve ortaklıklar hukukundan kaynaklanan sermaye getirme borcunun borçlar hukuku kaynaklı daha zayıf bir alacakla yer değiştirdiği[149]; şirketin pay sahibinden gerçek bir ifa yerine yalnızca gelecekteki bir ifanın sözünü aldığı[150] ileri sürülmüştür[151, 152, 153].Bu çerçevede genel olarak konusundan bağımsız biçimde pay sahibine yönelmiş her türlü alacağın ve bu arada borçlunun pay sahibi olduğu bir para alacağının ayni sermaye olarak getirilemeyeceği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bu kapsamda pay sahibinin ortaklık lehine yükleneceği bir karz taahhüdünün[154] ya da poliçe kabulünün[155] ayni sermaye yeterliliğini taşımadığı belirtilmiştir.

---

[147] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/68; Märtens, **a.g.e.,** § 5/109; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/24; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 220-221, yazar ayni sermaye konusu bir malvarlığı değerinin, henüz ortaklığa devrinden önce pay sahibinin malvarlığında bir kıymet olarak yer alması gerekliliğinin öteden beri aranan bir şart olduğunu, sonraki dönemde de bu şartın aranmaya devam ettiğini belirtmektedir.

[148] Arnold, **a.g.e.,** § 27/59; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/26; Märtens, **a.g.e.,** § 5/109; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/24; Bayer, **a.g.e.,** § 27/15.

[149] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/68; Pentz, **a.g.e.,** § 27/26; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/26; Märtens, **a.g.e.,** § 5/109; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/24; Bayer, **a.g.e.,** § 27/15.

[150] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/68.

[151] Aksi yöndeki azınlık görüşü için bkz. Frey, **a.g.e.,** s. 79 vd.; Cahn, Andreas, "Kapitalaufbringung im Cash Pool", **ZHR 166** (2002), s. 290 vd.; Cavin, Adrian, **Kapitalaufbringung in GmbH und AG,** Berlin 2012, s. 198 vd.; genel olarak pay sahibinin ortaklığa karşı yüklendiği, bir malvarlığı değerinin ortaklığa getirilmesine yönelik borcun ayni sermaye yeterliliğini kabul eden Richter ise, borcun konusunun para olması halinde hakim görüşe yaklaşmakta ve üçüncü kişinin borcundan farklı olarak bu durumda nakdi sermaye borcuna ilişkin hükümlerin öncelik taşıyacağını, pay sahibinin böyle bir borcu sermaye olarak yüklenmesinin özellikle AktG § 36a/1'in öngördüğü asgari ödeme yükümlülüğünün dolanılması anlamına geleceğini ifade etmektedir, Richter, Stefan, "Die Verpflichtung des Inferenten zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes als Gegenstand der Sacheinlages", **ZGR** 2009, 745 ve dn. 63.

[152] Alman yargı içtihadı da hâkim doktrinin görüşünü benimsemiş görünmektedir, örnek olarak bkz. BGH 16.2.2009 II ZR 120/07 (Qivive kararı), NJW 2009, s. 2376, 10.

[153] Buna karşılık aşağıda ayrıca değineceğimiz özel bir hal olarak eşya veya haklar üzerindeki nispi nitelikli kullanım haklarının ayni sermaye olarak getirilmesi halinde bu alacağın rehin veya ipotek gibi bir ayni hakla teminat altına alınmış olması veya eşyanın zilyetliğinin ortaklığa geçirilmesi ve böylece bu gerekçelerdeki çekincelerin –diğer şartlarla birlikte- ortadan kaldırılması dolayısıyla farklı bir sonuca varılabileceği belirtilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VII.

[154] Arnold, **a.g.e.,** § 27/59; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/26; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/24; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 221.

[155] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/69; Arnold, **a.g.e.,** § 27/59; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/26; Märtens, **a.g.e.,** § 5/109; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/24.

Türk hukukunda TK m. 342 ile vadesi gelmemiş alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin yasaklanması, kanımızca bu konuda yapılacak tartışmanın pratik önemini azaltmıştır. Gerçekten de borçlu tarafında pay sahibinin yer aldığı alacakların ayni sermaye yeterliliğinin bulunup bulunmadığı, esas itibariyle müeccel alacaklar bakımından anlam taşıyan bir sorundur[156]. Bu çerçevede daha anlamlı olan ihtimal özellikle temlik borcu şeklindeki edim yükümlerinin esas itibariyle müeccel olarak borçlanılmasıdır. Pay sahibinin belirli bir miktar para yahut bir ayın üzerindeki mülkiyet hakkını sermaye olarak getirmeyi borçlanacak ise burada özellik arzeden ihtimal bu borcun müeccel olmasıdır. Söz konusu taahhütlerin muaccel olarak yapılması ise kanımızca TK'nın mevcut sistemi içinde kabul edilemez.

Gerçekten örneğin alacak hakkının konusu para ise, pay sahibinin sermaye olarak ortaklığa karşı bir miktar parayı muaccel olarak borçlanması, ekonomik olarak nakdi sermaye koyma borcundan başka bir şey değildir. Gerçekten örneğin bir pay sahibi herhangi bir vadeye de bağlamaksızın ortaklığa 10.000 TL para vermeyi borçlanıyor ise artık bu durumda ortaklıklar hukuku bakımından bir alacak hakkının ayni sermaye olarak getirilmesinden değil, nakdi sermaye taahhüdünden bahsetmek icap eder; aksinin, yani sermaye olarak bir alacak hakkının ortaklığa getirildiğinin kabul edilmesi ise açıkça TK m. 344/1 ile getirilen asgari tediye şartının dolanılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla söz konusu alacak hakkı nakdi sermaye borcu olarak nitelendirilmeli ve özellikle asgari ¼ oranında tediye şartı da aranmalıdır.

Borçlunun yine pay sahibi olduğu alacağın konusunun bu defa "para dışında bir şeyin mülkiyetinin ortaklığa kazandırılması" olması halinde de TK m. 342 gereği müeccel bir alacak söz konusu olamayacağına göre, ortaya çıkan hukuki durum bir alacağın sermaye olarak konması değil, bizatihi alacağın konusunun ortaklığa getirilmesi olarak nitelendirilmek gerekir. Zira bu halde de aksine bir yorum TK m. 128/2 ile getirilen emniyet tedbirlerinden kaçılmasına izin vermek anlamına

[156] Nitekim Frey, bu gerçeği teyit eder biçimde pay sahibinin ortaklığa karşı sermaye olarak bir para borcu altına girmesi "pay sahiplerinin ertelenmiş tediye yükümleri" başlığı altında ele almıştır, bkz. Frey, **a.g.e.,** s. 79; aynı yönde Cavin, **a.g.e.,** s. 194. Ayrıca yine bu kapsamda pay sahibinin borçlu olduğu alacakların ayni sermaye yeterliliğini kabul etmeyen yazarların kullandığı, bu ihtimalde pay sahibinin "gelecekteki bir ifanın sözünü verdiği" savunması da bu noktaya işaret etmektedir.

gelecektir. Dolayısıyla örneğin bir ortağın bir eşyasını ortaklığa devretmeyi muaccel olarak taahhüt etmesi halinde artık sermaye olarak bu taahhütten doğan alacağın değil bizatihi söz konusu taşınırın mülkiyetinin getirildiği sonucuna varmak ve dolayısıyla buna uygun olarak TK m. 128/2 uyarınca bu taşınırın tescilden önce güvenilir bir kişiye tevdi edilmesini aramak gerekir.

Özetle mevcut hukukumuz bakımından, temlik borcu doğuran edimler söz konusu olduğunda, borçlunun bizzat pay sahibi olduğu bir alacağın sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışması önemini kaybeder. Zira kısaca tekrar etmek gerekirse söz konusu alacağın bir vadeye bağlanmış olması halinde borçlunun sıfatı değil, doğrudan doğruya TK m. 342'nin getirdiği yasak dolayısıyla bu alacağın ayni sermaye olamayacağı söylenecek, buna karşılık alacağın muaccel olması halinde bu defa da nakdi sermaye bakımından TK m. 344/1, ayni sermaye bakımından da TK m. 128/2 ile getirilmek istenen korumanın dolanılmasını engellemek amacıyla, alacağın sermaye olarak getirilmesinden değil, nakdi sermaye taahhüdünden veya bizatihi alacağın konusu olan şeyin ayni sermaye olarak getirilmesinden bahsetmek gerekecektir.

Bununla birlikte para veya bir aynın temlikine ilişkin edimler dışındaki edimlerin bizzat pay sahibi tarafından borçlanılması ihtimalinde, bu tartışmada benimsenecek tutum yine önem kazanmaktadır. Gerçekten de örneğin pay sahibinin maliki bulunduğu bir taşınır veya taşınmaz üzerinde ortaklık lehine muaccel bir kullandırma borcu altına girmesi; yine pay sahibinin malik olduğu bir garajda, ardiyede, soğuk hava deposunda ortaklığa ait araçların, ürünlerin/stokların muhafazasını muaccel olarak borçlanması pekâlâ mümkündür ve bu hallerde TK'da yer alan başka bir hükmün dolanılması tehlikesinden veya amacından da kural olarak bahsedilemez. Şu halde hiç değilse bu gibi ihtimaller bakımından pay sahibinin bizzat borçlu olduğu bir alacak hakkını ortaklığa getirmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmek pratik sonuçları itibariyle de önemlidir.

Biz bu bakımdan alacak hakkının borçlusunun bizzat pay sahibi olmasının ayni sermaye yeterliliği noktasında bir engel teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. Bu bakımdan aksi yöndeki kanaati desteklemek üzere –özellikle Alman hukukunda ortaya konan- gerekçeler kanımızca tatmin edici değildir ve bu itibarla alacağın

borçlusunun üçüncü bir kişi olması ile pay sahibi olması arasında ayni sermaye yeterliliği bakımından bir farklılık yaratılması yersizdir. Dolayısıyla borçlunun pay sahibi olması, alacak hakkının ayni sermaye ehliyetini engelleyici bir sebep olarak değerlendirilmemek gerekir.

Nitekim Alman öğretisinde alacağın borçlusunun pay sahibi olması durumunda ayni sermaye yeterliliğini engelleyici sebepler olarak ileri sürülen hususlar esasen üçüncü kişinin borçlu olduğu alacaklar bakımından da aynen geçerlidir. Örneğin böyle bir alacağın taahhüdü halinde ortaklığa hakiki/somut bir malvarlığı naklinin gerçekleşmediği, gerçek bir ifa yerine gelecekteki bir ifanın sözünün verildiği yahut sermaye borcunun daha zayıf bir alacakla yer değiştirdiği düşünülüyorsa, bu gerekçelerin tamamının üçüncü kişinin borçlu olduğu alacağın sermaye olarak getirilmesine de engel olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira her şeyden önce belirtilen bu noktalarda teorik olarak iki işlem arasında fark gözetilmesini haklı kılacak bir gerekçe mevcut değildir; ortaklık açısından bakıldığında alacağın borçlusu kim olursa olsun neticede hukuken sermaye olarak ortaklığa/ortaklık malvarlığına bir "alacak hakkı" intikal etmektedir. Zikredilen gerekçelerin tamamı ise esasen borçlunun sıfatından değil, alacak hakkının niteliğinden kaynaklanmaktadır; gerçekten de örneğin borçlunun pay sahibi olduğu bir alacağın sermaye olarak getirilmesi halinde "ortaklıklar hukukundan kaynaklanan sermaye getirme borcunun borçlar hukuku kaynaklı daha zayıf bir alacakla yer değiştirdiği" veya "şirketin pay sahibinden gerçek bir ifa yerine yalnızca gelecekteki bir ifanın sözünü aldığı" düşünülüyorsa bu durumda tartışılması gereken mesele borçlunun kimliği değil bir sermaye kalemi olarak alacak hakkının kendisidir. Buna mukabil şayet bizatihi "alacak hakkı"nın ayni sermaye olarak getirilmesinde bir problem görülmüyorsa, borçlunun kim olduğundan bağımsız olan bu ve benzeri gerekçelerin de birer ayni sermaye engeli olarak zikredilmemesi icap eder.

Nitekim borçlunun pay sahibi olduğu bir alacağın ortaklığa getirilmesi salt "gelecekteki bir ifanın sözü" olduğu için kabul edilmiyorsa, nakdi sermaye borcunun dahi aynı gerekçeyle geçerli bir sermaye kalemi olarak kabul görmemesi gerekir. Zira nakdi sermaye borcunda da ¼'lük kısım peşinen ödendikten sonra kalan kısımla ilgili olarak pay sahibi yalnızca bir ifa sözü vermekte, bir taahhütte bulunmaktadır.

Şu halde pay sahibinin taahhütte bulunması, tek başına sermaye yeterliliğini engelleyici bir husus değildir. Kısacası burada, olması gereken hukuk açısından benimsediğimiz görüşün ileride pozitif hukuk nazarında da karşılık bulması ve müeccel alacakların ayni sermaye olarak kabul edilmesi ihtimalinde, alacağın borçlusunun pay sahibi olmasının bir sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetinelim.

Öte yandan yine Alman doktrininde bazı yazarların üzerinde durduğu, pay sahibinin malvarlığından gerçek bir değerin ayrılması ve ortaklığa da hakiki/somut bir malvarlığı değerinin intikal etmesi, böylece Lutter'in deyimiyle pay sahibinin "ortaklığın ekonomik kaderine iştirak etmesi"[157] bakımından, özellikle şirket açısından bakıldığında her iki durum arasında bir fark mevcut olduğu söylenemez. İster ilk defa ortaklık lehine kurulmuş olan ve pay sahibinin borçlu olduğu bir alacak hakkının, isterse pay sahibinin önceden üçüncü kişiye karşı sahip olduğu bir alacak hakkının ayni sermaye olarak getirilmesi söz konusu olsun, ayni sermaye yeterliliği bakımından yapılacak bir değerlendirmede asıl gözetilmesi gereken ortaklık açısından hukuki durumun ne olduğudur[158]. Bu noktada ise her iki ihtimalde de ortaklığa bir alacak hakkı intikal etmektedir; başka bir deyişle her iki halde de ortaklığın malvarlığının aktifine bir alacak hakkı eklenmiş olmaktadır. Eğer ikinci ihtimalde devrin ortaklık malvarlığına somut bir kıymetin intikali anlamına geldiği söyleniyorsa, hukuk nazarında pay sahibinin borçlu olduğu ilk ihtimalde de aynı sonuca ulaşmaktan başka seçenek yoktur. Dolayısıyla ayni sermaye yeterliliği bakımından söz konusu iki durumda iki farklı sonuca varılması anlamlı değildir.

---

[157] Lutter, **a.g.e.,** s. 231.

[158] Benzer bir yaklaşım için bkz. Schmidt, **ZHR 154,** s. 247, yazar bu noktada borçlar hukuku ile ortaklıklar hukukunun bakış açıları bakımından ortaya çıkan farka işaret etmektedir. Borçlar hukukunun bakış açısından, sermaye borcunun ifası ancak bir tasarruf işlemi yolu ile gerçekleşebilir; buna karşılık salt bir ifa sözü (taahhüt işlemi) ayni sermaye konusu şeyin ortaklık malvarlığına intikali sonucunu doğurmayacaktır. Bu sebeple üçüncü kişinin borçlu olduğu nispi nitelikteki kullanım hakkının ortaklığa devri geçerli bir ayni sermaye kalemi olarak kabul edilirken, pay sahibinin borçlu olduğu kullanım hakkı geçerli bir ayni sermaye olarak görülmeyebilmektedir. Yazar da pay sahibinin bulunduğu taraftan bakıldığında bu ayırıma hak verilebileceğini, ancak ortaklığın bulunduğu nokta ve onun devraldığı şey itibariyle bu ayırımın anlamlı olmadığını, tartışma konusu olan şeyin şirketin malvarlığı olduğu düşünüldüğünde ağırlığın ortaklığın bulunduğu noktaya verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Yine sermayenin tedariki bakımından ve özellikle şirketin zarara uğrama riski açısından bir değerlendirme yapıldığında da farklı bir sonuca varılmayacaktır. Zira kategorik olarak borçlunun pay sahibi olmasının alacağın tahsili ve şirket sermayesinin tedariki bakımından özel bir risk arzettiğinden bahsedilemez. Buna karşılık borçlunun şahsından kaynaklanan riskler yalnızca pay sahibinin borçlu olduğu durumlarda değil, üçüncü kişinin borçlu olduğu hallerde de pekâlâ gündeme gelebilir ve bu itibarla her bir somut durumda değerleme prosedürü çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Ancak vurgulamak istediğimiz nokta, sermayenin tedariki bakımından da peşinen pay sahibinin riskli bir borçlu olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığıdır. Hatta bir bakıma borçlusu yakından tanınmayan bir alacağın sermaye olarak getirilmesindense, diğer kurucuların da tanıdığı ve hiç değilse ortaklığın doğrudan muhatap olabileceği bir kimsenin borçlu olduğu bir alacağın sermaye olarak getirilmesinin tercihe şayan olduğu dahi söylenebilir. Nihayet alacağın tahsil edilememesi ihtimalinde her iki durumda da aynı sonuçlar gündeme gelecek ve son noktada pay sahibinin sermaye borcunu nakden ifa etmesi istenecek, bundan bir sonuç alınamaması halinde de ıskat yaptırımına kadar gidilebilecektir.

E. Sermaye Konusu Alacağın İçerdiği Edim Yükümü Bakımından Değerlendirilmesi

Alacağın ayni sermaye kalemi olması bakımından kural olarak içerdiği edimin türünün de bir önemi yoktur[159]. Ancak şüphesiz burada da ölçü alacağın bir sermaye kalemi olarak "nakden değerlenebilir" nitelikte olmasıdır; şu halde içerdiği edim ekonomik bir değer arzetmeyen bir alacak hakkının da ayni sermaye olmaya elverişli olmadığı söylenebilir. Bu bakımdan Tekinay'ın verdiği örneği kullanacak olursak[160], köpekten korkan bir kimsenin (pay sahibinin) komşusu ile anlaşmak suretiyle ona köpek beslememeyi taahhüt ettirmesi halinde, parasal bir değer taşımayan bu alacağın ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir.

[159] Buna karşılık Toksal, eTK m. 139'un lafzında bir sınırlamaya gidilmemişse de özellikle eTK m. 142'nin lafzı ve ayrıca üçüncü kişilerin korunmasına yönelik ekonomik ve hukuki gerekçeler dikkate alındığında ticaret ortaklıklarına yalnızca para alacağının ayni sermaye olarak taahhüt edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır, Toksal, Baki, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi,** C. II, Vize 1991, s. 1261-1262; bu görüşün eleştirisi için bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 55 vd.

[160] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 8.

Kısacası edimin türü bakımından da ayni sermaye yeterliliği hususunda belirleyici olan yine nakden değerlenebilirlik ölçüsü olacaktır.

Bu noktaya dikkat edilmek kaydıyla çok çeşitli edimleri içeren alacakların ayni sermaye olarak getirilmesi düşünülebilir. Şüphesiz akla ilk gelen ve uygulamada da en çok rastlanan, pay sahibinin sahip olduğu -çok farklı borç ilişkilerinden kaynaklanabilecek- para alacağını ortaklığa getirmesidir. Ancak bunun dışında çeşitli maddi nitelikteki edimlerin de ayni sermaye olarak getirilmesi düşünülebilir: Bu çerçevede pay sahibinin bir satım veya bağışlama sözleşmesinden kaynaklanan bir taşınır, taşınmaz veya hakkın temlikine yönelik alacağını; kira, ariyet (kullanım ödüncü) veya karz (tüketim ödüncü) akdinden kaynaklanan kullanma yetkisini, bu kapsamda örneğin bir gayrimenkul üzerinde kira sözleşmesi dolayısıyla sahip olduğu kullanma hakkını yahut bir banka ile yaptığı kredi sözleşmesinden kaynaklanan belirli miktar parayı kullanmak/tüketmek şeklindeki alacağını; muhtelif saklama (vedia) sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarını, örneğin bir soğuk hava deposu ile yahut büyük bir tır garajı ile yaptığı sözleşme (saklama/vedia sözleşmesi) uyarınca sahip olduğu alacağı sermaye olarak getirmesi de mümkündür.

Genel olarak maddi/şahsi edim ayırımında maddi edim niteliğinde olan ve ayrıca yine bir başka klasik tasnif bakımından "verme" borcu (ve dolayısıyla "alma" alacağı) doğuran alacak haklarının ayni sermaye yeterliliği olduğu söylenebilir. Buna karşılık acaba şahsi nitelikteki edimleri ve özellikle "yapma" ve "yapmama" edimlerini konu alan alacak hakları da anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilecek midir[161]?

Şahsi edim borcu içeren bir alacağın sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken şüphesiz TK m. 342'nin anonim ortaklıklarda kişisel emeğin ayni sermaye yeterliliğini açıkça reddeden düzenlemesi de dikkate alınmak durumundadır. Esasen teorik olarak bakıldığında kanun koyucunun söz konusu maddede "kişisel emek"in ayni sermaye yeterliliğini reddettiği, hâlbuki

[161] Arıcı bu soruya açıkça olumsuz cevap vermektedir. Yazar genel olarak ayni sermaye kalemlerinin tamamı bakımından aradığı "maddi edim niteliğinde olma" şartına paralel olarak alacak hakları arasında da ancak borçluya bir maddi edim yükleyen alacakların ayni sermaye olarak taahhüt edilebileceğini belirtmiş, ayrıca yapma ve yapmama edimi içeren alacak haklarının da ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığını ifade etmiştir, **Alacak Hakkı,** s. 18, 54; aynı yönde Dal, **a.g.m.,** s. 374, 384

tartıştığımız durumda sermaye olarak getirilen kalemin "kişisel emek" değil, ayrı bir sermaye kalemi olan "alacak hakkı" olduğu, dolayısıyla alacak hakkının içeriğinde kişisel emek çerçevesinde değerlendirilebilecek bir edim bulunmasına rağmen[162], söz konusu yasağın uygulanmayacağı sonucuna varılabilir. Ancak böyle bir yorumun haddinden fazla lafzi olacağı kanaatindeyiz. Olması gereken hukuk bakımından farklı düşünüyor olmamıza rağmen[163], bu yorumun TK m 342'deki "kişisel emek" kavramını yalnızca pay sahibinin bizzat taahhüt edeceği kişisel emeğe hasredeceğini, hâlbuki kanun koyucunun arzusunun bu olmadığını, aksine kanun koyucunun öznesi kim olursa olsun şahsi emeğin ayni sermaye olarak getirilmesini engellemek istediğini düşünüyoruz. Dolayısıyla bir alacak hakkının devralınması sonucunda dahi olsa kanun koyucunun sermaye borcunu karşılamak üzere ortaklığa kişisel emek çerçevesindeki edimlerin getirilmesini arzu etmediği sonucuna varılmalıdır. Hatta farklı bir açıdan aksine bir yorumun hükmün lafzına da aykırı olduğu söylenebilir; gerçekten de madde metninin genel bir ifadeyle "kişisel emek"ten ve "hizmet edimleri"nden bahsetmiş olması karşısında hem bizzat pay sahibinin hem de her ne suretle olursa olsun üçüncü kişinin emeğinin ortaklığa "sermaye" şemsiyesi altında girmesine engel olunmak istediğini söylemek mümkündür[164].

Bununla birlikte kanımızca TK m. 342'nin kullandığı "kişisel emek" kavramının borçlar hukukundaki "şahsi edim" kavramını bütünüyle karşıladığı, bu iki kavramın birbirine tamamen muadil olduğu ve dolayısıyla şahsi edim niteliğindeki tüm alacakların ayni sermaye yeterliliğinden yoksun olduğu

---

[162] "Kişisel emek" kavramı ve kapsamı hakkında bkz. aşağıda İkinci Bölüm, X.

[163] Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, X, C.

[164] Nitekim bu konuda açık bir yasak bulunmayan eTK döneminde, hakim doktrinin kişisel emek bakımından benimsediği yasağın alacak hakkı kapsamında üçüncü kişinin emeğinin getirilmesi halinde de söz konusu olacağı yönünde Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 54.

AktG § 27/2'nin hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğini yasaklamış olması kapsamında, Alman hukukunda hakim olan kanaat de, pay sahibinin bizzat yükleneceği bir hizmet ediminin yanı sıra üçüncü kişinin hizmet ediminin sermaye olarak getirilmesinin mümkün olmadığı yönündedir, Lutter, **a.g.e.,** s. 232; Eckardt, **a.g.e.,** § 27/16; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/78; Pentz, **a.g.e.,** § 27/33; Arnold, **a.g.e.,** § 27/66; Winter, **a.g.e.,** § 27/52; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/27; Penne, **a.g.m.,** s. 40; aksi görüşte bkz. Skibbe, **a.g.m.,** s. 74; Sudhoff, Heinrich/Sudhoff, Martin, "Die Sacheinlage bei Gründung einer GmbH", **NJW** 1982, s. 130; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 223, dn. 31; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/31; Märtens, **a.g.e.,** § 5/122-123; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/112.

söylenemez[165]. Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere[166] TK m. 342 "kişisel emek" kavramını esasen gerek TK'nın gerekse Türk doktrininin öteden beri kullandığı adeta "tarihi" bir kavram olarak muhafaza etmeyi tercih etmişse de kavramın içeriğinin tespitinde özellikle mehaz metin niteliğindeki Sermaye Yönergesi m. 7'de tercih edilen ve yeni dönemde TK m. 342'ye de ithal edilen "hizmet edimleri" kavramının da dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla öncelikle bu çerçevede "kişisel emek" kavramını hizmet sözleşmesine ilişkin karakteristik edim çerçevesinde yorumlamak doğru olacaktır. Neticede şahsi edim kapsamındaki her türlü edimin değil, daha özel olarak hizmet sözleşmesinden kaynaklanan edimin[167] ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı söylenebilir. Bu itibarla şahsi edim kapsamında yer alan örneğin vedia sözleşmesinden doğan saklama borcunun ve bundan kaynaklanan alacağın ayni sermaye olarak kabulünün önünde herhangi bir engel yoktur. Dolayısıyla pay sahibinin bir soğuk hava deposu ile yahut büyük bir tır garajı ile yaptığı sözleşme (saklama/vedia sözleşmesi) uyarınca sahip olduğu alacağı sermaye olarak getirmesi de, söz konusu alacağın içerdiği edimin şahsi edim niteliğinde olmasına rağmen[168], mümkündür.

Kişisel emek kavramını hizmet edimi ile sınırlı olarak anladığımız için, kanımızca eser sözleşmesinden kaynaklanan bir edimin de ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Dolayısıyla bir pay sahibi örneğin bir müteahhitle yaptığı eser sözleşmesinden doğan, bir binanın inşaına ilişkin alacağını –elbette alacağın muaccel olması kaydıyla- anonim ortaklığa sermaye olarak getirebilir. Nitekim ortaklık açısından bakıldığında bu sözleşmeden kaynaklanan edimin, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan edime nazaran oldukça farklı olduğu, dolayısıyla her iki edimin ayni sermaye yeterliliği bakımından aynı kategoride değerlendirilmesinin gerçekçi olmadığı anlaşılabilir. Bu örnekte ortaklık tam da eser sözleşmesinin karakterine uygun bir biçimde, müteahhidin çalışması neticesinde oluşacak "eser"e talip olmakta, sonuçta sermaye olarak bunu elde etmeyi planlamaktadır. Hâlbuki

[165] Aksi görüşte bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 18; Dal, **a.g.m.,** s. 384.

[166] Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, X.

[167] Aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere bu edim hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden kaynaklanan edim yükümlülüğüne karşılık gelmektedir.

[168] Bu yönde bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 45.

genellikle eser sözleşmesi ile birlikte "iş görme sözleşmeleri" kategorisi altında değerlendirilen[169] hizmet sözleşmesinden kaynaklanan edimin ortaklığa sermaye olarak getirilmesi varsayımında şirket doğrudan doğruya hizmeti taahhüt eden şahsın kişisel çalışmasına, çabasına ve emeğine talip olmaktadır. Kanun koyucunun bir sermaye kalemi olarak mesafeli durduğu ise işte bu edimdir. Buna karşılık eser sözleşmesi de neticede bir şahsın çalışması ile meydana gelecekse de sermaye olarak önem arzeden, sonuçta ortaya çıkacak eserdir. Eserin oluşması sürecinde müteahhidin çabasının, kişisel çalışmasının önem gösterdiği, bunun da hizmet sözleşmesindeki kişisel çalışmaya karşılık geldiği söylenebilirse de, sermaye olarak ortaklığa sunulacak olanın bizatihi çalışmanın kendisi değil bunun sonucu olması yine de varılacak neticeyi değiştirecektir.

Öte yandan biz, yapmama edimlerinin ayni sermaye yeterliliğinin önünde de kural olarak herhangi bir engel görmüyoruz[170]. Bu noktada da önemli olan söz konusu alacak hakkının ekonomik bir değerinin bulunması ve devredilebilir olmasıdır[171]. Bu bakımdan bir pay sahibinin maliki bulunduğu bir araziden şirket araçlarının geçmesine müsaade etmesi yahut üçüncü kişiye karşı sahip olduğu böyle bir alacak hakkını ortaklığa devretmesi, örneğin dağlık bir arazide yegâne geçiş noktasının burası olması yahut bu arazinin üzerinden sağlanacak geçişin şirketi aksi halde yapmak zorunda kalacağı olağanüstü masraflardan kurtaracak olması halinde ekonomik bir değer de arzedeceğinden, bu yapmama borcu da pekâlâ ayni sermaye olarak kabul edilebilir. Yine bir pay sahibinin şirketle benzer alanda faaliyet gösteren bir fabrikasının bulunması halinde, bu fabrikada şirketin ürettiği bazı ürünleri

[169] Örn. bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku- İkinci Kısım- Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri),** C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1978, s. 25 vd.; Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri,** Ankara 1971, s. 19; Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku- II. Cilt- Özel Borç İlişkileri,** Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 27; Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri,** C.I/1, Altıncı Bası, 1990, s. 4; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 18.

[170] Aksi görüşte bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 18; Dal, **a.g.m.,** s. 374, 384; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 98.

[171] Yine yapmama edimleri bakımından da edimin şahsi yahut maddi edim niteliğinde olması varılacak sonuç bakımından bir farka yol açmayacaktır. Yapmama edimlerinin hem şahsi hem maddi nitelikte olması mümkündür. Nitekim kaçınma şeklindeki yapmama edimlerinin daha ziyade şahsi, katlanma şeklindeki yapmama edimlerinin ise maddi nitelik taşıdığı yönünde Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. I, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, s. 7. Bu bakımdan Dal'ın *"…konusu bir şey yapma ya da yapmama olan edimler, maddi edim niteliğinde değildirler"* şeklindeki ifadesi de (**a.g.m.,** s. 384) kanımızca yerinde değildir.

üretmemek konusunda şirkete karşı borç altına girmesi (rekabet etmeme yükümlülüğü) de ekonomik bir değer arzedeceği için bir sermaye kalemi olarak düşünülebilir[172, 173]. Yine örneğin pay sahibinin maliki bulunduğu bir eşya üzerinde ortaklık lehine nisbi nitelikte bir kullanım hakkı tanıması halinde[174], pay sahibi kullanım konusu şeyi teslim etme ve malı kullanılmaya elverişli halde bulundurma borçlarının yanında, ortaklığa karşı esasen söz konusu şeyin kullanılmasına katlanmak borcu altına girmektedir. Dolayısıyla doktrinde özel olarak zikredilen bir sermaye kalemi olarak pay sahibinin anonim ortaklığa nisbi nitelikte bir kullanım hakkı getirmesi, normal olarak yapmama ediminin sermaye olarak getirilmesinin de mümkün olduğunu kabul etmeyi gerektirmektedir[175].

VII. NİSPİ NİTELİKTEKİ KULLANMA HAKLARI:

A. Hukuki Niteliği ve Konunun Ayrı Bir Başlık Altında Ele Alınmasını Gerektiren Sebepler

Anonim ortaklığa ayni sermaye getirmek isteyen ortaklar bir eşya üzerindeki mülkiyeti ortaklığa devretmek veya bunun üzerinde ortaklık lehine bir ayni hak tesis etmek yerine, borçlar hukuku temelinde/alacak hakkı niteliğinde bir kullanım hakkını ortaklığa bırakmayı da tercih edebilirler. Bir kimsenin taşımacılık işi ile uğraşan bir anonim ortaklığa sahibi olduğu tırlar üzerinde veya tarımla iştigal eden bir şirkete verimli bir arazi üzerinde kiracılık imkânı sağlaması ilk anda akla gelebilecek örnekler olarak zikredilebilir[176]. Nitekim sermaye koyma borcuna ilişkin TK m.

---

[172] Buna karşılık bir üçüncü kişi ile pay sahibi arasında rekabet yasağı anlaşmasının bulunması halinde, pay sahibinin bu sözleşmeden doğan alacağı BK m. 183/1 anlamında işin niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacak niteliğinde olduğundan (von Tuhr, **a.g.e.,** s. 842; Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 561), devredilebilirlik niteliğinin yokluğu dolayısıyla ayni sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir.

[173] Ancak bu halde taraflar arasındaki anlaşmanın RKHK m. 4 kapsamında rekabeti sınırlayıcı nitelikte kabul edilmesi halinde buna ilişkin kuralların uygulama alanı bulacağı da gözardı edilmemelidir.

[174] Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VII.

[175] Buna karşılık Arıcı kiracılık hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebileceğini kabul etmekle birlikte (**Alacak Hakkı,** s. 54), aynı zamanda menfi edimlerin de ayni sermaye niteliğinin bulunmadığını belirtmektedir (a.e., s. 18).

[176] Meilicke'nin ifadesiyle *"nasıl ki bir kimsenin bir bardak süt içmek istemesi halinde, derhal bir inek satın almasına gerek yoksa, pek çok şirket de ihtiyaç duyduğu taşınmazları, taşınırları ve sınai*

127/1-(d)'de "taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları"nın sermaye olarak getirilebileceği belirtildiği gibi; TK m. 131'de şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ortaklığa sermaye olarak getirilen ayınların mülkiyetinin şirkete ait olacağının düzenlenmiş olması da, ticaret şirketlerinde ayni sermayeden söz edebilmek için mutlaka bir malın mülkiyetinin getirilmiş olmasının zorunlu olmadığını, ancak mülkiyet dışında bir hak, bu çerçevede sınırlı bir ayni hak veya nispi nitelikteki bir kullanım hakkının devri düşünülüyorsa, bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır[177, 178].

Esasen bir eşya üzerindeki nispi nitelikteki kullanım hakkının ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışması, temelde bir "alacak hakkının", daha özelde ise pay sahibinin bizzat borçlusu olduğu bir alacak hakkının ayni sermaye olarak getirilip getirilemeyeceği tartışması niteliğindedir. Bu bakımdan ilk bakışta alacak haklarının ayni sermaye niteliğini ele aldığımız bölümde bu konunun da tartışıldığı ve bir sonuca ulaşıldığı söylenebilir. Ancak hemen belirtelim ki eşya üzerindeki kullanım haklarının ayni sermaye niteliği farklı bir değerlendirmeyi gerektirecek önemdedir.

---

*hakları pay sahipleri ile yaptığı bir borçlar hukuku sözleşmesi temelinde belirli bir süre kullanmakla yetinmekte"*dir, Meilicke, **Obligatorische Nutzungsrechte,** s. 579.

[177] Böyle bir kullanım hakkının TK m. 127/1-(d)'nin sınırlayıcı ifadesine rağmen yalnızca menkul ve gayrimenkul mallar üzerinde değil haklar üzerinde de söz konusu olabileceği belirtilmelidir. Haklar üzerindeki kullanım haklarının getirilmesi imkânı özellikle sınai haklar bakımından önem taşır. Sınai haklar üzerindeki kullanım hakkının ayni sermaye yeterliliği konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, III, B.

[178] Esas itibariyle Türk doktrininde de kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği reddedilmiş değildir. Bununla birlikte 1926 tarihli TK döneminde konuyu inceleyen Tosbi farklı bir bakış açısıyla bu ihtimale soğuk yaklaşmıştır. Yazar kanunun menkul olan ve olmayan malların "menfaat ve istimal haklarını"n sermaye olarak konulabileceğini zikretmiş olmasına karşın, bu tür menfaatlerin anonim şirketlere sermaye olarak konulmasının pratik bir yol olmayacağına işaret etmekte, bunların sınırlı bir süreyle mukayyet olacağını, dolayısıyla sürenin dolması ile ortadan kalkacakları için ileride şirket sermayesinin değişmesini gerektireceklerini, bu durumun anonim şirket sermayesi için aranan belirlilik ve istikrara aykırı olacağını belirtmektedir (Tosbi, **a.g.e.,** s. 27).

Hâlbuki yazarın gerekçesinin isabetli olduğu söylenemez. Her ne kadar anonim ortaklığa sermaye olarak getirilen kullanım hakkı, kendisine biçilen sürenin sonunda ortadan kalkacaksa da, bu durum kesinlikle sermaye azaltımını gerektiren bir olgu değildir. Konuya bilanço açısından bakıldığında meseleyi izah etmek kolaylaşacaktır: Örneğin bir taşınmaz üzerindeki kullanım hakkı sermaye olarak getirildiğinde, anonim ortaklığın bilançosuna bir varlık olarak kaydedilen şey gayrimenkulün kendisi değil, bunun belirlenen süre boyunca kullanılması şeklindeki menfaate sermaye olarak biçilen değerdir. Dolayısıyla anonim ortaklığın sürenin sonunda bu gayrimenkulü sahibine iade etmesi, sermayeyi azaltıcı bir etki göstermez; sermaye olarak ortaklığa getirilen şey kullanım hakkı olduğuna göre, sürenin sonuna kadar gayrimenkulün şirketçe kullanılmış olması sermayenin tam olarak karşılanmış olması anlamına gelecektir.

İlk olarak bu halde borcun konusu/edim yükümlülüğü bir şey üzerindeki mülkiyetin ortaklığa geçirilmesi değildir. Dolayısıyla yukarıda ulaştığımız, bir miktar paranın mülkiyetinin ortaklığa naklinin muaccel olarak borçlanılması halinde oluşacak hukuki durumun nakdi sermaye borcuna, para dışındaki değerlerin mülkiyetinin naklinin muaccel olarak borçlanılması halinde ise bizatihi ilgili değerin ayni sermaye olarak taahhüdüne denk düşeceği şeklindeki sonucun[179], borcun konusunun mülkiyet hakkının değil de kullanım hakkının tesisi olması halinde geçerli olmayacağı açıktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir eşya veya hak üzerindeki kullanım hakkının ortaklığa getirilmesinin pay sahibi tarafından muaccel olarak borçlanılması pekâlâ mümkündür ve bu halde oluşan hukuki durumun Türk hukukunda da kanunun izin verdiği ve pratikte karşılaşılabilecek bir ihtimal olması karşısında daha ayrıntılı olarak incelenmesi faydalı olacaktır.

Öte yandan konu, özellikle Alman doktrininde yoğun biçimde tartışılmış olması dolayısıyla da ayrı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Gerçekten bahsi geçen hukuk çevresinde, özellikle hâkim görüşün pay sahibinin bizzat borçlu olduğu alacak haklarının ayni sermaye yeterliliğini reddetmiş olmasına rağmen, pay sahibinin malik olduğu eşya üzerindeki kullanım hakkını borçlanması başka bir şekilde ele alınmış ve genel olarak bu ihtimalde oluşan hukuki durumun ortaklığa basit bir alacak hakkının tanınmasından farklı olduğu üzerinde durularak, bu duruma özgü değişik bir sonuç yaygın olarak benimsenmiştir. Söz konusu tartışmaların ortaya konulması ve orada genel olarak pay sahibinin borçlu olduğu alacak haklarının ve özelde nisbi kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliğine karşı ileri sürülen fikirlerin değerlendirilmesi, yukarıda bu konuda benimsediğimiz görüşün sınanması bakımından da anlamlıdır. Bu çerçevede biz de konuyu ayrı bir başlık altında ele almayı faydalı buluyoruz.

B. Ayni Sermaye Yeterliliği Şartları Bakımından Genel Değerlendirme

Daha evvel ifade ettiğimiz üzere bize göre borçlar hukuku temelinde ortaklık lehine kurulan kullanma haklarının ayni sermaye yeterliliğinin tespitinde de bu konuda ortaya koyduğumuz genel ölçüler belirleyici olmalıdır. Bu bakımdan

[179] Bu yönde bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, D, 3.

öncelikle vadesi gelmemiş alacakların anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesini yasaklayan Türk hukukuna özgü TK m. 342 hükmünü dikkate almak gerekir. Eşya üzerindeki nispi nitelikteki kullanım haklarının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi de -yukarıda işaret ettiğimiz üzere- neticede bir alacak hakkının sermaye olarak getirilmesi anlamına geldiğinden, bu borcun bir vadeye bağlanması halinde ayni sermaye yeterliliğinin daha baştan ortadan kalkacağı belirtilmelidir. Bu şartın dışında kısaca, devrolunabilen ve nakden değerlenebilen kullanım haklarının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebileceği söylenebilir. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak nispi nitelikteki kullanım haklarının sermaye yeterliliği konusunda önceden olumlu veya olumsuz bir peşin hüküm vermek yerine, her somut olayda karşılaşılacak şartlar çerçevesinde bu ölçütlere göre yapılacak bir değerlendirme esas alınmalıdır.

Bu şartlar bakımından yapılacak daha derinlikli bir inceleme, kullanım haklarının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi noktasında tereddüt uyandırabilecek bazı ihtimalleri ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede ayni sermaye yeterliliği konusunda bir tutum belirleyebilmek açısından, -özellikle Alman öğretisinde tartışılan- kullanım hakkının borçlusunun pay sahibi veya bir üçüncü kişi olmasının bir fark oluşturup oluşturmadığı, kullanım hakkının belirli bir süre ile sınırlanmış olmasının gerekip gerekmediği, pay sahibinin veya pay sahibinin alacaklısının kullanım hakkı üzerinde söz sahibi olmalarının doğuracağı problemler, pay sahibinin ortaklıktan ayrılması veya ortaklığın sona ermesi ihtimallerinde gündeme gelebilecek sorunlar nispi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği hususunda özel olarak incelenmeye değer konulardır. Nispi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği konusunda bir kanaat serdedebilmek için, bu meseleler hakkında bir tutum benimsenmesi ve kullanım haklarına özgü risklerin ayni sermaye yeterliliği bakımından ele alınması zorunludur.

C. Kullandırma Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması

Alacak hakkı niteliğindeki kullanım haklarının borçlusunun üçüncü bir kişi olması durumunda, yukarıda pay sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alacak hakkının sermaye olarak getirilmesi konusunda belirttiklerimiz geçerlidir. Bu noktada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, alacağın temlik edilebilir nitelikte

olması ve gerek kanundan, gerek sözleşmeden, gerekse işin niteliğinden kaynaklanan temlik engellerinin bulunmamasıdır [180].

Burada tartışılan konu özelinde bilhassa dikkat edilmesi gereken düzenlemeler, konut ve çatılı işyeri kirasından kaynaklanan kullanma hakkının (BK m. 322/2) ve ürün kiracısının (BK m. 366/1) veya kullanma ödüncünde ödünç alanın kullanma hakkının (BK m. 380/2) devrini kural olarak yasaklayan düzenlemelerdir. Bu çerçevede pay sahibinin bahsi geçen sözleşmelerden kaynaklanan kullanma hakkını ancak borçlunun rıza vermesi şartıyla ortaklığa devredebileceği belirtilmelidir.

Üçüncü kişinin kullandırma borçlusu olması halinde söz konusu üçüncü kişiden kaynaklanabilecek risklerin ise otomatik olarak ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırmayacağı, kullanım hakkının varlığının pay sahibi ile malik arasında yer alan temeldeki sözleşmenin varlığına bağlı olmasından kaynaklanacak tehlikelerin değerleme sırasında dikkate alınmasının yeterli olacağı söylenmelidir[181].

---

[180] Alman hukukundaki hâkim yaklaşım da, özellikle pay sahibinin bizzat borçlu olduğu alacakların ayni sermaye yeterliliğinin genel olarak reddedilmiş olması dolayısıyla, kullandırma borçlusunun pay sahibi veya üçüncü bir kişi olması arasında bir ayırıma gitmektedir. Buna göre, pay sahibinin bir üçüncü kişi ile arasındaki bir sözleşme (ör. kira sözleşmesi) çerçevesinde sahip olduğu kullanma hakkını anonim ortaklığa sermaye olarak getirmesi durumunda özellikle söz konusu hakkın devredilebilirlik niteliğinin de var olması halinde genellikle ayni sermaye yeterliliğinin varlığı kabul edilmektedir, Röhricht, **a.g.e.,** § 27/56; Arnold, **a.g.e.,** § 27/51; Pentz, **a.g.e.,** § 27/31; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/33; Bork, **a.g.m.,** s. 208; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,**s. 223; Ekkenga, **a.g.m.,** s. 627; Winter, **a.g.e.,** § 5/46; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/85; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/105; söz konusu değerin bilançoda aktifleştirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle aksi yönde Eckardt, a.g.e, § 27/17.

[181] Zeidler, **a.g.e.,** §, 5/105; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,**s. 223, yazar bizzat pay sahibinin borçlu olduğu kullanım hakkının ayni sermaye olarak getirilmesini mümkün görmüyor ise de, borçlunun bir üçüncü kişi olduğu hallerde artık sermaye konusu ekonomik değerin pay sahibinin malvarlığından ayrılmış olması şartının gerçekleştiği ve dolayısıyla artık ortaklık bakımından pay sahibi cephesinden kaynaklanan bir risk kalmadığı gerekçesiyle bu durumda ilkesel olarak ayni sermaye yeterliliğinin var olduğu sonucuna ulaşmaktadır; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/57, yazar pay sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin karşı edimini pay sahibinin mi yoksa ortaklığın mı yüklendiği hususunun da değerleme sırasında dikkate alınacağını, bu ihtimalde dahi özellikle söz konusu karşı edimin, örneğin kira bedelinin piyasa değerinin önemli ölçüde altında olmasının, söz konusu kullanım hakkının ayni sermaye olarak ortaklık nezdinde ekonomik bir değerinin olması sonucuna yol açabileceğini belirtmektedir.

Schmidt de bu durumda kullanım hakkı şeklindeki sermaye borcunun ortaklığın serbest tasarrufuna terk edilmiş olması şartı yerine getirildiği takdirde ayni sermaye yeterliliğinin varlığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Yazar bu bakımdan genel olarak aradığı ayni sermaye yeterliliği şartlarına paralel olarak; kullanıma katlanmakla yükümlü olan temel ilişkinin borçlusu veya pay sahibinin kullanım süresi boyunca fesih (ordentliche Kündigung) yetkilerinin bulunmaması ve ayrıca iflas veya tasfiye durumunda kullanım hakkının üçüncü kişiye devir veya terk (Übertragung oder

D. Kullandırma Borçlusunun Aynı Zamanda Pay Sahibi Olması

Alman doktrininde asıl tartışma konusu olan ihtimal kullandırma borçlusunun bizzat pay sahibi olması halidir. Daha önce aktardığımız üzere[182] Alman öğretisinde hâkim kanaat, borçlunun bizzat pay sahibi olduğu alacakların ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı yönündedir. Bununla birlikte hâkim görüşteki yazarlar, alacağın konusu üzerinde şirket lehine zilyetliğin tesis edildiği hallerde artık yalnızca bir taahhüdün ötesine geçilerek sermaye konusu şeyin pay sahibinin malvarlığından ayrılmasının ve ortaklık malvarlığına intikalinin sağlanmış olacağını[183], dolayısıyla bu şarta riayet kaydıyla kurala bir istisna tanınabileceğini -yine neredeyse ittifakla- kabul etmektedirler[184].

İşte bu sebeple, bu imkânı bütünüyle reddeden azınlık görüşü[185] bir tarafa bırakılırsa, üzerinde kullanım hakkı sağlanan malvarlığı unsurunun zilyetliğinin ortaklığa bırakılmış olması[186]; kullanım hakkının süresinin belirli olması[187]; kullanım

---

Überlassung) yoluyla değerlendirilebilir olması şartlarının varlığı durumunda borçlunun üçüncü kişi olduğu kullanım haklarının ayni sermaye olarak getirilebilmesini mümkün görmektedir (Schmidt, **ZHR 154,** s. 253.).

[182] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, D, 3.

[183] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/69; Pentz, **a.g.e.,** § 27/26; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/27.

[184] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/69; Pentz, **a.g.e.,** § 27/26; Arnold, **a.g.e.,** § 27/59; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/19; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/27; Märtens, **a.g.e.,** § 5/11; Roth, a.g.e., § 5/44; daha tereddütlü yaklaşmakla birlikte aynı yönde Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; yalnızca taşınır eşya üzerindeki kullanım hakları bakımından Schmidt, **ZHR 154,** s. 254 vd.

[185] Söz konusu kıymetin aktifleştirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle Ekkenga, **a.g.m.,** s. 618 vd., 627; borçlunun pay sahibi olduğu alacak haklarının ayni sermaye yeterliliği aleyhindeki gerekçelerin, kullandırma hakları bakımından da aynen mevcut olduğu, salt zilyetliğin ortaklığa devredilmesinin ayni sermaye konusu malvarlığının pay sahibinin malvarlığından ayrılarak ortaklığa aktarılmış olduğu, ortaklığın ekonomik kaderini paylaştığı anlamına gelmeyeceği, zilyetlik devrine rağmen ortaklığın konumunun sürekli biçimde pay sahibi ve alacaklıları tarafından tehdit edilmeye devam ettiği gerekçesiyle Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 224; iflas ve aciz halinde değerlendirilmesi bakımından aynı yönde Boehme, **a.g.e.,** s. 88 vd.; Fabritius, **a.g.e.,** s. 163 vd.

[186] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/59; Arnold, **a.g.e.,** § 27/62; Bayer, **a.g.e.,** § 27/17; Pentz, **a.g.e.,** § 27/31; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/33; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/19; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/92; Roth, a.g.e., § 5/39; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/99; Döllerer, **FS Fleck**, s. 40; Haas, **a.g.m.,** s. 172, 176, 178-179; Bork, **a.g.m.,** s. 225; Steinbeck, **a.g.m.,** s. 125-127; Schmidt, **ZHR 154,** s. 255.

[187] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/60; Arnold, **a.g.e.,** § 27/62; Pentz, **a.g.e.,** § 27/31; Bayer, **a.g.e.,** § 27/17; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/33; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/19; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/90; Roth, a.g.e., § 5/39; Haas, **a.g.m.,** s. 182; asgari bir süre için tesis edilmiş kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği bakımından şüpheye yer olmadığı ancak bunun mutlak bir şart olarak da değerlendirilemeyeceği yönünde Bork, **a.g.m.,** s. 214-215, 222 vd.; Schmidt, **ZHR 154,** s. 250.

hakkının –en azından belirli bir süreden önce- feshedilememesi[188]; ortaklığın iflası veya tasfiyesi halinde kullanım hakkının başka bir şekilde değerlendirilebilir olması[189] gibi şartların bir kısmının veya tamamının varlığı halinde borçlunun pay sahibi olduğu nispi nitelikteki kullanım haklarına da ayni sermaye yeterliliğinin tanınması yönünde genel geçer bir sonuca ulaşıldığı söylenebilir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi her şeyden önce biz ortaklığa sermaye olarak getirilmek istenen alacağın borçlusunun bizzat pay sahibi olmasının esasen bir ayni sermaye engeli şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla kullandırma yükümlüsünün pay sahibi olduğu bir kullanma hakkının ayni sermaye yeterliliğinin de esasen üçüncü kişinin pay sahibi lehine tesis ettiği bir kullanma hakkının ortaklığa sermaye olarak getirilmesinden farklı değerlendirilmesini gerektiren bir hususun mevcut olmadığını düşünüyoruz.

Bize göre her iki ihtimalde de mesele ayni sermaye yeterliliğine ilişkin ortak kriterlere uygunluk zemininde çözülmek durumundadır. Bu açıdan da özellikle Alman doktrininde pay sahibinin borçlu olduğu kullanma hakkının ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için adeta ayrı birer kriter şeklinde sunulan gereklilikler de temelde "nakden değerlenebilme" kriteri ile ilgilidir. Gerçekten de bu sayılan hususların her biri söz konusu kullanım hakkının parasal olarak arzedeceği değeri etkileyebilecek nitelikteki risk kalemleri olarak önem taşırlar. Bu itibarla esasen söz konusu risklerle herhangi bir ayni sermaye kaleminin değerini etkileyebilecek çok çeşitli başka riskler arasında nitelikleri bakımından temelde bir farklılık yoktur. Yapılması gereken, her somut olayda gündeme gelen risklerin değerleme sırasında göz önünde bulundurulması ve şayet bu riskler getirilmek istenen malvarlığı parçasını bir sermaye kalemi olarak tamamen değersiz bir hale getirecek kadar

[188] Pentz, **a.g.e.,** § 27/31; Arnold, **a.g.e.,** § 27/62; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/33; Bayer, **a.g.e.,** § 27/17; Döllerer kural olarak kullanımı ortaklığa bırakılan eşyanın sonradan bir başkası tarafından devralınması halinde ortaklığın gerekli savunma imkanlarına sahip olduğunu, bununla birlikte taşınmazların cebri icra yoluyla iktisabı halinde ZVG 57a uyarınca devralanın fesih hakkı bulunduğunu belirtmekte, ancak neticede söz konusu riskin tek başına ayni sermaye yeterliliğine engel olmayacağı yönünde kanaat belirtmektedir, Döllerer, **FS Fleck**, s. 42-44; benzer görüşte Röhricht, **a.g.e.,** § 27/61 vd.;

[189] Arnold, **a.g.e.,** § 27/62; Bayer, **a.g.e.,** § 27/17; Märtens, **a.g.e.,** § 5/91.

yüksek ise kullandırma borçlusunun kimliğinden bağımsız olarak olumsuz sonuca varılmasıdır[190].

Kısacası, söz konusu şartların mutlak anlamda ayni sermaye yeterliliği şartı olarak anlaşılmasının ve bunların yokluğu halinde başkaca bir değerlendirmeye gerek olmaksızın ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Şüphesiz bu şartların bir kısmının veya hiçbirinin somut olayda karşılanamamış olması, söz konusu kullanım hakkının yapılacak bir değerleme neticesinde sermaye olarak ifade edeceği değeri önemli ölçüde azaltacak ve belki de sıfır düzeyine indirecektir. Yahut tersinden, bu şartların tamamını veya çoğunu taşıyan bir kullanım hakkının değerleme prosedürü neticesinde sermaye kalemi olarak ekonomik bir değer ifade edeceği tahmin edilebilir. Ancak bir adım daha giderek bu şartların sağlanamamasının söz konusu kullanım hakkının mutlak olarak ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldıracağı şeklinde bir peşin hükmün kabul edilebilmesi mümkün değildir. Tüm bu şartlar ayni sermayenin değerlenmesi sırasında göz önünde bulundurulacak, bu çerçevede gerekli indirimler yapılacak, ancak her halükarda ayni sermaye yeterliliğine ilişkin karara bu prosedürün neticesinde varılacaktır.

Buna rağmen doktrinin kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği konusunda dikkat çektiği hususların nakden değerlenebilme niteliği açısından ne ölçüde risk oluşturduğunun incelenmesinde fayda vardır. Böyle bir inceleme uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek açısından da anlamlıdır. Üstelik bu risklerin bir kısmı yalnızca nispi nitelikteki kullanım haklarını değil daha genel olarak diğer alacak haklarını da ilgilendirmeleri, bu hallerde de gündeme gelebilecekleri için, burada varılacak sonuçların daha geniş bir yansıması olacağı da söylenebilir. Bu bakımdan biz de aşağıda hem doktrinde dile getirilen bu riskleri hem de karşılaşılması muhtemel diğer hususları, özellikle Türk hukuku bakımından ortaya çıkabilecek farklılıkları da dikkate alarak değerlendirmeye çalışacağız.

Bu açıdan söz konusu riskler sistematik bir kolaylık sağlayacağı da göz önünde bulundurularak iki ana başlık altında toplanabilir. Öncelikle bahse konu

[190] Aynı yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 223.

kalemler, ortaklığa kullanılmak üzere pay sahibi tarafından bırakılan eşyaya farklı cephelerden yönelmiş riskleri işaret etmektedir. İşte bu noktada sınıflandırmaya da temel olacak başlıca iki risk grubundan bahsedilebilir: Bizatihi ortak (1) ve ortak dışındaki kimseler (2). Pay sahibinden şirkete yönelebileceği beklenen risk bunun bir fesih bildiriminde bulunmak suretiyle kullanma hakkını sona erdirmesi iken; pay sahibi dışında da bir yandan pay sahibinin alacaklılarının, diğer yandan da pay sahibinin kullanım konusu eşyanın mülkiyetini devretmiş olabileceği kimselerin sermayeye konu kullanım hakkını tehlikeye düşürebilecekleri üzerinde durulmaktadır. Şimdi bu şema çerçevesinde söz konusu risklerin üzerinde durarak, doktrinin belirttiği endişelerin yerindeliğini ve nakden değerlenebilme niteliği üzerindeki etkilerini ortaya koymaya çalışacağız.

1. Pay Sahibinden Kaynaklanan Riskler

a. Kullanım Hakkının Belirsiz Süreli Olması

Doktrindeki yazarların önemli bir kısmının kullanım hakkının ayni sermaye yeterliliği kazanabilmesi için mutlak surette asgari kullanım süresinin belirlenmiş olması gerektiği kanaatinde olduklarını belirtmiştik[191]. Gerçekten kullanım hakkı için (asgari) bir sürenin belirlenmesi, değerleme sırasında doğabilecek önemli problemleri daha baştan ortadan kaldırmakta, söz konusu kullanım hakkına parasal bir değer biçilmesini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır[192]. Bu bakımdan –değerleme sırasında göz önünde bulundurulması gereken diğer hususlar saklı kalmak kaydıyla- sermaye olarak konulmak istenen kullanım hakkına ilişkin belirli bir sürenin tayin edilmesi ayni sermaye yeterliliği bakımından tercih edilecek bir tedbirdir.

Buna karşılık kullanım hakkı için asgari bir sürenin tespit edilmediği durumda, ayni sermaye yeterliliğinin de kendiliğinden ortadan kalktığı söylenebilecek midir? Asgari süre şartını arayan yazarların vardıkları sonuç budur. Gerçekten bu durumda asgari süre belirlendiği takdirde büyük ölçüde bertaraf edilen iki temel engel bulunmaktadır: İlk olarak kullanım hakkının değerinin ortaklığın bu

[191] Bkz. dn. 317'deki yazarlar.

[192] Bu halde kullanım hakkının değerinin, ortaklığın ayni sermaye olarak getirilen malvarlığını belirli süre boyunca bir sermaye borcu olarak kullanmış olması dolayısıyla tasarruf ettiği kullanım bedeline karşılık geldiği yönünde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/60; aynı yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 213.

hakkı sermaye olarak elde etmek suretiyle tasarruf edeceği piyasadaki karşılık olarak belirlendiği düşünüldüğünde, asgari bir sürenin tespit edilmemiş olması değerleme yapmaya da engel olmaktadır[193]. İkincisi asgari sürenin belirlenmemesi, pay sahibinin payını/pay sahipliği sıfatını gerek payını iradi olarak devretmek gerek cebri icra yoluyla yitirmek şeklinde olsun kaybetmesi halinde, kullanım hakkının da otomatik olarak sona ermesi sonucuna yol açacaktır[194].

İlk engel bakımından varsayımsal bazı değerleme yöntemlerinin uygulanabilmesi imkânı üzerinde durulmuştur. Buna göre amortismana tabi olmayan kıymetler –örneğin arazi- bakımından[195] süresiz bir kira sözleşmesi, amortismana tabi kıymetler bakımından ise ortalama kullanım ömrü (betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer) temelinde bir değerleme yapılabileceği, ayrıca bu konuda amortisman süresinin (Abschreibungszeit) de dikkate alınabileceği belirtilmiştir[196].

---

[193] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/64; Pentz, **a.g.e.,** § 27/31; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/90; Bork, **a.g.m.,** s. 213.

[194] Schmidt, **ZHR 154,** s. 250; somut durumda ortaklık sözleşmesinin yorumu neticesinde, kullanım hakkı için asgari sürenin belirlenmemesinin pay sahibinin kullanım hakkını pay sahipliği sıfatının devamı süresince değil ortaklığın ömrü ile mukayyet olarak getirmiş olduğu sonucuna ulaştırıp ulaştırmayacağının tartışılabileceğine doktrinde işaret edilmiştir, bu yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 214. Bununla birlikte yazar taraflar açıkça aksi üzerinde mutabık kalmadıkları müddetçe kullanım hakkının pay sahipliği sıfatının varlığına bağlı olduğu sonucuna varılması gerektiğini, zira ortağın maliki olduğu eşya üzerindeki hakkın kullanımını sebepsiz yere değil ortaklık sözleşmesinin bir gereği olarak getirdiğini, ortak bakımından bu sözleşmenin neticelenmesi durumunda kural olarak kullanım hakkının da sona ereceği sonucuna varılması gerektiğini belirtmektedir; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/64).

[195] VUK m. 313/1'de *"İşletmede bir yıldan fazla kullanılan ve yıpranmaya, aşınmaya veya kıymetten düşmeye maruz bulunan gayrimenkullerle 269 uncu madde gereğince gayrimenkul gibi değerlenen iktisadi kıymetlerin, alet, edevat, mefruşat, demirbaş ve sinema filmlerinin birinci kısımdaki esaslara göre tespit edilen değerinin, bu Kanun hükümlerine göre yok edilmesi amortisman mevzuunu teşkil eder"* diyerek genel olarak amortismana tabi varlıkların çerçevesi çizilmiştir. Kural olarak duran varlıklar amortismana tabidir. Ancak maddi duran varlık niteliğinde olmakla birlikte araziler amortismana tabi kıymetlerden değildir, bkz. Çonkar/Ulusan/Öztürk, **a.g.e.,** s. 223.

[196] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/64; süresiz kira sözleşmesine göre bir değerleme yapılması bakımından tereddüt etmekle birlikte, taşınırlar bakımından ortalama kullanım ömrünün dikkate alınabileceği yönünde Haas, **a.g.m.,** s. 182.

Bork ise böyle bir varsayımın çok kez pay sahiplerinin iradesi ile uyuşmayacağını zira pay sahibinin kullanım hakkını sebepsiz yere değil, pay sahipliği dolayısıyla ortaklığa terkettiğini, dolayısıyla taraflar arasında aksi yönde açık bir anlaşma bulunmadığı takdirde pay sahibinin ortaklık ilişkisinin bitiminden sonra kullandırma konusu eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmak amacında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, bu yorum gereğince belirsiz süre için tanınmış olan kullanma hakkının pay sahibinin şirketten ayrılması ile birlikte sona ereceğini ve kullandırma borcunun konusu olan şeyin iadesinin gerekeceğini, sonuçta ortaklığa tanınan kullanma hakkının süresine karşılık gelen ekonomik değer şirketin kuruluşunda taahhüt edilen sermaye payından daha az ise ortaklığın kalan miktarı nakden talep edebileceğini belirtmektedir, s. 213-214. Yazar şirketin kuruluşu sırasında böyle bir kullanım hakkına nasıl/neye göre değer biçileceği meselesi üzerinde ise ayrıca durmamaktadır.

Kullanım hakkının asgari bir süreye bağlanmamış olması görüldüğü üzere en iyi ihtimalde beraberinde yorum problemlerini de getirmektedir. Ortaklık kurucularının varsayımsal iradelerinin belirlenmesi henüz değerleme aşamasında bir problem teşkil ettiği gibi, kuruluştan sonraki dönemde de örneğin pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasının nasıl bir sonuç doğuracağının tespiti bakımından da yeni sorunlar ortaya çıkaracaktır. Üstelik böyle bir yorumun değerlemeyi yapacak olan bilirkişiye bırakılmasının ne derece sağlıklı olacağı, bilirkişiden böyle bir yorum yapmasının beklenip beklenemeyeceği, bilirkişinin yapacağı yorum ile sonradan kurucuların açığa vuracakları iradeleri arasında farklılık olması durumunda yapılan değerlemenin akıbetinin ne olacağı gibi sorular da cevaplanmaya muhtaçtır. Şu halde tüm bu problemlerin önlenmesi, en başta da değerlemenin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi için kanımızca da ortaklık lehine tesis edilen kullanım hakkının hiç değilse asgari bir süreye bağlanması gerekir. Aksi takdirde pratikte söz konusu kullanım hakkı, nakden değerlenebilirlik niteliğinden yoksun olması dolayısıyla ayni sermaye olarak kabul edilemeyecektir.

Kullanım hakkının süresinin parasal bir değerleme yapmayı mümkün kılacak şekilde belirlenmesi bakımından çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Bu bağlamda taraflar kullanım hakkı için asgari bir süre tespit edebilecekleri gibi, nihai bir süre de tayin edebilirler. Söz konusu süre gün, ay veya yıl şeklinde olabileceği gibi, belirlenebilir bir tarih vermek suretiyle de tespit edilebilir. Bununla birlikte gerçekleşmesi belirsiz olgulara bağlı olarak bir süre veya asgari süre belirlenmesi halinde, değerleme bakımından belirsiz süreli bir kullanım hakkının var olduğu sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır.

Buna karşılık ilerleyen sayfalarda tekraren kullanım hakkının en azından asgari bir süreye bağlanmamış olmasının tek başına bir ayni sermaye yeterliliği engeli olarak görülmemesi gerektiğini, her somut durumda ortaklığın maruz kalacağı riskin farklı olabileceğini, bu bakımdan örneğin kişisel niteliklerin ağır bastığı bir anonim ortaklıkta pay sahipleri arasındaki sıkı bağlar dolayısıyla ortaklık sıfatının kolay kolay terkedilmeyeceğini, kısacası ancak her somut durumda yapılacak değerleme neticesinde bu riskin söz konusu kullanım hakkının değerini sıfıra indirip indirmeyeceğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir, s. 223-224.

b. Kullanım Hakkını Ortaklığa Getiren Pay Sahibinin Payını Devretmesi

Yukarıda kullanım hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmış olmasının değerlemenin yapılabilmesinin bir ön şartı olduğu, böyle bir belirleme yapılmadığı sürece değer biçmenin mümkün olamayacağı yönünde görüş belirtmiştik. Kullanım hakkını ortaklığa sermaye olarak getiren pay sahibinin payını belirlenen bu sürenin dolmasından önce devretmesi durumunda kullanma hakkının akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelecektir.

Bu noktada öncelikle TK m. 501/1 hükmünün, sermaye payı olarak ayni değerlerin getirildiği durumlarda da uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Söz konusu düzenleme uyarınca bedeli tamamen ödenmemiş olan nama yazılı bir payı iktisap eden kimse, pay defterine kaydedilmekle geri kalan bedeli ödemekle yükümlü olacaktır[197]. Şu halde aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme bir kenara bırakılırsa, üçüncü fıkrada da teyit edildiği üzere, payı iktisap edenin pay defterine kaydı, devreden kimsenin borcundan kurtulması sonucunu doğuracaktır.

En azından ilk bakışta, sermaye payının türü bakımından bir ayırım yapmayan mutlak ifadesi, hükmün ayni sermaye taahhüdü hallerinde de uygulanacağı şeklinde yorumlanabilir. Ancak böyle bir sonuca ulaşmadan önce en azından, sermaye payı olarak ayni değerlerin taahhüdü halinde, bu taahhüdün ne zaman ifa edileceği, sermaye borcunun konusu olan malvarlığı değerinin ne zaman ortaklığa intikal edeceğinin üzerinde durulması gerekir. Pay bedellerinin ödenmesine ilişkin TK m. 344 vd.da konu yalnızca nakdi sermaye taahhüdü bakımından ele alınmış, ayni sermaye taahhüdü haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TK m. 344 uyarınca nakdi sermaye taahhüdünde pay bedellerinin en az dörtte birinin tescilden önce ödeneceği, kalan kısmın ise şirketin tescilinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ifa edileceği düşünülürse, TK m. 501 hükmünün de asıl olarak nakdi

[197] TK m. 484/2 uyarınca da bedelleri tamamen ödenmemiş paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamayacaktır.

sermaye taahhütleri bakımından söz konusu ¾'lük kısmın ödenmediği ihtimalleri düzenlediği açıktır.

Buna karşılık kanun koyucunun ayni sermaye borcunun varlığı halinde nakdi sermaye borcunda olduğu gibi tedrici bir ifa varsayımından yola çıkmadığı söylenmelidir. TK m. 344 vd. hükümleri ayni sermaye borcunun ifa zamanı hakkında suskunsa da, ticaret şirketlerine ilişkin TK m. 128 hükmü, bu konuyu –hiç değilse- zımnen düzenleyen bir madde olarak dikkate alınmalıdır. Söz konusu hüküm incelendiğinde ayni sermaye taahhüdü halinde kanun koyucunun arzusunun, sermaye konusu malvarlığı kaleminin mümkünse şirketin tescili anında (örn. taşınırlar, alacaklar), bunun mümkün olmadığı durumlarda da aynı maddede yer alan özel düzenlemeler uyarınca (TK m. 128/6) en kısa zamanda ortaklığa intikal etmesi yönünde olduğu, dolayısıyla kural olarak ayni sermaye borcunun ifasında nakdi sermayeye ilişkin TK m. 344'ten farklı olarak kanun koyucunun tedrici bir ifayı öngörmediği sonucuna ulaşılacaktır.

Nitekim bu sebeple TK m. 501'in ayni sermaye taahhüdü halinde uygulanmasının kabul edilmesi hükmün bünyesine de aykırıdır. Örneğin tartıştığımız ihtimalde payı devralan kimse kullandırma konusu şeyi de devralmadığına göre, kalan sermaye borcunu –kalan süre boyunca kullanım hakkının ortaklığa sağlanması- ifa etmesinin ondan istenmesi mümkün değildir[198]. Şu halde TK m. 501'in kaleme alınması esnasında da ayni sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin bu paylarını devretmesi ihtimalinin göz önünde bulundurulmadığı, hükmün nakdi sermaye taahhüdüne konu payları hedef aldığı söylenebilir.

Bu gerekçeler karşısında TK m. 501 hükmünün ayni sermaye borcuna konu paylar bakımından uygulanması imkânına da şüpheyle yaklaşılmalıdır. Arzettiğimiz üzere ayni sermaye borcunun ifasında kural, ifanın şirketin tescili ile birlikte otomatik olarak veya en azından sermaye müteahhidinin rızasından bağımsız şekilde resmi makamlar yahut bizzat ortaklığın harekete geçmesi yoluyla en kısa zamanda

[198] Bu durumda olsa olsa ayni sermaye borcunun nakdi sermaye borcuna dönüşeceği ve kalan kullandırma yükümünün arzettiği parasal değerin payı devralan kimse tarafından ödenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak ayni sermaye borcunun aynen ifasını mümkün kılacak bir yorum yapma imkanı olduğu sürece, ayni sermaye borcunun nakdi sermaye borcuna dönüşmesi sonucundan kanımızca kaçınmak gerekir.

gerçekleşmesidir. Burada tartıştığımız ihtimalin ise bu kanuni varsayımda -en azından açıkça- öngörülmemiş bir istisna olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun arzusu açıkça ortada olduğuna göre, normal durumdan sapma teşkil eden bu istisnai hale bağlanacak sonuçlara ilişkin yorumun da kanımızca mümkün olduğunca kanun koyucunun öngördüğü kuralın hayata geçmesine imkân tanıyacak tarzda olması gerekir.

Gerçekten de pay sahibi ortaklık sözleşmesi ile belirli bir süreliğine maliki bulunduğu bir eşya üzerinde ortaklık lehine kullanım hakkı sağlamak şeklinde bir sermaye taahhüdünde bulunmuştur. Bu durumda ortağın borcunun ifa edilmiş olduğundan bahsedebilmek için bu sürenin tamamlanmış olması gerekir. İfanın henüz tam olarak gerçekleşmediği bir sırada pay sahibinin herhangi bir sebeple ortaklıktan ayrılması ise bu ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu sebeple yukarıda benimsediğimiz görüş uyarınca, kullanım hakkının süresinin belirlenmiş olması gerekliliği karşısında bu hakkı getiren ortağın, payını devretmesinden ve pay sahipliği sıfatını kaybetmesinden bağımsız olarak söz konusu hakkın sürenin sonuna kadar ortaklık tarafından kullanılmasını sağlama yükümlülüğü olduğu kabul edilerek, özellikle ortaklık menfaatini göz önünde bulunduran bir çözüme ulaşılabilir[199].

Ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olmadığı akılda tutulmak kaydıyla, yalnızca izahı kolaylaştırmak bakımından, bu ilişki kiracının kira bedelini peşinen ödediği, buna karşılık kiralayanın ise "ben istediğimi aldım" diyerek kiralananın kullanılmasına müsaade etmediği bir kira sözleşmesine benzetilebilir. Kiralayanın ilişkiden beklediği menfaatin temin edilmiş olması yahut kiralayanın ilişkinin devamını kendisi için anlamlı kılan saiki sonradan yitirmiş olması, onu üstlendiği borçtan kurtaran bir olgu olarak değerlendirilemez. Şu halde ortaklık sözleşmesi uyarınca üstlenilen bir kullandırma borcunun da ancak taahhüt edilen sürenin sonunda ifa edilmiş olacağı, dolayısıyla bu sürenin sona ermesinden önce pay sahipliği sıfatının sona ermiş olmasının kullandırma borcunu ortadan

[199] Bu yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 213; zımnen Schmidt, **ZHR 154,** s. 250.

kaldırmayacağı yahut buna bağlı olarak pay sahibinin bir fesih hakkından bahsedilemeyeceği sonucuna varılmalıdır[200].

c. Pay Sahibinin Kullanım Hakkını Tek Taraflı Beyanı ile Sona Erdirmesi (Fesih)

Bazı yazarlar pay sahibinin anonim ortaklığa sermaye olarak bir kullanım hakkını getirmesi durumunda, aynı pay sahibinin bu hakkı tek taraflı bir beyanı ile sonlandırma yetkisinin bulunabileceğini belirterek, bu ihtimalde ayni sermaye yeterliliğinin mutlak olarak ortadan kalkmış olacağını belirtmişlerdir[201].

Ancak bize göre öncelikle pay sahibinin böyle bir fesih imkânına sahip olup olmadığı tartışılmalıdır. İleride ayrıca belirteceğimiz üzere, genel olarak anonim ortaklığa sermaye getirme borcunun, özelde ise konumuz bakımından kullanım hakkının ayni sermaye olarak getirilmesinin temelinde yatan hukuki muamele ortaklık sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen ayni sermaye sözleşmesidir. Bu gerçek, örneğin ayni sermaye getirilmesinin en temel şekli olan ayni sermaye olarak bir eşya üzerinde mülkiyetin ortaklığa devri durumunda çok açık bir biçimde görülebilir. Bu ihtimalde ortaklık sözleşmesinin taraflarından biri olan pay sahibi, kuruluşta diğer kurucularla veya sermaye artırımı aşamasında ortaklık tüzel kişiliği ile mülkiyetin devrine yönelik bir satış veya trampa sözleşmesi imzalıyor değildir. Tıpkı bunun gibi bir kullanım hakkının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi şeklindeki işlemin temelinde de kurucular veya pay sahibi ile şirket arasında yapılan bir kira veya hâsılat kirası sözleşmesi değil bizatihi ortaklık sözleşmesi[202] yer almaktadır.

Şu halde pay sahibinin ortaklığa sermaye payı olarak getirdiği kullanma hakkını feshedip edemeyeceği değerlendirilirken de ortaklıklar hukukuna ilişkin kurallar ve ilkeler çerçevesinde bir hüküm verilmelidir. Bu çerçevede her şeyden

---

[200] Bork bu durumda ortaklıktan ayrılmış olan pay sahibinin ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan "sözleşme sonrası bir sadakat borcu" altında bulunduğunu, bu borç gereğince daha önce yapılmış olan kullanım hakkının devrine ilişkin sözleşmeye riayetle yükümlü olduğunu belirtmektedir, s. 212-213. Yazar ayrıca belirlenen süreden önce kullandırma borcunun konusu olan şeyin geri alınmasının sermayenin iadesi anlamına da geleceğini ifade etmektedir, s. 213.

[201] Schmidt, **ZHR 154,** s. 250.

[202] Ortaklık sözleşmesinin niteliği, özellikle bu sözleşmenin normal olarak iki taraflı akdedilen sözleşmelerden farkı hakkında bkz. Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, **Medeni Hukuk- Giriş-Kaynaklar- Temel Kavramlar,** 19. Bası, İstanbul 2013, s. 175-176.

önce TK m. 480/3 ile getirilen ve taahhüt edilen sermayenin türünden bağımsız olarak pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemeyeceklerine ilişkin düzenleme, sermayenin iadesini yasaklayan açık ve emredici bir pozitif hüküm olarak dikkate alınmak durumundadır (sermayenin iadesi yasağı). Hüküm geri almanın hukuki gerekçesi bakımından da bir ayırıma gitmiş değildir. Bu bakımdan örneğin sermaye azaltımında olduğu gibi pay sahibinin ortaklığa getirdiği sermayenin hiç değilse parasal karşılığını almasına imkân tanıyan istisnai düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, pay sahiplerinin sermaye olarak getirdiklerini ortaklıktan hangi gerekçe ile olursa olsun talep edemeyeceği sonucuna varılacaktır. Kanımızca kullanım hakkını sermaye olarak getiren pay sahibine tanınması muhtemel bir fesih hakkı, anonim ortaklıklara ilişkin bu düzenleme ile kesinlikle bağdaşmaz. Dolayısıyla öncelikle bu bakımdan sermayenin iadesi yasağının pay sahibinin fesih hakkının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken mutlak bir engel olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öte yandan, TK m. 480/3 gibi açık bir pozitif düzenleme olmasaydı dahi aynı sonuca varılması gerekeceği de belirtilmelidir. Gerçekten anonim ortaklıkta hâkim olan esas sermaye sistemi ve sermayenin tedariki ve korunması ilkeleri, kullanım hakkını sermaye olarak getiren pay sahibinin muhtemel bir fesih hakkına kesinlikle müsaade etmeyecektir. Şirketin esas sözleşmesinde parasal olarak ifade edilmiş sabit bir değer olan esas sermayenin tedariki ve muhafaza edilmesi, daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Kara Avrupası anonim ortaklık sisteminin üzerine oturduğu temel sütunlardan biridir. Ortaklığa bir yandan -özellikle başlangıç aşamasında- işletme sermayesi olarak hayati bir hizmet sunan, öte yandan ilerleyen dönemler için de şirket alacaklıları için asgari bir güvence sağlayan bu meblağa karşılık gelen malvarlığı değerlerinin, üstelik bu değerleri ortaklığa getirmek suretiyle sınırlı sorumluluk gibi önemli bir avantajı kazanan pay sahipleri tarafından ortaklıktan geri alınması kesinlikle kabul edilemez. Ortaklar sermaye paylarını ortaklığa getirmek suretiyle onu kendi malvarlıklarından ve tasarruf alanlarından çıkarmışlar ve artık müstakil bir kişiliğe ve malvarlığına sahip olan ortaklığa devretmişlerdir. Bu devir mülkiyetin nakli şeklinde gerçekleşebileceği gibi kullanım hakkının devri suretiyle de olabilir; ancak hangi hukuki imkân kullanılarak getirildiğinden bağımsız olarak,

sermayenin anonim şirkete getirilmesi artık onun pay sahibinin tasarruf alanından çıkmış olması anlamına gelir. Öyle ki pay sahibinin ortaklıktan ayrılması ve dolayısıyla pay sahibi sıfatını kaybetmesi halinde dahi sermaye payını geri alması mümkün değildir; bu bağlamda anonim ortaklıkta pay sahibine çıkma hakkının tanınmamış olması da sermaye payının ortaklık malvarlığına ve dolayısıyla ortaklığın tasarruf alanına dâhil olmasının bir sonucudur.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, pay sahibinin anonim ortaklığa getirdiği kullanma hakkını, yenilik doğurucu hak niteliğinde bir fesih beyanını kullanmak suretiyle ortadan kaldırmak imkânına da sahip olmadığı kanaatindeyiz. Her şeyden önce dikkat edilmesi gereken husus, tartıştığımız konuda ortaklığa nispi nitelikte bir kullanma hakkı tanınmış olmasına rağmen, bu hakkın temelinde bir kira sözleşmesinin değil, ortaklık sözleşmesinin ve daha özelde de ayni sermaye sözleşmesinin yattığıdır[203]. Dolayısıyla pay sahibine bir fesih hakkı tanınmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilirken de bu durum göz önünde bulundurulmak gerekir. Bu noktaya dikkat edilmek şartıyla şüphesiz ki ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde, bir kullanım hakkının ayni sermaye olarak getirilmesi halinde kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması da mümkündür[204]. Ancak fesih hakkı bakımından konu değerlendirildiğinde, kira sözleşmesi ile kiralayana tanınan fesih imkânlarının, sahip olduğu bir eşya üzerindeki kullanım hakkını sermaye olarak getiren kimseye tanınmasının, belirttiğimiz anlamda ortaklık sözleşmesinin bünyesine uygun bir kıyas olmayacağı açıktır[205].

Bu çerçevede kira sözleşmesi ile ilgili olarak kiralayana kira sözleşmesini tek taraflı bir beyanla sona erdirme imkânı tanıyan düzenlemelerin; bu kapsamda kiracının temerrüdü halinde kiralayana tanınan fesih imkânının (BK m. 315) ve olağanüstü fesih hakkının (BK m. 331-333) kanımızca anonim ortaklığa getirilen kullanım hakkı bakımından kıyasen uygulanabilmesine imkân yoktur[206]. Kira

[203] Ayni sermaye sözleşmesi hakkında bkz. aşağıda Altıncı Bölüm, I.

[204] Döllerer, **FS Fleck**, s. 43; Bork, **a.g.m.,** s. 211.

[205] Bork, **a.g.m.,** s. 211.

[206] Bu noktada kira sözleşmesi çerçevesinde kiralayana tanınan olağan fesih yoluyla kira sözleşmesini sona erdirme imkânının (BK m. 328-330) ise yalnızca belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından kabul edilmiş olması, bizim ise kural olarak yalnızca belirli süreli kullanım haklarının anonim

sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran yapısı göz önünde bulundurularak düzenlenmiş olan bu fesih haklarının, karşılıklılık niteliğinden kesin bir biçimde yoksun olan sermaye koyma borcu bakımından uygulanmasına kanımızca müsaade edilemez.

Kira sözleşmesinin bu noktada kıyasen uygulanması imkânı reddedildikten sonra, anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanan ve pay sahibine fesih imkânı veren bir düzenlemeden de bahsedilemez[207]. Ancak son bir ihtimal olarak bizatihi ortaklık sözleşmesinde pay sahibi lehine bir fesih hakkının tanınması akla gelebilir[208]. Hemen belirtelim ki böyle bir hükmün ortaklık esas sözleşmesinde –her nasılsa- yer alması yukarıda varılandan farklı bir sonuca ulaştırmayacaktır. Zira anonim ortaklık bağlamında gerek emredici hüküm niteliğindeki TK m. 480/3'ün açıkça öngördüğü sermayenin iadesi yasağına, gerekse sermayenin teşkili ve muhafazası ilkelerine ve bunların pozitif hükümlerdeki yine emredici nitelikteki yansımalarına aykırı olan sözleşme hükmü BK m. 27/1 gereği hükümsüz olacaktır.

Netice itibariyle borçlar hukuku temelindeki bir kullanım hakkının anonim ortaklığa getirilmesi durumunda, pay sahibinin bu hakkın tek taraflı olarak ortadan kaldırılmasına yol açabilecek bir fesih imkânının bulunmadığı, böyle bir imkânın ortaklık sözleşmesi ile tanınmasının da söz konusu olamayacağı sonucuna vardığımıza göre, söz konusu endişenin bu değerlerin ayni sermaye yeterliliğini engelleyecek bir husus olarak ortaya konulmasının da yerinde olmadığını belirtmekle yetinelim.

---

ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğu görüşünü benimsemiş olmamız karşısında, belirsiz süreli kira sözleşmeleri için getirilmiş bir imkânın belirli süreli bir sözleşme için kıyasen uygulanmasının daha baştan mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır.

[207] Her şeyden önce sermayenin tedariki ilkesi pay sahibine dilediği zaman sermaye olarak getirdiği malvarlığı unsurunu geri alma imkânı tanıyacak bu tip bir düzenlemeye müsaade etmeyecektir; aynı yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 212.

[208] Bork ortaklık sözleşmesinde açıkça fesih imkânının yer alması ihtimaline işaret ediyorsa da böyle bir hükmün doğuracağı sonuç hakkında net bir fikir beyan etmemiştir, **a.g.m.,** s. 211.

2. Dışarıdan Kaynaklanan Riskler:

a. Pay Sahibinin Kullanım Konusu Eşyayı Devrettiği Yeni Malik:

Nispi nitelikteki kullanım hakkının ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda gündeme gelebilecek risklerden bir tanesi de, pay sahibinin üzerinde kullanım hakkı tesis ettiği eşyanın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesidir. Gerçekten her ne kadar pay sahibinin, getirdiği sermaye payının ortaklıkça vaad edilen şartlarda (süre, kapsam vs.) kullanılmasını sağlamak yükümü altında olduğu söylenebilirse de[209], daha ileri giderek bu taahhüdün pay sahibinin mülkiyet hakkına da bazı sınırlamalar getireceği, bu kapsamda pay sahibinin kullanıma konu eşya üzerinde sahip olduğu mülkiyeti devretmemek yükümlülüğü altında olduğunu söylemek mümkün değildir.

Böyle bir devir sonucunda, üzerinde ortaklık lehine kullanım hakkı tesis edilmiş eşyanın yeni maliki, kural olarak pay sahibinin ortaklık lehine tanıdığı şahsi hakkın taraflar arasında kalan nispi etkisine maruz kalmayacaktır. Dolayısıyla ortaklığın sahip olduğu kullanım hakkını yeni malike karşı ileri sürmesi de mümkün görünmemektedir. Biz de aşağıda bu ihtimalin Türk hukukunda ayni sermaye yeterliliğini engelleyici bir etkisinin olup olmadığını, hem eşya hukuku hem de ortaklıklar hukuku bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

(1) Eşya Hukuku Bakımından:

Tartıştığımız problem karşısında Alman doktrini ittifakla BGB § 986/2'nin ortaklığa yeni malik karşısında –ancak yalnızca menkul eşya bakımından- yeterli bir koruma sağlayacağını, dolayısıyla bu hükmün kapsamına giren "taşınır eşya" üzerinde tesis edilen kullanım hakları bakımından ayni sermaye yeterliliğini engelleyici bir durum olmadığını kabul etmektedir. Söz konusu hüküm zilyedin, BGB § 931 uyarınca, malın zilyetliğinin üçüncü kişide olması dolayısıyla teslim yerine eski malikin istihkak davası hakkını (Anspruch auf Herausgabe) devralmış olan yeni malike karşı, devredilen istihkak davası hakkına karşı sahip olduğu

[209] Bu yönde Bork, **a.g.m.,** s. 216.

itirazları ileri sürebileceğini belirtmektedir. Alman doktrini söz konusu hüküm dolayısıyla, zilyetliği elinde bulundurması şartıyla ortaklığın söz konusu taşınır malın yeni malikine karşı eski malike karşı sahip olduğu savunmaları ileri sürebileceğini, dolayısıyla taşınır eşya üzerinde tesis edilen kullanım haklarında bu yönde bir riskin daha baştan mevcut olmadığını kabul etmektedir[210].

Türk hukukunda her ne kadar teslim yerine geçecek bir istihkak davasının devri müessesi öngörülmemişse de[211], BGB § 986/2'ye benzer bir hüküm zilyetliğin havalesi ile ilgili olarak MK m. 979/3'te yer almıştır[212]. Buna göre aynı maddenin ilk fıkrası uyarınca özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam eden üçüncü kişi *"zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilir"*. Esasen kanun, bahsi geçen kaçınma sebebinin bir ayni hakka mı yoksa bir şahsi hakka mı dayanması gerektiğine ilişkin herhangi bir ayırıma gitmemiş görünmektedir. Ancak Türk/İsviçre doktrinindeki hâkim kanaat, zilyetliğin havalesi sonucu kazanılan hakkın ayni hak, aracı/üçüncü kişinin itirazının dayanağının ise şahsi hak olduğu durumlarda, söz konusu itirazın yeni ayni hak sahibini etkilemeyeceği yönündedir[213]. Bu görüşe göre zilyetliğin kişisel hakları kuvvetlendirici bir etkisi yoktur; böyle bir imkân yalnızca taşınmazlar üzerinde

---

[210] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/61; Döllerer, **FS Fleck**, s. 43; Haas, **a.g.m.,** s. 181; Bork, **a.g.m.,** s. 216; Schmidt, **ZHR 154,** s. 255; Winter, **a.g.e.,** § 5/46.

[211] Bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 74-75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 488, dn. 26c.

[212] Esasen Alman hukukundaki istihkak davasının devri müessesesinin, karşıladığı ihtiyaç bakımından temelde Türk-İsviçre hukuklarındaki zilyetliğin havalesi kurumuna tekabül ettiği söylenebilir. Dolayısıyla BGB § 986/2'de maddenin uygulanma şartı olarak malın mülkiyetinin üçüncü kişiye istihkak davasının devrine ilişkin BGB § 931 uyarınca geçirilmiş olmasından bahsedilirken; MK m. 979/3'te de buna paralel olarak aynı hukuki sonucun MK m. 979/1'deki hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi ile yapılan devirler açısından meydana geleceği hükme bağlanmıştır.

Her iki kurum (zilyetliğin havalesi ve istihkak davasının devri) temelde aynı ihtiyacı gidermekte ve aynı işlevi göstermekte ise de, iki kurum arasındaki farklılık malikin zilyet olmadığı bir eşyanın mülkiyetini istihkak davasının devri suretiyle devredebilmesi, buna karşılık zilyetliğin havalesinde bu imkânın bulunmaması noktasında kendini göstermektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 74; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 488, dn. 26c). Dolayısıyla Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda malik örneğin hırsızdaki malının mülkiyetini üçüncü kişiye bu yolla devredebilir. Hâlbuki Türk-İsviçre hukuk sisteminde zilyetliğin havalesinden bahsedebilmek için zilyetliği havale edenin dolaylı zilyet konumunda bulunması icap eder; hırsızın zilyetliğindeki eşya bakımından ise malikin böyle bir dolaylı zilyetliği söz konusu değildir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 74,; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76).

[213] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 76 ve orada dn. 113'te anılan yazarlar; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 79-80; Serozan/Hatemi/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 260.

kurulan ve tapu siciline şerh verilmesine izin verilmiş kişisel haklar bakımından şerh imkânı kullanıldığı takdirde gündeme gelebilecektir[214].

Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan ve esas olarak Tekinay tarafından savunulan fikre göre MK m. 979/3'ün ayni veya şahsi hak ayırımı yapmamış olması karşısında, burada tanınan kaçınma sebepleri gerek ayni gerek şahsi bir hakka dayalı olabilecektir[215]. Bu korumaya ilişkin yegâne istisna ise kira sözleşmesi hakkındaki eBK m. 254 hükmüdür[216]. Gerçekten Tekinay'ın bu görüşü savunduğu dönemde yürürlükte olan eBK m. 254 hükmü MK m. 979/3 ile zilyede tanınan imkânın belki de en fazla uygulama alanı bulacağı kira sözleşmeleri bakımından açıkça konuyu düzenlemiş ve kira sözleşmesinin akdinden sonra kiralanan üzerindeki mülkiyetin el değiştirmesi halinde kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının ancak yeni malikin kabulü şartı ile devam edeceğini belirterek, açık bir şekilde yeni malikin iradesini hâlihazır zilyedin hakkına üstün tutmuştu ("Satım kirayı bozar" kuralı). Bununla birlikte azınlıkta kalan bu görüşe dayalı olarak ortaklık sözleşmesi çerçevesinde kurulan bir şahsi hakkın MK m. 979/3'ün koruması altında olabileceğine ilişkin bir yorum ise konunun ayrıntılı olarak tartışılmadığı Türk doktrininde görebildiğimiz kadarıyla savunulmamıştır.

Bununla birlikte yeni BK'nın "satım kirayı bozar" kuralını tersine çevirmiş olması karşısında MK m. 979/3 çerçevesinde yapılan tartışmayı bir yana bırakarak doğrudan doğruya yeni BK m. 310 hükmü ile bir çözüme ulaşmanın mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Gerçekten BK m. 310'un ilk fıkrasında eski sistemin yeni malikin iradesine tanıdığı üstünlük tersine çevrilerek bu defa zilyet/kiracının iradesi üstün tutulmuş, böylece yeni malikin, iradesinden bağımsız olarak kendiliğinden, sürmekte olan kira sözleşmesinin tarafı konumuna geleceği hüküm altına alınmıştır. Yeni düzenleme kira sözleşmesinin kanun gereği devrini düzenlemekte ve başkaca bir işleme gerek olmaksızın yeni malikin kiralayanın yerini

[214] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 76-77.

[215] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 80-81, ancak aynı yerde dn. 17'de eserin ortak yazarlarından Burcuoğlu'nun hâkim görüşe katıldığı ifade edilmiştir; Tekinay'ın bu görüşünü destekleyen Acemoğlu, Kevork, Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, 7-8, dn. 15; ayrıca Serozan da bu görüşü savunmamakla birlikte, Tekinay'ın kanaatinin dikkate değer olduğunu ifade etmektedir, Serozan, **Nisbi Haklar,** s. 462.

[216] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 81.

alması ve ileriye dönük olarak bütün hak ve borçları üstlenmesi sonucunu doğurmaktadır[217]. İşte şayet anonim ortaklık lehine üzerinde bir kullanım hakkı tesis edilen eşyanın üçüncü kişiye devri durumunda, kira sözleşmesine ilişkin BK m. 310/1 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle kullanma hakkı sahibinin/ortaklığın korunması mümkünse bu tür kullanma haklarının sermaye yeterliliğinin önündeki önemli bir engel bertaraf edilmiş olacaktır. Üstelik bu hükmün yalnızca menkuller bakımından değil gayrimenkuller bakımından da bir fark gözetmeksizin aynı korumayı sağladığı göz önünde bulundurulursa[218], Alman hukukunda yalnızca taşınırlar üzerindeki kullanım hakkının sermaye olarak getirilmesi durumunda sağlanan çözümün Türk hukuku bakımından taşınmazlara da şamil kılınabileceği söylenebilecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki bu tip bir kıyas, mesele yeni malik/kiralayanın cephesinden ele alındığında problemlidir. Zira BK m. 310'un bir kira sözleşmesi bakımından uygulandığı durumlarda yeni malik/kiralayan her ne kadar kanun gereği kira sözleşmesinin borçlusu haline geliyor ve böylece kiracı zilyedin kiralanan şey üzerindeki kullanım hakkına riayet etmek yükümlülüğü altına giriyorsa da, bunun karşılığında hiç değilse normal olarak kira sözleşmesinin karşı edimini oluşturan kira bedelinin de alacaklısı konumunu kazanmaktadır. Hâlbuki aynı hükmün tartıştığımız duruma kıyasen uygulanması halinde yeni malik/kiralayan, iradesi dışında ortaklığın devraldığı eşya üzerindeki kullanım hakkına katlanmak zorunda kalacağı gibi, bunun karşılığında bir bedel de elde edemeyecek, kullanım hakkı için belirlenen süre boyunca karşılıksız bir kullandırma borcu altında kalacaktır. Zira böyle bir durumda –ortaklık sözleşmesinin kesinlikle karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olmadığı unutulmaksızın- tabiri caizse kullanım hakkının karşı edimi olan "pay"ın sahibi eşyayı devreden eski malik/pay sahibi olmaya devam edeceği gibi, pay sahipliğinden doğan örneğin kâr payı hakkından da eşyayı devreden eski malik/pay sahibi yararlanmaya devam edecektir[219]. Bu sebeple kanımızca kıyasen uygulama

[217] Aral, **a.g.e.,** s. 240.

[218] Bu yönde bkz. Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** C. I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 275.

[219] BK m. 310'un Alman hukukundaki muadili olan eski (2001 öncesi) BGB § 571 ile zilyet/kiracıya tanınan korumanın, kira konusu taşınmazı devralan yeni malikin kira sözleşmesi dolayısıyla periyodik

durumunda borçlu bakımından ortaya çıkacak ağır ve dengesiz yük ve bu bakımdan kira sözleşmesi ve ortaklık sözleşmesi arasında ortaya çıkan fark, kıyasen uygulama imkânını ortadan kaldırmaktadır[220].

BK m. 310'un kullanım hakkına konu eşyanın üçüncü kişiye devri durumunda ortaklık bakımından doğabilecek riskleri engellemek konusunda yardımcı olamayacağı sonucuna varınca, meselenin çözümünün –en azından eşya hukuku bağlamında- yeniden MK m. 979/3 çerçevesinde aranması gerektiği görülecektir. Şu halde MK m. 979/3 hükmünün sağladığı korumanın kapsamı tespit edilmeli ve burada varılacak sonuca göre ayni sermaye yeterliliği konusunda da bir hükme varılmalıdır.

Yukarıdaki satırlarda belirttiğimiz üzere Türk doktrininde, bu madde çerçevesinde yalnızca sınırlı ayni hakka dayalı zilyetliğin korunduğu, buna karşılık zilyetliğin havalesi sonucu kazanılan hakkın bir ayni hak, aracı kişinin itirazının dayanağının ise şahsi hak olduğu durumlarda bu madde çerçevesinde bir korumanın mevcut olmayacağı görüşü hâkimdir.

Ancak biz bu noktada Türk hukukunda Tekinay tarafından savunulan azınlık görüşünün, özellikle ortaklıklar hukuku bağlamında değerlendirildiğinde menfaatler dengesini gözetmek bakımından daha elverişli olduğu kanaatindeyiz. Bir kere meseleye salt eşya hukuku cephesinden yaklaşıldığında böyle bir korumanın normal bir sonuç olduğu söylenebilir. Nitekim doktrin vasıtasız zilyet olan kimsenin iradesi dışında gerçekleşen havalenin kural olarak onun durumunu ağırlaştırmaması gerektiğini adaletin doğal bir gereği olarak zikretmektedir[221]. Bu ilkenin sağlamak istediği sonucun ayni haklar bakımından zaten özel bir hükme ihtiyaç duyulmaksızın yerine getirilebileceği ise tartışmasızdır. Zira bir sınırlı ayni hakkın sahip olduğu

---

olarak doğacak olan kira bedelinin alacaklısı olması şartına bağlı olduğu yönünde bkz. Schmidt, **ZHR 154,** s. 257.

[220] Taşınmazlar bakımından bu tartışmanın yapıldığı Almanya'da BK m. 310'a karşılık gelen eski BGB § 571'in sermaye payı olarak üzerinde ortaklık lehine bir kullanım hakkı tesis edilen taşınmazın üçüncü kişiye devri halinde aynı yönde bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 217-218; Schmidt, **ZHR 154,** s. 257; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/62; eski BGB § 571'in istisnai bir hüküm olduğu ve açıkça kanunda öngörülmediği sürece benzer durumlara kıyasen uygulanamayacağı gerekçesi ile aynı yönde Fabritius, **a.g.e.,** s. 166, dn. 61; kıyasen uygulamanın mümkün olduğu kanaatinde Döllerer, **FS Fleck**, s.43.

[221] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 79.

mutlak etki, üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilen eşyanın mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesi halinde de kendini gösterecektir. Bu sonuç ise MK m. 979/3'te ayrıca belirtilmesine kesinlikle gerek olmayan temel bir prensiptir[222]. Böyleyken MK m. 979/3'ün münhasıran sınırlı ayni hak sahiplerinin bu haklarından kaynaklanan def'ileri yeni malike karşı ileri sürebileceklerini belirtmiş olduğunu söylemek, söz konusu hükmü anlamsızlaştırmaktadır[223].

Öte yandan eBK m. 254'ün karşılığı olan BK m. 310 ile kanun koyucunun açık bir tercih değişikliğine gitmiş olmasının da MK m. 979/3'ün yorumlanması noktasında azınlık görüşünü destekleyici bir etkisinin olacağı söylenebilir. Zira eBK döneminde hâkim görüşün ileri sürdüğü gerekçelerden bir tanesi de, kanun koyucunun böyle bir korumanın en çok ihtiyaç duyulacağı kira sözleşmesi bakımından eBK m. 254 ile kiracıya değil açıkça yeni malike üstünlük tanımış olmasıydı[224]. Hâlbuki yeni BK m. 310'da bu defa kiracı/vasıtasız zilyedin yeni malike karşı korunmuş olması, söz konusu gerekçeyi boşa çıkarmaktadır. Üstelik BK'daki yeni düzenlemenin kanun koyucunun zilyedin konumunu güçlendirme/zilyedi koruma, zilyetliğe adeta kişisel hakları kuvvetlendirici bir etki sağlama yönündeki iradesini ortaya koyduğu, dolayısıyla daha eski bir hüküm olan MK m. 979/3'ün de izhar edilen bu iradeye uygun olarak yorumlanması gerektiği söylenebilir.

---

[222] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 81; nitekim bizzat Oğuzman/Seliçi/Özdemir de, bir yandan MK m. 979/3'ün şahsi hak sahibine ayni hak sahibi karşısında bir koruma sağlamadığını belirtirken, aynı yerde sınırlı ayni hakların yeni malike karşı ileri sürülebilmesinin hakkın niteliğinin bir sonucu olduğunu, hak sahibinin zilyet olmasına bağlı bulunmadığını ifade etmektedir, **a.g.e.,** s. 77.

[223] Nitekim hâkim görüşe karşı bu yönde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 81. Yazar ayrıca bu yaklaşım tarzının şahsi bir hakka dayanan vasıtasız zilyedi bir takım olup bittiler karşısında bırakacağı ve vasıtalı zilyedin bizzat alamayacağı şeyi zilyetliğin havalesi perdesi altında bir başkası vasıtasıyla almasına imkân sağlayacağı için adaleti örseleyeceğini ifade etmektedir, s. 80.

[224] Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, Tamamen Yenilenerek Yazılmış 9. Bası, İstanbul 2002, s. 75. Buna karşılık BK m. 310 eBK'nın tam aksi ilkeyi benimsemiş olmasına rağmen anılan eserin yeni baskısında da MK m. 979/3 yalnızca sınırlı ayni hakka dayalı zilyedliği koruyan bir hüküm olarak yorumlanırken yine BK m. 310 hükmü gerekçe olarak kullanılmış, bu defa da zilyedliğin kişisel hakkı kuvvetlendirildiği kabul edildiği takdirde bu imkanın en çok uygulama yeri bulacağı kira sözleşmesi bakımından BK'nın açık bir hüküm getirmesinin sebebini açıklamanın kolay olmayacağı, dolayısıyla BK m. 310'un istisnai bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 77.

Konuya ortaklıklar hukuku bakımından yaklaşıldığında da MK m. 979/3'ün azınlık görüşü tarafından anlaşılma biçiminin, taraf menfaatleri açısından tercihe şayan bir sonuca yol açtığı kanaatindeyiz[225]. Hâkim kanaatin kabulü halinde, kural olarak bir anonim ortaklıkta menkul veya gayrimenkuller üzerinde şahsi hak niteliğindeki bir kullanım hakkının ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olmadığı söylenmek durumundadır; zira pay sahibinin sahip olduğu eşyayı devretmesi durumunda ortaklığın yeni malike karşı korumasız kalması, olayların pek çoğunda değerleme yapmayı engelleyici bir risk olarak ortaya çıkacaktır. Hâlbuki örneğin TK m. 127'nin oldukça geniş düzenlemesi[226] ve bunu sınırlayıcı nitelikteki TK m. 342'de de şahsi nitelikli kullanım hakları bakımından bir yasaklamaya gidilmemiş olması dikkate alındığında, kural olarak ortaklığın böyle bir ekonomik değeri sermaye olarak edinmesini mümkün kılacak bir yorum tercih edilmelidir. Şu halde MK m. 979/3 kapsamında zilyetliğe hiç değilse taşınırlar bakımından şahsi hakları kuvvetlendirici bir etki tanındığı sonucuna varılmasının ortaklıklar hukuku bakımından benimsenmesinin yerinde olacağı söylenmelidir.

Netice itibariyle kanaatimizce kural olarak anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilen şahsi nitelikteki kullanım haklarının üzerinde tesis edildiği eşyanın, pay sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde ortaklık, bu şahsi hakkını yeni malik/ayni hak sahibine karşı ileri sürebilmelidir. Bu durumda özellikle taşınırlar bakımından MK m. 979/3 hükmünün uygulama alanı bulması gerekir. Bununla birlikte benzer bir etkinin ve korumanın MK m. 979/3 çerçevesinde taşınmazlar bakımından da gündeme gelip gelmeyeceği daha farklı bir değerlendirme gerektirebilir.

---

[225] Tekinay, yaptığı değerlendirmede genel olarak bu görüşün daha adaletli neticeler doğuracağı sonucuna ulaşırken, *"Bazı hallerde hukuk kurallarının amacı ve yüksek adalet düşünceleri gözönünde tutularak kanunun lafzından, metninden çıkan manayı sınırlamak tabiatiyle mümkündür; fakat burada vasıtasız zilyedin iktisap edene karşı ileri sürebileceği defileri ayni haklara hasretmek, ne hukuk kurallarının amacı ve ne de yüksek adalet düşünceleri bakımından lüzumludur. Aksine, şahsi bir hakka dayanan vasıtasız zilyedi birtakım olup bittiler karşısında bırakmak ve vasıtalı zilyedin bizzat alamıyacağı şeyi zilyedliğin havalesi perdesi altında bir başkası vasıtasiyle aldırmasını mümkün kılmak adaleti örseler. Vasıtasız zilyed elindeki şeyi şahsi bir hakka dayanarak iktisap edene iadeden kaçınabilirse, ayni hak-şahsi hak ayırımı asla ortadan kalkmış olmaz; belki kanunumuzun zilyedliği koruyan sistemi tamamlanmış olur."* demektedir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 80.

[226] Bu açıdan özellikle bkz. TK m. 127/1-(d).

Söz konusu problem Alman hukukunda tartışılmıştır. Alman doktrininde MK m. 979/3'ün karşılığı olan BGB § 986/2 hükmünün yalnızca taşınırlar bakımından uygulanacak bir hüküm olduğu kabul edilmektedir[227]. Bu sebeple bir kısım yazarlar taşınmazlar üzerinde kurulacak bir kullanım hakkının anonim ortaklık bakımından ayni sermaye yeterliliğini sağlamadığı görüşünü savundukları gibi[228], aksi yöndeki yazarlar da yine taşınırlar için söz konusu madde ile sağlanan korumanın taşınmazlar bakımından mevcut olmadığını kabul ettikten sonra yine de tüm taşınmazlar bakımından peşinen olumsuz bir kanaatin serdedilemeyeceğini eklemektedirler[229].

Türk hukukunda MK m. 979 hükmünün hem taşınırlar hem de taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulacağı kabul ediliyorsa da[230], özellikle üçüncü fıkra düzenlemesine sonuç itibariyle kişisel hakkı kuvvetlendirici bir etki tanıyan yazarlar, bu fıkranın taşınmazlar bakımından nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde ayrıca durmamışlardır. Bu bağlamda hâkim görüşü savunan Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, MK m. 979 hükmünün taşınmazlara da uygulanacak bir hüküm olduğunu belirtmekte, ancak taşınmaz üzerindeki bir kişisel hakkın etkisi kuvvetlendirilmiş bir kişisel hak haline gelmesi için bu hakkın tapu siciline şerh verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler[231].

Gerçekten MK m. 1009'da taşınmazlar üzerinde tesis edilen ve kanunla belirlenen bazı kişisel hakların tapu siciline şerh edilebileceği (f. 1), şerh neticesinde bu hakların taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri

---

[227] Baldus, Christian, in **Münchener Kommentar zum BGB,** Band 6, §§ 854-1296, 6. Auflage, München 2013, § 986/42, yazar bu görüşüne gerekçe olarak taşınırlar bakımından BGB 936/3'e karşılık gelen bir hükmün bulunmamasını ve ayrıca taşınmazlar üzerinde mülkiyetin iktisabı bakımından zilyetliğin neredeyse hiçbir önem arzetmemesini göstermektedir; Fritzsche, Jörg, **Beck'scher Online Kommentar BGB,** Stand: 1.8.2014, Edition: 32, § 986/25, yazar bu hükmün taşınmazlar bakımından ne aslen ne kıyasen uygulanamayacağını, bunlar bakımından özel hüküm niteliğindeki BGB 565, 566 vd., 578, 581 Abs 2, 593b ve ZVG 57 vd.nın uygulama alanı bulacağını belirtmektedir.

[228] Schmidt, **ZHR 154,** s. 257.

[229] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/62-23; Bork, **a.g.m.,** s. 217-218, 222, yazar özellikle üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde daha önce ortaklık lehine bir kullanım hakkının tesis edilmiş olduğunu bildikleri hallerde de BGB 826 ve 242 uyarınca ortaklığın kullanma hakkının devam edeceğini, ancak taşınmazlar bakımından bu korumanın söz konusu olmayacağını, bununla birlikte taşınmazlar bakımından ortaya çıkacak riskin de otomatik olarak ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir.

[230] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 76; Esener/Güven, s. 72.

[231] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 76-77.

sürülebileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere ikinci fıkra hükmü MK m. 979/3 hükmüne paralel bir korumayı söz konusu maddede aranmayan bir şerh şartına bağlamaktadır. Şu halde sorunun çözümü ancak MK m. 1009 ile MK m. 979/3 hükmü arasındaki ilişkinin doğru bir şekilde belirlenmesi ile mümkün olacaktır.

Bu açıdan kanımızca MK m. 979/3 ve 1009 taşınmazlar üzerinde tesis edilen kişisel haklar bakımından paralel korumayı farklı haller için öngörmekte, bu sebeple de –doğal olarak- farklı şartlar getirmektedirler. İki madde arasındaki ilişkinin bu şekilde anlaşılmasının pek çok meseleyi de halledilebileceği kanaatindeyiz. Bilindiği üzere zilyetlik müessesesi eşya hukukunda gerek menkul gerek gayrimenkuller üzerinde söz konusu olan bir hukuki durumdur. Üstelik bu hukuki durumun yine yalnızca taşınırlar bakımından değil ayrıca taşınmazlar bakımından da önemli bazı sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir. Bu kapsamda örneğin zilyetliğin nakline, korunmasına, zilyedin zamanaşımı yoluyla hak iktisabına, haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, hem taşınır hem de taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulacak olan ortak hükümler olarak zikredilebilir.

Ancak zilyetlik esasen taşınırlar veya taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin fonksiyonlarının dışında, bir eşyayla kurulan yakın ilişki, fiili bir bağ olarak kişisel haklar alanına da taşan etkilere sahiptir. Bunun açık bir örneği BK m. 310 ile kiracıya sağlanan korumada görülmektedir. Gerçekten bu madde kapsamında bir taşınır veya taşınmaz üzerinde kişisel hak niteliğindeki kiracılık hakkının sahibi, üzerinde kiracı olarak bulunduğu eşya ile olan yakın münasebeti dolayısıyla korunmaktadır. Zilyetliğin oluşturduğu bu görüntü, BK m. 310 örneğinde olduğu gibi kişisel hakkın koruma alanının genişlemesine sebebiyet vermektedir.

İşte BK m. 310 ile kendisine kira sözleşmesi bakımından sonuç bağlanan bu yakınlık/manevi bağ, daha genel olarak MK m. 979/3 ile korunmaya değer görülmüştür. Nitekim BGB 986/2'nin Alman doktrinindeki anlaşılma biçimi, zilyetliğin sağladığı bu etkinin haklı olarak göz önünde bulundurulmasının sonucudur. Doktrinde bu madde ile zilyede yeni malik karşısında getirilen korumanın gerekçesi olarak, zilyedin devir konusu eşyaya zilyetliği dolayısıyla yeni malikten

daha yakın olması gösterilmiştir[232]. Söz konusu yakınlık ve zilyetliğin eşya hukuku açısından önemi, dolaysız zilyetliğe sahip olan kimsenin konumunun güçlenmesine, kişisel hakka zilyetliğin sağladığı bu korumanın eklenmesi suretiyle kişisel hakkın kuvvetlenmesine yol açmaktadır.

İşte MK m. 1009 da benzer bir korumanın sağlanabileceği ikinci bir hali düzenlemektedir. Bu maddeye göre de doğrudan zilyetliğe sahip olup olmadığından bağımsız olarak kişisel hak sahibi bu hakkını tapu sicilinde şerh ettirdiği takdirde önceki ihtimalde "zilyetlikle desteklenmiş kişisel hak"ka bağlanan koruma bu defa "şerhle desteklenmiş kişisel hak"ka tanınmaktadır. Kısacası MK m. 979/3 ve m. 1009 aynı sonucu sağlayan iki farklı hukuki imkânı düzenlemektedir. Gerçekten bu iki farklı durum için farklı koruma hükümlerinin vazedilmiş olması da makuldür. Zira MK m. 1009'daki hallerde kişisel hak sahibi, çoğu kez bu hakka konu eşya üzerinde zilyet değildir. Dolayısıyla söz konusu eşya ile arasında var olan irtibatı dış dünyada görünür kılacak "zilyetlik" pozisyonundan mahrumdur. Bu halde ona benzer bir görünürlüğü sağlayacak imkân ise aleni nitelikte bir sicil olan tapu sicilidir. Dolayısıyla zilyetliğe sahip olmamasına rağmen hakkını tapu siciline şerh ettiren kimse, zilyetlikten yoksun olmanın getirdiği dezavantajı şerh yoluyla ortadan kaldırma imkânını elde etmektedir.

(2) Ortaklıklar Hukuku Bakımından:

Eşya hukuku bakımından yaptığımız değerlendirmeler, doktrinde hâkim olan görüşten ayrıldığından, uygulamada kabulünün zor olacağı, dolayısıyla tartıştığımız konuda bir çözüm sunmak bakımından istenen sonucu sağlayamayacağı, doktrinel bir tartışmada azınlığı teşkil eden tarafın görüşünün, eşya üzerindeki bir kullanım hakkını devralmış ortaklığa yeterli bir koruma sağlamayacağı söylenebilir.

---

[232] Baldus, **a.g.e.,** § 986/40. Gerçekten de hem bu fiili yakınlık ve hem de buna bağlı olarak eşya ve sahibi arasında oluşan manevi/hissi bağ, bizatihi mülkiyet kavramının dahi temelinde yer alan faktörlerdir. Hukuk felsefesi bakımından mülkiyet kavramının doğuşu da insan ile eşya arasındaki bu fiili ve manevi bağ üzerinden izah edilmektedir (örnek olarak bkz. von Aster, Ernst, **Hukuk Felsefesi Dersleri,** İstanbul 1943, s. 91 vd.). Esasen eşya hukukunun da varlık sebebini oluşturan bu yakınlık olgusu, özellikle fiili yakınlık özelinde modern hukukun da göz ardı edemediği ve zilyedlik çerçevesinde korumak zorunda kaldığı bir hususdur. Bu bakımdan MK m. 979/3'ün yorumlanması esnasında bu temel kabullerin de dikkate alınması zaruridir.

Bu bakımdan sorunun daha net/tartışmasız bir pozitif hukuk düzenlemesine atıfla çözülmesi şüphesiz tercihe şayandır. Bu noktada TK m. 128/2 düzenlemesinin, hiç değilse ayni sermaye konusu bazı malvarlığı unsurları üzerindeki kullanım haklarının garanti altına alınması bakımından elverişli olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten söz konusu fıkra uyarınca taşınmazların ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için bu hususun tapuya şerh verilmesi; haklarında özel bir sicil tutulan değerlerin ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için ise yine bu hususun özel sicile kaydedilmesi gerekir. Bu fıkrada, şerh veya kayıt yükümlülüğünün uygulama alanı bulması için mutlaka söz konusu malvarlığı değerleri üzerindeki mülkiyetin ortaklığa geçiriliyor olması şartı aranmamıştır. Madde lafzının genişliği de dikkate alındığında, kanımızca yalnızca mülkiyetin devri hallerinde değil, ayni sermaye olarak söz konusu malvarlığı kalemleri üzerinde yalnızca nispi nitelikteki bir kullanım hakkının tanındığı hallerde de şerh veya kayıt yükümlülüğünün aranması icap eder[233].

Buna bağlı olarak bir sicilde kaydı tutulan ayni sermaye değerleri bakımından (taşınmazlar, motorlu taşıtlar, gemi siciline kayıtlı gemiler, hava araçları, maden cevheri vs.) yapılacak şerh veya kaydın ortaklığa tanınan nispi hakkın etkisini kuvvetlendireceği, başka bir ifadeyle ortaklığın ihtiyaç duyduğu kuvvetlendirici etkinin bu defa yalnızca zilyetlik ile değil sicilde yer alan bir kayıt ile sağlanacağı söylenebilecektir. Taşınmazlar üzerinde sağlanacak kullanım hakları bakımından bu etki daha açık olmakla birlikte, hakkında özel bir sicil tutulan diğer malvarlığı unsurları bakımından da, söz konusu sicilin aleni olduğu hallerde devre konu malvarlığının üçüncü kişi tarafından da sicilde kaydolunan bu kullanma hakkı ile birlikte iktisap edileceği sonucuna varılabilir. Ancak sicilin aleni olmaması, dolayısıyla üçüncü kişilerin iyiniyetlerini kaldırıcı bir etki göstermemesi veya ayni sermaye konusu malvarlığı kaleminin kaydedildiği özel bir sicilin hiç bulunmaması yahut sicil bulunmasına rağmen her nasılsa şerh veya kayıt yapılmaksızın ayni sermaye kaleminin şirketçe kullanıldığı ihtimallerinde, arzu edilen korumanın yine ancak MK m. 979/3'ün benimsediğimiz şekilde anlaşılması ile mümkün olacağı söylenmelidir.

[233] Bu konuda ayrıca bkz. Dördüncü Bölüm, IV, B, 2, b.

b. Pay Sahibinin Şahsi Alacaklıları:

Şahsi nitelikteki kullanım haklarının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi ve değerlenmesi bakımından hatıra gelen diğer bir risk de pay sahibinin şahsi alacaklılarının eylemleridir. Gerçekten kullanım hakkını ortaklığa sermaye payı olarak getirmiş olan pay sahibinin alacaklıları, alacaklarını tahsil etmek üzere pay sahibinin malvarlığına başvurmak durumunda oldukları için, mülkiyeti hala pay sahibinde olan ve dolayısıyla pay sahibinin alacaklıları tarafından haczettirilip sattırılma tehlikesi altındaki bir eşya üzerinde tesis edilen kullanım hakkı da bu sebeple bir risk arzedecektir.

Bu bakımdan da esasen kullanım konusu eşyanın üçüncü kişilere iradi olarak devredilmiş olması durumunda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektirecek bir sebep yoktur. Dolayısıyla benzer bir biçimde taşınır veya taşınmaz mal üzerinde tesis edilecek bir kullanım hakkının varlığı durumunda, gerek ortaklığın bu eşya üzerinde doğrudan zilyetliğe sahip olması halinde yukarıda yaptığımız yorum uyarınca MK m. 979/3; gerekse hakkında özel bir sicil bulunan malvarlığı unsurları bakımından TK m. 128/2 uyarınca yapılacak bir şerh veya kayıt yolu ile söz konusu eşyanın mülkiyetini cebri icra yoluyla kazanmış olan üçüncü kişilere karşı da, şirketin söz konusu eşya üzerindeki kullanım hakkını muhafaza edebileceği sonucuna varılabilecektir[234, 235].

---

[234] Hacizli taşınırların satımı prosedürü çerçevesinde satıştan önce bir artırma şartnamesi hazırlanacaktır (söz konusu mükellefiyet ve şartnamenin içeriği için bkz. İİK m. 114/3, İİKYön m. 47). Bu şartnamenin içeriğinin ne olduğu konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur; buna karşılık İİKYön m. 47'de *"...dosya numarası, alacaklının ve borçlunun adları ve soyadları, ilânın şekli, artırmanın yapılacağı yer, gün ve saat, birinci ve ikinci artırma tarihleri ile her iki artırma için elektronik ortamda teklif vermenin başlayacağı ve sona ereceği gün, artırma şartları, taşınırın cinsi, takdir edilen kıymeti..."* şartnamede yer alacak bilgiler olarak sayılmıştır. Konumuz bağlamında, artırım konusu taşınırın bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmiş olduğunun da şartnamede belirtilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Bu noktada gerek İİKYön m. 47'de yer alan "taşınırın cinsi" ibaresinin geniş bir yorumu, gerekse İİK m. 114/3'te artırım ilanında yer verileceği söylenen *"satılacak şeyin cinsi,* ***mahiyeti, önemli vasıfları****"* kapsamında bu hususun da zikredilmesi gerektiği söylenebilir.

[235] Taşınmazların cebri icra ile satışı prosedürü çerçevesinde de bir artırım şartnamesi hazırlanacaktır (İİK m. 124-125, İİKYön m. 49). Taşınmazlar bakımından İİK m. 128'de düzenlenen mükellefiyetler listesi de söz konusu artırma şartnamesinin bir cüz'üdür (Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 331). Bu, satışa konu taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin gösterildiği bir listedir; listenin kapsamında taşınmaz üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz yükleri ve taşınmaz rehinlerinin yanı sıra tapu siciline şerh verilmiş olan kişisel haklar da yer alır (Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 331). Şu halde mükellefiyetler listesini hazırlamakla görevli olan icra müdürü tapu sicil memurluğu ile de irtibata

Öte yandan üzerinde kullanım hakkı tesis edilen eşyanın değil, kullanım hakkını sermaye payı olarak getirmiş olan pay sahibinin anonim ortaklıktaki payının haczedilerek satılması neticesinde el değiştirmesi de alacaklılardan gelebilecek bir başka tehdit olarak değerlendirilebilir. Bu durumda da esasen ancak belirli bir süre ile sınırlanmış olan kullanım haklarına parasal bir değer biçilebileceği ve dolayısıyla yalnızca bu şartı taşıyanların ayni sermaye yeterliliğini haiz bulunduğu yönündeki görüşümüz çerçevesinde, meydana gelen hukuki durum pay sahibinin iradi olarak

---

geçerek, taşınmazın sicil kaydında yer alan mükellefiyetleri listeye dâhil edecektir. TK m. 128/2 uyarınca yapılacak şerh ve bu arada özellikle tartıştığımız konu bağlamında sicilde şerh edilmiş olan kullanım hakkı da, bu çerçevede mükellefiyetler listesinde yer alacaktır.

İcra hukuku doktrininde –taşınmazların satışı ile ilgili açıklamalar çerçevesinde- artırma şartnamesinin ve onun bir cüz'ü olan mükellefiyetler listesinin alıcı için tapu sicili hükmünde olduğu (Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 330, 331, 333; Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku,** 10. Bası, Ankara 2012, s. 359), artırmaya katılanların yalnızca mükellefiyetler listesinin içeriğinden sorumlu oldukları ve ayrıca tapu sicil kayıtlarını incelemek zorunda olmadıkları (Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 334; Muşul, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2010, s. 713) bu sebeple artırma şartnamesinde gösterilmemiş olan mükellefiyetlerin tapuda kayıtlı olsalar bile iyi niyetli olduğu sürece alıcıya geçmeyeceği kabul edilmektedir (Kuru, **İcra ve İflas Hukuku,** s. 333-334; Muşul, s. 713; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, **a.g.e.,** s. 359). Normal olarak tapudaki kaydın mükellefiyetler listesine de yansıtılacağı, dolayısıyla taşınmaz üzerinde anonim ortaklık lehine tesis edilen kullanım hakkının da, TK m. 128/2 uyarınca tapu sicilinde yapılan kaydın mükellefiyetler listesine aktarılması suretiyle cebri artırma ile taşınmazı iktisap eden üçüncü kişiye ileri sürülebileceği söylenebilir. Ancak doktrindeki bu görüş kabul edilirse, icra müdürünün ihmali veya hatası dolayısıyla tapuda şirket lehine yapılan şerhin mükellefiyetler listesine dahil edilmemesi halinde, tapudaki kayıttan haberdar olmayan, yalnızca artırma şartnamesine bakmakla yetinmiş olan iyi niyetli (!) üçüncü kişinin cebri artırma neticesinde bu taşınmazı söz konusu kullanım hakkından ari olarak iktisap edeceği sonucuna varılacaktır.

Bizce açık bir kanun hükmüne de dayanmayan, aksine MK'nın tapu sicili ile ilgili açık düzenlemelerine aykırılık oluşturan bu görüş kabul edilemez. Gerçekten de her şeyden önce doktrinde hakim olan bu görüşün açık bir pozitif dayanağı yoktur. Hatta aksine, artırma ilanının içeriğini düzenleyen İİK m. 126/3 c. 2'de *"Ayrıca, ipotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını, hususiyle faiz ve masrafa dair olan iddialarını evrakı müsbiteleri ile onbeş gün içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği yazılır;* ***aksi halde, hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça,*** *satış bedelinin paylaşmasından hariç kalacakları da ilave edilir."* denilerek tapu sicilinin önceliğine vurgu yapılmıştır. Nitekim MK m. 1020'de tapu sicilinin ve buradaki kayıtların niteliği hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Buna göre tapu sicili herkese açıktır (MK m. 1020/1) ve ilgisini ispat eden herkes tapu sicilindeki kayıtları incelerek bunların örneklerini isteyebilir (MK m. 1020/2). Nihayet ilk iki fıkrada tapu siciline sağlanan aleniyetin bir sonucu olarak MK m. 1020/3, çok kesin bir ifadeyle "Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez" hükmünü getirmiştir. Bu hüküm karşısında tapu sicilini incelemeyen, yalnızca mükellefiyetler listesine bakmakla yetinen bir kimsenin –icra hukuku doktrininin ifadesiyle- "iyi niyetli" olduğundan kesinlikle bahsedilemez. Aksine bir yorum açıkça MK m. 1020'yi anlamsız hale getirecektir. İcra hukuku öğretisinin bu yaklaşımının, mükellefiyetler listesinin yanı sıra ayrıca tapu siciline bakılması zaruretini ortadan kaldırarak, artırıma olabildiğince çok kimsenin katılmasını ve böylece artırım konusu taşınmazın mümkün olan en yüksek bedelle satılmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır (nitekim bu yönde bkz. Muşul, **a.g.e.,** s. 713). Ancak bu amacın açıkça contra legem bir yorumla sağlanması bizce mümkün değildir.

payını devretmesinden farklı değildir. Öyleyse bu konu ile ilgili olarak vardığımız sonuç, payın cebri icra ile devredilmesi halinde de geçerlidir[236]. Buna göre pay sahibi sıfatını -bu defa iradesi hilafına- kaybetmiş olan eski pay sahibi, belirlenen kullanım süresi boyunca üzerinde kullanım hakkı tesis ettiği eşyanın ortaklık tarafından kullanılmasına katlanmak yükümlülüğü altındadır[237]. Ancak bu sürenin dolmasından sonra sermaye borcunun ifasının tamamlandığından bahsedilebilir. Şu halde payın pay sahibinin alacaklıları tarafından cebren satımı ihtimali de ortaklık lehine sağlanacak şahsi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldıracak bir sebep teşkil etmemektedir.

c. Pay Sahibinin Mirasçıları

Nihayet, pay sahibinin ölümü halinde ayni sermaye konusu kullanım hakkının akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Hemen belirtelim ki pay sahibinin ölümü üzerine pay sahipliği sıfatı başkaca bir işleme gerek olmaksızın, ölüm olgusu ile birlikte pay sahibinin mirasçısına/mirasçılarına geçecektir. Bir başka deyişle pay sahibinin ölümüyle birlikte mirasçıları kanunun kabul ettiği külli halefiyet gereği ölen pay sahibinin konumuna geçeceklerdir. Bu durumda pay sahipliğinden doğan hakların yanı sıra, pay sahibinin ortaklığa karşı yegâne borcu niteliğindeki sermaye koyma borcunun da muhatabı mirasçılar olacaktır.

Miras yoluyla pay sahipliğinin kazanılması durumunda bu sonuca ulaşılması bu durumda külli halefiyetin söz konusu olması dolayısıyla doğaldır. Nitekim yukarıda cüz'i halefiyet yolu ile payın devri durumunda pay ile paydan kaynaklanan borcun konusu olan malvarlığının mülkiyetlerinin farklı kimselerde bulunması sonucunun doğacağına işaret etmiştik. Hâlbuki külli halefiyet neticesinde payın mülkiyetinin yanı sıra kullanım hakkının üzerinde tesis edildiği eşya da mirasçının mülkiyetine otomatik olarak geçmektedir. Neticede ortaklığın baktığı açıdan eski pay sahibinin arzettiği hukuki vaziyet yalnızca başka bir kimsenin şahsında aynen devam etmektedir. Bu bakımdan pay sahibinin ölümünün, sermaye borcunun durumu

[236] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VII, D, 1, b.

[237] Şüphesiz pay sahibinin paylarının bir kısmının cebri icra yolu ile el değiştirmiş olmasına rağmen, elinde kalan paylar dolayısıyla pay sahipliği sıfatının devam ediyor olması da ihtimal dâhilindedir.

bakımından tehlike arzedecek herhangi bir değişikliğe yol açmayacağı belirtilmelidir[238].

VIII. KNOW-HOW

Know-how kapsamındaki değerlerin ayni sermaye yeterliliğinin bulunup bulunmadığı meselesini özel olarak ele alan bir düzenlemenin bulunmadığı eTK döneminde, Türk doktrininde genel olarak know-how'ın ayni sermaye yeterliliği kabul görmüş ve nelerin anonim ortaklıkta ayni sermaye olabileceği sayılırken, genellikle ayrıntısına girilmeksizin know-how da bir sermaye kalemi olarak zikredilmiştir[239].

TK bakımından da pozitif hukuktaki durum eTK döneminden farklı değildir. Ne genel hüküm niteliğindeki TK m. 127'de ne de anonim şirketlere ilişkin özel hüküm niteliğindeki TK m. 342'de açıkça sayılan kalemler arasında know-how mevcut değildir. Her iki hükümde "fikri mülkiyet hakları"ndan bahsedilmişse de genel olarak kabul edildiği üzere know-how bir sübjektif hak konusu teşkil etmediğinden, bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte TK m. 127/1-h'de ticaret şirketlerine konulabilecek sermaye kalemleri arasında

[238] Aynı yönde bkz. Döllerer, **FS Fleck**, s. 43.

[239] Davran, **a.g.m.,** s. 8; Göle, **a.g.e.,** s. 15, dn. 37, yazar gerek ekonomik bir değer taşıması gerekse devredilebilir olması karşısında know-how'ın ayni sermaye yeterliliği bulunduğunu belirtmektedir; Tekil, Fahiman, **Şirketler Hukuku-Anonim Şirketler,** İkinci Cilt, İkinci Bası, İstanbul 1978, s. 184; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Teoman, **Oydan Yoksunluk,** s. 29; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; bununla birlikte konuyu daha ayrıntılı olarak ele alan Arıcı, doktrindeki genel eğilimin aksine know-how'ın ayni sermaye yeterliliğine kuşkuyla bakmış, öncelikle know-how'ın yazarın bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aradığı "bir malvarlığı değeri teşkil etme" şartına uymadığına işaret ettikten sonra, bu engel bir an için yok sayılsa bile know-how'ı devretme yükümlülüğünün ilgili doküman ve belgeleri verme borcu şeklinde değil de, bir iş görme edimi şeklinde üstlenildiği durumlarda emeğin anonim ortaklığa sermaye olarak konmasına ilişkin yasağa aykırılığın da gündeme geleceğini, ayrıca esas sermayenin güvence işlevinin bir gereği olarak üçüncü kişilerin gereğinde alacaklarını tatmin amacıyla ortaklık malvarlığına başvurabilmelerinin gerekli olduğunu, bunun içinse ortaklığa sermaye olarak getirilen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilebilir ve haczedilebilir nitelikte olmaları gerektiğini, know-how kapsamında yer alan patenti alınmamış gizli buluşlar ve bilgilerin icabında paraya çevrilebileceği doktrinde kabul görse bile, know-how'ın bir iş görme edimi ile karşı tarafın yararlanmasına sunulduğu hallerde haczedilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmekte ve know-how'ın ayni sermaye yeterliliğine ilişkin toptan ve kesin bir sonuca varmamakla birlikte bu imkana genel olarak sıcak yaklaşmadığını ortaya koymaktadır, Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 19 vd.; Alman hukukunda know-how'ın ayni sermaye yeterliliği bulunduğu yönünde bkz. Barz, **a.g.m.,** s. 157 vd.; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/41; Pentz, **a.g.e.,** § 27/25; Arnold, **a.g.e.,** § 27/64; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/19; Winter, **a.g.e.,** § 5/50; Märtens, **a.g.e.,** § 5/96; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/26; Bayer, **a.g.e.,** § 5/19; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/121; Schmidt, **ZHR 154,** s. 248; bu yönde örnek bir karar için bkz. BGH 3.12.1993- IX ZR 61/92, NJW 1993, s. 1139 vd.; İsviçre hukukunda aynı yönde von Steiger, **a.g.e.,** s. 25; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/11.

"haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler"in de sayılmış olması karşısında bir hakkın konusu olmamakla birlikte ekonomik bir değer arzeden kalemlerin de ayni sermaye olabilecekleri, know-how'ın da bu bendin kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.

Ancak her halükarda know-how'ın özellikle anonim ortaklıklar bakımından geçerli bir ayni sermaye kalemi olup olmadığı noktasında sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için asıl olarak TK m. 127/1-j ve TK m. 342'de temel kıstaslar olarak anılan "nakden değerlenebilme" ve "devrolunabilme" nitelikleri bakımından daha derinlikli bir inceleme yapılması zorunludur.

"Know-how" kavramının kapsamının ne olduğu, bu çerçevede anonim ortaklığa sermaye olarak "know-how"ın getirilmesinden bahsedildiğinde bununla neyin kastedilmiş olacağı meselesi kavramın coğrafi menşeini teşkil eden Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi Kıta Avrupası hukukunda da son derece tartışmalıdır[240]. Yine de, tezimizin asli ilgi alanının dışında yer alan bu tartışmanın ayrıntılarına girmeksizin belirtelim ki, süreç içerisinde kavramın geçirdiği dönüşümlerle birlikte bugün gelinen noktada genel olarak know-how kavramının sınai alanla ilgili olmak kaydıyla teknik bilgi ve tecrübelerin yanı sıra ayrıca ticari veya işletme yönetimine/organizasyonuna ilişkin bilgi ve deneyimleri de kapsayan bir kavram olduğu kabul görmektedir[241]. Bunun yanı sıra know-how kapsamındaki değerlerin ortak bir niteliği olarak doktrinde "devredilebilirlik"ten ayrıca bahsedilmiş, ancak know-how sahibinden soyutlanabilmesi ve başka bir kimseye aktarılabilmesi mümkün olan değerlerin know-how olarak nitelendirilebileceği, bu niteliğe sahip olmayan ve dolayısıyla bir başkasının kullanımına sunulamayan değerlerin know-how olarak vasıflandırılamayacakları belirtilmiştir[242]. Ancak görüldüğü gibi burada bahsedilen "devredilebilirlik" teknik hukuki anlamıyla devrolunabilme niteliği olarak değil; daha ziyade know-how kapsamındaki bilgi ve

[240] Know-how'ın kapsamı, niteliği ve unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ortan, Ali Necip, "Knov-Hov ve Hukuken Korunması Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi,** 1980, S. 4, s. 467 vd.; Öğüz, Tufan, **Know-How Sözleşmesi,** İstanbul 2001, s. 5 vd.; Erbay, İsmail, **Know-How Sözleşmesi,** Ankara 2002, s. 67 vd.

[241] Bu yönde bkz. Ortan, **Knov-Hov,** s. 474; Öğüz, **Know-How,** s. 20 vd.; Erbay, **a.g.e.,** s. 78 vd.

[242] Öğüz, **Know-How,** s. 29-30; Erbay, **a.g.e.,** s. 91-92.

tecrübelerin diğer tarafın yararlanmasına sunulabilmesi, karşı tarafa aktarılabilmesi imkânı şeklinde anlaşılmalıdır[243]. Zira know-how kapsamındaki değerler eşya hukuku anlamında maddi bir eşya veya hukuken üzerinde hak tesis edilmesine izin verilen gayri maddi eşya olmadıklarından, teknik anlamda bir devredilebilirliğin aranması da mümkün değildir. Ancak know-how kapsamındaki kıymetlerin mahiyeti gereği ortaya çıkan bu durumun ayni sermaye yeterliliği bakımından bir eksiklik teşkil etmeyeceği, başka bir ifadeyle bu anlamda devredilebilir olan değerlerin TK m. 342'deki devredilebilirlik niteliğini de haiz oldukları sonucuna varılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu anlamda know-how'ın "devredilebilmesi", daha açık ifadeyle karşı tarafın, konumuz bakımından anonim ortaklığın istifadesine sunulması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Gerçekten know-how'ın devri bazen sözlü olarak yapılacak bilgi açıklaması yoluyla sağlanabileceği gibi[244], pek çok halde know-how konusu bilgi ve tecrübelerin üzerinde somutlaştığı taşınır eşyanın (talimatname, plan, rapor, model, maket vb.) teslimi şeklinde de gerçekleşebilir[245]. Ayrıca özellikle daha karmaşık nitelikteki yöntemlerle ilgili know-how'ın devri doğrudan doğruya veya diğer devir yöntemleri ile birlikte bir iş görme edimi şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu kapsamda know-how'ı devralanın personelinin eğitilmesi örneği verilebilir. İşte özellikle know-how devrinin kapsamında bu şekilde bir hizmet ediminin yer alması ihtimalinde know-how'ın ayni sermaye olarak getirilmesinin hizmet edimleri ve kişisel emeğin ayni sermaye yeterliliğini açıkça reddeden TK m. 342'ye aykırılık oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmalıdır[246]. Kanımızca bu durumda TK m. 342'nin anılan düzenlemesinin know-how bakımından bir engel olarak değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü dikkat edilirse burada ayni sermayenin konusu

[243] Bu yönde Erbay, **a.g.e.,** s. 91.

[244] Öğüz, **Know-How,** s. 86, yazar özellikle devrin ispatı konusunda yaratacağı güçlükler nedeniyle uygulamada bu yöntemin nadiren tercih edildiğini belirtmektedir; Erbay, **a.g.e.,** s. 163, anılan yazar da sözlü ifanın doğurabileceği ispat problemine işaret etmektedir.

[245] Öğüz, **Know-How,** s. 87; Erbay, **a.g.e.,** s. 163.

[246] Nitekim eTK döneminde bu yönde açık bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte, doktrinin aynı yöndeki hakim kanaatine işaret ederek, know-how'ın bir iş görme edimi niteliğinde olması halinde bu yasağa takılacağı yönünde bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 20; TK döneminde Arıcı'yı takiben aynı yönde Dal, **a.g.m.,** s. 385.

bizatihi hizmet edimi değil, know-how kapsamındaki bilgi ve tecrübelerdir[247]. Hizmet edimi şeklinde ortaya çıkan faaliyet, bu bilgi ve tecrübelerin anonim ortaklığın kullanımına sunulma metodunu teşkil etmektedir. Ortaklık sözleşmesinin sinallagmatik bir akit olmadığını hatırda tutarak tamamen örnek olması açısından belirtelim ki, bu durumda pay sahibine tahsis edilen payın "karşılığı" hizmet edimi değil, hizmet edimi şeklindeki faaliyetlerle aktarılan know-how kapsamındaki bilgi ve tecrübelerdir. Hatta bu bakımdan bahsi geçen edimin hizmet/iş görme ediminden ziyade eser sözleşmesindeki sonuca odaklı yapma edimine benzediği söylenebilir[248]. Tartıştığımız konudaki bu detay, hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesini –en azından kanun koyucunun nazarında- haklı kılan sakıncaların pek çoğunu bertaraf etmektedir.

Kaldı ki pek çok halde know-how'ın bir yapma edimi şeklinde devri, örneğin know-how kapsamındaki bilgi ve tecrübelerin yer aldığı dokümanların teslimi ile birlikte gerçekleşmektedir. Bu halde işaret ettiğimiz nüans daha belirgin hale gelmektedir; sermaye koyma borcunun konusu know-how'ın kendisidir, ancak bunun ortaklığa devri çeşitli edimlerin birbiri içerisine girdiği kompleks bir süreç neticesinde gerçekleşmektedir. Bu bakımdan nasıl ki ticari işletmenin bir bütün olarak anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda, işletme bünyesinde yer alan hizmet sözleşmelerinin veya işletmenin ticari itibarının ayni sermaye devrinin dışında tutulması söz konusu değilse, know-how'ın ortaklığın kullanımına sunulmasının tek başına veya diğer edimlerle birlikte bir hizmet edimini gerektirmesi de bizatihi know-how'ın ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir husus olarak değerlendirilmemelidir.

Devredilebilirlik niteliğinin yanı sıra know-how'ın ekonomik bir değer arzettiğinden, bu bakımdan TK m. 342 anlamında "nakden değerlenebilir" olduğundan da şüphe edilmemelidir. Know-how'ın bir fikri hak konusu dahi olmadığı, bu sebeple "mamelek" kavramının içeriğine dâhil bulunmadığı

[247] Barz, **a.g.m.,** s. 164-165.

[248] Nitekim yukarıda ilgili bölümde (bkz. İkinci Bölüm, VI, E), eser sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda da, sermayenin konusu bizatihi iş görme edimi değil, edimin sonucu olduğundan, böyle bir alacağın TK m. 342 engeline takılmaması gerektiği yönündeki görüşümüzü belirtmiştik.

söylenebilirse de, bu husus -somut şartlar da dikkate alınmak kaydıyla- know-how'ın bir sermaye kalemi olarak ekonomik bir değer ifade etmesini engellemeyecektir. Zaten know-how'ın sahip olduğu bu ekonomik değer, ayni sermaye taahhüdünden bağımsız olarak, know-how'ın bir bedel karşılığında devrinin sui generis bir sözleşmenin –know-how sözleşmesi- konusunu teşkil etmesini mümkün kılmaktadır. Bu bakımdan örneğin bir anonim ortaklığın sahip olduğu tesisleri, edindiği teknolojik donanımları veya üretimde yararlandığı bir makinayı en verimli biçimde kullanmak, yahut yine ürettiği bir ürünün pazarlanması konusunda onu rakipleri karşısında öne geçirecek özel pazarlama tekniklerinden yararlanmak, ürünlerinin pazardaki niteliğini ve dolayısıyla fiyatını yükseltecek nitelikteki patenti alınmamış bir buluşu veya endüstriyel tasarım olarak tescil edilmemiş bir teknolojik yeniliği edinmek için, kuruluştan sonraki dönemde bir bedel ödemeye hazır olacağı, ihtiyaç duyduğu takdirde bunları bir know-how sözleşmesi çerçevesinde ve karşılığını ödeyerek edineceği konusunda tereddüt edilmez. İşte know-how kapsamındaki bu ve benzeri kıymetlerin ortaklığa daha başlangıçta ayni sermaye olarak getirilmesi de ona ancak belirli bir zaman ve masraf karşılığında edineceği bilgi ve tecrübeleri temin edecek, bu sayede piyasadaki rakiplerine yetişmesini veya onların önüne geçmesini sağlayacak, tabiri caizse ortaklığı "çocukluk dönemi hastalıkları" karşısında[249] aşılı hale getirecek ve böylece ortaklığın normal şartlarda katlanması gereken masraflardan tasarruf etmesini sağlayacaktır. "Nakden değerlenebilirlik" niteliği ise ortaklığın doğrudan bir kazanç elde etmesi/bilançonun aktifinin artması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pekâlâ masrafların engellenmesi/pasifin artmasının önüne geçilmesi şeklinde de anlaşılabilir[250]. Bu noktada tıpkı başka bazı ayni sermaye

[249] Bu tabir için bkz. Barz, **a.g.m.,** s. 158.

[250] Know-how'a değer biçilmesi sırasında bu kapsamdaki değerlerin hangi çerçevede faaliyet gösteren bir ortaklığa sermaye olarak getirildiği önem arzeder (Bu bakımdan bazı yazarlar bu değerlerin ortaklık faaliyeti açısından ekonomik olarak kullanışlı/faydalı/gerekli olması halinde ayni sermaye yeterliliğinin bulunduğundan bahsetmişlerdir, bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/25; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/121; Barz da know-how'ın değerinin iktisap edenin durumuna göre değişeceği üzerinde durmaktadır, s. 167). Örneğin elektronik devre üretimi ile uğraşmak üzere kurulan veya hali hazırda bu sektörde faaliyet gösteren bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak tarımsal bir üretim tekniğine ilişkin bilgilerin getirilmesi halinde, bu spesifik değerin söz konusu anonim ortaklık bakımından bir faydası bulunmadığı ve dolayısıyla –bu ortaklık özelinde- sermaye olarak bir değer teşkil etmediği sonucuna varılabilir. Ancak bu ihtimalde dahi ortaklığın böyle bir kıymeti daha sonra paraya çevirebilme imkânı, başka bir deyişle ayni sermaye konusunun likiditesi dikkate alınmalıdır. Yine bunun gibi yeni TK'nın en azından teorik olarak ultra vires ilkesinden vazgeçtiği dikkate alındığında, şirketin faaliyet konusuna ilişkin çerçevenin geniş yorumlanması zorunluluğu bulunduğu söylenebilir.

kalemleri bakımından olduğu gibi, değer biçme konusunda yaşanabilecek zorlukların da ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırmayacağını, yalnızca bu gerçeğin değerleme sırasında dikkate alınacağını tekrar belirtelim [251].

IX. TİCARİ İŞLETME

TK m. 127/1-(g) kural olarak "ticari işletmeler"in ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceğini hükme bağlamıştır. Gerek eTK gerekse TK dönemi bakımından doktrinde de hem ticaret ortaklıklarına hem de özelde anonim şirketlere "ticari işletme"nin ayni sermaye olarak getirilmesi mümkün görülmüştür[252].

Kanımızca da genel hüküm niteliğindeki TK m. 127/1-(g)'nin açıkça olumlu yaklaşımının yanı sıra, bu konuda anonim ortaklıklara ilişkin aksine bir hükmün veya istisna getirmeyi gerektirecek bir düzenlemenin bulunmadığı, dolayısıyla ticari işletmenin bir bütün olarak anonim ortaklıklara da ayni sermaye kapsamında getirilebileceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim ticari işletmenin devrine ilişkin özel bir hüküm içermeyen eTK döneminde dahi bunun anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmişken, konuyu özel olarak düzenleyen ve eTK döneminin aksine ticari işletmeye dâhil münferit aktiflerin intikali bakımından kısmi külli halefiyeti kabul eden TK m. 11/3 düzenlemesi karşısında, eski döneme göre daha sınırlayıcı bir tutumun kabul edildiği sonucuna varılması da yerinde olmayacaktır. Gerçekten de TK m. 11/3 düzenlemesi, konunun yalnızca işletmenin borçlarından sorumluluk bağlamında ele alındığı ve yine yalnızca işletmenin borçlarının devri bakımından bir kolaylık sağlayan eBK m. 179'un aksine işletmenin aktiflerinin devri bakımından da her bir unsur için tek tek tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek kalmaksızın yazılı bir sözleşme ile aktif/pasif tüm unsurların

[251] Barz, **a.g.m.,** s. 167.

[252] eTK döneminde genel olarak ticaret ortaklıkları bakımından bu yönde bkz. Karayalçın, **Ticari İşletme,** s. 182; Arıcı, M. Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri,** İstanbul 2008, s. 6; anonim ortaklıklar özelinde Arslanlı, **C. I,** s. 35; Davran, **a.g.m.,** s. 7; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 20; Teoman, **Oydan Yoksunluk,** s. 29; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 154; TK bakımından bu yönde Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 356-357; Karaman Coşgun, Özlem, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Sermaye Değerinin Belirlenmesi", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 339; Alman hukukunda da ticari işletmenin ayni sermaye yeterliliği doktrinde ittifakla kabul görmektedir, bu yönde Röhricht, **a.g.e.,** § 27/47; Pentz, **a.g.e.,** § 27/32; Arnold, **a.g.e.,** § 27/65; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/21; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13; Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 574; Winter, **a.g.e.,** § 5/54; Märtens, **a.g.e.,** § 5/101; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/30; Bayer, **a.g.e.,** § 5/20; Roth, **a.g.e.,** § 5/48; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/123.

devralana intikalini mümkün hale getirmiş ve devir işlemini önemli ölçüde kolaylaştırmıştır. Böylece eski dönemin aksine yalnızca borçlar hukuku açısından değil, eşya hukuku açısından da ticari işletme bir bütün olarak değerlendirilmiş olmaktadır[253]. Devredilebilirlik konusunda sağlanan bu kolaylık karşısında, TK bakımından ticari işletmenin anonim ortaklıklarda ayni sermaye yeterliliğinin evleviyetle kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

Öte yandan bir malvarlığı bütünü niteliğindeki ticari işletmenin bünyesinde yer alan bazı malvarlığı kalemlerinin "devredilebilirlik" veya "nakden değerlenebilirlik" niteliklerinin bulunmaması yahut bunların TK m. 342 uyarınca ayni sermaye olarak getirilmeleri açıkça yasaklanan değerler arasında yer almasının ticari işletmenin ayni sermaye yeterliliğini engelleyip engellemeyeceği veya en azından söz konusu kalemlerin devir dışında kaldığı sonucuna varılıp varılmayacağı tartışılabilir. Belirtelim ki ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde, ayni sermaye yeterliliği değerlendirmesine konu olacak varlık bir bütün olarak ticari işletmedir. Yoksa bu bütünün içerisinde yer alan her bir malvarlığı kalemi için ayrı ayrı ayni sermaye yeterliliği değerlendirmesi yapılması söz konusu değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ticari işletme bir bütün olarak ayni sermaye taahhüdüne konu olacağı gibi, bunun ortaklığa intikali de TK m. 11/3 uyarınca bir bütün halinde gerçekleşecektir. Şu halde örneğin ticari işletmeye dâhil bulunan ticaret unvanının TK m. 49/1 uyarınca tek başına "devredilebilirlik" niteliğinden yoksun olması veya ticari işletmenin bünyesinde TK m. 342 uyarınca tek başlarına ayni sermaye yeterlilikleri reddedilmiş olan işçilerle yapılmış hizmet sözleşmelerinin ve dolayısıyla kişisel emeğin yahut işletmeye ait ticari itibarın bulunması veya yine şirket alacakları arasında vadesi gelmemiş alacakların bulunması ticari işletmenin ayni sermaye yeterliliğini engellemeyecektir[254]. Aynı şekilde ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilebilmesi için bu kıymetlerin devrin kapsamı dışında tutulması

[253] Arıcı, eTK döneminde yaptığı açıklamalarda ekonomik anlamda bir bütün teşkil etse de işletmenin her hukuk dalı açısından bir bütün teşkil etmediğini belirttikten sonra, bu çerçevede eşya hukuku bakımından da işletmenin bir bütünlük arzetmediğine işaret etmiştir, **Ticari İşletme,** s. 12.

[254] Esasen bu durum, örnek olarak verilen kıymetlerin ve özellikle vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğinin TK tarafından engellenmiş olmasının yerindeliğinin sorgulanmasını anlamlı kılan gerekçelerden yalnızca biridir.

gerektiği sonucuna da varılmamalıdır[255]. Zira her ne kadar münferit olarak söz konusu değerlerin ayni sermaye yeterliliği reddedilmiş olsa da, ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi durumunda işletme içerdiği münferit unsurlardan ayrı bir malvarlığı kalemi olarak değerlendirilmeli ve dolayısıyla bünyesinde barındırdığı unsurların her birinin durumundan bağımsız şekilde ayni sermaye yeterliliği bulunup bulunmadığı tartışma konusu edilmelidir. Şu halde ticari işletme bir bütün olarak ve içeriğinde yer alan ve tek başına ayni sermaye yeterliliği bulunmayan unsurlarla birlikte anonim ortaklığa getirilebilecek, bu kıymetler ayrıca değerleme sırasında da dikkate alınacaktır.

Ticari işletme dışında bir esnaf işletmesinin[256] veya bunun dışında bir kimsenin mamelekinin de anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Ancak bu durumda artık TK m. 11/3'ün ticari işletmenin devri

[255] Öte yandan ayni sermaye yeterliliği bulunmayan bazı unsurların devir dışı bırakılması, söz konusu devri bir ticari işletme devri olmaktan da çıkarabilir. Zira ticari işletmenin devri bir iktisadi bütün ve organizasyon olarak işletmenin devralanın hâkimiyetine sokulmasını ifade eder; bu bakımdan işletme salt bir malvarlığı topluluğunun devrinin ötesinde bu işletmeyi organizasyon haline getiren gayri maddi iktisadi değerlerin de devrini gerektirir (Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 67). Dolayısıyla somut olayın şartları çerçevesinde örneğin –mümkün görüldüğü takdirde- ticari itibarı teşkil eden unsurların devir dışı bırakılması, söz konusu devri teknik anlamda bir ticari işletme devri olmaktan çıkarabilecektir.

[256] Akdağ Güney TK m. 127/1-(g)'nin yalnızca ticari işletmeden bahsettiğini belirterek, bu bağlamda esnaf işletmelerinin ayni sermaye olarak getirilmesine izin verilmemiş olduğu sonucuna ulaşmakta (**a.g.e.,** s. 102), ancak esnaf işletmesinin kendisinin değilse de işletmede bulunan ve ayni sermaye olabilecek malvarlıksal unsurların getirilmesinde bir sakınca bulunmadığını belirtmektedir (**a.e.,** s. 102, dn. 281). Biz bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Bir kere bizzat yazarın da ifade ettiği üzere TK m. 127'de yapılan sayım "tahdidi değil tadadi"dir (**a.e.,** s. 95). Dolayısıyla esnaf işletmesinin müstakil bir sermaye kalemi olarak TK m. 127'de sayılmamış olması, bunun ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir husus değildir; bu bakımdan önemli olan ayni sermaye yeterliliğine ilişkin genel şartların sağlanıp sağlanmadığıdır ki, bu noktada da esnaf işletmesinin ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldıran özel bir engelden bahsedilemez.

Öte yandan yazarın "esnaf işletmesinin kendisinin" değil, içerdiği unsurlar arasında ayni sermaye yeterliliği şartlarını taşıyanların sermaye olarak getirilebileceği yönündeki ifadeleri de ayrıca belirtilmesine gerek olmayan bir konuda "malumu ilam etmek"ten ibarettir. Hatta bu söylendikten sonra, ayrı ayrı sermaye olarak getirilmeleri mümkün olan varlıkların neden bir arada olduklarında geçerli bir sermaye kalemi olamayacağı da izah edilmek gerekir. Hâlbuki esnaf işletmesi, herhangi bir mal topluluğundan farklı olarak iktisadi bir bütünlük teşkil ettiği gibi, BK m. 202 hükmünün esnaf işletmeleri bakımından da uygulama alanı bulacak olması dolayısıyla (Türk hukukunda bu yöndeki hâkim görüş için bkz. Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 31 vd. ve orada dn. 119'da anılan yazarlar; ayrıca yeni dönemde BK m. 202'de yapılacak ilanla ilgili olarak ticari işletmeler ve diğer işletmelerin ayrı ayrı zikredilmiş olması karşısında bu tartışmanın geride bırakılmış olması gerektiğini belirten Bahtiyar, Mehmet, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", **LHD,** Ekim 2011, Yıl: 9, S. 106, s. 3891) en azından işletmenin borçları bakımından hukuken de bir bütünlük olarak muamele görmektedir. Dolayısıyla malvarlığının devrine ilişkin prosedür çerçevesinde esnaf işletmesinin de ayni sermaye olarak getirilmesinin önünde kanımızca herhangi bir engel mevcut değildir.

bakımından getirdiği özel düzenleme ve gerek taahhüt gerekse tasarruf aşamaları ile ilgili olarak sağladığı kolaylıklardan yararlanma imkânı bulunmayacak, bunun yerine BK m. 202 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu halde ise artık mamelek içerisinde yer alan münferit kalemlerin taahhüdü için özel şekil şartları aranması durumunda bunlara riayet edilmesi gerektiği gibi, yine her bir kalem bakımından ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin de yapılması icap eder. Yine de BK m. 202'nin en azından mamelek kapsamındaki borçların naklinde bir kolaylık sağladığı ve teker teker alacaklıların rızasını aramaksızın devrin ilanı ile birlikte borçların da devralana külli olarak intikalini sağladığı dikkate alınmalıdır.

Bir bütün olarak veya doktrinde de kabul gören bir tabirle bir kimsenin "genel mamelek"inin yanı sıra bu genel mamelek kapsamında kendi içerisinde bir bütünlük oluşturan ve genel mamelekin yanında özel bir hukuki rejime sahip bir haklar kompleksinin, teknik tabirle "hususi mamelek"in[257] de ayni sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Türk hukukunda da kanun koyucu bazı hallerde özel mamelek teşkil eden tümlükleri düzenleme altına almıştır[258]. Bu kapsamda evli kadının evlilik birliği dışında kalan malları[259], velinin idaresine tabi olan çocuğun malları[260], tereke[261], müflisin mallarından oluşan iflas masası[262], kendisine inanılan kimsenin elindeki inançlı mallar[263] özel mamelek olarak kabul edilmektedir[264].

---

[257] Hususi mamelekin belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı ve ne zaman bir hususi mamelekin bulunduğu sonucuna varılacağı noktasında bir kesinlik olmamakla birlikte, netice itibariyle hususi mamelekin genel mamelekin yanında kendi içerisinde bir bütünlüğünün bulunduğu ve ayrıca özel bir hukuki rejime tabi olduğu belirtilebilir; konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayiter, Nuşin, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme,** Ankara 1968, s. 29 vd.; özel mamelekin kendi içerisinde arzettiği bütünlüğe vurgu yapan Acemoğlu, Kevork, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri,** İstanbul 1971, s. 11.

[258] Özel mamelekin ancak bir kanun hükmünden doğabileceği yönünde bkz. Ayiter, **Mamelek,** s. 33; aynı yönde bkz. Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 11.

[259] Ayiter, **Mamelek,** s. 41; Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 11.

[260] Ayiter, **Mamelek,** s. 41.

[261] Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 11; Ayiter ise tereke bakımından daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve öncelikle murisin tek mirasçısı bulunduğu hallerde bir hususi mamelekten bahsedilemeyeceğini, bu halde murisin sahipsiz kalan mamelekinin mirasçının mameleki ile kaynaşarak tek bir mamelek haline gelmesinin söz konusu olduğunu; buna karşılık birden fazla mirasçının varlığı halinde de bir ayırıma gidilmesi gerektiğini, bu halde normal olarak mirasçılar arasında ortaya çıkan miras şirketinin bir elbirliği şirketi niteliğinde olduğunu, bu halde terekenin başlı başına bir malvarlığı teşkil ettiğini ancak bu mamelekin hamilinin tek bir şahıs değil birden fazla şahsın tek bir şahıs gibi göründüğü bir kollektif şahıs olduğunu, işte bu kollektif şahıs bakımından terekenin hususi değil alelade bir mamelek teşkil ettiğini ve bu mamelekteki hakkın her bir mirasçının

Ancak özel mamelekin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde devrin hangi hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği, bu noktada özellikle BK m. 202'nin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş hususi mamelekin devrinin BK m. 202 çerçevesinde gerçekleşmeyeceğini, bu hükmün yalnızca genel mamelekin ve istisnai olarak da ticari işletmenin devrine özgü olduğunu, nitekim özel mamelekin devrinin de bu hükme tabi olması istenseydi kendisi de bir hususi mamelek olan ticari işletmenin ayrıca zikredilmemiş olması gerektiğini belirtmekte ve istisnai bir hüküm olan BK m. 202'nin dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır[265]. Buna karşılık bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre BK m. 202 özel mamelekin devri durumunda da uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür[266]. Bu bakımdan hususi mamelek kategorisinde değerlendirilebilen mal topluluklarının, bu kapsamda örneğin terekenin veya iflas masasının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi bakımından da TK m. 202'nin uygulanacağı sonucuna varılmalıdır.

Nihayet teknik manada özel mamelek teşkil etmeyen ancak özellikle ortak bir gayeye özgülenmiş olması dolayısıyla iktisadi bir bütünlük arzeden mal ve hak topluluklarının da ayni sermaye olarak getirilebileceği, bunların da en azından taahhüt aşamasında teker teker içerdikleri malvarlığı kalemlerinden bağımsız olarak sermaye yeterlilikleri bulunduğu söylenmelidir. Bu kapsamda bir ticari işletmenin şubesi[267], şube niteliği taşımayan bir irtibat bürosu, bir ardiye, üretim tesisi, bir araç

---

umumi mameleki içerisinde yer aldığını belirtmekte; buna karşılık terekeye temsilci tayin edilmesi, terekenin resmen idare edilmesi veya terekenin vasiyeti tenfiz memurunun elinde bulunması hallerinde terekenin mirasçının malvarlığından ayrılığının açık olduğu, böylece terekenin müstakil bir varlığa kavuştuğu, dolayısıyla terekenin mirasçının malvarlığına karşı bu şekilde sınırlandığı hallerde onu hususi mamelek olarak nitelendirmek gerektiği sonucuna varmaktadır, **Mamelek,** s. 42.

[262] Ayiter, **Mamelek,** s. 33; Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 11.

[263] Ayiter, **Mamelek,** s. 33; Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 11.

[264] Tereke ve iflas masasına dâhil malvarlığının ayni sermaye yeterliliği Alman hukukunda da açıkça kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/46; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/20; Pentz, **a.g.e.,** § 27/32; Arnold, **a.g.e.,** § 27/65; Bayer, **a.g.e.,** § 27/13.

[265] Acemoğlu, **İşletmenin Devri,** s. 28

[266] Tunçomağ, **Genel Hükümler,** s. 1138; Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 34 vd.

[267] Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 35, yazar kanımızca da haklı olarak şubenin devri durumunda bir ticari işletme devrinden bahsedilemeyeceğini, ancak bu halde de bir "malvarlığı devri" söz konusu olduğundan neticede eBK m. 179/BK m. 202'nin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir.

filosu da tek bir taahhüt işlemi çerçevesinde ve arzettiği bütünlüğe uygun olarak sermaye taahhüdüne konu olabilir[268]. Ancak bu ihtimalde söz konusu bütünlüğün içerisinde yer alan her bir ayrı malvarlığı kalemi için kanunun aradığı tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtelim.

X. KİŞİSEL EMEK VE HİZMET EDİMLERİ

TK m. 342'de açık bir düzenleme ile "hizmet edimleri" ve "kişisel emek", anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyecek kalemler arasında sayılmıştır. Kanun koyucu her ne kadar bu iki kalemi ayrı ayrı zikretmek yoluna gitmişse de, bu tercihin esasen bir özensizlik neticesi olduğu, kanun koyucunun meramının pekâlâ yalnızca emeğin ayni sermaye olamayacağı söylenerek de ifade edilebileceği belirtilmelidir[269]. Sonuç olarak TK m. 127'deki düzenlemenin aksine anonim ortaklıklar özelinde kişisel emeğin geçerli bir sermaye kalemi teşkil etmeyeceği, hizmet edimlerinin de kişisel emek kapsamında doğal olarak bu yasağa tabi olduğu ifade edilebilir.

Şahsi emeğin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilip getirilemeyeceği meselesi eTK döneminde de tartışılmıştı. Esasen eTK'da TK m. 342 gibi anonim ortaklığa şahsi emeğin sermaye olarak getirilmesini engelleyen açık bir hüküm mevcut değildi. Bu konuda tüm ticaret şirketleri bakımından genel kuralı getiren eTK m. 139/b.5'te şahsi emek açıkça geçerli bir sermaye türü olarak sayılmış, ayrıca anonim ortaklığa ilişkin özel hükümler arasında bu genel kuraldan ayrılan bir

[268] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/46; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/20; Pentz, **a.g.e.,** § 27/32; Solveen, **a.g.e.,** § 27/8. Ancak söz konusu iktisadi bütünlüğün teknik anlamıyla özel malvarlığı niteliğinde olmadığı bu hallerde BK m. 202'nin uygulama alanı bulup bulmayacağı ayrı bir tartışmanın konusu olacaktır. Bu bakımdan örneğin Arıcı, şubenin devrinin BK m. 202/eBK m. 179 çerçevesinde gerçekleşeceği yönünde görüş belirttiği gibi, şube niteliği taşımayan bütünlüklerin de "eBK m. 179 anlamında özel malvarlığı" olduğunu ve dolayısıyla bunların devrinin de söz konusu hükmün kapsamında olduğunu ifade etmektedir, Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 36.

[269] Bu görüş için bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 230.

Bununla birlikte kanun koyucunun bu tercihinde Sermaye Yönergesi m. 7'deki ifadenin bir etkisi olduğu düşünülebilir. Gerçekten de yönergenin söz konusu maddesinde sermaye olmasına müsaade edilmeyen kalemler "iş veya hizmet edimleri" şeklinde anılmıştır. Yine de TK m. 342 bütünü itibariyle Yönerge'nin söz konusu hükmünden önemli ölçüde ayrıldığı gibi, bu konuda dahi aynı ifadeyi tercih etmemiş, eTK döneminde yaygın olarak kullanılan emek/kişisel emek kavramının yanına "hizmet edimleri" terkibini eklemiştir. Bu bakımdan Yönerge'deki tercihin TK m. 342 üzerinde etkili olduğunu söylemek kolay gözükmemektedir. Kaldı ki böyle olsaydı bile, konuyu ifade etmek bakımından Türk hukukunda yerleşmiş bir terim olan "kişisel emek/emek" kavramı ile yetinilmemiş olması eleştiriye açık kalmaya devam edecekti.

düzenlemeye yer verilmemişti. Dahası TST'nin 62. maddesinde açıkça şahsi emeğin anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilebileceği kabul edilmişti.

Kanunun bu konuda açık bir kısıtlamaya yer vermemesine ve hatta aksine TST'nin açık onayına rağmen, doktrinde neredeyse ittifakla[270] şahsi emeğin anonim ortaklık bakımından ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu çerçevede şahsi emeğin para ile kesin bir değerinin verilemeyeceği, değer takdirinin ve dolayısıyla bilançoda aktifleştirilmesinin zor olduğu[271]; emeğin pay olarak konmasının anonim ortaklıkta geçerli olan esas sermayenin muayyenliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği[272]; devredilebilir olmadığı[273]; emek ortağın şahsi becerisine bağlı olduğundan sakatlık, hastalık ve ölüm gibi hallerde mirasçılar tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı veya daha önce bir değer biçilmiş olsa bile bu değerin sıfıra ineceği[274]; gerek eTK m. 279/2, b.4 gerekse 285/2 uyarınca anonim ortaklığa ancak ortaklığın üzerinde "malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceği" "haklar ve malların" ayni sermaye olarak getirilebileceği, emeğin ise bu

[270] Karş. gerekçe belirtmeksizin şahsi emeğin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konmasından bahseden Ulusoy, Yılmaz, **Mukayeseli Sermaye Şirketleri,** Ankara 1974, s. 93; Toksal ise emeğin bir ticaret şirketinde sermaye olarak kabul edilebilmesi için yönetici sıfatında yasal sürekliliğin mümkün olması gerektiğini, zira emeğin şirketle ilişkisinin hizmet akdi ile kurulamayacağını, pay sahibi ile şirket arasında işçi-işveren ilişkisinin şirket yapısıyla uyumsuz olduğunu belirttikten sonra, şahıs şirketi niteliğindeki kollektif ve komandit ortaklıkların yanı sıra, bir sermaye şirketi olan limited ortaklıklarda da emeğin sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir, **a.g.e.,** s. 1267. Ancak TK m. 342'ye paralel bir hüküm olan TK m. 581'in limited ortaklıklarda da kişisel emeğin ayni sermaye yeterliliğini açıkça reddetmiş olması karşısında, yeni kanun bakımından limited şirketlere özgü farklı bir sonuca varmanın mümkün olmadığı belirtilmelidir; Tosbi ise aşağıdaki dipnotlarda da görüleceği üzere kural olarak emeğin anonim ortaklıklara ayni sermaye olarak konmasının mümkün olmadığı kanaatinde ise de, konuya ilişkin açıklamalarının başlangıcında ticari itibardan farklı olarak emeğin, yani bir şahsın bilgi, tecrübe ve çalışmasının bir şahıs şirketinde olduğu gibi anonim şirkette de kendisinden istifade edilebilecek ve hatta büyük kazançlar temin edebilecek bir kıymet olduğunu, dolayısıyla emeğin anonim şirketin sermaye kalemleri arasında yer almasının ticari itibara nazaran "insana daha mülayim ve daha mantıki gibi" gelebileceğini ifade etmektedir, Tosbi, **a.g.e.,** s. 29.

[271] Tosbi, **a.g.e.,** s. 29; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 127b; Domaniç emeğin değerlenmesinin zorluğuna dikkat çekmekte, özellikle belli bir süre çalışılabileceği hesap edilerek biçilen değerin, ortağın hastalığı, ölümü veya temerrüdü dolayısıyla karşılıksız kalabileceğini ifade etmektedir, **TTK Şerhi II,** s. 203; Ansay, **a.g.e.,** s. 33; Göle, **a.g.e.,** s. 15-16.

[272] Karayalçın, Yaşar, **Ticaret Hukuku II- Şirketler Hukuku,** İkinci Baskı, Ankara 1973, s. 202; Birsel, Mahmut, (Davran, **a.g.e.,** Tartışmalar), s. 21.

[273] Arslanlı, **C. I,** s. 34; Ansay, **a.g.e.,** s. 33; Ülgen, **a.g.e.,** s. 46-47; Göle, **a.g.e.,** s. 16; İmregün, **a.g.e.,** s. 26, dn. 13.

[274] Tosbi, **a.g.e.,** s. 29; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 203.

kategoride olmadığı[275]; emeğin haczinin[276] ve devlet zoru ile icrasının mümkün olmadığı[277]; nihayet "haklar ve mallar"dan bahsetmiş olan eTK karşısında anonim ortaklıkta nakit dışı sermaye borcunun konusunun ancak malvarlığından yerine getirilebilecek bir maddi edim olması gerektiği[278] gerekçeleri ile emeğin ayni sermaye yeterliliği reddedilmiştir.

Bununla birlikte yeni TK'nın konuya ilişkin düzenlemesi benzer bir tartışmayı gerektirmeyecek açıklıktadır. Madde gerekçesinde bu düzenlemeye ilişkin bir açıklamaya yer verilmiş değilse de, eTK döneminde doktrinde benimsenen yaklaşımın yeni TK bakımından bir pozitif hukuk düzenlemesi şekline getirilmek istendiği varsayılabilir.

Yeni düzenleme ile ortaya konan bu net tavra ve ilk bakışta tartışmaya yer bırakmayan kanun lafzına rağmen her şeyden önce TK m. 342'nin bahsettiği *"hizmet edimleri, kişisel emek"* ibaresinin kapsamının ne olduğunun belirlenmesi önemlidir. Öncelikle bu tespitin yapılabilmesi açısından hükmün daha titiz bir incelemeye tabi tutulması zorunluluktur. Öte yandan en azından olması gereken hukuk bakımından farklı bir yaklaşımın mümkün olup olmadığı, bu noktada karşılaştırmalı hukuktaki eğilimlerin ne olduğu üzerinde durmanın da tümüyle yararsız olmadığı kanaatindeyiz. Bu çerçevede aşağıda öncelikle eTK döneminde doktrinde benimsenen gerekçelerin yerindeliğini değerlendirdikten sonra karşılaştırmalı hukuktaki durumu ve özellikle AB hukukundaki yaklaşım ve düzenleme tarzlarını inceleyecek, nihayet mevcut pozitif düzenlemenin getirdiği yasağın kapsamının ne olduğunu belirlemeye çalışacağız.

---

[275] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 202; İmregün, **a.g.e.,** s. 26, dn. 13.

[276] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 202, yazar şirket alacaklılarının gerektiğinde bakiye sermaye alacaklarına müracaat ve bunları haczedebileceğini, emeğin haczedilebilir ve paraya çevrilebilir nitelikte olmamasının ise bu noktada bir engel teşkil ettiğini belirtmektedir.

[277] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 202-203, yazar emeğin bu özelliği dolayısıyla, emeğini sermaye olarak taahhüt eden ortağın dava ve icra yolu ile bu taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamayacağını belirtmektedir.

[278] Tosbi, **a.g.e.,** s. 29; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 14 vd., özellikle s. 18.

A. eTK Döneminde İleri Sürülen Gerekçelerin Değerlendirilmesi

Doktrinde yaygın olarak savunulan, şahsi emeğin özellikle para ile takdirinin ve bilançoda aktifleştirilmesinin zor olduğuna yönelik gerekçe, kanımızca ayni sermaye ehliyetini reddetmek için tek başına yeterli değildir. Bir kere daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere[279], bilançolaştırılabilme/aktifleştirilebilme ayni sermaye yeterliliğini belirleyen bir faktör değildir. Kaldı ki genel olarak şahsi emeğin ve özelde hizmet edimlerinin bilançolaştırılmasını engelleyen bir pozitif düzenleme yoktur; dolayısıyla bir hizmet edimi ekonomik olarak değerlenebildiği takdirde bilançolaştırılabilmesi de kural olarak mümkündür.

Para ile takdire, başka bir deyişle ekonomik değerlemeye ilişkin "zorluğa" gelince: Bir kıymetin para ile takdirinin zorluk arzetmesi onun ayni sermaye yeterliliğini peşinen reddetmek için haklı bir gerekçe teşkil etmez. Bu bölümde ayni sermaye yeterliliklerini incelediğimiz malvarlığı değerlerinin pek çoğunda benzer bir değerleme "zorluğu" ile karşılaşılması muhtemeldir[280]. Bu kapsamda anonim şirkete esas sermaye olarak getirilmeleri konusunda kanunda veya doktrinde bir tereddüt olmayan örneğin bir eşya üzerindeki sınırlı ayni hakka, bir markaya, patente veya benzer bir fikri mülkiyet hakkına yahut know-how kapsamındaki değerlere, good-will'e parasal bir kıymet biçilmesi de aynı ölçüde hatta kimi zaman daha büyük bir zorluk arzedebilir. Zaten bizzat değerleme prosedürünün varlığı, kural olarak para dışındaki tüm kalemlerin değerlerinin tespitinin ancak özel bir inceleme, dolayısıyla az çok zorluk arzeden bir süreç neticesinde ortaya çıkarılabileceğini ima etmektedir.

Kaldı ki şahsi emek kapsamındaki kalemlerin para ile takdirinin her halükarda güç olduğuna dair ifade de ancak bir önyargı olarak nitelenebilir. Gerçekten içerdiği karakteristik edim şahsi emek kapsamında değerlendirilebilecek olan çeşitli sözleşmeler günlük hayatta sıklıkla akdedilmekte ve bu sözleşmeler

[279] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, III, B, 3, a.

[280] Bu bakımdan Hirte hizmet edimlerinin para ile takdirinin mümkün olmadığı yolundaki görüşü "eskimiş bir kabul" olarak değerlendirdikten sonra aslında nakdi sermayenin dahi her zaman banknotun üzerinde yazan değere karşılık gelmediğini, burada özellikle taahhütte bulunanın borç ödeme gücünün (Solvenz) rol oynadığını belirtmektedir (Hirte, **a.g.m.,** s. 228).

dolayısıyla emeğini sunmakla yükümlü olan âkit, bu edimi ifa karşılığında parasal bir karşı edimi talep hakkı elde etmektedir. Hatta bazı hallerde bu tip edimlere ilişkin bir piyasanın oluştuğundan dahi söz edilebilir. Bu durum, yukarıda zikrettiğimiz pek çok malvarlığı değerine kıyasla daha kolay bir değerlemeyi de mümkün kılmaktadır. Bu kapsamda hizmet sözleşmeleri, ücretli vekâlet veya istisna sözleşmesinden bahsedilebilir. Üstelik bu sözleşmelerden hizmet ve istisna sözleşmesi bakımından belirlenecek bedel sözleşmenin esaslı unsurları arasındadır (BK m. 393/1; 470). Kısacası şahsi emek çerçevesinde yer alan edimlere değer biçilmesi noktasında hiç değilse özel bir zorluğun bulunmadığı sonucuna varılabilir[281].

Öte yandan emeğin, anonim ortaklık esas sermayesinin bir niteliği olan "muayyenliği" ortadan kaldırdığı yönündeki gerekçe de izaha muhtaçtır. Esas sermayenin bu özelliği anonim ortaklığın tanımının yapıldığı eTK m. 269/1'de açıkça belirtildiği gibi, yeni kanunun 329. maddesinin ilk fıkrasında da "belirlilik" kavramı ile ifade edilmiştir. Esas sermayenin muayyenliği, esas sermaye miktarının önceden tespit ve parayla ifade edilmiş olması ve bu miktarın şirket esas sözleşmesinde ve ticaret sicili gibi ilgililerin ulaşabileceği yerlerde belirtilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla anonim ortaklığa esas sermaye olarak getirilmek istenen şahsi emek kapsamındaki değerin esas sermayenin muayyenlik özelliği ile çelişmesi ancak ona parasal değer biçilememesi neticesinde meydana gelebilecek bir durumdur. Yoksa bizatihi şahsi emeğin esas sermayenin muayyenliği ile bir ilgisi yoktur[282]. Şahsi emeğin parasal olarak ifade edilmesi ile ilgili yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında, bu gerekçenin de yerinde olmadığı sonucuna varılabilir.

Doktrinde zikredilen bir başka gerekçe de şahsi emeğin devredilebilir olmadığıdır. Kanımızca bu gerekçe de gerçeği yansıtmamaktadır. Bir kimsenin bizzat sunacağı bir hizmet edimini ortaklığa taahhüt etmesini engelleyen bir kural bulunmadığı gibi, pay sahibi ile üçüncü kişi arasında akdedilen örneğin bir hizmet

[281] Nitekim şahsi emeğin ayni sermaye yeterliliğini reddetmekle birlikte parasal değer biçmeye ilişkin zorluğun bu noktada yerinde bir gerekçe olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 31-32.

[282] Bu bağlamda şahsi emeğin esas sermayenin muayyenliğini "zedeleyeceğinden" bahsedilmesi gariptir. Zira soyut bir rakamı ifade eden muayyenlik ilkesi ile somut bir olgu olan şahsi emeğin doğrudan bir ilişkisi yoktur.

sözleşmesinden kaynaklanan hizmet ediminin, işçinin yazılı rızası alınmak şartıyla ortaklığa devredilmesi dahi mümkündür (BK m. 429/1).

Yine emeğin pay sahibinin şahsı ile sıkı bir bağlantı içinde bulunduğu, dolayısıyla pay sahibinin ölümü, hastalığı veya sakatlığı gibi hallerde mirasçılar eliyle ifanın sağlanamayacağı gerekçesi bir risk faktörüne işaret etmekte ise de, bu husus tek başına emeğin ayni sermaye yeterliliğini engelleyecek nitelikte değildir. Zira benzer bir risk pekala farklı ayni sermaye kalemleri bakımından da söz konusu olabilir; örneğin üzerinde otel inşa edilmesi amacıyla ayni sermaye olarak getirilen deniz kenarındaki bir taşınmaza ilişkin imar durumunun değişmesi dolayısıyla üzerinde inşaat yapılamayacak hale gelmesi ihtimalinde, yahut yine sermaye olarak getirilen bir markanın sonradan iltibas gerekçesiyle terkin ettirilmesi durumunda da pay sahibinin edimi imkansızlaşmış olacak, ne pay sahibinin ne de bir başkasının bu edimi aynen ifa etmesi mümkün olacaktır. Hâlbuki söz konusu risklerin taşınmazın yahut markanın ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırdığı söylenemez. Emek bakımından da, duruma göre bu risklerin daha yüksek olduğu söylenebilecekse de, bu risklerin ayni sermaye yeterliliği üzerindeki etkisi ancak değerleme prosedürü neticesinde anlaşılabilecektir. Daha ileri giderek, söz konusu risklerin peşinen ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırdığı sonucuna varılması ise kanımızca yerinde değildir.

eTK m. 279/2 b.4 ve 285/2'de anonim ortaklığın üzerinde "malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceği" "haklar ve mallar"dan bahsedilmiş olması da ayni sermayenin ancak üzerinde mülkiyet tesis edilebilecek haklar ve mallardan müteşekkil olabileceği gerekçesinin savunulmasını sağlamıştır. Kanımızca doktrindeki kanaatin aksine[283], bu ibarelerin "bilinçli bir tercihin ürünü" olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim anonim ortaklığa ayni sermaye olarak eşya hukuku veya borçlar hukuku kaynaklı kullanma haklarının getirilebilmesi; bu çerçevede sermaye olarak bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı yerine bir sınırlı ayni hak tanınabilmesi; bir fikri hakka ilişkin olarak akdedilen lisans sözleşmesi ile kullanma hakkının ayni sermaye olarak getirilebilmesi gibi örnekler, kanun koyucunun "malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceği" şeklindeki ifadesinin "bilinçsiz" bir tercih

[283] Bu yönde bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 32.

olduğunun birer delilidir. Öte yandan doktrinde "haklar ve mallar" kategorisinde olmayan know how, ticari itibar, müşteri çevresi gibi kıymetlerin ayni sermaye yeterliliğinin tartışılıyor ve büyük ölçüde kabul ediliyor olması da kanun koyucunun ibare seçimindeki tavrının doktrin tarafından da bilinçli bir tercih olarak yorumlanmadığına işaret etmektedir.

Emeğini sermaye olarak getiren ortağın bu taahhüdünü yerine getirmesi için zorlanamayacağı, dolayısıyla şirketin bu amaçla dava ve icra takibinde bulunamayacağı gerekçesiyle emeğin ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna ulaşmak da kanımızca yerinde değildir. Bir kere iş görme ediminin yerine getirilmesinin cebri icraya konu olamayacağı tespiti doğru değildir. Aksine, ilamların icrası kapsamında ayni bir icra türü olarak bir işin yapılmasına dair ilamların da icraya konu edilebileceği İİK m. 30'da açık bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla emeğin sermaye olarak taahhüdüne izin verilmiş olması ihtimalinde ortaklık, eTK m. 140/4-TK m. 128/7 kapsamında pekâlâ bu edimi yerine getirmekten kaçınan pay sahibi aleyhine ifa davası açabilecek ve aynen ifaya ilişkin bir ilam alabilecek, bu ilamı icraya koyabilecektir. Dolayısıyla teorik olarak hizmet/iş görme edimlerinin ve dolayısıyla sermaye olarak emeğin, cebri icraya konu olamayacağından bahisle ayni sermaye yeterliliğinin reddi yerinde değildir.

Elbette ilamın konusunun ve dolayısıyla edimin yalnızca borçlu/pay sahibi tarafından yerine getirilebilecek nitelikte olması durumunda cebren icranın bir sınırı vardır. Bu hallerde de ilama dayalı takip talebini alan icra müdürü bir icra emri düzenleyerek borçludan ilamda yazılı işi yapmasını, aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini bildirecekse de, borçlunun söz konusu icra emrine rağmen işi yapmaması/edimi ifa etmemesi ihtimal dâhilindedir. Bu durumda son bir imkân olarak İİK m. 343 uyarınca alacaklının şikâyeti üzerine borçlunun üç aya kadar tazyik hapsine karar verilebilecek, buna rağmen aynen ifanın sağlanamamış olması durumunda ise artık borçlunun tazminat talebinde bulunmak dışında bir çaresi kalmayacaktır (BK m. 113/1)[284] ki, bu durum tartıştığımız konu özelinde ayni sermaye borcunun nakde dönüşmesi olarak anlaşılabilir. Ancak tek başına bu

[284] Buna karşılık ilamın konusu olan edimin yalnızca borçlu tarafından ifa edilebilecek nitelikte olmaması durumunda, masrafı borçludan tahsil edilmek üzere işin icra dairesi tarafından üçüncü bir kişiye yaptırılması mümkündür, bkz. İİK m. 30.

ihtimalin dahi emeğin ayni sermaye yeterliliğini engelleyecek nitelikte olduğu şüphelidir. Gerçekten de benzer bir ihtimal yine diğer ayni sermaye kalemleri için de gündeme gelebilir. Şüphesiz TK m. 128/2 ile getirilen tedbirler karşısında çoğu kez bir ayni sermaye borcunun ifası henüz şirketin kuruluşundan önce teminat altına alınmakta, bu kapsamda taşınırların tevdii, taşınmazlar ve kendi özel sicilleri bulunan kıymetlerin sicillerinde yapılacak şerh ve kayıtlar yoluyla borçludan/pay sahibinden kaynaklanabilecek ifa etmeme risklerinin büyük ölçüde önüne geçilmektedir. Ancak buna rağmen örneğin bir taşınırın ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde tevdi yükümü yerine getirilmemiş olmasına rağmen şirketin her nasılsa tescil edilmiş olması veya tevdi yükümüne riayet edilmiş olmasına rağmen şirketin tescilinden sonra söz konusu taşınırın pay sahibi veya bir üçüncü kişi tarafından tevdi mahallinden alınması söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalde de ortaklık yine TK m. 128/7 uyarınca taşınırın teslimine ilişkin bir dava açacak ve taşınırın ortaklığa teslimi bu dava sonucunda alınacak ilamın icrası yoluyla sağlanabilecektir (İİK m. 24). İşte bu ihtimalde de sermaye konusu taşınır malın borçlu pay sahibinin elinde bulunması halinde aynen ifa sağlanabilecekse de (İİK m. 24/3), söz konusu malın borçlunun elinde olmaması durumunda da -tıpkı bizzat pay sahibi tarafından yerine getirilebilecek bir yapma ediminde olduğu gibi- borçlu aynen ifaya zorlanamayacak ve pay sahibinin taşınırın teslimine ilişkin ayni sermaye borcu para/nakdi sermaye borcuna dönüşecektir (İİK m. 24/4)[285]. Şüphesiz TK m. 128/2 ile getirilen önlemler ile, bu fıkra kapsamındaki malvarlığı kalemleri açısından pay sahibinden kaynaklanabilecek riskler önemli ölçüde azalmıştır. Ancak düşük de olsa bu tür risklerin varlığı söz konusu ayni sermaye kalemlerinin sermaye yeterliliğini nasıl ortadan kaldırmıyorsa, aynı riskin yalnızca daha yüksek olduğu söylenebilecek emek hakkında da otomatik olarak ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılması yerinde değildir[286, 287].

[285] Benzer bir durum taşınmazların ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şerh yükümlülüğü yerine getirilmeksizin ortaklığın kurulması ve sonrasında sermaye konusu taşınmazın iyi niyetli bir üçüncü kişi tarafından devralınmış olması halinde de gündeme gelebilecektir, bu konuda bkz. İİK m. 26-29 ve özellikle m. 27.

[286] Kaldı ki burada tartıştığımız gerekçe, TK m. 128/2'ye paralel bir hükmün bulunmadığı eTK döneminde savunulmuştu. Halbuki o dönemde emek dışındaki ayni sermaye kalemleri, örneğin taşınmazlar ve taşınırlar bakımından da pay sahibinden kaynaklanabilecek ifa etmeme risklerinin

Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde biz, eTK döneminde açık bir yasak bulunmamasına rağmen şahsi emeğin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olmadığını belirten doktrinin, bu görüşünü desteklemek adına ortaya koyduğu gerekçelerin yerinde olmadığını düşünüyoruz[288]. Bu konudaki kanaatimizi aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde ortaya koyacağız.

B. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Yeni TK m. 342'de yer verilen ve kişisel emek ile hizmet edimlerinin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceğine yönelik düzenlemenin, Türk doktrininde eTK döneminde hâkim olan görüşün kanun koyucu tarafından benimsenmiş olduğu anlamına gelebileceğini daha önce belirtmiştik.

Bununla birlikte bu düzenleme biçiminin yalnızca iç hukuktaki tartışmaların bir sonucu olduğunu söylemek hatalı olur. Zira hizmet edimlerinin ayni sermaye niteliği meselesi bu konuda Avrupa ülke hukuklarını bağlayan ortak bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde dahi Avrupa ölçeğinde tartışma konusu olmuş[289], Şirketler Hukukuna ilişkin 2. Yönergenin kabulünden sonra da söz konusu yönergenin 7. maddesi, tartışmaların etrafında yoğunlaştığı bir merkez konumuna gelmiştir. Bahsi geçen maddede açıkça iş veya hizmet edimlerinin ayni sermaye olarak taahhüt edilemeyeceği düzenlenmiş ve böylece Kara Avrupası genelinde bu konuya ilişkin çerçeve belirlenmiştir.

Ancak Avrupa Birliği ülkelerine hitap eden bu açık düzenlemeye rağmen konu birlik üyesi ülke hukuklarında tartışılmaya devam etmiştir. Nitekim bu noktada

---

yüksekliği ayni sermaye engeli olarak görülmezken yalnızca emek için bu sonuca varılmış olması ilginçtir.

[287] Ayrıca emeğin sermaye olarak kabulü bir hukuk politikası olarak tercih edildikten sonra pekala bunun ifa edilmemesi ihtimaline yönelik olarak bazı tedbir yahut teminatların da kanunla düzenlenmesi mümkündür. Nitekim buna yönelik bir öneri Yüksek Uzmanlar Raporu'nda yer almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, X, B.

[288] Yine eTK döneminde emeğin ayni sermaye olarak kabul edilememesine gerekçe olarak gösterilen, anonim ortaklıkta nakit dışı sermaye borcunun konusunun ancak malvarlığından yerine getirilebilecek bir maddi edim olması gerektiği yönündeki görüşü daha önce tartışmış ve yerinde bulmadığımızı belirtmiştik, bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, III, B, 2.

[289] Genel olarak ayni sermaye yeterliliği özel olarak da hizmet edimlerinin ayni sermaye niteliği ile ilgili çeşitli Avrupa milli hukuklarında gelişen tartışmaların doyurucu bir özeti için bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 220 vd.

canlı bir tartışma Yönergenin 7. madde düzenlemesini iç hukukuna yansıtmış olan (AktG § m. 27/2) Almanya'da da yaşanmaktadır.

Almanya'da özellikle hizmet ediminin borçlusunun sıfatının önem taşıyıp taşımadığı meselesi tartışılmıştır. Hizmet ediminin borçlusunun bizzat pay sahibi olduğu durumlarda doktrinde neredeyse ittifakla böyle bir edimin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilemeyeceği kabul edilmektedir[290]. Bununla birlikte borçlu sıfatını üçüncü bir kişinin taşıdığı hizmet edimleri bakımından azımsanmayacak sayıdaki yazar, farklı bir sonuca ulaşılmasının mümkün olduğu kanaatindedir[291]. Bu yazarlara göre hâkim görüşün, hizmet edimlerinin borçlunun ölümü, sağlık durumu gibi kişisel faktörlere bağlı olması dolayısıyla özel bir risk taşıdıkları ve dolayısıyla ayni sermaye yeterliliklerinin bulunmadığı şeklindeki gerekçesi yeterli değildir[292]; bu bakımdan örneğin alacak hakları veya bir başka şirkete ait paylar gibi gayri maddi ekonomik değerlerin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmeleri halinde bunlar da çoğu defa aniden değer kaybetme riski altındadırlar, ancak tek başına bu durum bunların ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırmamaktadır[293]. Öte yandan hizmet edimleri özelinde dillendirilen risk faktörleri de sözleşmeden sözleşmeye önemli

[290] Bu durum Alman hukukunda hakim görüş olan, ortaklığa getirilecek alacağın borçlusunun pay sahibi olamayacağı yönündeki kanaatin bir sonucudur. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, D, 3.

Pay sahibinin getireceği hizmet edimi ile ilgili olarak istisnai görüş görebildiğimiz kadarıyla yalnızca Skibbe tarafından savunulmuştur. Yazar AktG § 27/2'de olduğu gibi açık bir kanuni yasağın söz konusu olmadığı limited şirketler için yaptığı açıklamalarda, üçüncü kişinin hizmet edimi ile pay sahibinin hizmet edimi arasında bir fark gözetilmesinin gerekli olmadığını belirtmekte, özellikle bu farka gerekçe olarak gösterilen, "pay sahibinin malvarlığından ayrılma" şartının pay sahibinin sermaye olarak hizmet edimini taahhüt ettiği durumda da gerçekleşmiş olduğunu ifade etmektedir, **a.g.m.,** s. 74, 75.

[291] Bu yönde bkz. Hüffer, Uwe, "Harmonisierung des aktienrechtlichen Kapitalschutzes", NJW 1979, s. 1067; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/22; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/31; Knobbe-Keuk, **a.g.m.,** s. 223 dn. 31 yazar örnek olarak profesyonel bir futbolcuya karşı sahip olunan hizmet alacağının ayni sermaye olarak getirilmesini vermektedir; limited ortaklık bakımından bu yönde bkz. Sudhoff/Sudhoff, **a.g.m.,** s. 130; Skibbe, **a.g.m.,** s. 74-75; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/111; Märtens, **a.g.e.,** § 5/122; aksi yönde bkz. Lutter, **a.g.e.,** s. 232-233; Arnold, **a.g.e.,** § 27/66; Pentz, **a.g.e.,** § 27/33; Habersack, Mathias, "Dienst- und Werkleistungen des Gesellschafters und das Verbot der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens", **Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag,** Köln 2007, s. 162; Penne, **a.g.m.,** s. 39-40; kuşkulu bir biçimde de olsa üçüncü kişinin hizmet edimi için de olumsuz sonuca varan Röhricht, **a.g.e.,** § 27/78.

[292] Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/31; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/112.

[293] Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/31.

ölçüde farklılık arzetmektedir[294]. Nihayet bu görüşe göre tüm bu risklerin değer biçme prosedürü sırasında göz önünde bulundurulması da esasen yeterli olacaktır[295].

Milli hukuklardaki tartışmalar ve aykırı görüşlerin yanı sıra, konunun doğrudan doğruya 2. Yönergenin 7. maddesi özelinde yeniden ele alınması gerektiği yönünde görüşler de dile getirilmiştir. Bu konuda en dikkat çekici ve ağırlık sahibi teklif, bizzat AB Komisyonu tarafından görevlendirilen ve uzun bir araştırma dönemi sonucunda hazırladığı raporla AB düzeyinde şirketler hukuku alanında reform yapılması gerekli alanları ve bu reformların kapsamlarını teklif halinde Komisyona sunan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu'nunkiler olmuştur. Bu uzmanlar raporunda, şirketlere sunulan danışma/öneri belgesinde yöneltilen soruya verilen cevap çerçevesinde katılımcıların büyük çoğunluğunun hizmet edimlerinin ayni sermaye olarak taahhüdü imkânının tanınmasının gerekliliği yönünde kanaat serdettikleri ifade edilmiştir. Kurul buna bağlı olarak gerekli önlemlerin/güvencelerin tesis edilmesi durumunda hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğinin kabul edilebileceğini, bu çerçevede borçlunun edimini yerine getirmemesine yönelik riskin hisselerin bloke bir hesapta tutulması ve ancak hizmet edimi yerine getirildikten sonra serbest bırakılması veya alternatif olarak şirketin bu riski karşılayacak bir sigorta yaptırması şartıyla giderilebileceğini belirterek; komisyonun gerekli önlemlerle birlikte hizmet edimlerinin sermaye olarak taahhüdü imkanını 2. Yönergeye ilişkin revizyon sırasında gündemine almasını/yeniden değerlendirmesini tavsiye etmiştir[296].

Yönergenin genel olarak sermaye konusunu özel olarak da hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğini düzenleme biçimine ilişkin çok daha köklü bir eleştiri de Anglo-Sakson hukuk çevrelerinden gelmiştir. Hukuk geleneği itibariyle esas sermaye sistemine yabancı olan, bununla birlikte 2. Yönergenin bağlayıcılığı dolayısıyla

[294] Märtens, **a.g.e.,** § 5/123.

[295] Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/31; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/112; Märtens, **a.g.e.,** § 5/123.

[296] **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu,** s. 83. Daha erken tarihli çalışmasında gerek pay sahibinin gerekse üçüncü kişinin hizmet ediminin ayni sermaye yeterliliğini reddeden Lutter de, hizmet edimlerinin esasında malvarlıksal bir değerlerinin bulunduğunu ancak taşıdıkları yüksek riskin ayni sermaye yeterliliğini ortadan kaldırdığını, söz konusu risklerin yeterli güvence ile dengelenmesi durumunda ayni sermaye yeterliliğine ilişkin şüphenin de giderilmiş olacağını, pay sahibinin riskin gerçekleşmesi ihtimalinde devreye girecek bir garanti yükümlülüğü altına girmesi halinde hizmet edimlerinin de ayni sermaye yeterliliğinin bulunduğu sonucuna varılacağını belirtmiştir, Lutter, s. 233.

"public companies" bakımından Yönerge'nin getirdiği düzene uymak durumunda olan (Yönerge m. 1) İngiliz hukukunda, geleneksel olarak benimsenen sermaye sistemine büyük ölçüde ters düşen Yönerge düzenlemelerinin kabulü, hukuki bir ayak direme hissini de beraberinde getirmiştir. Bu sistem çatışmasının bir ürünü olarak Britanya Muhasebe Standartları Kurulu ve Britanya Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün Şirketler Hukuku Merkezi'nin görevlendirdiği, Jonathan Rickford yönetimindeki bir çalışma grubu, bu yeni sistem hakkında hazırladığı ve 2004 yılında yayınlanan raporunda özetle Yönerge ile getirilen sistemin pahalı ve aşırı olduğu sonucuna varmış ve dolayısıyla 2. Yönerge'nin yürürlükten kaldırılmasına dönük son derece radikal bir teklif sunmuştur.

Söz konusu rapor kapsamında değinilen hususlardan bir tanesi de hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliklerinin 7. madde ile açıkça reddedilmesidir. Raporda bu kapsamda daha önce yayınlanan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu raporunda ortaya konulan ve yukarıda aktardığımız revizyon teklifi zikredilmiş, Yönerge'nin bu noktada da gereksiz derecede sınırlayıcı bir etkisinin olduğu, bu tip bir sınırlamanın örneğin İngiliz "private company" bakımından geçerli olmamasına rağmen bu şirketlerde hizmet edimlerinin ayni sermaye olarak getirilmesi noktasında İngiliz hukuk uygulamasında bir problem yaşanmadığı belirtildikten sonra, neticede ticari özgürlüğü sınırlayıcı bu tip kuralların Avrupa ölçeğinde meşrulaştırılabileceğine inanılmadığı vurgulanmıştır[297].

C. Kanaatimiz

Yukarıda, eTK döneminde şahsi emeğin ayni sermaye yeterliliğini reddeden yazarların ileri sürdükleri gerekçelerin yerinde olmadığına yönelik kanaatimizi ortaya koymuştuk. Bu çerçevede bizce eTK bakımından şahsi emek ve bu kapsamda hizmet edimlerinin ayni sermaye olarak anonim ortaklığa taahhüt edilmesinin önünde herhangi bir engelin bulunmadığı da pekâlâ savunulabilirdi.

Bununla birlikte yeni TK'nın açıkça kişisel emeğin ve hizmet edimlerinin ayni sermaye olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş olması karşısında, bu mevzuda bunca açıklama yapılması, nihayet bu konu kapsamında ayrıca bir "Kanaatimiz"

[297] Rickford, **a.g.m.,** s. 937.

başlığının açılması yadırganabilir. Ancak bu başlık altında biz, hiç değilse olması gereken hukuk bakımından görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

Bu noktada kişisel emek kapsamındaki ekonomik değerlerin ayni sermaye yeterliliğinin reddedilmesinin özellikle bir hukuk politikası tercihi olarak yerindeliği sorgulanabilir. Türkiye'de ortak bir ekonomik amaca şirket sözleşmesi şemsiyesi altında ulaşmak isteyen kimselerin çeşitli gerekçelerle, kanun koyucunun TK'da öngördüğü şirket tiplerinden tamamına aynı veya benzer ölçüde rağbet göstermediği bir gerçeklik olarak ortadadır. Ayrıntısına girmeksizin belirtilebilir ki, özellikle şirket borçlarından dolayı ortakların üçüncü kişiler karşısında sorumluluklarının bulunmadığı limited şirket ve anonim şirket tipleri Türkiye'de neredeyse ticaret şirketi denilince akla gelen yegâne iki tiptir. Başka bir ifadeyle bugünkü koşullar altında, yatırımcılar için rasyonel tercih, herhangi bir ekonomik faaliyete ortaklık çatısı altında girmek istemeleri halinde limited veya anonim şirket tipini seçmeleridir.

Farklı konumlara ve imkânlara sahip bulunan yatırımcıların mümkün olduğu ölçüde eşit şartlar altında iktisadi rekabet ortamına dâhil olabilmelerinin sağlanması ekonomi politikası bakımından tercih edilmelidir. Bu çerçevede ekonomik hayatın en küçük aktörleri olan bireysel yatırımcılar, yatırımlarının temelini teşkil etmek üzere "sermaye" ana başlığı altında pek çok farklı ekonomik kıymet üzerinde tasarruf sahibi olabilirler. Bu bakımdan bir yatırımcı, yastık altında biriktirdiği "üç beş kuruşu" bir iktisadi faaliyete kanalize etmek isterken, bir başkası "gayrimenkul zengini" sıfatıyla sahip olduğu taşınmazların bazılarını bu yönde kullanmak isteyebilir; bir bilim adamı uzun emekler sonucu ortaya çıkardığı bir bilimsel buluşuna ait patenti, buna uygun bir üretim işletmesine yatırmayı düşünürken, başarılı bir bilgisayar programcısı bu konuda sahip olduğu istisnai bilgi birikimini bir yazılım firmasına sermaye olarak getirmek isteyebilir; anonim şirketler hukuku alanında uzman olan bir hukukçu için ise, bu "altın bilezik" bir sermaye teşkil edebilir.

Bu örnekler, ekonomik hayatta sermaye olarak karşılaşılabilecek çok çeşitli ekonomik kıymetlerin ancak sınırlı bir tablosunu sunmaktadır. Yeteneklerin ve imkânların çeşitliliği nispetinde farklı insanların farklı kıymetlerle mücehhez

olmaları doğaldır. Konumuz özelinde ekonomi politikasını ve buna uygun olarak pozitif hukuk düzenlemelerini belirleyenler, düzenleme konusu alana ilişkin temel ilkeleri zedelemeksizin bu farklılıkları dikkate almak ve bunlar arasında mümkün olan azami fırsat eşitliğini tesis etmek durumundadırlar. Bizim bir önceki paragrafta sunduğumuz örnekler de bu çerçevede bir teste tabi tutulabilirler: Buna göre yastık altı yatırımcısı, gayrimenkul zengini ve patent sahibi bilim adamı TK'nın sunduğu şirket türleri arasında tam bir seçim özgürlüğüne ve özellikle limited ve anonim ortaklığın sorumluluğa ilişkin olarak sunduğu imkânlardan faydalanma şansına sahipken, bilgisayar programcısının yazılım bilgisi veya hukukçunun uzmanlığı, anonim (TK m. 342) ve limited ortaklıklar (TK m. 581) bakımından geçerli bir sermaye kalemi olarak kabul görmemektedir.

TK'nın ortaya çıkardığı durum şu şekilde ortaya konabilir: Kayda değer bir maddi zenginliği bulunmayan veya sahip olduğu maddi zenginliğe kıyasla ekonomik olarak çok daha değerli bir kıymete, bu kapsamda bedeni veya zihni faaliyetine dayalı bir yeteneğe, birikime, ustalığa veya uzmanlığa sahip bir kimsenin yatırım imkânları önemli ölçüde daraltılmıştır. Bu kimse tek başına veya adi ortaklık çatısı altında ekonomik hayata girişebilecek, buna karşılık ortaklıklar hukukunun sunduğu fırsatlardan ancak kollektif ve komandit ortaklık[298] özelinde yararlanabilecektir. Hâlbuki az evvel ifade ettiğimiz gibi, verili şartlarda rasyonel ekonomik tavır, limited veya anonim ortaklığın tercihidir. Kanun koyucunun m. 342'de ortaya koyduğu tavır ise bu imkânı ortadan kaldırmaktadır.

Bedeni veya akli yeteneklerini, bu kapsamda hizmet edimini anonim veya limited ortaklığa sermaye olarak getirmek isteyen kimsenin karşısına böyle bir engelin konmuş olması, yukarıda da değindiğimiz üzere ancak bu ortaklık tiplerine ilişkin temel ilkelere aykırı bir durumun varlığı gerekçesiyle savunulabilir. Bu anlamda gerekçe olarak geçmiş dönemde doktrinin ortaya koyduğu değerlendirmelere ilişkin kanaatimizi ayrıntılı olarak belirtmiştik[299]. Kısaca yineleyelim ki kanımızca dile getirilen gerekçelerden hiçbirisi kişisel emeğin ve

[298] Bu noktada ayrıca komanditer ortağın şahsi emeğini veya ticari itibarını sermaye olarak getirmesini yasaklayan TK m. 307/2 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır.

[299] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, X, A.

hizmet edimlerinin ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesini meşrulaştırabilecek kuvvette değildir. Bu konuda benimsenen olumsuz tavrın ardında bize göre esas sermayenin garanti fonksiyonundan sunabileceğinden daha fazlasının beklenmiş olması yatmaktadır. Gerçekten bu konuda ortaya konulan gerekçelerin arka planını ortaklık alacaklılarının korunmasına yönelik kaygı oluşturmaktadır. Söz konusu yazarlar bu haklı kaygının kuruluş veya sermaye artırımı sırasında özellikle ayni sermaye kalemlerine yönelik sınırlandırmalar yardımıyla belli ölçüde giderilebileceğini varsaymaktadırlar. Oysa ki çalışmamızın ilk bölümünde ortaya koyduğumuz üzere ayni sermayenin garanti fonksiyonu bugün için oldukça simgesel bir önem arzettiği gibi, özel olarak ayni sermaye kalemlerine yönelik tedbirlerin de pratik değeri son derece azdır.

Türk hukukunda Poroy, şahsi emeğin anonim ortaklık faaliyeti için önem arzedebileceği ihtimallerin varlığına dikkat çekerek, bu gibi durumlarda ortağın hizmet veya vekâlet sözleşmesi gibi borçlar hukuku temelindeki ilişkilerle ortaklığa bağlanmasının düşünülebileceğini, hisse senedi verilmesinin ise ortaklık dışı anlaşma ile halledilebileceğini belirtmiştir[300]. Domaniç de benzer biçimde belli bir para yahut malı sermaye olarak getiren ortakla şirket arasında bir hizmet sözleşmesi akdedilmesi ve bu sözleşme kapsamında ortağa verilecek ücretlerin sermaye borcuna mahsup edilebileceğini, böylece hem emeğin değerlendirilmiş ve dolaylı olarak sermayeye çevrilmiş, hem de emeğin sermaye olarak getirilmesini engelleyen sakıncaların önlenmiş olacağını ifade etmiştir[301]. Buna göre anonim ortaklığın sermaye olarak bünyesine katmasına izin vermediği örneğin yazılım uzmanlığı veya hukuki danışmanlık hizmeti, şirketin kurulmasından hemen sonra yapılacak bir sözleşme sayesinde bu defa korporal nitelikte değil borçlar hukuku temeline dayalı bir edim olarak ortaklığa kazandırılabilecektir.

Anılan yazarların emeğin sermaye olarak arzedebileceği kıymeti dikkate alarak sundukları çözüm tarzı, kanımızca amaca ulaşmak için dolambaçlı olduğu gibi, şirket malvarlığının ve dolayısıyla alacaklıların korunması bakımından da esasen daha tehlikeli bir yoldur. Zira böyle bir hizmet veya vekâlet sözleşmesinin

[300] Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 127b; aynı yönde Göle, **a.g.e.,** s. 16-17.

[301] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 203.

örneğin kuruluştan sonra borçlar hukuku temelinde akdedilmesi durumunda, ortaklığın sözleşme çerçevesinde vermekle yükümlü olduğu karşı edimin miktarı herhangi bir kontrole tabi tutulmayacak, böylece değerleme hükümlerini dolanmak isteyen kurucular değerinin çok üstünde bir ücreti hizmet sözleşmesinin karşılığı olarak bir kurucuya ödemek konusunda anlaşabileceklerdir. Halbuki aynı edimin ayni sermaye sözleşmesi kapsamında ortaklığa getirilmesi halinde işleyecek olan değerleme prosedürü, aşırı değerleme riskini önemli ölçüde azaltacak, böylece şirket malvarlığının hileli bir şekilde eritilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Şu halde şayet şirket malvarlığının ve dolayısıyla alacaklıların menfaatleri gözetiliyorsa, bu edimin ayni sermaye sözleşmesi çerçevesinde iktisabı tercih edilmelidir. Bu noktada TK m. 356'nın bir koruma sağladığı söylenebilirse de, böyle bir hizmet veya vekâlet sözleşmesinin TK m. 356'nın uygulama alanına girip girmediği tartışılabileceği gibi, söz konusu maddede belirlenen 1/10'luk sınırın altında kalan iktisaplarda da her halükarda şirketin savunmasız kalacağı açıktır.

Öte yandan şahsi emek kapsamındaki bir değerin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi ile tamamen borçlar hukuku temelindeki bir ilişki çerçevesinde tahsisi arasında psikolojik sonuçları açısından da önemli farklar vardır. Bu değerlerin sermaye olarak getirilmesi, uzmanlık sahibi kimselerin kendi çabalarını ortaklığın kaderi ile özdeşleştirmelerini, uzmanlıklarını ortaklığa en iyi biçimde yansıttıkları oranda şirketin de büyüyeceğini düşünerek daha özverili bir biçimde çalışmalarını mümkün kılar. Hâlbuki örneğin sıradan bir hizmet sözleşmesinin borçlusu olarak bu faaliyeti yürüten bir çalışandan aynı gayretin ve özverinin beklenmesi psikolojik olarak mümkün değildir[302].

Hukuki açıdan da bir değerin anonim ortaklığa sermaye olarak kazandırılması ve böylece bilançosunun pasif tarafında "sermaye/öz kaynak" ana başlığı altında yer alması halinde uygulanacak hukuki rejim ile bir borçlar hukuku sözleşmesi temelinde edinilmesi ve bilançonun pasifinde "borçlar/yabancı kaynak" arasına katılması halinde uygulanacak rejim farklıdır. Aynı kıymet sermaye kalemi olarak kaydedildiği takdirde bunun değerine karşılık gelen malvarlığının ortaklık bünyesinde muhafaza

[302] Şüphesiz bu konuda hizmet/iş sözleşmesinde işçinin (BK m. 396) ve vekalet sözleşmesinde vekilin (BK m. 506) özen yükümlülüğü hukuki bir yükümlülük olarak dikkate alınacaktır. Ancak hukuki durumun bu olması, bahsettiğimiz psikolojik motivasyon unsurundan bağımsız bir olgudur.

edilmesine yönelik hükümler devreye girmekte, bu kapsamda örneğin kâr dağıtımının hangi noktadan sonra gerçekleşebileceği, ortaklığın özel önlem alması gereken sermayenin ne zaman karşılıksız kalacağı, borca batıklık halinin ne zaman gündeme geleceği hususlarında esas alınacak ölçü değişmektedir.

Doktrinde şahsi emeğin ayni sermaye yeterliliği reddedilirken özellikle vurgulanan nokta taahhütte bulunanın şahsıyla alakalı yüksek risklerin (taahhütte bulunanın sağlığı, hayatı vb.) varlığıdır. Kanımızca söz konusu risklerin değer biçme sırasında dikkate alınması yeterli bir tedbirdir. Daha önce çeşitli vesilelerle belirttiğimiz üzere, bir sermaye taahhüdü söz konusu olduğunda her halükarda, hatta nakdi sermaye taahhüdünde dahi, ortaklık bakımından bir risk söz konusudur. Ancak riskin ne ölçüde olduğu, bu anlamda örneğin ayni sermayenin değerini sıfıra indirip indirmediği ise ancak değer biçme prosedürünün uygulanması neticesinde tespit edilebilecek bir husustur. Bu açıdan bakıldığında hizmet edimleri büyük bir çeşitlilik arzederler ve her birinin taşıdığı risk faktörü ancak değerleme prosedürünün ortaya koyabileceği bir veridir.

Şüphesiz büyük ölçüde şahsi nitelik arzeden edimlerde risk faktörlerinin maddi nitelikteki edimlerden genellikle daha yüksek olduğu söylenebilir. Ancak yanlış olan, borçlunun sağlığı ve hayatı gibi unsurların her bir hizmet edimi için aynı derecede büyük birer risk faktörü olduğunun kabulüdür. Bir kere hizmet edimini borçlanan kişinin yaşı, sağlık durumu vb. veriler her bir somut olayda bu riski farklılaştıracaktır; dolayısıyla 25 yaşındaki bir bilgisayar mühendisinin taahhüt edeceği hizmet ediminde yaşa bağlı ölüm riskinin yüksekliği ile 80 yaşındaki bir mimarın durumundaki risk elbette aynı değildir. Öte yandan zikredilen riskler hizmet ediminin daima bir gerçek kişi tarafından ifa edileceği varsayımına dayanmaktadır. Hâlbuki bu tip bir edimin bir tüzel kişi tarafından taahhüdü de pekâlâ mümkündür; örneğin ticaret şirketi şeklinde organize olmuş büyük bir hukuki veya mali danışmanlık şirketinin bir anonim şirkete ortak olmak istediğinde belirli konulardaki uzmanlığını şirkete sermaye olarak getirmeyi taahhüt etmesi halinde durum böyledir. Bu örnekte hizmet edimini danışmanlık şirketinin kendisi borçlanmaktadır ve edim herhangi bir gerçek kişinin şahsı ile kaim değildir. Tüzel kişilik var olduğu müddetçe bu edim ifa edilebilecektir. Dolayısıyla gerçek kişi bakımından zikredilen hastalık,

ölüm, sakatlık gibi ihtimaller de mevcut değildir. Elbette söz konusu danışmanlık şirketinin herhangi bir sebeple sona ermesi ihtimal dâhilindedir. Ancak farklı ayni sermaye türleri bakımından benzer ihtimaller ayni sermaye yeterliliğini peşinen ortadan kaldırmadığına göre, hizmet edimleri bakımından da farklı bir sonuca varılması gerektiğinden bahsedilemez.

Nitekim aksine bir yaklaşım pek çok ayni sermaye kalemi bakımından da benzer sonuca varılmasına neden olacaktır: Bu bakımdan bir alacağın anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüdü durumunda ortaklığa devredilen alacağın tahsil edilememesi ihtimali her alacak için mevcut olan bir risktir; yine ortaklığa taahhüt edilen gayri misli eşyanın ortaklığa devredilmeden önce veya sonra yok olması, ortadan kalkması veya kullanılamaz hale gelmesi ihtimal dâhilindedir; ortaklığa ayni sermaye olarak getirilen başka anonim şirketlere ait hisse senetlerinin değerinin şirkete devrinden sonra kuruluş veya esas sermaye artırımında biçilen değerin çok altına düşmesi olasıdır; hatta nakdi sermaye borcunda dahi borçlu pay sahibinin acze düşme, ödeme yeterliliğini kaybetme riski vardır ve duruma göre bu risk oldukça yüksek bir seviyede de olabilir.

Şu halde hizmet edimlerinde borçlunun sağlık ve hayatının nitelik itibariyle diğer sermaye kalemlerinin bünyesindeki ortak risklerden daha büyük bir risk faktörü olduğunun peşinen kabulü doğru değildir. Yine örneklerle ortaya koymak gerekirse bir pay sahibinin taahhüt ettiği hizmet edimini yerine getirmeden ölümü her halükarda aynı pay sahibinin nakdi sermaye borcunu ödeyemeyecek hale gelmesinden daha yüksek bir ihtimal midir? Yahut ayni sermaye konusu hisse senetlerinde yaşanacak büyük bir değer düşüşü, sermaye olarak yazılım konusundaki uzmanlığını getiren pay sahibinin zihni melekelerini yitirmesinden daha düşük bir olasılık mı teşkil eder? Uzatmadan belirtelim ki bu ve benzeri sorulara önceden verilebilecek bir cevap mevcut değildir. Tüm bu örneklerde sermaye kaleminin arzedeceği riskin ölçüsü her somut durumda farklı olacak, bunun ayni sermaye yeterliliği üzerindeki etkisi ise ancak değerleme neticesinde anlaşılabilecektir. Kişisel emek özelinde de ilkeden ayrılmayı gerektirecek bir durum mevcut değildir[303].

[303] Bu noktada sermaye olarak emeğin getirilmesi halinde, sermaye konusu edimin ifasının yarım bırakılması veya başlanmaması tehlikesinin/riskinin yine de diğer ayni sermaye kalemlerine oranla

Hâlbuki emeğin sermaye niteliği aleyhinde gösterilen bu hassasiyet bireysel yatırımcıların ekonomik özgürlüklerini önemli ölçüde sınırladığı gibi, duruma şirketler açısından bakıldığında da pek çok ortaklık için önemli olabilecek/hayati bir değerin ortaklığa katılmasını zorlaştırmaktadır. Gerçekten özellikle ileri teknoloji alanında üretim yapmak isteyen ve parasal bir sermayeden ziyade uzmanlığa dayalı olarak gelişebilecek olan şirketler açısından kişisel emek kapsamındaki değerler önemli birer işletme sermayesi aracıdır[304].

D. Pozitif Hukuktaki Durum

Olması gereken hukuk bakımından yaptığımız bu açıklamalar bir kenara bırakılırsa, bu başlığın girişinde ifade ettiğimiz üzere, TK m. 342 ile getirilen pozitif hukuki rejimin kapsamının ne olduğunun da belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İlk bakışta TK m. 342'nin mutlak ifadesi karşısında bu konunun ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığı düşünülebilir. Gerçekten de madde metninde kesin bir biçimde "hizmet edimleri" ve "kişisel emek"in anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyecekleri ifade edilmiştir. Ancak hizmet edimleri ve kişisel emek kavramlarının kesin olarak hangi halleri kapsadığı yine de bir yorum faaliyetinin konusudur.

Her şeyden önce "hizmet edimleri" ve "kişisel emek" kavramlarının bir arada kullanılmış olmasının ne anlama geldiği tartışılmalıdır. İki ayrı kavramın zikredilmiş olması karşısında kişisel emeğin hizmet edimlerinden farklı bir şeyi ifade edip etmediği açıklığa kavuşturulmak gerekir. Esasen kişisel emek/şahsi emek kavramı

---

daha yüksek olduğu, kanun koyucunun da bir hukuk politikası tercihi olarak özellikle alacaklıları böyle bir risk ile karşı karşıya bırakmak istemediği söylenebilir. Böyle bir ihtimalde dahi pay sahibinin sermaye koyma borcu sona ermeyecek, tercih edilecek görüşe göre temerrüt yahut imkânsızlık hükümleri uygulanmak suretiyle ayni sermaye borcu nakde tahvil olacak, nihayet son olarak ıskat yaptırımı da gündeme gelecektir. Ancak bu sonucun da her zaman etkili olamayacağı, pay sahibinin aynı miktarda nakde sahip olmadığı veya bunu karşılayacak malvarlığı değerlerinden yoksun olduğu durumlarda sermayenin eksik kalabileceği söylenebilir. Ancak bu riskin büyük olduğu düşünülüyorsa kanun koyucunun pekâlâ ifa etmeme riskini azaltıcı yahut tazmin edici tedbirler alarak emeğin de sermaye olarak getirilmesini sağlaması mümkündür. Bu noktada Yüksek Düzeyli Uzmanlar Kurulu raporunda önerilen tedbirler örnek olarak gösterilebilir.

[304] Yüksek Düzeyli Uzmanlar Kurulu raporunda da emeğin sermaye olarak konmasının özellikle başlangıç aşamasındaki şirketler, teknoloji şirketleri ve herhangi bir konudaki uzmanlığın ortaklık açısından önemli bir malvarlığı değeri teşkil ettiği uzmanlık şirketleri (Professional companies) bakımından özellikle önemli olabileceği ifade edilmiştir, s. 83.

Türk hukukunda bu konuda kullanılan kadim kavramdır. Gerçekten de eTK m. 139'da ticaret şirketlerine sermaye olarak konabilecek kıymetler arasında "şahsi emek" açıkça zikredilmiş, TK'da da bu kavram muhafaza edilerek TK m. 127'de aynı şekilde "kişisel emek" sermaye kalemleri arasında sayılmıştır[305]. Genel hüküm niteliğindeki bu düzenlemede ayrıca hizmet edimlerinden bahsedilmemiştir. Benzer şekilde eTK m. 246'nın karşılığı olan TK m. 307'de de komanditer ortağın "kişisel emeğini" sermaye olarak getiremeyeceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Nihayet eTK dönemindeki doktrinde de konu daima şahsi emek bağlamında tartışılmış ve özellikle anonim ortaklıklara sermaye olarak şahsi emeğin konmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Buna karşılık kanun koyucu TK m. 342'de kişisel emeğin yanı sıra ayrıca bir de "hizmet edimleri"ni saymak suretiyle bu konuda kullandığı alışıldık terminolojiyi genişletmiştir. İlk akla gelen, "Kelamın i'mali ihmalinden evlâdır[306]" fehvasınca bu ilave kavrama ayrıca ve farklı bir anlam yüklenmesi gerektiğidir. Ancak hükmün kaynağına ilişkin olarak yapılacak bir inceleme, kanun koyucunun bu tercihi ile tartışmanın çerçevesini değiştirmek amacını gütmediği, yalnızca kaynak olarak kullandığı/yararlandığı metinde yer alan terimi TK m. 342'ye ithal ettiği sonucuna ulaştıracaktır. Gerçekten de "hizmet edimleri" tabiri, zaman zaman atıf yaptığımız Sermaye Yönergesinin ayni sermaye yeterliliğine ilişkin 7. maddesinde yer alan bir ifadedir. Söz konusu hükümde sermaye olarak getirilecek varlıklar arasında "iş veya hizmet edimlerine ilişkin taahhütlerin"[307] yer alamayacağı ifade edilmiştir. TK m. 342'deki "hizmet edimleri" kavramının da Yönergenin söz konusu hükmünün ifadesine uyum sağlamak amacını güttüğü anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak kanun koyucunun hizmet edimleri ve kişisel emek kavramlarını ayrı ayrı zikretmek suretiyle aslında birbirinden farklı içerikteki iki sermaye kaleminden bahsetmediğini, aksine bir yandan hukukumuzda yerleşmiş bir kavram olarak şahsi/kişisel emek kavramını muhafaza ederken bir yandan da kaynak metin olarak yönergenin lafzını iktibas etmesi dolayısıyla böyle bir kullanımın ortaya

[305] 1926 tarihli eTK m. 125/b.5'te de yine aynı çerçevede "sayi ve amel"den bahsedilmiştir.

[306] Mecelle, m. 60.

[307] "…iş yapma veya hizmet sunma girişimi" şeklindeki çeviri için bkz. Yıldız, **a.g.m.,** s. 605.

çıktığı söylenebilir. Şu halde yapılacak bir incelemede her iki kavramın ortak olarak işaret ettiği anlamın tespitine çalışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim her iki kavram ayrı ayrı ele alındığında TK m. 342 ile yasaklanmak istenen edimin ne olduğunun tespiti zorlaşmaktadır. Bu çerçevede örneğin kanun koyucunun "hizmet edimleri" kavramı ile yalnızca hizmet sözleşmesi çerçevesindeki taahhütleri mi yoksa genel olarak tüm iş görme borcu doğuran sözleşmelerden kaynaklanan edimleri mi kastettiği yahut diğer taraftan "kişisel emek" ifadesinin maddi edim-şahsi edim ayırımındaki şahsi edim kategorisine mi yollama yaptığı gibi sorular ortaya çıkacaktır. Bu açıdan kanımızca her iki kavram bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu sorulara ilişkin daha net cevaplara ulaşmak mümkün olacaktır.

Bu çerçevede bir kere kanunun "hizmet edimleri"nden bahsetmiş olması karşısında artık tüm şahsi edimlerin değil, yalnızca şahsi edimler içerisinde bir alt kategoriyi teşkil eden hizmet edimlerinin sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla şahsi edim niteliğinde olan örneğin bir şeyin muhafaza edilmesine yönelik edimlerin, yahut kaçınma niteliğindeki yapmama edimlerinin[308], mesela rekabet etmeme yükümlülüğünün ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı söylenemez[309].

Öte yandan "hizmet edimleri" kavramı zorunlu olarak iş görme edimleri arasında da bir ayırıma gidilmesini gerektirir. Genel olarak işgörme borcu doğuran sözleşmeler başlığı altında hizmet, vekâlet ve istisna sözleşmeleri zikredilmektedir[310]. Ancak hem "hizmet sözleşmeleri" kavramı hem de "kişisel emek" vurgusu, kanun koyucunun iş görme borcu doğuran tüm sözleşmelerden kaynaklanan edimleri değil, özellikle emeğin ön plana çıktığı ve sermaye olarak bizatihi emeğin konulduğu ihtimalleri engellemek istediğini ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede her ne kadar aynı kategori (iş görme borcu doğuran sözleşmeler) altında anılmakta iseler de, hizmet sözleşmesi ile istisna sözleşmesinden

---

[308] Bu tür borçların şahsi edim niteliğinde bulunduğu yönünde Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 7.

[309] Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, E.

[310] Bu yönde bkz. Feyzioğlu, **Akdin Muhtelif Nevileri,** s. 25 vd.; Bilge, **a.g.e.,** s. 19; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri,** s. 27; Tandoğan, **C. I/1,** s. 4; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.,** s. 18.

kaynaklanan edimler arasında ayırım yapmak gerekir. Hizmet sözleşmesinden kaynaklanan edim bizatihi sarfedilen emek iken, eser sözleşmesinde borcun konusu sarfedilen emek değil, bu emek neticesinde ortaya çıkacak eserdir. Dolayısıyla anonim ortaklığa sermaye olarak bir eserin meydana getirilmesi taahhüdünde bulunulması halinde ortaklık bizatihi emeği ve onun bünyesinde taşıdığı riskleri değil, meydana getirilecek eseri sermaye olarak kabul etmektedir. Bu durumda emek, edimin ifasında yalnızca bir faktör olarak rol oynamaktadır ki, kanımızca bu farklılık ayni sermaye yeterliliği bakımından da varılacak sonucu değiştirecek niteliktedir.

Bu fark özellikle borçlunun şahsının özel bir önem taşımadığı eser sözleşmelerinde açık bir biçimde görülebilir. Bu durumda müteahhidin emeğinin arzettiği önem ve dolayısıyla taşıdığı riskler büyük ölçüde azalmaktadır. Dolayısıyla –TK m. 342'nin müeccel alacaklar için getirdiği yasak dikkate alınmak şartıyla- özellikle bu nitelikteki bir taahhüdün bizzat pay sahibi tarafından üstlenilmesinin ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkündür[311]. Buna karşılık eserin meydana getirilmesinde müteahhidin şahsi özelliklerinin önem taşıdığı ve dolayısıyla BK m. 471/3 çerçevesinde müteahhidin eseri başkasına yaptırmasının mümkün olmadığı durumlarda, eserin oluşumundaki kişisel emek faktörünün ön plana çıktığı, dolayısıyla kanun koyucunun "hizmet edimleri"nin ayni sermaye yeterliliğini engellerken göz önünde bulundurduğu şahıstan kaynaklı risklerin tekrar gündeme geleceği söylenebilir. Dolayısıyla böyle durumlarda TK m. 342'nin ratio legis'i dikkate alınarak ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılması yerinde olacaktır[312].

Buna karşılık "hizmet edimleri" ifadesinin salt hizmet sözleşmesine işaret eder biçimde de anlaşılmaması gerekir. Bu bakımdan vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan edimin de bu anlamda "hizmet edimleri" kapsamında yer aldığı

[311] Pay sahibinin eser sözleşmesi kapsamında üçüncü kişi müteahhitten olan alacağını ortaklığa getirmesi ile ilgili olarak bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, E.

[312] Lutter, **a.g.e.,** s. 233, dn. 67; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/77; Pentz, **a.g.e.,** § 27/35; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/22; Winter, **a.g.e.,** § 5/52; Märtens, **a.g.e.,** § 5/118; eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı görüşünde Gessler/Eckardt 27/18; edimin müteahhidin kişiliğine bağlı olup olmadığını değerlendirmeksizin ayni sermaye yeterliliğini kabul eden Mann, Fritz A., **Die Sachgründung im Aktienrecht,** Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, s. 53; von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/11.

belirtilmelidir. Zira vekâlet sözleşmesinden doğan borcun konusu da esas itibariyle edimin sonucu değil, vekilin faaliyetidir. Gerçekten de vekil, eser sözleşmesindeki müteahhitten farklı olarak mutlaka belirli bir sonucun elde edilmesini değil, belirli bir yönde çalışmayı taahhüt etmektedir[313]. Dolayısıyla hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki temel fark eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında da mevcuttur; eser sözleşmesinde vaadolunan edim bir eserin meydana getirilmesi iken, vekâlet sözleşmesinde vaadolunan şey "hizmet"tir, dolayısıyla tıpkı orada olduğu gibi eser sözleşmesinde önemli olan sonuç iken, vekâlet sözleşmesinde önem taşıyan emeğin kendisidir[314]. Nitekim eser sözleşmesinde kusur bulunmaksızın eserin ortaya çıkmamasının rizikosu müteahhide aitken, vekâlette bu rizikoya müvekkil katlanacaktır[315]. Netice itibariyle hizmet sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinde temelde taahhüt edilen edimin birbirinden farklı olmadığı, edimin niteliği göz önünde bulundurularak yapılması gereken ayni sermaye yeterliliğine yönelik bir incelemede her iki sözleşmeden kaynaklanan edimlerin aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz[316]. Dolayısıyla pay sahibinin belirli bir süre ortaklığa bağlı olarak bir iş görmeyi üstlenmesi ayni sermaye olarak kabul edilemeyeceği gibi, örneğin bir sermaye artırımı kapsamında hali hazırda devam eden bir davada ortaklığın avukatlığını yapma taahhüdü de ayni sermaye konusu olamayacaktır.

XI. TİCARİ İTİBAR

Ticari itibar TK m. 127/1-(f)'de –tıpkı hükmün muadili olan eTK m. 139/b.6'da olduğu gibi- ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı kalemleri arasında açıkça zikredilmiştir. Buna karşılık ticaret şirketlerine ilişkin bu genel müsaadeye anonim ortaklıklar özelinde istisna getirilmiş ve TK m. 342'de

[313] Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 39.

[314] Bilge, **a.g.e.,** s. 288; benzer ifadeler için bkz. Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri,** s. 971.

[315] Tandoğan, **C. II,** s. 377.

[316] Nitekim hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin birbirinden ayrılması noktasında doktrinde edimlerin niteliği değil zaman kıstası yahut bağımsızlık kıstası üzerinde durulmaktadır, bu konuda bkz. zaman ve bağımlılık kıstaslarını ayrı ayrı zikreden Tandoğan, **C. II,** s. 375-377; zaman kıstası üzerinde duran Bilge, **a.g.e.,** s. 287; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri,** s. 842.

ticari itibarın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır[317].

Ticari itibar, bir kavram olarak TK'da tanımlanmış değildir. Öte yandan doktrinde de ticari itibarın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceğinin belirtilmesi ile yetinilmiş buna karşılık kavramın muhtevasını açıklamak ve tam olarak neye tekabül ettiğini ortaya çıkarmak adına özel bir çaba gösterilmemiştir. Gerek kavrama gerekse içeriğine yönelik olarak kanunun ve literatürün gösterdiği bu ilgisizliğe rağmen ticari itibarın TK m. 127'de ve TK m. 342'de özel olarak zikredilmiş olması ise herhalde esasen orijinal hüküm olan 1926 tarihli eTK m. 125'teki sayıma gösterilen hürmetin, kadim metnin özel bir gereklilik bulunmadığı sürece mümkün olduğunca muhafaza edilmesi itiyadının ve bu bakımdan hukukun muhafazakâr temayülünün bir görünümü olarak değerlendirilmek gerekir. Gerçekten de tıpkı eTK m. 139'da olduğu gibi TK m. 127'de de temel metne esas itibariyle dokunulmamış, ancak bunun üzerine teknolojik gelişmelerin ve ticari hayattaki ihtiyaçların karşılığı olarak eklemeler yapılmakla yetinilmiş, bu arada 1926 tarihli eTK m. 125/b. 6'daki "itibarı ticari" de hayatiyetini devam ettirmiştir.

Muhteva bakımından ticari itibar herhalde bir pay sahibinin özel bir ticaret sahasında veya genel olarak iş dünyasında, kıdemi, tecrübesi, başarıları, gerek müşteriler gerekse iş dünyasının aktörleri nezdindeki iyi şöhreti, bu anlamda örneğin yaptığı işin veya sunduğu hizmetin kalitesi, alacaklıları karşısında ortaya koyduğu borç ödeme yeteneği gibi faktörler dolayısıyla sahip olduğu prestij, saygınlık olarak tanımlanabilir. İşte bir pay sahibinin –elbette ticari itibarın sermaye olarak getirilmesine kanunun müsaade ettiği ortaklıklar bakımından- salt bu itibarı ortaklığa sermaye olarak sunması ve böylece bir bakıma o ortaklıkta yalnızca ortak sıfatıyla bulunuyor olmasını ortaklıklar hukuku anlamında sermaye payı olarak ortaya koyması mümkündür. Bu bakımdan Çamoğlu'nun -ticari itibarın neye karşılık geldiği konusunda doktrinde yapılan kısa da olsa istisnai bir açıklama olarak- ticari

[317] eTK döneminde de kanunda anonim ortaklıklar bakımından açık bir yasaklama bulunmamasına rağmen –buna karşılık eTK m. 246/2'de komandit ortaklıklarda komanditer ortağın şahsi emeğinin yanı sıra ticari itibarını da sermaye olarak koyamayacağı açıkça düzenlenmişti- ticari itibarın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilemeyeceği doktrinde ittifakla kabul edilmekteydi, bu yönde bkz. Tosbi, **a.g.e.,** s. 28-29; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 54, 127b; İmregün, **a.g.e.,** s. 26, 43; Tekil, **a.g.e.,** s. 183; Göle, **a.g.e.,** s. 1; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 34.

itibarı adeta müteselsil sorumluluk yüklenmekle eş tutan *"kollektif ortaklıklara…yüklenilen müteselsil sorumluluk (ticari itibar) dahi sermaye olarak konulabilir"* şeklindeki yorumunu[318] da eksik bulduğumuzu ifade etmeliyiz. Ticari itibarın sermaye olarak konulmasının yalnızca şirketin borçları için müteselsil sorumluluk üstlenmek suretiyle ifa edileceği söylenemez. Pekâlâ böyle bir sorumluluk altına girmeksizin, örneğin bir kimsenin gayrimenkul danışmanlığı ile iştigal edecek bir kollektif ortaklığa yalnızca pay sahibi olmayı kabul etmek ve böylece emlak sektöründe edindiği itibar ve iyi şöhretin üçüncü kişiler nezdinde sağladığı itimadı ortaklığın hizmetine sunmak suretiyle de ticari itibarını sermaye olarak getirmesi mümkündür. Dolayısıyla ticari itibarın sermaye olarak getirilmesi yalnızca ortak sıfatını kabul etmek suretiyle de gerçekleşebilecektir.

Muhteva olarak neye tekabül ettiğini bu şekilde ortaya koyduğumuz ticari itibarın anonim ortaklığa neden ayni sermaye olarak kabul edilemeyeceği konusunda TK m. 342'ye ilişkin madde gerekçesi sessizdir[319]. Özellikle eTK döneminde açık bir kanuni yasak bulunmamasına rağmen ticari itibarın anonim ortaklıkta ayni sermaye niteliğini reddeden yazarlar da, örneğin aynı durumdaki kişisel emek konusunda yaptıkları açıklamaların aksine, ticari itibar bakımından genellikle suskundurlar[320].

---

[318] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **a.g.e.,** N. 225.

[319] Hatta bu sessizlik yalnızca ticari itibar özelinde değil genel olarak TK m. 342/1 c.2'nin bütünü hakkında, dolayısıyla ticari itibarın yanı sıra *"hizmet edimleri, kişisel emek…ve vadesi gelmemiş alacaklar"* bakımından da caridir.

[320] İstisnaen Tosbi alacaklılar bakımından yegane teminatı teşkil ettiğini belirttiği sermayenin maddi unsurlara dayanması gerektiğini, ayrıca ticari itibarın anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesinin bu şirketlerin karakteri ile tamamen zıtlık teşkil edeceğini, zira anonim şirketlerde ortakların şahıs olarak bir rol ve önemi bulunmadığını, ticari itibarın ise bizatihi şahsın itibarı olduğunu belirtmekte ve neticede böyle bir şeyin de şirket için bir kıymet ifade etmeyeceği sonucuna ulaşmaktadır (Tosbi, **a.g.e.,** s. 27-28); Poroy da, ticari itibarın anonim ortaklıkta ayni sermaye olarak konulması meselesinin tartışmalı olduğunu belirttikten sonra görüşünü ortaya koyarken, bu konuda bir gerekçe olarak da nitelendirilebilecek şekilde *"…bir AO (anonim ortaklık) dışarıya karşı öz malvarlığı ile değerlendiğine göre, ancak hisse senetlerinin büyük bir kısmına sahip ortağın ticari itibarı, o da dolaylı olarak ortaklığın işine yarayabilir"* demektedir. Ancak bir yandan yazarın tereddüdünün gerekçesi olarak okunabilecek bu ifadelerden pekâlâ anonim ortaklıkta büyük ortağın ticari itibarını sermaye olarak getirmesinin mümkün olduğu şeklinde bir sonuca da ulaşılabilir. Dolayısıyla bu ifadelerin dahi yeterli bir gerekçe oluşturduğu konusunda şüpheliyiz. Nitekim yazar da bu satırların devamında esas olarak eTK m. 246/2'nin komanditer ortağın şahsi emeğini ve ticari itibarını sermaye olarak koyamayacağını düzenleyen hükmüne dayanmakta ve komanditer ortak bakımından reddedilen bu imkânın hisse senedi sahibine tanınmasının tezat teşkil edeceği üzerinde durmaktadır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.,** N. 127b).

Ekonomik bir değeri bulunan[321] ticari itibara parasal bir değer biçilmesindeki güçlük açıktır. Bununla birlikte değer biçmenin aynı oranda güç olduğu good-will'in bir ticari işletme ile birlikte sermaye olarak anonim ortaklığa intikal etmesi durumunda buna bir değer biçilmesi ve pay sahibine good-will'i de içeren değere karşılık gelen miktarda pay tahsis edilmesi kabul edilmektedir[322]. Aynı şekilde pek çok halde bir fikri veya sınai hakka yahut know-how'a değer biçilmesi de oldukça zordur. Bununla birlikte kanımızca değer biçmek konusunda baş gösteren zorluk tek başına ayni sermaye yeterliliğini engelleyen bir faktör olarak değerlendirilemez.

Bu noktada pay sahibinin kişiliğiyle kaim olan ticari itibarın, bu niteliği dolayısıyla öncelikle pay sahibinin şirketin ortakları arasında yer almasını zorunlu olarak gerektirdiği, buna karşılık pay devrinin kural olarak serbest olduğu anonim ortaklıkta bu hususu güvence altına almanın ise zor oluşu bir gerekçe olarak düşünülebilir[323]. Ancak bu riskin dahi TK m. 493 kapsamında esas sözleşmede öngörülecek bir bağlam hükmüyle bertaraf edilmesi mümkündür. Bu bakımdan kanımızca yukarıda verdiğimiz gayrimenkul danışmanlığı ile iştigal eden kollektif şirket örneğini anonim ortaklığa dönüştürdüğümüz takdirde, bu konuda ticari itibar sahibi bir pay sahibinin muhafaza edilmesine dönük bir bağlam hükmü TK m. 493/2'nin ifadesi ile *"şirketin işletme konusu…yönünden"* onayın reddini haklı gösterecek bir önemli sebep olarak nitelenebilecektir[324].

Yine ticari itibarını sermaye olarak getiren pay sahibinin ölümü halinde –esas sözleşmede bir bağlam hükmü bulunsa bile- payların mirasçılarına intikal edeceği, bu haldeyse söz konusu pay sahibinden kaynaklanan ticari itibardan şirketin faydalanmasının –özellikle pay sahibinin soy isminin adeta markalaşmış şekilde bir

[321] Nitekim açıkça bu yönde bkz. Göle, **a.g.e.,** s. 15.

[322] Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, XI.

[323] Bu bakımdan ticari itibarın sermaye olarak getirilmesi halinde pay sahibinden kaynaklanan risk, emeğin sermaye olarak getirilmesi ihtimalindeki kişisel riskten de mahiyeti itibariyle farklıdır. Emeğin sermaye olarak getirilmesi halinde gündeme gelen risk, pay sahibinin emeğin konusunu oluşturan edimi ifa etmekten kaçınmasıdır. Hâlbuki ticari itibarın sermaye olarak getirilmesinde, yukarıda da arzettiğimiz gibi, pay sahibinin yalnızca şirket bünyesindeki mevcudiyeti, sermaye borcunun ifasına karşılık gelmektedir; dolayısıyla bu sıfatını muhafaza ettiği müddetçe pay sahibinin edimi ifadan kaçınması kural olarak düşünülemez.

[324] Bunun kabulü durumunda TK m. 494/1 uyarınca devir için gerekli onay verilmediği sürece, payların gerek mülkiyeti gerekse bunlara bağlı tüm haklar payını devretmek isteyen ortakta kalmaya devam edecektir.

itibara karşılık geldiği, dolayısıyla aynı soy isimdeki mirasçıların şirket bünyesinde bulunmasının da bir itibar vesilesi olduğu istisnai haller haricinde- mümkün olmayacağı söylenebilir. Ancak bu ihtimalin de ayni sermaye yeterliliğini reddetmek için yeterli bir gerekçe olup olmadığı tartışılabilir. Zira pekâlâ ayni sermaye olarak vaz'ına müsaade edilen bir bina da zaman içerisinde eskiyerek yahut geçireceği bir yangın sonucunda kullanılamaz hale gelebilir, bir arsa sonradan hakkında alınacak imar yasağına ilişkin bir karar sonucunda ortaklık için tamamen yarayışsız bir hale gelebilir, yahut bir motorlu taşıt –üstelik sigortasız olduğu halde!- geçireceği kaza sonucunda perte çıkabilir. Tüm bu ihtimallerde şirketin ayni sermayeden yararlanmasının imkânsız hale gelmesi ihtimali ne ise özellikle pay sahibinin ani ölümünden kaynaklanan risk de odur. Öte yandan pay sahibinin ortalama insan ömrünün sonunda hayatını kaybetmesi de yine ayni bir malvarlığı kaleminin geçen yıllar sonucunda eskiyerek değerini yitirmesinden özü itibariyle farksızdır.

Kısacası gerek TK m. 342'nin madde gerekçesinin, gerekse eTK dönemindeki doktrinin yasaklayıcı yaklaşımın gerekçesi konusunda sessiz kalması, tercih edilen bu çözümün yerindeliğini tartışmamızı gerektirmişse de, ticari itibarın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesini açıkça yasaklayan TK m. 342 karşısında eTK döneminin aksine TK bakımından artık ticari itibarın ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmasının önemini yitirmiş olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla yaptığımız tartışmada ortaya koyduğumuz tereddütler bir yana, TK m. 342 hükmünün meseleyi –en azından şimdilik- kesin bir sonuca bağladığı açıkça ifade edilmelidir.

XII. GOOD-WILL

Bir ticari işletmenin değeri, bünyesinde yer alan maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının değerleri toplamından daha fazla bir kıymete tekabül eder. İşte bu fazladan kıymete yol açan ve aynı zamanda ticari işletmeyi sıradan bir malvarlıksal yığın olmaktan çıkaran, işletmenin faaliyet gösterdiği mahal, sahip olduğu organizasyon, imal ettiği ürünlerin veya sunduğu hizmetin arzettiği kalite, köklü ve/veya kaliteli bir müessese olmasından kaynaklanan şöhret ve bu gibi

faktörler sayesinde edindiği müşteri çevresidir[325]. İşte işletmenin sahip olduğu net malvarlığı değerinin üstünde bir bedelle hukuki işlemlere konu olması sonucunu doğuran tüm bu faktörlerin toplamı doktrinde ve uygulamada Anglo-Sakson hukukundan gelen "good-will" kavramı ile ifade edilmektedir.

Kavramın anlamına ilişkin Türk doktrininde oluştuğu söylenebilecek genel bir konsensüse rağmen, gerek kavramın isimlendirilmesinde yaşanan çeşitlilik, gerekse –isimlendirme sorunu ile de bağlantılı olarak- ayrıntı düzeyinde de olsa içerik konusunda ortaya konan kısmen farklı yaklaşımlar yine de hukukçunun ihtiyaç duyduğu netliği ortadan kaldırabilecek unsurlar olarak değerlendirilebilir. Bu noktada öncelikle isimlendirme konusunda yaşanan çeşitlilik üzerinde durulabilir. eTK döneminde kanun metninde ve özellikle de ticari işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarına ilişkin bir sayım yapan eTK m. 11/2'de good-will'e karşılık gelen bir kavram yer almamıştı. Kanuni bir kavramın eksikliğinin de bir sonucu olarak doktrinde de kavramın isimlendirilmesi konusunda farklı tercihler benimsenmiştir. Bu bakımdan örneğin Arslanlı işletmenin gayri maddi unsurlarının (müşteriler, itibar, teşkilat, tecrübeler, ticari sırlar, faaliyet mahalli vb.) tamamının meydana getirdiği "iş değeri"nden bahsetmektedir[326]. Karayalçın, işletmenin sahip olduğu münferit unsurların toplam değerinin üstünde bir kıymete sahip olmasını sağlayan unsurları ortaya koymakla birlikte, bunları toplu bir biçimde isimlendirmekten kaçınmış, buna karşılık bu unsurların arasında yer verdiği "müşteriler zümresi"ni parantez içerisinde

---

[325] Karayalçın, Yaşar, **Ticaret Hukuku I- Giriş- Ticari İşletme,** Üçüncü Baskı, Ankara 1968, s. 173; Arkan, **Ticari İşletme,** s. 32; Tekinalp, **Bilanço,** s. 102; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, N. 55.

[326] Arslanlı, Halil, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri- Umumi Hükümler,** 3. Bası, İstanbul 1960, s. 107, yazarın Alman hukukunda good-will karşılığı olarak kullanılan "Geschaeftswert" kavramının Türkçesini benimsediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yazar ayrıca s. 109 vd.da aynı anlama gelmek üzere Gierke'ye atıfla "faaliyet muhiti" kavramını da kullanmakta ve *"faaliyet muhiti mefhumu ile işletme merkez veya mahallinin intihabı, iç ve dış teşkilat, memur, müstahdem ve işçilerin iş gücü, tecrübe ve işletme sırları, tesis edilen münasebetler, sürüm kabiliyeti gibi faktörlerle ticari işletmede yaratılan ticari ve teknik değerler kasdedilmiştir. Bunların heyeti umumiyesi ticari işletmenin gayrı maddi unsurunu teşkil eder"* diyerek söz konusu kavramı "iş değeri"ne paralel olarak anladığını ortaya koymaktadır; Arslanlı, anonim şirketlere ilişkin eserinde de "iş değeri" kavramını kullanmış, ancak burada ayrıca "peştemallık" ve "goodwill"in de eş anlamlı kavramlar olduğuna vurgu yapmıştır, **C. III,** s. 38; Tekil de "iş değeri" kavramını açıkça good-will'e karşılık kullanmıştır, **a.g.e.,** s. 758.

Alman hukukunda "Geschaeftswert" kavramı için bkz. Bork, **a.g.m.,** s. 228; buna karşılık Werwigk, söz konusu kullanımı eleştirmekte ve hatalı olarak good-will karşılığında kullanıldığını belirtmektedir, Werwigk, Claudius, **Kapitalaufbringung durch Immaterialgüterrechte,** Baden-Baden 2006, s. 174.

"dar manada good-will" olarak nitelemiştir[327]. Buradan yazarın tüm bu unsurların toplamını geniş anlamda good-will olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir. Poroy/Yasaman, Türk hukukunda kadim bir hukuki müessese olarak zanaatkârın peştemal kuşanmasından gelen "peştemaliye" karşılığında bir dükkânın müşterileri ile birlikte devrinin İngiliz uygulamasındaki good-will kavramına denk düştüğünü, bu kavramın "bir müessesenin, müşterilerini bir arada tutan bütün unsurları ile devredilmesi" işlemini ifade ettiğini belirtmiştir[328]. Tekinalp, esas olarak "işletme değeri" kavramını kullanmakla birlikte, bu kavramın "good-will"e ve belirli bir geleneği olan Türkçe bir deyim olarak da "peştemaliye"ye karşılık geldiğini açıkça ifade etmektedir[329]. Kendigelen ise fazla değeri yaratan kavramı aslen "müşteri çevresi" olarak adlandırmakta ancak bu açıklamaları yaptığı başlıkta parantez içinde ayrıca peştemaliye ve good-will kavramlarını da kullanmaktadır[330]. Nihayet Arıcı daha farklı bir yaklaşımla esas olarak ticari itibar kavramını tercih etmekte[331] ve bu kavramı gerek peştemaliye[332], gerekse good-will[333] kavramları ile eş anlamlı olarak kullanmaktadır.

eTK döneminde doktrinde hâkim olan farklı yaklaşımların kanımızca yine de ortak bir resme vücut verdiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan bizce de Anglo-Amerikan kökenli good-will kavramı eski hukukumuzdan gelen "peştemaliye" ve Alman hukuku kaynaklı "iş değeri/işletme değeri" kavramlarına karşılık gelmektedir.

---

[327] Karayalçın, **Ticari İşletme,** s. 173; Karayalçın'ı takiben aynı yönde bkz. Ayiter, **Mamelek,** s. 16.

[328] Poroy/Yasaman, **a.g.e.,** (13. Bası), N. 62.

[329] Tekinalp, **Bilanço,** s. 102; Arkan da aynı şekilde, işletmenin değerini malvarlığı unsurlarının toplam değerinin üzerine çıkaran unsurların bütününü "işletme değeri, peştemaliye, goodwill" kavramları ile ortak olarak ifade etmiştir, **Ticari İşletme,** s. 32.

[330] Kendigelen, Abuzer (Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsun), Ticari İşletme Hukuku, Birinci Basıdan İkinci (Tıpkı) Bası, İstanbul 2008, s. 154.

[331] Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 122, yazar burada ticari itibarı *"...bir işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile arasındaki ilişkiler ile bulunduğu piyasa içindeki pozisyonunun arz ettiği iktisadi değer"* olarak tanımlamakta, ayrıca s. 70 dn. 32'de *"müşteri çevresinin oluşturduğu ticari itibar"*dan söz etmektedir.

[332] Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 67.

[333] Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 122.

Dolayısıyla bu üç kavramın birbiri yerine kullanılabileceği ve köken farklılıkları dışında genel olarak aynı içeriğe tekabül ettiği sonucuna varılmalıdır[334].

Nitekim TK'nın bu tartışmalar neticesinde eTK döneminde doktrinde oluşmuş olan konsensüsü de yansıtacak şekilde m. 11/3'te "good-will"e karşılık gelmek üzere "işletme değeri" kavramını kullandığını, hatta maddenin Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmeden önceki[335] halinde bu kavramın parantez içerisinde "peştemaliye" kavramı ile birlikte metinde yer aldığını, nitekim metnin bu ilk halinin gerekçesinde de üçüncü fıkrada yer verilen malvarlığı unsurlarından bahsedilirken *"İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir."* denilerek kanun koyucunun kavramı adlandırmak konusundaki iradesinin aynı yönde ortaya konulduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla yeni dönemde kanuni kavramın "işletme değeri" olduğu, ancak kanun koyucunun "good-will" ve "peştemaliye" kavramlarını da –pozitif metinde yer almamakla birlikte- aynı anlamda kabul ettiği söylenebilir.

Bu izahattan açıkça anlaşıldığı üzere good-will bir işletmenin faaliyeti neticesinde oluşturduğu ve neticede işletmenin parasal olarak arzettiği kıymeti de artıran çeşitli gayri maddi niteliklerin ifadesidir. Ancak bu kıymetin hukukun ilgi alanına giren bir varlık olarak ortaya çıkabilmesi için yine yukarıdaki açıklamada da

---

[334] Buna karşılık biz, good-will yerine "müşteri çevresi" veya "ticari itibar" kavramlarının kullanılamayacağı kanaatindeyiz. "Müşteri çevresi" kavramı üzerinde aşağıda ayrıca duracağız. Buna karşılık kanımızca ticari işletmenin sahip olduğu ticari itibar, good-will'i oluşturan unsurlardan birine karşılık gelir ve bu bakımdan good-will'in bir cüzünü teşkil eder. Dolayısıyla iki kavram arasında bütün-parça ilişkisi vardır; ticari itibar, good-will'e dâhil diğer unsurlarla (işletmenin bulunduğu muhit, işletmenin verimli organizasyonu, ürün ve hizmetlerin kalitesi vb.) birlikte good-will'i oluşturur. Öte yandan öğretide genel olarak benimsenen çatı kavramlar niteliğindeki "good-will", "peştemaliye" ve "iş değeri" kavramlarının yerine "ticari itibar"ın geçirilmesi için haklı bir sebep olmadığını, bunun eş anlamlı kavramları çoğaltmak ve dolayısıyla var olan "tezeyyüd-ü ıstılah"ı derinleştirmek dışında bir sonucunun olmayacağını düşünüyoruz. Nihayet ticari itibarın işletmenin yanı sıra bizatihi tacirin şahsında tebarüz etmesinin de mümkün olduğu, nitekim bu yüzden ticari itibarın hiç değilse şahıs ortaklıklarında pay sahibi tarafından getirilebilecek bir ayni sermaye unsuru olduğu, bu bakımdan ticari itibarın ne zaman şahsa ve ne zaman işletmeye ait bir değer olduğunun her olayda farklılık arzedebileceği, dolayısıyla "ticari işletme"nin oluşturduğu fazla değeri ifade etmek üzere "ticari itibar" kavramının kullanılmasının bu sebeple de yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

[335] Adalet Komisyonu Raporunda kanun metninde parantez/ayraç kullanımının Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e aykırı olacağına işaret edilmiş, bu sebeple ilk metindeki "(peştemaliye)" ibaresinin çıkarıldığı belirtilmiştir.

vurgulandığı üzere öncelikle işletmenin bir hukuki muameleye, bu kapsamda örneğin bir satış sözleşmesine yahut konumuz özelinde bir ayni sermaye sözleşmesine konu olması gerekir. Nitekim TK m. 74/2 uyarınca böyle bir hukuki işlem söz konusu olmadığı müddetçe, işletme bünyesinde gelişen good-will (originär good-will) bilançoya yansımayacak, daha açık bir ifadeyle good-will müstakil bir kıymet olarak bilançoda kendine bir yer bulamayacaktır[336]. Ancak söz konusu işletme bir bütün olarak hukuki işleme konu olduğu, örneğin bu işletme devredilmek istendiği takdirde, teknik olarak ifade edilirse, devralanın good-will kapsamındaki faktörler dolayısıyla ileride elde etmeyi umduğu fazladan getiri[337], işletme devri için ödenen bedele yansıtılacak ve böylece bir yandan borçlar hukuku bakımından semenin konusu olacağı gibi diğer yandan da bilanço hukukunun konusu haline gelecek ve işletme değeri/good-will, bir bedel karşılığında elde edildiği, açıkça ve ayrıca bir "masraf" konusu haline gelmiş olduğu için[338] devralan işletmenin/ortaklığın bilançosunun aktifinde ayrı bir kalem olarak gözükecektir[339].

---

[336] Tekinalp, esasında işletme bünyesinde oluşturulan good-will için de işletmenin bir takım masraflar yapmış olabileceğini, örneğin bu fazla değerin oluşması için işletmeye ait marka, ticaret unvanı, model ve resimler gibi unsurlar için ilan, reklam gibi masrafların yapılacağını, bununla birlikte söz konusu masrafların zaten bilançoda yer alan ilgili kalemlerde gösterildiğini, bunun dışında olağanüstü masrafların da ayrı kalem halinde aktifleştirileceğini, ancak neticede işletme değeri veya good-will gibi ortak bir başlık, belirli bir kalem altında toplanmalarının söz konusu olmadığını, nitekim bu masrafların bir de işletme değerini meydana getirdiğinden bahisle bilançoda gösterilmesinin, masrafların iki defa bilançoda yer alması anlamına geleceğini ifade etmektedir, **Bilanço,** s. 107.

[337] Nitekim IFRS 3.A'nın good-will'e ilişkin yaptığı tanım, good-will'in geleceğe yönelik beklenti yönünü vurgulamaktadır, bu yönde bkz. Müller, Lukas, "Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung", **GesKR** 2008, s. 58. Nitekim yine bu ileriye dönük karakteri dolayısıyla HGB § 246/1'de devralınan bir işletmeye ait good-will için yapılan masrafın zamanla mukayyet bir malvarlığı değeri olduğu belirtilmiş ve yine HGB § 285/b.13 uyarınca kural olarak 5 yıllık bir amortismana tabi olduğu kabul edilmiştir.

[338] Bilanço hukukunda "masraf" kavramı ve bilançoda aktif olarak kendine yer bulan kalemlerin esasında bazı özellikleri olan "masraflar" niteliğinde olduğu hakkında bkz. Tekinalp, **Bilanço,** s. 87 vd.

[339] Bu konuda açık bir hüküm barındırmayan eTK bakımından bu yönde, Arslanlı, **C. III,** s. 38; Tekinalp, **Bilanço,** s. 108. Yazarlar AktG § 133/b.5 ve mevcut/1965 tarihli AktG'in mülga 153. paragrafı uyarınca bir işletmenin devren iktisabı halinde ödenen bedelin bu işletmeyi meydana getiren münferit malvarlığı parçalarının her biri için ödenen bedellerin toplamını aşması halinde söz konusu farkın bilançoda özel bir kalemde gösterilmesinin hükme bağlandığı Alman hukukundaki çözümün Türk hukuku bakımından da geçerli olması gerektiği görüşündedirler.

Alman hukukunda aynı yönde bir düzenleme bugün HGB § 246/1'in son cümlesinde yer almaktadır. Buna rağmen, bu hükmün kaynaklık ettiği TK m. 72'de söz konusu cümleye karşılık gelen bir düzenleme yer almamaktadır. Madde gerekçesinde bu farklılığın sebebine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Bununla birlikte eTK döneminde Arslanlı ve Tekinalp'in yorumunun, bilanço hukukunun mantığı uyarınca TK bakımından da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere good-will işletmeden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan bir olgudur. Dolayısıyla işletmenin hukuki işlemlere konu olması, bu arada bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi halinde değerleme esnasında biçilecek değeri artıracak bir faktör olarak dikkate alınacak ise de, tek başına devredilebilirlik ve hatta tek başına değerlenebilirlik niteliğinden yoksun olduğu için -yine tek başına- ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır[340]. Bir ticari işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi esnasında good-will'in de ortaklığa intikal etmesi ise pek tabii olarak good-will'in ayni sermaye yeterliliği bulunduğu şeklinde yorumlanamaz; zira bu durumda ayni sermaye konusu olan şey bir bütün olarak ticari işletmedir, yoksa good-will değil[341].

XIII. MÜŞTERİ ÇEVRESİ

Müşteri çevresinin tek başına hukuki işlemlere konu olmasının mümkün olup olmadığı konusunda özellikle konuyu işletme devri bağlamında ele alan ticaret hukuku doktrininde genel olarak olumsuz bir yaklaşımın bulunduğu söylenebilir. Gerçekten de çeşitli yazarlar müşteri çevresinin doğası gereği sözleşmeye konu olamayacağını, dolayısıyla işletmeden ayrı olarak müşterilerin devrinin mümkün bulunmadığını ifade etmişlerdir[342]. Doktrindeki hâkim kanaatin müşteri çevresine müstakil olarak devredilebilme imkânı tanımadığı dikkate alındığında, müşteri

---

İsvBK'da da good-will'in bilançolaştırılması ile ilgili açık bir düzenlemenin bulunmadığı, buna rağmen uygulamanın uluslararası normlardan ilham alarak bu konudaki ilkeleri geliştirdiği yönünde bkz. Müller, **Goodwill,** s. 58.

[340] Bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/43; Bork, **a.g.m.,** s. 228; Werwigk, **a.g.e.,** s. 174; İsviçre hukukunda aynı yönde Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15, N. 13; Müller, **Goodwill,** s. 59; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 99.

[341] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/43.

[342] Arslanlı, **Umumi Hükümler,** s. 113; Karayalçın, **Ticari İşletme,** s. 175, yazarlar ticari işletmenin devri kapsamında dahi olsa müşterilerin devrinden bahsetmenin yerinde olmayacağı kanaatindedirler; Özsunay, Ergun, **Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması: TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma,** Ankara 1962, s. 11; Mimaroğlu, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku- Birinci Cilt İşletme Hukuku,** Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 205; Acemoğlu müşterilerin ticari işletmenin bir unsuru olup olmadığını tartışırken bazı hukuklarda müşterilerin işletmeden bağımsız olarak devrinin de kabul edildiğini belirterek, zımnen de olsa Türk hukuku bakımından bu imkânı kabul etmemiş görünmektedir, **İşletmenin Devri,** s. 24; Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 70, dn. 32, yazar daha önce atıf yaptığımız görüşü ile bağlantılı olarak "müşteri çevresinin oluşturduğu ticari itibar" kavramını kullanmakta ve bunun mahiyeti itibariyle işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğini belirtmektedir.

çevresinin bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak da getirilemeyeceği görüşünün Türk hukukunda baskın olduğu kabul edilebilir[343].

Yukarıda good-will hakkında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde "müşteri çevresi"ni de "good-will"i oluşturan münferit unsurlar arasında saymıştık. Bununla birlikte daha derinlikli bir inceleme, müşteri çevresi ile good-will arasındaki ilişkinin bu kadar basit olmadığını, iki kavram arasında daha karmaşık bir bağlantının bulunduğunu ortaya koymaktadır. Şu halde öncelikle müşteri çevresinin ne ifade ettiği ve özellikle good-will ile olan ilişkisi üzerinde durmak gerekir[344].

Gerçekten de bu ilişkinin bir yönü müşteri çevresi ile good-will arasında bir parça-bütün ilişkisi şeklinde nitelenebilir. Bu bakımdan yukarıda ayrıntısı ile ortaya koyduğumuz üzere müşteri çevresi de nihayetinde diğer unsurlarla birlikte good-will'e katkı yapmaktadır ve bu bakımdan genel bir kavram olarak good-will'in cüzlerinden birini teşkil eder[345]. Bununla birlikte good-will'i oluşturan diğer unsurlardan farklı olarak müşteri çevresi ile good-will arasında aynı zamanda bunun tersine bir ilişki de söz konusudur. Müşteri çevresi good-will'e katkı yaptığı gibi,

[343] Akdağ Güney, müşteri çevresi ile "goodwill"i eş anlamlı olarak kullanmakta ve açık bir biçimde müşteri çevresinin/goodwill'in tek başına ayni sermaye yeterliliği bulunmadığını, müşteri çevresinin ancak bir ticari işletmenin devralınması halinde işletme değerini yükselten bir olgu olarak dikkate alınacağını belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 99; müşteri çevresinin ayni sermaye olarak getirilebileceği görüşünde bkz. Dal, **a.g.m.,** 378-379; Alman hukukunda hâkim kanaat müşteri çevresinin ayni sermaye yeterliliği bulunduğu yönündedir, Röhricht, **a.g.e.,** § 27/44; Arnold, **a.g.e.,** § 27/64; Pentz, **a.g.e.,** § 27/25; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/18; Märtens, **a.g.e.,** § 5/96; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/122; aksi görüşte Winter, **a.g.e.,** § 5/50, yazar müşteri çevresinin ancak işletme ile birlikte, dolaylı olarak sermaye teşkil edebileceği kanaatindedir; Schmidt ise müşteri çevresini ayni sermaye yeterliliği tartışmalı kıymetler arasında saymakta ancak kesin bir kanaat belirtmemektedir, Schmidt, **Gesellschaftsrecht,** §20/II, 3, a, dd.

[344] Özsunay "müşteri topluluğu" kavramını karşılaştırmalı hukuk bakımından incelerken Anglo-Amerikan hukukundaki "good-will" kavramına da değinmekte ve incelediği kavramın (müşteriler topluluğu) bu hukuk çevresinde "good-will" kavramı ile ifade edildiğini belirtmektedir. Hemen belirtelim ki kanımızca yazarın good-will ile müşteri topluluğu/çevresi kavramları arasında ayniyet kuran bu tespiti yerinde değildir. Belirttiğimiz üzere good-will ile müşteri çevresi birbirini etkileyen olgular ise de, her iki kavramın adeta eş anlamlı olduğu ve aynı hususu ifade ettiği söylenemez. Nitekim yazar da aynı kısımda devam eden açıklamalarında good-will kavramını tanımlarken *"...sermaye, emtia, yedek akçeler ve diğer tesisatın yanında, hizmet arz ve ifası, borçlarına bağlılık ve sadakati, çalışanların terbiye ve nezaketi ve malların fiyat, nicelik ve nitelikleri bakımından kurulmuş bir işletmeye karşı devamlı ve alışkın müşteriler tarafından gösterilen rağbet, o işletmenin goodwill'ini vücuda getirmektedir"* diyerek "müşteri çevresi" kavramının sınırlarını aşan bir tanım vermekte ve nitekim açıklamalarının sonunda *"Bu anlamı ile goodwill, Fransız hukukunun clientèle ve achalandage kavramlarından hem farklı, hem de daha geniş bir anlam taşır"* diyerek, en baştaki tespitini bir anlamda tashih etmektedir, **a.g.e.,** s. 8-9.

[345] Nitekim Karayalçın'ın "dar anlamda good-will" olarak nitelendirdiği müşteri çevresi (**Ticari İşletme,** s. 173), ilişkinin bu yönüne işaret etmektedir.

good-will'e dâhil olgular da müşteri çevresinin genişlemesini sağlarlar. Nitekim gerek Karayalçın gerekse Tekinalp, bir yandan müşteri çevresini good-will bünyesindeki unsurlar arasında sayarken, aynı zamanda müşteri çevresinin de bu unsurlar yardımıyla teşekkül ettiğinden[346] veya bu unsurların müşterileri bir arada tuttuğundan[347] bahsetmişlerdir. Şu halde esasen good-will ve müşteri çevresi arasında karşılıklı bir ilişki bulunduğu ifade edilmelidir. Bu sebeple diğer unsurlardan farklı olarak müşteri çevresinin good-will'den ve bu arada işletmeden ayrı olarak hukuki işlemlere konu olup olamayacağı ayrı bir başlık altında ve farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmek gerekir.

Bu noktada özellikle dikkat çekmek istediğimiz husus, müşteri çevresinin good-will'den farklı olarak her halükarda işletmeye bağlı bir unsur olmadığıdır. Bu konuda doktrinde benimsenen bir tasnife göre müşteri çevresi, kendisini oluşturan kaynağa göre temelde "şeye bağlı müşteriler" ve "şahsa bağlı müşteriler" olarak iki kategoride incelenebilir[348]. "Şeye bağlı müşteriler" arasında yer alan bir alt kategori işletmeye ait tanıtma araçlarının oluşturduğu müşteri çevresidir[349]. Bu bakımdan örneğin belirli bir şöhrete kavuşmuş bir markaya ait ürünlerin satıldığı bir işletme, bir noktadan sonra markanın ve dolayısıyla işletmenin sahibinden/tacirden bağımsız olarak müşterilerin bağlandığı bir odak oluşturur. Nitekim ünlü bir giyim markasının satıldığı bir mağaza, bunu işleten tacir kim olursa olsun belirli bir müşteri çevresini cezbedecektir; dolayısıyla örneğin Ramsey markalı ürünleri satmak üzere açılan bir franchise mağazası, bu mağazayı işleten tacir kim olursa olsun, tacirden bağımsız olarak belirli bir müşteri çevresine sahip olacak, yine sonradan bu mağazayı işleten kimsenin/tacirin değişmesi de müşterilerin pek çoğunu hiç ilgilendirmeyecek ve dolayısıyla bu değişikliğe rağmen müşterilerin işletmeye olan bağlılıkları devam edecektir. Öte yandan "şeye bağlı müşteriler"in bir kısmının kaynağı da işletmenin

[346] Karayalçın, **Ticari İşletme,** s. 173.

[347] Tekinalp, **Bilanço,** s. 102, dn. 34.

[348] Bu tasnif öncelikli olarak Belçikalı hukukçu Picard tarafından ortaya konmuş; daha sonra Vinassa müşteri çevresine ilişkin monografik eserinde bu tasniften yararlanmış, nihayet Türk hukukunda da Özsunay, kiracılık hakkının korunması konusundaki çalışmasında müşteri çevresi üzerinde dururken Vinassa'yı takiben bu ayırımı benimsemiştir. Bu tasnif hakkında ayrıntılı izahat için bkz. Vinassa, Walter, **Die Kundschaft,** Bern 1925, s. 7 vd.; Özsunay, **a.g.e.,** s. 9 vd.

[349] "Kundschaft von Bezeichnungsmitteln", Vinassa, **a.g.e.,** s. 9; Özsunay, **a.g.e.,** s. 9-10.

bulunduğu muhittir[350]. Bu bakımdan işletmenin faaliyet gösterdiği mekânın sahip olduğu bir takım hususiyetler dolayısıyla önem taşıdığı durumlarda da müşteri çevresi tacirin şahsından değil, işletmenin bulunduğu yerden kaynaklanmaktadır; bu kapsamda deniz kenarında işletilen bir çay bahçesinin, bir üniversite kampüsünde faaliyet gösteren kafeteryanın, Eminönü'nde balık ekmek satan bir işletmenin, otobüs terminalinde faaliyet gösteren lokantanın müşterisi, kim/hangi tacir tarafından işletildiğinden bağımsız olarak bizatihi işletmenin bulunduğu muhit dolayısıyla bu işletme ile alış veriş ilişkisi içerisine girmektedir. İşte müşerilerin tacirin şahsından ziyade işletmenin kendisinden kaynaklandığı bu gibi hallerde şüphesiz işletmeden veya müşterileri bağlayan unsur niteliğindeki tanıtıcı işaretten bağımsız olarak müşteri çevresinin müstakilen bir sözleşmeye konu edilmesi, özelde de bir ayni sermaye sözleşmesinin konusu olması mümkün değildir.

Buna karşılık bazı hallerde müşteri çevresi işletmeye değil doğrudan doğruya işletmeyi işleten kimseye/tacire bağlı bir unsur olarak karşımıza çıkabilir[351]. Örneğin yıllar içerisinde müşterileri ile sıcak ilişkiler kurmuş bir berber örneğinde müşteriler işletmeye değil bizzat tacirin şahsına bağlanmıştır; nitekim aynı berber, dükkânını farklı bir mekâna taşısa bile müşterilerin önemli bir kısmının bu berberin yeni yerine gitmeye devam edecekleri söylenebilir. Yine butik bir çikolata yahut pasta üreticisinin, müşterilerine daima kaliteli et satan bir kasabın müşterilerinin hissettiği bağlılık da işletmeden çok tacirin şahsından kaynaklanmaktadır. Nihayet hastaları arasında iyi şöhreti olan bir doktorun veya belirli bir alanda uzmanlığı dolayısıyla özel olarak tercih edilen bir avukatın müşterileri/müvekkilleri de işletmenin nerede ve hangi isim/tanıtıcı işaret altında işletildiğinden bağımsız olarak doktorun/avukatın şahsını takip edeceklerdir. Kısacası özellikle işletmenin yaptığı üretim veya sunduğu hizmette tacirin şahsi meziyetlerinin önem taşıdığı çok çeşitli hallerde müşteri çevresinin tacirden kaynaklandığı ve tacire bağlı olduğu söylenebilir.

İşte bu ikinci ihtimalde müşteri çevresinin özellikle ayni sermaye olarak getirilebilme imkânı bakımından kanımızca farklı bir sonuca varılmalıdır. Zira bu ve

[350] "Platzkundschaft", yere bağlı müşterilerin çeşitli görünüm biçimleri için bkz. Vinassa, **a.g.e.,** s. 9 vd.; Özsunay, **a.g.e.,** s. 10-11.

[351] "persönliche Kundschaft", Vinassa, **a.g.e.,** s. 7-8; Özsunay, **a.g.e.,** s. 9.

benzeri durumlarda şahsından kaynaklanan bir müşteri çevresine sahip olan bir tacirin bağımsız olarak sahip olduğu işletmede ticaret yapmaktan vazgeçerek, aynı konuda faaliyet göstermek üzere kurulan bir anonim şirkete ortak olmaya karar vermesi ve bu ortaklığa sermaye olarak sahip olduğu müşteri çevresini getirmesi pekâlâ mümkündür. Bu ihtimalde müşteri çevresinin işletmeden bağımsız olarak devrinin mümkün olduğu, dolayısıyla bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devredilebilirliğin de mevcut olduğu kabul edilmelidir[352, 353]. Nitekim yukarıdaki

[352] Nitekim özellikle borçlar hukuku doktrininde hâkim olan kanaat, müşteri çevresinin de satım sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmekte, dolayısıyla -işletmeden mi yoksa şahıstan mı kaynaklandığı konusunda bir ayırıma gitmemekle birlikte- müşteri çevresinin devredilebilirliği noktasında bir problem görmemektedir. Bu görüşte bkz. Arslanlı, Halil, **Ticari Bey',** Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 1955, s. 21; Feyzioğlu, **Akdin Muhtelif Nevileri,** s. 70; Bilge, **a.g.e.,** s. 26; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri,** s. 370; Serozan, Rona/Hatemi, Hüseyin/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul 1992, s. 69; Aral, **a.g.e.,** s. 66; Gümüş, **a.g.e.,** s. 26; İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Giger, Hans in **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,** Das Obligationenrecht, 2. Abteilung- Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband- Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Abschnitt- Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Artikel 184-215 OR, Zweite unveränderte Auflage, Bern 1980, §184/23; aksi görüşte Tandoğan, **C. I/1,** s. 79; müşteri çevresi bakımından satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına tereddütle yaklaşan ve burada rekabet etmemeye ilişkin bir yapmama borcunun bulunduğundan da bahsedilebileceğini belirten Nomer, Haluk Nami/ Engin, Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu,** 2. Kısım-Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül: Giriş, m. 207-211, 245, Ankara 2013, s. 38.

[353] Buna karşılık Vinassa müşteri çevresinin hukuki işlemlere konu olmasını incelerken şahsa bağlı müşteri çevresinin devrinin mümkün olmadığını, müşteri çevresinin devrinin daima şeye bağlı müşteri çevresinin devri anlamına geleceğini, müşteri çevresini konu olan sözleşmelerden bahsedilirken de esasen bizatihi müşterilerin değil, müşterilerin bağlı olduğu araçların/vasıtaların ivaz karşılığında devrinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 114; nitekim yazar şahsa bağlı müşteri çevresini açıklarken bu tür müşteri çevresinin en temel özelliğinin "üzerinde tasarruf edilememe" olduğunu ifade etmektedir, a.e., s. 8; ayrıca bkz. a.e., s. 25. Kanımızca yazarın bu yorumu, satım sözleşmesi bir tarafa bırakılırsa, özellikle müşteri çevresinin sermaye olarak getirilmesi ihtimalinin arzettiği özelliği (pay sahibinin de bizzat şirkete ortak olması) göz ardı etmiş görünmektedir. Bize göre bir kimsenin ortak olacağı şirkete kendisi ile birlikte yine kendisine bağlı olan müşterilerini de getirmesi ve böylece kişiye bağlı müşteri çevresinin de bir sözleşmeye konu olması pekâlâ mümkündür. Kaldı ki Vinassa'nın hukuki işlemlere konu olabilir nitelikte gördüğü "şeye bağlı müşteriler"in devrinde de yukarıda ifade ettiğimiz üzere müşteriler üzerinde işletmeden veya işletmeye ait tanıtıcı işaretlerden bağımsız olarak/müstakilen tasarruf edilmediğine dikkat edilmelidir. Bu gibi durumlarda müşterilerin devri örneğin markanın, işletme adının devri veya işletmenin bulunduğu yerin önem arzettiği hallerde işletmenin bulunduğu binanın mülkiyeti veya kiracılık hakkı ile devri dolayısıyla, onun bir neticesi olarak gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu halde bizzat yazarın da işaret ettiği üzere gerçekte müşteriler değil, onların bağlı olduğu araçlar hukuki işlemin konusudur.

Nitekim Giger müşteri çevresi ve diğer fiili menfaatlerin (faktische Vorteile) satımının mümkün olduğunu belirtirken, müşteri çevresinin hukuki işlemlere konu olabilirliğinin "çoğun içinde az da vardır" kuralı gereğince örneğin işletmenin satımında olduğu gibi işletme ile birlikte onun doğal bir parçası olan müşterilerin de devri şeklinde anlaşılmaması gerektiğini, nitekim böyle bir durumda müşteri çevresinin ayrıca bu niteliğe sahip olmasına ihtiyaç olmadığını belirttikten sonra; bazı durumlarda bu tip fiili menfaatlerin asıl şeyden (örneğin işletme) ayrı olarak müstakil bir malvarlığı değeri teşkil edebileceğini, böyle durumlarda asıl şeyin aktifinde bir değer olarak gözükeceğini ve tarafların da bu bağımsız kıymet üzerinde ayrıca anlaşma yapabileceklerini, bu tür kıymetlerin "hak benzeri (quasi-Recht)" şeklinde isimlendirilebileceklerini ve bunların asıl şeyin hukuki kaderini

butik çikolatacı örneğinde, tacirin bağımsız olarak işlettiği işletmesini kapatarak veya bir başkasına devrederek[354] aynı faaliyet alanında birkaç arkadaşıyla birlikte bir anonim şirket kurması ve daha önce edindiği müşterileri bu anonim ortaklığa sermaye olarak getirmesinin önünde kanımızca bir engel yoktur. Bu durumda Giger'in deyimiyle müstakil bir fiili menfaat olan müşteri çevresi, kendisine bağlı olduğu şahısla birlikte anonim ortaklığa intikal edecektir. Bu borcun ifası için pay sahibinin ilgili şirkete ortak olduğunu müşteri çevresine duyurması, daha önce tek başına yürüttüğü faaliyeti artık bu şirketin çatısı altında devam ettireceğini bildirmesi ve böylece onları artık bu ortaklık çatısı altında üretilen ürünleri almak veya hizmetlerden yararlanmak konusunda yönlendirmesi ve ayrıca ortaklığın kendisine devredilen müşteri çevresinden gereği gibi yararlanabilmesi için ihtiyaç duyduğu tüm bilgi ve belgeleri şirketle paylaşması gerekir. Ayrıca gereği gibi bir ifadan bahsedebilmek için müşteri çevresini ortaklığa getirmiş olan pay sahibinin ortaklıkla rekabet etmemek yükümü altında olduğu da belirtilmelidir[355]. Bilhassa müşteri çevresinin şahsa bağlı olduğu hallerde rekabet yasağı şartı müşteri çevresi devrinin esaslı bir unsurunu teşkil eder[356]. Dolayısıyla müşteri çevresinin ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmesi halinde de ortaklık ile pay sahibi arasında yapılacak ayni sermaye sözleşmesi kapsamında bir rekabet yasağı şartının yer alması gerekecektir[357].

---

paylaşmak zorunda olmadıklarını ifade etmektedir. Yazarın verdiği örneğe göre bir işyeri tüm malvarlığı ile kiralanmış olsa bile müşterilerin devri özellikle bunların işletme sahibine bağlı olmaları dolayısıyla ayrı ve zamana yaygın bir çözüme ihtiyaç duyabilir. Böyle bir durumda kiracı, kira bedelinin yanı sıra beklenen müşteri bağlılığı için de ayrıca satım bedeli/semen olarak götürü bir bedel ödeyecektir. Sonuç olarak fiili menfaatler ve bu arada müşteri çevresi de asıl şeyden bağımsızlaştıkları ölçüde müstakil olarak sözleşme mevzuu teşkil edebilecektir, Giger, **a.g.e.,** §184/23.

[354] Bu durumda müşteri çevresini içermeyen bir devrin teknik anlamda bir işletme devri olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmayacağı konusu ayrıca tartışılabilir.

[355] Nitekim Cavin, müşteri çevresinin devrinde asli edimin rekabet etmeme yükümlülüğü şeklinde bir yapmama edimi olduğunu, bu tür bir asli borcun ise satım sözleşmesinde asli edimi teşkil edemeyeceğini belirterek müşteri çevresinin satım sözleşmesine konu olmasını mümkün görmemektedir, Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 70, dn. 32'den naklen; ayrıca bkz. Nomer/Engin, s. 38.

[356] Vinassa, **a.g.e.,** s. 132, yazar müşteri çevresinin şahsa bağlı olduğu ölçüde rekabet yasağı şartının önem kazanacağını, buna karşılık bu bağlılığın azaldığı ölçüde de bu şartın öneminin azalacağını yahut tamamen önemsiz hale gelebileceğini, özellikle İngiliz ve Amerikan hukuk çevrelerindeki yargı kararlarına da atıfla belirtmektedir.

[357] Müşteri çevresinin devri durumunda tarafların borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vinassa, **a.g.e.,** s. 116 vd.

Müşteri çevresinin bir ayni sermaye yeterliliği şartı olarak aranan "nakden değerlenebilirlik" niteliğine sahip olduğunda da tereddüt edilemez. Sıfırdan faaliyete başlayan bir anonim şirketin belirli ve sürekli bir müşteri çevresi edinebilmek için belki de yıllar sürecek bir zaman dilimi boyunca faaliyetini devam ettirmesi, bu arada tanınırlığını artımak için çeşitli harcamalar yapması (reklam giderleri vs.) ve tüm bunlar için yoğun bir emek sarfetmesi gerekecektir. Buna karşılık hazır bir müşteri kitlesinin daha başlangıçta şirkete bağlanması, şirketi söz konusu giderlerden kurtaracak ve önemli bir tasarruf sağlayacaktır. Dolayısıyla müşteri çevresinin ekonomik bir değeri bulunduğu muhakkaktır. Bununla birlikte müşteri çevresinin bir piyasasının bulunmaması dolayısıyla bu değer örneğin müşteri çevresinin satımı halinde her somut durumda tarafların pazarlığı neticesinde ortaya çıkacaktır[358]. Şüphesiz bu husus bir ayni sermaye kalemi olarak müşteri çevresinin değerinin belirlenmesini güçleştirecek ancak tek başına bu durum ayni sermaye yeterliliğine engel olmayacaktır. Nitekim müşteri çevresinin satımına ilişkin bir sözleşmede de hata veya hile gibi sebeplerle bedelin mahkemece belirlenmesi gerekliliği doğabilecek, bu durumda hâkim bilirkişiye başvurmak suretiyle bu bedeli tespit edecektir[359]. Ayni sermaye taahhüdü dolayısıyla yapılacak bilirkişi incelemesinde de benzer bir durum söz konusudur. Dolayısıyla bilirkişi ilgili sektörde yapılan benzeri işlemlerde, özellikle işletme devrine ilişkin anlaşmalar kapsamında müşteri çevresi için ödenmesi kararlaştırılan bedelleri tespit etmeye çalışmalı, somut durumun özelliklerini de hesaba katmak suretiyle uygun değere ulaşmalıdır[360]. Şu halde değerleme aşamasındaki zorluk dikkatli bir incelemeyle aşılmalı, buna karşılık bu "zorluk" kesinlikle "imkânsızlık" olarak anlaşılmamalıdır.

XIV. TİCARET UNVANI

Ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olmadığı TK m. 49/1'de açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan ticaret unvanı ayni sermaye

[358] Vinassa, **a.g.e.,** s. 119.

[359] Vinassa, **a.g.e.,** s. 120.

[360] Bu noktada özellikle müşterilerin yeni işletme ile alış verişte bulunmaya ne ölçüde hazır olduklarının, müşteri çevresinin değerini etkileyecek bir unsur olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir, Röhricht, **a.g.e.,** § 27/44; Pentz, **a.g.e.,** § 27/25; Märtens, **a.g.e.,** § 5/96.

yeterliliği için aranan devredilebilirlik şartından yoksun olması sebebiyle geçerli bir ayni sermaye kalemi olarak taahhüt edilemez[361, 362].

Doktrinde Dal, işletmenin devrinin, aksi kararlaştırılmış olmadıkça ticaret unvanının da devrini tazammun edeceğini düzenleyen TK m. 49/2'nin lafzı uyarınca, ticaret unvanının devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılmak suretiyle işletmeden bağımsız olarak devrinin mümkün olabileceği yorumunu yapmakta, bu çerçevede ticaret unvanının da nakden değerlenebilir ve devrolunabilir nitelikte olması dolayısıyla anonim şirkete ayni sermaye olarak getirilebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Kanımızca böyle bir yorum hükmün hem ruhuna hem de bütünü itibariyle lafzına aykırı düşeceği için kabul edilemez. Zira TK m. 49/1 ticaret unvanının devredilebilirliği konusunda kuralı koymaktadır; ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilemez. Hükmün ikinci fıkrası bu kurala aykırı şekilde yorumlanamaz. İkinci fıkrada tanınan imkân uyarınca ticaret unvanı işletmenin devrinden ayrı tutulmuşsa bunun anlamı, ticaret unvanının artık yalnızca bu unvanın sahibi olan tacir tarafından kullanılabileceğidir; zira ticaret unvanının devredilebilmesi için bunun mutlak surette bir işletmenin devri çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan ticaret unvanı tıpkı good-will ile ilgili olarak belirttiğimiz üzere, bağımsız olarak devredilebilirlik niteliğini haiz bir değer değildir, ancak işletme bütünü ile birlikte dolaylı olarak devri söz konusu olabilir. Tacir işletmesini devrederken bu imkânı kullanmaktan vazgeçmişse, müstakil olarak ticaret unvanını devredebilmesi de mümkün değildir.

Bu sonuç ticaret unvanının niteliğine de uygundur. Bilindiği üzere ticaret unvanı taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan bir işarettir. Bu itibarla ticaret unvanının esasen "tacire bağlı" olduğu söylenebilir[363]. Buna rağmen ticaret

[361] Bununla birlikte yine TK m. 49/2 uyarınca işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça unvanın da devri sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla ayni sermaye olarak bir ticari işletmenin devri halinde kural olarak ticaret unvanı da işletmeye dâhil diğer malvarlığı unsurları ile birlikte ortaklığa intikal edecektir. Ancak bu ihtimalde devrin konusunun bireysel olarak ticaret unvanı değil ticari işletme olduğu, ticaret unvanının ancak bu bağlantı sebebiyle ve dolaylı olarak devre konu teşkil edebileceğini belirtelim.

[362] Alman hukukunda aynı yöndeki HGB m. 23 dolayısıyla bu kanaatte Röhricht, **a.g.e.,** § 27/43; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/18; Winter, **a.g.e.,** § 5/50; Märtens, **a.g.e.,** § 5/96.

[363] Ticaret unvanının tıpkı isim gibi gerçek veya tüzel kişiye bağlı olduğu yönünde bkz. Arslanlı, **Umumi Hükümler,** s. 94.

unvanının oluşturduğu ekonomik değerin korunabilmesi amacıyla kanun işletmenin devri durumunda unvanın da bu bütün ile birlikte devrini mümkün kılmış, böylece unvan ile tacirin şahsı arasındaki bağlılığa bir istisna getirmiştir[364]. Bu istisna ticaret unvanının bir yanı ile de işletmeyle bağlantılı olmasından, işletme malvarlığının bir parçasını teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak ticaret unvanının niteliğine uygun olarak getirilen bu istisna dışında unvanın devredilemeyeceği birinci fıkrada kurala bağlandığına göre, ikinci fıkradaki istisnayı kuralı bertaraf edecek şekilde yorumlamak da mümkün olmamalıdır.

Dolayısıyla TK m. 49/2'nin tanıdığı imkân uyarınca ticaret unvanı ayrı tutularak işletme devredildiği takdirde kural uygulanmaya devam edilecek ve tacir kendi uhdesinde muhafaza ettiği ticaret unvanını kullanabilecekse de bunu tek başına/müstakil olarak başkasına devredemeyecektir[365].

Sonuç olarak ticari işletmeden bağımsız olarak devri mümkün olmayan ticaret unvanının ayni sermaye için aranan devredilebilirlik niteliğinden yoksun olduğu, dolayısıyla ayni sermaye yeterliliğinin de bulunmadığı sonucuna varılmalıdır[366].

XV. KIYMETLİ EVRAK

Kıymetli evrakın ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği TK m. 127/1-(a)'da, selefi eTK m. 139/b.1'e paralel bir şekilde açıkça ifade edilmiştir. Şu halde söz konusu hükmün, içerdiği hakkın türüyle ilgilenmeksizin genel olarak

---

[364] Arslanlı, **Umumi Hükümler,** s. 96.

[365] Nitekim Mimaroğlu bu ihtimalde ticaret unvanının artık bağımsız bir devre konu olamayacağını, bununla birlikte sahibi tarafından kullanılabileceğini açıkça belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 337.

[366] Dal aynı makalesinde ayni sermaye için aranan devredilebilirlik niteliğini incelerken TK m. 342'de kastedilen devredilebilir olma şartının müstakil olarak devredilebilme şeklinde anlaşılmasının amaca aykırı olacağını, aksi halde ticari işletme ile birlikte şirkete sermaye olarak konulacak olan ticaret unvanının müstakilen devri mümkün olmadığından sermaye olarak da konulamayacağını kabul etmek gerekeceğini belirtmektedir (**a.g.m.,** s. 382, dn. 45).

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca devredilebilirlik şartı tam da müstakilen devredilebilmeyi ifade eder, ancak buradaki devredilebilirlik ortaklığa devir aşamasını ifade etmekte, buna karşılık "yeniden devredilebilirlik" niteliğini içermemektedir. Yazarın hükmü bu şekilde anlamış olduğunu zannediyoruz. Yoksa yazarın verdiği örnekte, devir konusu olan ticaret unvanı değil ticari işletmedir. Bu ihtimalde ise gerek TK m. 11/3 gerekse 49/2 uyarınca ticaret unvanı işletme bütünü içerisinde devredilmiş olacaktır. Dolayısıyla ticaret unvanının müstakilen devredilebilir nitelikte olmaması onun ticari işletmenin bütünü ile birlikte ayni sermaye çerçevesinde şirkete intikaline engel değildir. Hatta bu bakımdan kanaatimizce TK m. 342 çerçevesinde ayni sermaye yeterliliği bütünüyle engellenmiş olan hizmet edimleri yahut vadesi gelmemiş alacaklar dahi bir ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi neticesinde bu yasağa takılmaksızın ortaklığa intikal edecektir.

kıymetli evrakın sermaye yeterliliğini kabul ettiği söylenebilir. Kıymetli evrakın temel bir özelliğinin devredilebilirlik olduğu ve yine kıymetli evrakın içerdiği hakkın daima ekonomik bir değeri de olacağı düşünülürse, bu genel kabulün yerinde olduğu sonucuna varılmalıdır.

Kıymetli evrak çok çeşitli hakları içerecek şekilde düzenlenebilir. Doktrinde de içerdikleri hak bakımından kıymetli evrak çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Biz, inceleme konumuzun dışına çıkmamak kaygısıyla, söz konusu farklı sınıflandırmalar arasında mutlak bir tercih yapmaksızın aşağıda alacak senetleri, emtiayı temsil eden senetler ve katılma hakkı veren senetler başlıkları altında çeşitli kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliği üzerinde duracağız. Buna karşılık ortaklık hakkı veren kıymetli evrak başlığı altında ele alınabilecek olan anonim ortaklık pay senetleri daha önce müstakil bir başlık altında incelendiği için burada ayrıca ele alınmayacaktır.

Kıymetli evrakın içerdiği haklar bakımından tasnifine vurgu yapmamızın sebebi, kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliği incelenirken, bunların içerdiği hakların önem kazanması, dolayısıyla kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliğine ilişkin incelemenin bir bakıma bunların içerdiği hakkın ayni sermaye yeterliliğinin incelenmesi anlamına gelmesidir[367]. Dolayısıyla alacak hakkını içeren bir kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliğinin değerlendirilmesi esasında söz konusu alacak hakkının ayni sermaye yeterliliğinin değerlendirilmesi anlamına gelir ki, bu noktada alacak hakları konusunda yaptığımız açıklamalar önem kazanmaktadır. Bunun gibi bir eşya üzerindeki mülkiyet veya sınırlı ayni hakkı temsil eden bir kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliği bakımından da temelde belirleyici olan, kıymetli evrakın içerdiği bu hakkın ayni sermaye yeterliliğidir. Kıymetli evraka bağlanma olgusu bir ayni sermaye şartı olan "devredilebilirlik" hakkındaki tereddütleri gidermek bakımından önem arzetse de asıl olarak ayni sermaye yeterliliğinin belirlenmesi aşamasında değil, sermaye borcunun taahhüdü ve ifası aşamalarında işlev göstermektedir[368]. Yoksa kural olarak çeşitli başka sebeplerle ayni sermaye

[367] Bu yönde Toksal, **a.g.e.,** s. 1263; yalnızca alacak hakları bakımından Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 60-61.

[368] Nitekim Toksal şirkete sermaye olarak taahhüt edilenin gerçekten kıymetli evrak değil, onun sahipliğini simgelediği hukuksal varlık olduğunu, ancak kıymetli evrakın bünyesinde yer alan alacak

yeterliliğinin olmadığı sonucuna varılan bir hakkın (mesela müeccel bir alacağın, üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunan bir malvarlığı üzerindeki ayni hakkın) kıymetli evraka bağlanması, söz konusu ayni sermaye yeterliliği engellerini ortadan kaldırıcı bir etki göstermez[369]. Vurguladığımız bu hususa öncelikle dikkat edilmek kaydıyla aşağıda çeşitli kıymetli evrakın türleri bakımından dikkat edilmesi gereken noktalar üzerinde durmaya çalışacağız.

A. Alacak Senetleri/Para Senetleri

Doktrinde alacak senetleri veya içerdikleri para alacağı dolayısıyla para senetleri şeklinde adlandırılan kıymetli evrak kategorisinin en önemli üyeleri kambiyo senetleridir[370]. Bu sınıflandırmanın da gösterdiği üzere kambiyo senetlerinin içerdikleri hak daima bir para alacağıdır. Bununla birlikte bir para alacağını içeren kambiyo senetleri de sermaye olma niteliği bakımından ayni sermaye kategorisinde yer alır[371].

Kural olarak kambiyo senetlerinin nakden değerlenebilme ve devrolunabilme nitelikleri bakımından bir problem mevcut değilse de, TK m. 342 uyarınca vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye olarak getirilemeyecek olması karşısında vadenin zorunlu bir unsur olduğu bono ve poliçenin, pek çok durumda ayni sermaye

---

veya mülkiyetin sermaye olarak taahhüdünün yine anılan belgeler vasıtası ile ifa edileceğini belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 1263, aynı yönde a.e., s. 1304.

[369] Bununla birlikte menkul kıymetler bakımından farklı bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, XVI.

[370] Doktrindeki genel kanaat alacak senetlerinin bir para alacağını içerdiği yönündedir, bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları,** Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013, s. 45, N. 34; Öztan, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku,** 2. Bası, Ankara 1997, s. 168; bununla birlikte Ülgen/Helvacı, alacak senetlerinin iki büyük alt kümeye ayrılması gerektiğini, bunlardan birincisinin para alacağı senetleri/para senetleri olarak adlandırılabileceğini, ancak bunun yanı sıra bir de bir miktar paranın ödenmesinden başka bir edimin yerine getirilmesini talep hakkı veren alacak senetlerinin bulunduğunu, bu gruba girecek yegâne örneğin de konişmento olduğunu belirtmektedirler, Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku,** Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Dokuzuncu (Tıpkı) Bası, İstanbul 2014, s. 21, N. 54.

[371] Türk doktrininde de genel olarak bir kıymetli evraka bağlı alacaklar ayni sermaye kategorisi içerisinde ele alınmıştır, bu yönde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 203; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 181, 183; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 60 vd.; karş. Göle, **a.g.e.,** s. 27-28, yazar kıymetli evrak ve alacakların ne ayın ne de nakdi sermaye kavramına dâhil olmadığını, bunların özellikleri dikkate alınmak suretiyle ayrı bir kategoride değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmektedir; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.,** s. 56'daki tabloda ise hem alacaklar hem de kıymetli evrak "nakdi sermaye" kategorisi altında sayılmıştır. Oysa yine aynı eserin 59. sayfasında alacağın sermaye olarak getirilmesi "Para Dışında Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler" başlığı altında ele alındığı gibi, yine aynı yerde hem senede bağlanmış hem de senetsiz alacakların sermaye olarak getirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılması gerekecektir. Bununla birlikte, asıl olan senedin devrinin vadeden önce gerçekleşmesi ise de, vadesi gelmiş bir bononun ve poliçenin de devredilebilirlik niteliklerinin bulunduğu dikkate alınırsa[372], sık karşılaşılacak bir ihtimal olmamakla birlikte vadesi gelmiş bir bono yahut poliçenin ayni sermaye olarak ortaklığa getirilmesi ihtimali de düşünülebilir.

Bu noktada ise bononun asıl borçlusunun/düzenleyenin bizzat pay sahibi olup olmaması bakımından bir ayırıma gidilmelidir. Esasen teorik bir ihtimal olmakla birlikte bononun vadesinin örneğin düzenlenme tarihiyle aynı olmasını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Bu bakımdan düzenleyenin bonoyu muaccel olarak tanzim etmesi hiç değilse teorik olarak mümkündür. İşte bu şekilde muaccel bir bononun düzenleyeninin bizzat pay sahibi olması halinde oluşan durum, pay sahibinin bizzat borçlu olduğu vadesi gelmiş/muaccel bir para alacağının ayni sermaye olarak getirilmesi anlamına gelir. Yukarıda ilgili bölümde açıkladığımız üzere, bu ihtimalde ortaklık açısından bakıldığında ortaya çıkan durum, nakdi sermaye taahhüdünden farklı değildir. Hâlbuki nakdi sermaye taahhüdünde bulunan ortağın örneğin TK m. 344/1 uyarınca taahhüdünün en az ¼'lük kısmını tescilden önce ödemesi ve hiç değilse bu meblağı ortaklığın kullanımına sunması gerekir. Pay sahibinin borçlu olduğu muaccel bir bonoyu düzenleyen sıfatıyla ortaklığa sermaye olarak getirmesine izin verilmesi halinde ise özellikle bu yükümlülüğün dolanılmasına müsaade edilmiş ve adeta TK m. 344 vd. hükümleri ile getirilmek istenen güvence sağlanmadan nakdi sermaye taahhüdünde bulunmaya göz yumulmuş olacaktır. Bu sebeple vadesi gelmemiş bir bononun TK m. 342, vadesi gelmiş bir bononun ise TK m. 344 vd. hükümleri dolayısıyla ayni sermaye olarak kabulünün mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Buna karşılık düzenleyenin üçüncü kişi olduğu, vadesi gelmiş bir bononun pay sahibi tarafından ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde farklı bir sonuca varılmalıdır. Zira kanun koyucu muaccel alacakların anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesine izin vermiştir (TK m. 342). Üstelik bu ihtimalde devre konu

[372] TK m. 690/1 uyarınca ödenmeme protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörülen vadeden itibaren iki iş günlük süreden sonra yapılan ciro alacağın temliki hükümlerini doğuracaktır. Ancak cironun niteliği noktasında oluşan bu farklılık vade+iki iş günlük süreden yahut protestodan sonra dahi senedin devredilebilir olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

alacağın (asıl) borçlusu üçüncü kişi olduğuna göre, yukarıda işaret ettiğimiz TK m. 344'ün dolanılmasına yönelik bir tehlikenin varlığından da söz edilemez. Söz konusu bononun ortaklığa pay sahibinin yapacağı bir ciro ile devredilmesi ve dolayısıyla pay sahibinin de en azından müracaat borçluları arasına girmesi de varılacak sonucu etkilemez; önemli olan asıl borçlunun kimliğidir. Kaldı ki pay sahibinin bu bonoyu bir beyaz ciro ile iktisap etmiş olması ihtimalinde, ciro yapmadan ve dolayısıyla müracaat borçluları arasına girmeden de bonoyu ortaklığa devredebilmesi mümkündür. Kısacası asıl borçlunun pay sahibi dışında üçüncü bir kişi olduğu ve vadesi de gelmiş bulunan bir bononun ayni sermaye olarak ortaklığa getirilmesi kural olarak mümkündür.

Bono bakımından yaptığımız açıklamalar esasen çek bakımından da geçerlidir. Fakat bu noktada vadenin bir unsur olarak yer almadığı çek bakımından farklı değerlendirmelerin yapılmasının mümkün olup olmadığı düşünülebilir. Gerçekten de çekte vade değil ibraz süreleri vardır (TK m. 796) ve çek TK m. 795/1'in açık düzenlemesi uyarınca "görüldüğünde ödenir". Buna mukabil Türkiye'de yerleşmiş bulunan "ileri düzenleme tarihli çek" uygulaması çekin adeta fiilen vadeli bir senet olarak kullanılmasını sağlamaktadır. Dahası uygulamanın bu tercihine uzun süre soğuk bakan ve pozitif metinlere yansıtmaktan kaçınan kanun koyucu da, bu uzun direnme süresinin sonunda önce ceza sorumluluğu bakımından taraflar arasındaki anlaşmaya itibar etmiş[373], ardından 2009 yılında önce 5838 sayılı Kanun ile eÇekK'ya eklenen geçici 2. madde ile daha sonra da 5941 sayılı Çek Kanunu'nun geçici 3. maddesinin 5. fıkrası ile, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ibrazının "geçersiz" olduğunu kabul etmiş, geçici maddenin uygulanma süresini de son olarak 2012 yılındaki değişiklikle birlikte 31.12.2017 tarihine kadar uzatmıştır. Yine ÇekK m. 3/8 ile geçici maddenin uygulanma süresinin dolmasından sonra uygulama alanı bulmak üzere, ileri düzenleme tarihinden önce

[373] Bkz. eÇekK m. 8, 16b/2; bununla birlikte 5941 sayılı ÇekK ile karşılıksız çeke ilişkin cezai sorumluluk kaldırılarak bu fiil idari nitelikte bir sorumluluğa bağlanmış, söz konusu idari sorumluluğun doğabilmesi için de çekin üzerinde yazılı bulunan düzenlenme tarihine göre hesaplanacak ibraz süresi içerisinde ibraz edilmesinin gerektiği m. 5/1'de hükme bağlanmıştır.

çek ile ilgili karşılıksızlık gerekçesiyle hukuki takip yapılamayacağı hükme bağlanmıştır[374].

Bu çerçevede her ne kadar çekte teorik olarak hala vadenin bulunmadığı, TK düzenlemesi bakımından çekin bir kredi aracı değil ödeme aracı olduğu söylenebilirse de, özellikle ÇekK'da yer alan anılan düzenlemeler karşısında ileri düzenleme tarihinin kanun koyucu tarafından bir vade haline getirilmiş olduğu, özellikle hukuki sorumluluğa ilişkin söz konusu düzenlemeler ayakta olduğu sürece, ileri düzenleme tarihli bir çekin de en azından TK m. 342 anlamında vadesi gelmemiş bir alacak hakkını içerdiği kabul edilmelidir[375].

Buna karşılık gerek ileri tarihli olarak düzenlenmesine rağmen üzerinde yazılı bulunan düzenlenme tarihine göre ibraz süresi gelmiş olan, gerekse gerçek düzenlenme tarihinin yazılmış olduğu bir çek TK m. 342 engeline takılmayacaktır. Bu halde ise vadesi gelmiş bir bono bakımından yaptığımız açıklamalar çek

---

[374] Söz konusu süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kendigelen, Abuzer, **Çek Hukuku,** Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2007, s. 198 vd. Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), **a.g.e.,** s. 260, Kn. 998 vd.

[375] Nitekim muacceliyet, zamansal olarak borcun alacaklı tarafından talep edilebilir nitelikte olmasını ve buna mukabil borçlunun da borcu ödemekle yükümlü bulunmasını ifade eder, bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 320-321; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 800. Şu halde alacaklı tarafından talep edilmesi mümkün olmayan ve borçlu tarafından da ödenmesi zorunlu bulunmayan bir borcun muaccel olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla her şeyden önce ÇekK geçici m. 3/5 uyarınca üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmek için ibrazı "geçersiz" olan bir çekin, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelinceye kadar "müeccel" bir alacak içerdiği kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak öncelikle 01.01.2018 tarihine kadar çekte vade olmayacağını söylemenin ne pratik ne de hukuki/teorik bir karşılığı bulunmadığını düşünüyoruz, nitekim çekte vadeye en azından 2017 yılının sonuna kadar izin verildiğini ifade eden Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), **a.g.e.,** s. 262.

Buna karşılık ÇekK m. 3/8 ile getirilen ve –en azından şimdilik- 01.01.2018 tarihi itibariyle uygulanmaya başlayacak olan düzende durumun ne olacağı tartışılabilir. Bu hükme göre çeki elinde bulunduran kimse üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce ödenmek için ibraz ettiği takdirde çek bedelinin kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde hukuki takip yapılamayacaktır. Ancak bu hüküm, hesapta yeterli karşılığın bulunması halinde bankanın düzenlenme tarihinden önce ibraz edilen bir çekin bedelini ödemesini engellemez; aksine kanımızca bu ihtimalde hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen ödeme yapmayan bankanın sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Ancak her ne sebeple olursa olsun düzenlenme tarihinden önce yaptığı ibraz karşılığında kendisine ödeme yapılmayan hamil, ÇekK m. 3/8 uyarınca hukuki takip yapamayacaktır. Hâlbuki muacceliyetin tarifinde yer alan, alacaklı bakımından borcun talep edilebilir nitelikte olması ve borçlu bakımından da borcun ödenmesi zorunluluğu bulunması şartı, alacağın dava edilebilir nitelikte olmasını da kapsar (bu bakımdan von Tuhr "ifa zamanı" kavramını *"alacaklının edayı talep ve bu sebeple borçluyu dava edebileceği zamandır"* şeklinde tarif etmektedir, **a.g.e.,** s. 506; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 320-321). Bu sebeple dava yoluyla talep edilmesi mümkün olmayan bir alacağın muaccel olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla ÇekK'nın getirdiği yeni düzen karşısında 01.01.2018 tarihinden sonra da ileri düzenleme tarihli bir çekin müeccel bir alacak içereceği, dolayısıyla böyle bir çekin "vade" içerdiğinin de kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

bakımından da geçerlidir. Gerçi çekte düzenleyenin -bonoda olduğu gibi- asıl borçlu sıfatının bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Bununla birlikte bu tartışmaya girmeksizin belirtelim ki, asıl borçlu olarak nitelendirilemese bile düzenleyenin çekte imzası bulunan diğer kimselerden farklı bir sorumluluğu bulunduğu açıktır. Bu bakımdan örnek olarak karşılıksız çekte düzenleyenin idari sorumluluğu, çekte sebepsiz zenginleşme davasının muhatabının düzenleyen olması gibi hususlar gösterilebilir. Dolayısıyla pay sahibinin ibraz süresi gelmiş bir çekin düzenleyeni olması halinde bu çekin ayni sermaye olarak kabul edilemeyeceği, buna karşılık çekin cirantası olarak sorumlular zincirine dâhil olan -veya beyaz ciro ile devraldığı bir çeki herhangi bir işlem yapmaksızın ortaklığa devreden yahut hamiline yazılı bir çeki elinde bulunduran- pay sahibinin bu çeki sermaye olarak getirmesinin önünde bir engel bulunmadığı belirtilmelidir[376].

Son olarak Türk doktrininde Göle'nin kambiyo senetlerinin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilebilmeleri konusunda ortaya koyduğu görüşleri değerlendirmek faydalı olacaktır. Anılan yazar esasen anonim ortaklıklarda nakdi sermaye konmasına ilişkin eserinde kambiyo senetlerinin sermaye olarak konulması meselesini de özel bir başlık altında ele almış ve burada bilhassa çek ve bono açısından yaptığı ayrıntılı açıklamalarda kambiyo senetlerinin anonim ortaklıklarda sermaye olarak konamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Yazar çekin bir ödeme aracı olduğunu, bu bakımdan nakdi sermaye koyma borcunun yerine getirilmesinde tıpkı banka havalesi gibi bir araç olmak dışında bir fonksiyonu bulunmadığını, bu iktisadi fonksiyonu dolayısıyla anonim ortaklığa başlı başına bir sermaye olarak konmasının mümkün olmadığını belirtmiş; bononun da ancak belirli hallerde sermaye olarak konabileceğini, bu noktada nakdi pay bedellerinin asgari ¼'ünün nakit olarak bankaya yatırılma zorunluluğu dolayısıyla nakden tediye yerine sadece bir ödeme

[376] Ancak bu son ihtimalde de çekin ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi ile ortaklığın tüzel kişilik kazanarak bu çeki tahsil etmesi arasındaki dönemde zaten kısa olan ibraz süresinin kaçırılması ihtimal dâhilindedir. İbraz süresi kaçırılan bir çek, çek vasfını yitirmeyecekse de çeki devralan ortaklık kambiyo hukukundan doğan müracaat hakkını kaybedecek, bu kapsamda düzenleyene dahi başvurması mümkün olmayacaktır. Ancak yine de bu ihtimalde dahi çeki devreden pay sahibine temel ilişki kapsamında gidilebilecek olması, kambiyo hukukuna özgü sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülebilmesi (TK m. 818/1-m, TK m. 732) ve nihayet TK m. 130 ile ortaklığa sağlanan koruma karşısında ibraz süresi içerisinde olan bir çekin ayni sermaye yeterliliğinin varlığı konusunda tereddüt edilmemelidir.

taahhüdünden ibaret olan bononun verilemeyeceğini, nakdi iştirak taahhütlerinin bir kredi aracı ile ödenemeyeceğini, ancak ortaklık sözleşmesinde bu yönde açık bir hüküm bulunması halinde bononun sermaye olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir.

Biz müeccel alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak konması hususunda kural olarak bir engel bulunmayan eTK bakımından yazarın ortaya koyduğu görüşün özellikle bono bakımından yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira yazarın da belirttiği üzere bir kredi aracı olan bono müeccel bir para alacağını ihtiva eder. Bu sebeple vadeye tabi bir bononun sermaye yeterliliği değerlendirilirken bunun nakdi sermaye ile kıyaslanması ve örneğin *"...anonim ortaklığın kuruluşu sırasında nakdi iştirak taahhütlerini, asgari dörtte birinin, bir bankaya, nakit olarak yatırılması zorunluluğu (TK m. 285/1; 288) yüzünden, iştiraki taahhüt edenler, nakten tediye yerine sadece bir ödeme taahhüdünden ibaret olan bono veremezler"* şeklindeki bir gerekçe ile bononun sermaye yeterliliğinin reddedilmesi yerinde değildir. Zira vadesi gelmediği sürece bononun sermaye olarak taahhüdü –düzenleyen/asıl borçlu pay sahibi olsa bile- bir alacak hakkının anonim ortaklığa getirilmesi anlamına gelir ve dolayısıyla nakdi sermayeye ilişkin hükümlere atıfla değerlendirilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bononun düzenleyeninin pay sahibi olmaması da ihtimal dâhilindedir, ki bu durumda pay sahibinin nakdi sermaye taahhüdünde bulunmadığı, bir alacağı sermaye olarak getirdiği gerçeği daha açıktır. Üstelik müeccel bir borcu içeren bononun sermaye olarak taahhüdü halinde nakdi sermaye taahhüdüne yönelik tedbirlerin ve özellikle ¼'lük tediye borcunun dolanıldığını söylemek de yerinde olmaz. Zira bu halde senedin tabi olduğu vade, değerleme sırasında dikkate alınacak ve bononun sermaye olarak arzettiği değer, vadenin uzaklığı oranında bir indirim sebebi olarak değerlendirilecektir. Bu durumda ise bonoyu sermaye olarak getiren pay sahibinin nakdi sermaye taahhüdünde bulunan pay sahiplerine nazaran avantaj kazanacağı sonucuna varılamaz.

Yine aynı yazarın çek bakımından ulaştığı sonucun da her durumda doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu açıklamalarda özellikle Türkiye'de öteden beri yaygın olan ileri düzenleme tarihli çek uygulamasının dikkate alınmadığı açıktır. Gerçi söz konusu eserin yazıldığı tarihte ileri düzenleme tarihli çek uygulamasının

bugün olduğu üzere kanun koyucu tarafından da kabullenilmiş olmadığı, dolayısıyla bu fiili duruma göre yapılacak bir açıklamanın hukuki olmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte en azından bugün için yazarın çek bakımından yaptığı yorumdan faydalanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Para alacağı içeren diğer kıymetli evrak arasında önemli bir yeri de anonim ortaklıkların ihraç edebileceği ve menkul kıymet kavramı altında toplanan kıymetli evrak teşkil eder. Bu kapsamda yer alan ve ortaklık hakkı içeren senetler bir tarafa bırakılırsa, menkul kıymetler kümesinin kalan büyük kısmını "borçlanma senetleri" üst başlığı altında toplanabilecek olan kıymetli evrak oluşturur (bkz. TK m. 504; SerPK m. 3-o). Bu kapsamda tahvil, finansman bonosu, banka bonosu, banka garantili bono, kıymetli maden bonosunun[377] yanı sıra varlığa veya ipoteğe dayalı menkul kıymetler[378] sayılabilir.

Ancak aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere biz ayni sermaye olmak bakımından, alacak hakkı içeren menkul kıymetlerin özellikle birer ödeme aracı niteliğindeki alacak senetlerinden farklı bir yaklaşımla değerlendirilmelerinin gerekli olduğu, bu bakımdan bunların alacak haklarının ayni sermaye yeterliliğine ilişkin rejime tabi kılınmalarının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Bu bakımdan aynı zamanda menkul kıymet niteliği de taşıyan alacak senetlerinin ayni sermaye yeterliliği ile ilgili açıklamalar aşağıda menkul kıymetler başlığı altında ayrıca yapılacaktır[379].

B. Emtiayı Temsil Eden Senetler

İçerdiği hak bakımından kıymetli evrakın tasnifinde alacak senetlerinden sonra en önemli yeri doktrinde emtia senetleri, emtiayı temsil eden senetler yahut eşya hukuku senetleri olarak adlandırılan kıymetli evrak tutar.

İsimlendirme konusunda görülen bu çeşitlilik gerek bu kapsamda yer alan senetlerin hangileri olduğu, gerekse bunların içerdiği hakkın türü noktasında kendini

[377] Söz konusu borçlanma araçları hakkında bkz. SPK II-31.1 sayılı tebliğ (RG 7.6.2013, S. 28670).

[378] Söz konusu borçlanma araçları hakkında bkz. SPK III-58.1 sayılı tebliğ (RG 9.1.2014, S. 28877).

[379] Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, XVI.

göstermekte, hatta isimlendirmedeki tercih esas itibariyle bu senetlerin içerdiği hakkın bir yansımasını oluşturmaktadır[380].

Kanımızca söz konusu kıymetli evrakın içerdikleri hakkın/sağladığı yetkinin türü, işlevleri ve nihayet bunlara bağlı olarak isimlendirilmeleri noktasında ilk planda MK m. 980 düzenlemesi esas alınmalıdır. Gerçekten de -MK m. 980'de tercih edilen terimle- "emtiayı temsil eden senetler"i diğer kıymetli evraktan ayıran ve bunların ortak bir çatı altında değerlendirilmesini gerektiren hususun ne olduğu bu hükümde açıklanmıştır. Hüküm incelendiğinde görüleceği üzere söz konusu senetler ayni hak nev'inden bir hakkı ihtiva etmezler; bunun yerine tam da isimlerinin ifade ettiği üzere haklarında düzenlendikleri emtiayı temsil ederler. Bu itibarla senedin elde bulundurulması/zilyedliği, senedin temsil ettiği emtianın elde bulundurulması/zilyedliği anlamına gelir. Nitekim bu husus bizzat MK m. 980'de *"...emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur"* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu senetlerin bir ayni hakkı değil, senedi devreden kimsenin senedin temsil ettiği emtia üzerinde sahip olduğu dolaylı zilyedlik durumunu içerdiği ve senedin devrinin de dolaylı zilyedliğin devralana intikal etmesini sağladığı söylenmelidir. Bu bakımdan emtiayı temsil eden senedin

[380] Öztan ayni hak türünden bir hakkı içeren kıymetli evrakı "eşya hukuku senetleri" olarak adlandırmakta, emtia senetleri deyiminin bu kapsamdaki bütün senetleri ifade edeceğinin şüpheli olduğunu, zira "emtia" kavramının menkul mallar için kullanıldığını, hâlbuki eşya hukuku senetlerinde yalnızca menkul mallara ilişkin ayni hakların mündemiç olması zorunluluğu bulunmadığını, nitekim ipotekli borç senedi ve irat senedinin bir gayrimenkul rehnini içerdiğini, nihayet (e)TK'nın kıymetli evrak kitabının altıncı faslında da isabetli olarak emtia senetleri başlığı altında sadece makbuz senedi, varant ve taşıma senedinin düzenlendiğini belirtmekte, neticede eşya hukuku senetleri kategorisi altında makbuz senedi, varant ve taşıma senedinin yanı sıra ipotekli borç senedi, irat senedi, konişmento ve deniz ödüncü senedini de saymaktadır, **Kıymetli Evrak Hukuku,** s. 169; Poroy/Tekinalp, emtia senetlerinin/eşyayı temsil eden senetlerin sahibine ilgili malın teslimini istemek hakkını veren senetler olduğunu, bunların herhangi bir ayni hak içermediğini ancak emtiayı temsil eden bir senedin devrinin emtianın teslimi anlamına geldiğini, sonuç itibariyle emtia senetlerinde "ayni hak işlevine sahip bir alacak hakkı"nın bulunduğunu belirtmektedirler, **a.g.e.,** s. 46, N. 34, s. 373, N. 552; Ülgen/Helvacı ise "çeşitli emtia üzerinde ayni hak türünden bir hakkı" içeren senetleri "emtia senetleri" olarak ifade etmekte, ayrıca Öztan'dan farklı olarak bu kavramın kapsamına yalnızca makbuz senedi ve varantın girdiğini, eTK döneminde emtia senetleri arasında yer alan taşıma senedinin ise TK m. 856 ve 858'in madde gerekçelerinde de ifadesini bulduğu üzere kıymetli evrak olmaktan çıkarıldığını, konişmentonun ise "emtia senedi" değil, alacak senetlerinin bir alt türü olan "emtiayı temsil eden senet" niteliğinde olduğunu ve zilyetliği talep konusunda bir alacak hakkı içerdiğini, nihayet ipotekli borç senedi ve irat senedinin de alacak hakkı içeren senetler olduğunu belirtmektedirler, Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 21, Kn. 55, 56.

devredilmesi, zilyetliğin havalesinin nitelikli bir hali olarak anlaşılmak gerekir[381, 382]. Böylece tevdi veya taşıma konusu eşyanın fiilen teslimine gerek kalmaksızın bu eşya üzerindeki zilyedliğin nakli sağlanmış olmaktadır. Zilyedliğin nakline duyulan ihtiyaç ise emtia üzerindeki mülkiyetin devri veya bunlar üzerinde rehin hakkı tesisi gibi çeşitli hukuki işlemlerden kaynaklanabilir. Ancak bu noktada emtiayı temsil eden senedin bir ayni hak içerdiğinden veya eşya üzerindeki ayni hakkı temsil ettiğinden bahsedilmesi yerinde değildir; emtia senedinin fonksiyonu anılan işlemler için ihtiyaç duyulan zilyedliğin devri şartını sağlamasıdır. Bu itibarla biz de emtiayı temsil eden senetlerin, temelde yatan bu hukuki ilişki dolayısıyla eşyanın teslimine yönelik bir alacak hakkı içerdikleri, ancak aynı zamanda zilyedliğin naklini sağlamak bakımından da alelade bir alacak senedinin aksine eşya üzerinde doğrudan (ayni) bir

[381] Nitekim Tekinay, emtia senetleriyle zilyedliğin naklinin hukuki türü itibariyle zilyedliğin havalesinden başka bir şey olmadığını belirtmektedir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 83. Ancak iki kurum arasındaki bu özdeşliğe rağmen arada özellikle dikkat edilmesi gereken önemli bir fark vardır: Zilyedliğin havalesinden farklı olarak emtiayı temsil eden kıymetli evrakın devri halinde zilyedliğin devrinin eşya üzerinde doğrudan zilyed konumunda bulunan kimseye karşı ileri sürülebilmesi için bu kişiye ayrıca bir ihbarda bulunulmasına gerek yoktur (karş. MK m. 979/2). Esasen bu durum emtiayı temsil eden senetlerin kıymetli evrak olmasının bir sonucudur. Gerçekten de kıymetli evrakta yer alan çifte ibraz kaydı dolayısıyla emtianın doğrudan zilyedi olan kimse, ancak senedin ibrazı mukabilinde emtiayı teslim edecektir (TK m. 646/1). Böyle olunca da MK m. 979/2'de aranan ihbar şartına ayrıca gerek kalmamaktadır.

[382] Bu noktada ortaya çıkan ve emtiayı temsil eden senetlerin etkisi konusunda ileri sürülen çeşitli teoriler arasında da tartışmalara neden olan bir sorun, bu senetlerin devrinin dolaylı zilyedliğin devri sonucunu doğurabilmesi için, devir sırasında senedi devredenin (dolaylı) zilyedliğinin devam etmesinin de şart olup olmadığıdır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca emtia senedinin emtiayı temsil işlevi, senet hamilinin mal üzerindeki zilyedliği ile kaimdir. Dolayısıyla umumi mağaza sahibinin veya taşıyanın emtiayı çaldırması veya kaybetmesi durumunda onun doğrudan zilyedliği, senet hamilinin de dolaylı zilyedliği sona ermiş olacağı için emtia senedi bu işlevini yitirecek, bir başka deyişle senedin devri tevdi veya taşıma konusu emtianın zilyedliğinin intikali sonucunu doğurmayacaktır, bu görüş için bkz. Çağa, Tahir/Kender, Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku II,** 9. Baskı, İstanbul 2009, s. 107 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 84; aksi görüş için bkz. Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku,** s. 1441, yazar kendisinin de kabul ettiği mutlak teori uyarınca, emtia senedinin iktisabının hamilin zilyedlik durumundan bağımsız olarak mülkiyetin intikali sonucunu doğuracağını, umumi mağaza sahibi veya taşıyıcı emtianın fer'i zilyedi oldukları sürece senedi iktisap eden kimsenin zilyedliği de elde edeceğini, ancak malların çalınmış veya kaybolmuş olması dolayısıyla zilyedlik sıfatı bulunmayan kimseden senedi iktisap eden iyi niyetli müktesibin de zilyedliği değil ama emtia üzerindeki mülkiyeti iktisap edeceğini, buna bağlı olarak eMK m. 902/MK m. 989'daki taşınır davası açma imkanından faydalanabileceğini belirtmektedir. Emtiayı temsil eden senetlerin etkisi konusundaki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, Nuşin, "Emtia Senetleri ile Yapılan Tasarrufların Hukuki Mahiyeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** Ankara 1961, s. 444 vd.; Çağa/Kender, **a.g.e.,** s. 100 vd.; Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku,** s. 1439 vd.

etki yaptıkları, sonuç itibariyle bunların ayni etkili alacak senetleri olduğu neticesine varıyoruz[383].

Hangi senetlerin bu başlık altında toplanacağı da yine MK m. 980/1'de *"bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrak"* şeklinde açıklanmıştır. Buna göre umumi mağazaların kendilerine tevdi edilen eşya karşılığında düzenleyebilecekleri makbuz senedi ve varantın (TK m. 832) yanı sıra, deniz yoluyla yük taşınmasına ilişkin sözleşme uyarınca bir taşıyıcıya bırakılmış emtia karşılığında düzenlenecek konişmento da eşyayı temsil eden kıymetli evrak arasındadır. Buna karşılık 6102 sayılı TK'da, eTK döneminden farklı olarak kıymetli evrak olarak düzenlenmemiş bulunan taşıma senedinin (TK m. 856 vd.) bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir[384].

TK makbuz senedinin bir tanımına yer vermemiştir. Bununla birlikte özellikle TK m. 839/1-(a) ve (c)'de makbuz senedinin -varantla veya varanttan ayrı olarak- devrinin umumi mağazaya tevdi olunan malların mülkiyetinin devri sonucunu doğuracağının düzenlenmiş olması, doktrinde makbuz senedinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını temsil eden/içeren bir kıymetli evrak şeklinde tanımlanması sonucunu doğurmuştur[385]. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere emtiayı temsil eden senetler eşyayı temsil eder ve bunlar üzerindeki dolaylı zilyedliğin devrine imkân tanır. TK m. 839/1-(a) ve (c)'de ise zilyedliğin devrine temel teşkil eden hukuki ilişkinin ne olacağı konusunda bir faraziye düzenlenmiştir. Buna göre makbuz senedinin cirosu her durumda mülkiyetin devri sonucuna yol açar; başka bir ifadeyle makbuz senedi ancak eşya üzerindeki mülkiyetin devri amacıyla kullanılabilir. Ancak kanunun makbuz senedinin cirosuna bağladığı bu sonuç, hiçbir şekilde bu senedin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını mündemiç olduğu sonucunu doğurmaz. Aksine kanun kendisine bu sonucu bağladığı için makbuz senedinin cirosunun daima mülkiyetin devrine ilişkin bir iradeyi içerdiği farzedilmekte, MK m.

---

[383] Türk hukukunda bu görüş için bkz. konişmento bakımından Çağa/Kender, **a.g.e.,** s. 100 vd.; genel olarak emtia senetleri bakımından Poroy/Tekinalp, **a.g.e.,** s. 46, N, 34, s. 373, N. 552.

[384] Nitekim kanun koyucu bu tercihini TK m. 856 ve 858'in madde gerekçelerinde açıkça ortaya koymuştur, konuyla ilgili olarak bkz. Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 21, Kn. 54, 55.

[385] Bu yönde bkz. Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku,** s. 169; Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 21, Kn. 55; s. 332, Kn. 1279.

980 ile emtiayı temsil eden senetlere tanınan zilyetliğin havalesi işlevi de mülkiyetin devrinin gerçekleşmesi için ihtiyaç duyulan zilyedliğin devrinin, teslimsiz olarak gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Konumuz açısından asıl önemli noktaya gelecek olursak, makbuz senedinin sermaye olarak ortaklığa getirilmesi, yukarıda işaret ettiğimiz TK m. 839 ve MK m. 980 hükümleri çerçevesinde, umumi mağazaya tevdi edilmiş olan emtianın ortaklığa intikali anlamına gelecektir. Makbuz senedinin kıymetli evrak olduğu ve sebeple devredilebilirliği konusunda bir tereddüt bulunmadığı düşünülürse, makbuz senedinin ayni sermaye yeterliliğinin tespitinde asıl değerlendirilmesi gereken nokta, makbuz senedinin temsil ettiği ve umumi mağazaya tevdi edilmiş olan emtianın ayni sermaye yeterliliği bulunup bulunmadığıdır. Şu halde tevdie konu eşyanın ayni sermaye yeterliliğinin bulunması[386] ve özellikle üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunmaması halinde[387] neticede makbuz senedinin de ayni sermaye yeterliliği bulunduğu sonucuna varılacaktır. Bu noktada makbuz senedi ve varant birlikte tedavül ettikleri sürece makbuz senedinin ayni sermaye yeterliliği bakımından özel bir tereddüt söz konusu olmayacaksa da, TK m. 839/1-b uyarınca varantın makbuz senedinden ayrı olarak devri, tevdi konusu mallar üzerinde rehin hakkı kurulmuş olduğu anlamına geleceğinden, varanttan ayrı bir makbuz senedinin ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı, zira bu durumda hakkında makbuz senedinin düzenlendiği eşya üzerinde ayrıca rehin hakkı tesis edilmiş olduğu, bunun ise TK m. 342 uyarınca bir ayni sermaye yeterliliği engeli teşkil edeceği belirtilmelidir.

Tıpkı makbuz senedinde olduğu üzere varant da TK'da özel olarak tanımlanmamış, ancak TK m. 839/1-b'de tek başına varantın cirosunun senedi devralan kişiye tevdi konusu mallar üzerinde rehin hakkı sağlayacağı hükme bağlanmıştır. Burada da makbuz senedine paralel bir biçimde, varantın cirosunun

[386] Umumi mağazalara tevdi edilecek mallar daima menkul mal niteliğindedir. Nitekim gerek MK m. 980'de gerekse eTK m. 744 vd. hükümlerinde tercih edilen "emtia" tabiri de bu hususa işaret etmektedir. Nitekim "emtia" Türk Hukuk Lugatı'nda "ticaretin mevzuunu teşkil eden her türlü menkul mallar" şeklinde tanımlanmıştır, **Türk Hukuk Lugatı,** s. 85. Bu bakımdan hiç değilse ilk bakışta hakkında makbuz senedi düzenlenebilecek eşyanın ayni sermaye yeterliliği olduğu söylenebilir. Umumi mağazalara kabul edilebilecek malların listesi için bkz. Umumi Mağazalar Tüzüğü m. 20.

[387] Bu noktada TK m. 841 uyarınca kural olarak umumi mağazalara tevdi olunan eşya üzerinde haciz, el koyma ve rehin işlemlerinin yapılamayacağı, tüm bu işlemlerin ancak makbuz senedi ve varant üzerinde yapılabileceği de belirtilmelidir.

altında daima rehin hakkı tesisine yönelik bir irade bulunduğu faraziye olarak kabul edilmiştir. Ancak yine orada olduğu gibi taşınır üzerindeki rehnin geçerli bir biçimde kurulması için ihtiyaç duyulan zilyedlik devri, MK m. 980 ile eşyayı temsil eden senetlere tanınan etki ile sağlanmaktadır.

Hakkında varant tanzim edilebilecek malvarlığı kalemlerinin –yine makbuz senedinde olduğu gibi- daima menkul mal niteliğinde olacağı dikkate alındığında, varantın ayni sermaye olarak getirilmesinin esasında taşınır üzerindeki bir rehin hakkının ayni sermaye olarak getirilmesi anlamına geleceği anlaşılacaktır. Hâlbuki ilgili bölümde belirttiğimiz üzere[388] taşınırlar üzerindeki rehin hakkının ayni sermaye yeterliliği, özellikle buna sermaye olarak nakdi bir değer biçilmesinin imkânsızlığı dolayısıyla, mevcut değildir.

Ancak bu noktada varantın devrinin yalnızca eşya üzerindeki senedi devralan lehine bir rehin hakkı kurulması sonucunu doğurmadığına, esasında bu rehin hakkının bir fer'ini teşkil ettiği asıl alacağın da devir kapsamında olduğuna dikkat edilmelidir. Gerçekten de doktrinde genellikle varantın eşya üzerindeki rehin hakkını temsil ettiği üzerinde durulmuş ise de doktrinde Domaniç ve onu takiben Arıcı, varantın ilk cirosu yapılarak teslim edildiği andan itibaren esasen rehin hakkı ile teminat altına alınan para alacağını temsil eden bir kıymetli evrak haline geldiğini haklı olarak ifade etmişlerdir[389]. Gerçekten de rehin hakkının asıl alacağın bir fer'i olması ve onun akıbetine tabi olmasının doğal bir sonucu, asıl alacak ve bu alacağı temin eden rehin hakkının birbirinden ayrılamamasıdır. Nitekim bu gerçeğe uygun olarak TK m. 840/1'de de varantın ilk cirosunun, hangi borcu teminat altına almak için yapılmışsa onu, faiz oranını ve vadeyi içermesi gerektiği hükme bağlanmıştır[390]. Böylece bu ilk ciro ile birlikte rehinle temin edilen alacak varanta bağlanmakta ve

[388] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1.

[389] Domaniç, Hayri, **Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması- TTK Şerhi IV,** İstanbul 1990, s. 896; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 64 ve dn. 166, Arıcı ayrıca bu sonuca bağlı olarak sınıflandırma açısından da varantı bir alacak senedi olarak değerlendirmekte ve alacağı temsil eden kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliğini tartıştığı bölümde incelemektedir.

[390] Varantın ilk cirosunda bu hususların gösterilmemesi halinde varantı iktisap edenlerin, varanta bağlanan alacağın tevdie konu emtia bedelinin tamamını kapsadığı kanaatini beslemekte haklı kabul edilecekleri, ayrıca vadenin gösterilmemesi durumunda da varantın görüldüğünde vadeli bir senet olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Arseven, Haydar, "Umumi Mağazalar", **İÜHFM,** 1945, C. 10, S. 3-4, s. 598; aynı yönde Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 1457.

varant asıl olarak söz konusu alacak hakkını içeren bir kıymetli evrak halini almakta, bu kıymetli evrakın ve dolayısıyla alacağın devri de doğal olarak fer'i olan rehin hakkının devri sonucunu doğurmaktadır[391].

Bu açıdan bakıldığında varantın devri esasında rehinle temin edilen alacağın devri anlamına geleceği için ayni sermaye yeterliliğinin değerlendirilmesi bakımından da taşınır rehninin değil alacak hakkının devri ile ilgili olarak yapılan açıklamalara gitmek gerekir. Bu halde ise kural olarak varantın içerdiği alacak bir vadeye bağlı olacağı için[392], söz konusu vadenin henüz gelmemiş olduğu hallerde TK m. 342 hükmü uyarınca varantın da ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Buna karşılık somut olayda varantın içerdiği alacağın muaccel olması durumunda ise kural olarak ayni sermaye yeterliliğinin önünde bir engel bulunmadığı belirtilmelidir.

Nihayet konişmentonun da yaptığımız tasnifte emtiayı temsil eden senetler arasında yer aldığını ve dolayısıyla konişmentonun fonksiyonunun da navlun sözleşmesi uyarınca taşınmak üzere taşıyıcıya bırakılmış olan eşyanın üzerindeki dolaylı zilyetliğin intikalini sağlamak olduğunu belirtmiştik. Konişmentonun ayni sermaye yeterliliği belirlenirken, öncelikle zilyetliğin havalesine temel oluşturan hukuki ilişkinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Gerçekten de konişmentonun devri yoluyla zilyetliğin havalesi ihtiyacı her şeyden önce taşıma konusu eşyanın satılması dolayısıyla gündeme gelebileceği gibi, bunun dışında da örneğin yük üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi için gereken zilyetlik devri de konişmentonun devri ile gerçekleştirilebilecektir. Dolayısıyla konişmentonun mülkiyetin devri dolayısıyla verildiği takdirde taşınır üzerindeki mülkiyetin ortaklığa intikali söz konusu olacağından kural olarak konişmentonun devrinin geçerli bir ayni sermaye olduğu sonucuna varılacaktır. Buna karşılık emtia üzerinde rehin hakkı kurmak amacıyla senedin devredilmesi, daha önce taşınır eşya üzerinde kurulan rehin

[391] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 64, dn. 166.

[392] Nitekim varantın ilk cirosunun, varant ile teminat altına alınan alacağın vadesini de içermesi gerektiği yönünde TK m. 840/1.

hakkının ayni sermaye yeterliliği ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalara atıfla[393], geçerli bir ayni sermaye kalemi teşkil edemeyecektir.

C. Ortaklığa Katılma Hakkı Veren Kıymetli Evrak ve Özellikle İntifa Senetleri

Anonim ortaklık hisse senetlerinin ayni sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığı, daha önce ayrı bir başlık altında ele alınmıştı. Burada ise, hisse senedinde olduğu gibi sahibine pay sahipliği sıfatı vermeyen, ancak pay sahibine tanınan mali haklardan bazılarından istifade imkânı sunan ve "katılma senetleri" şeklinde ortak bir başlık altında toplanabilecek olan kıymetli evrak ve bunların içinde de özellikle intifa senetlerinin ayni sermaye yeterliliği üzerinde durulacaktır.

Doktrinde konuyu özel olarak inceleyen Arıcı, bazı kıymetli evrakın içerdiği alacak hakkının şarta veya hukuki şarta bağlı olması dolayısıyla beklenen hak niteliğinde olduğunu, dahası bu senetlerdeki alacağın içeriğinin de ancak gelecekte belirlenebileceğini belirtmekte, bu kapsamda özellikle anonim ortaklıktaki intifa senetleri üzerinde durarak, bunların içerdikleri örneğin kâr payı hakkının ancak kârın elde edilmesi ihtimalinde doğacağını, hâlbuki bunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin veya ne miktarda gerçekleşeceğinin önceden bilinmesinin olanaksız olduğunu, benzer sonuca tasfiye bakiyesine katılma hakkı veren intifa senetleri açısından da varılabileceğini belirttikten sonra, katılma intifa senetlerinin, kâr ve zarar ortaklığı belgesinin, gelir ortaklığı senetlerinin ve zarar sigortalarına ilişkin düzenlenmiş sigorta poliçelerinin de aynı gerekçelerle ayni sermaye yeterliliklerinin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır[394].

Kanımızca intifa senetlerinin veya benzer nitelikteki kıymetli evrakın ayni sermaye yeterliliği ve özellikle de bunların nakden değerlenmesinin mümkün olup olmadığı hakkında kanaate ulaşabilmek için öncelikle bunların içerdiği hakkın niteliği ortaya konmak gerekir. Gerçekten de şayet bu senetlerin bir alacak hakkı içerdiği kabul edilirse, Arıcı'nın haklı olarak belirttiği üzere, senedin içerdiği alacak

[393] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1.

[394] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 61-62.

hakkı beklenen hak niteliğinde olduğundan, müeccel alacakların dahi ayni sermaye yeterliliğinin kabul edilmediği bir sistemde, intifa senedinin ayni sermaye yeterliliği de bulunmadığı sonucuna varmak gerekecektir.

Doktrinde intifa senetlerinin hukuki niteliği ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[395]. Bu noktada ağırlık kazanan kanaat intifa senedinin şarta bağlı bir alacak hakkı içerdiği yönündedir[396]. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre[397] intifa senetlerinin içerdiği hak bir alacak hakkı değil, anonim ortaklık malvarlığına katılmaktan kaynaklanan bir haktır. Würdinger'i takiben dikkat edilmesi gereken nokta, intifa senedinin içerdiği hakkın, senet sahibine belirli bir tutarın ödenmesi istemini vermediği için alacak hakkı niteliği taşımadığı, alacaktan farklı olarak intifa senedi sahibinin katılma ilişkisi neticesinde ortaklık kârından veya tasfiye artığından bir pay elde ettiği, alacak hakkı ile intifa senedinden doğan hakkın tıpkı pay ile alacak hakkı arasında olduğu gibi katılma yönünden birbirinden ayrıldıklarıdır. Yazar haklı olarak ancak kâr elde edildikten -ve bunun dağıtılması kararlaştırıldıktan[398]- sonra genel bir hak olan katılma hakkının alacak hakkına dönüşeceğini belirtmektedir[399].

Gerçekten de intifa hakkı sahibinin ortaklıkla olan iktisadi ilişkisi, alacaklı ile şirket arasındaki ilişkiden çok pay sahibi ile şirket arasındaki ilişkiye benzemektedir. İntifa hakkı sahibinin durumu özellikle yönetimsel haklara katılamama ve neticede ortaklık karşısında üçüncü kişi olmak bakımından pay sahibinden ayrılıyorsa da, intifa senedi dolayısıyla sahip olduğu mali hakların tıpkı pay sahibi bakımından olduğu gibi doğrudan doğruya ortaklığın ekonomik faaliyetinin sonuçlarına, başka bir deyişle ortaklığın ekonomik kaderine tabi olması bakımından ona yaklaşmakta ve

---

[395] Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 60 vd.

[396] Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 77 vd.; Türk doktrininde bu görüşte olan yazarlar için bkz. a.e., s. 78, dn. 96.

[397] Türk hukukunda bu görüşte Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1215, 1222; Tekil, **a.g.e.,** 1978, s. 569; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 77.

[398] Bu noktada eTK'dan farklı olarak TK m. 348/3 ile açık bir düzenleme getirildiğine ve dağıtılabilecek kâr mevcut ise şirket kâr dağıtılmamasına karar vermiş olsa bile kurucu intifa senedi sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacaklarına dikkat edilmelidir. Kurucu intifa senedi sahiplerinden bahseden bu hüküm, TK m. 502/1'in atfı dolayısıyla diğer intifa senedi sahipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

[399] Würdinger'den naklen Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 75.

alacaklının ortaklığın ekonomik durumuna kayıtsız pozisyonundan uzaklaşmaktadır[400]. Yine alacaklı ile ortaklık arasında çoğu defa nispeten kısa süreli veya tek seferlik/arızi bir ilişkinin kurulmasına karşılık, intifa senedi sahibi ile ortaklık arasında katılma ilişkisinin sonucu olarak kaideten uzun süreli bir ilişki doğmakta ve –önceden esas sözleşmede itfa zamanının kararlaştırılmış olması gibi- özel durumlar dışında bu ilişki tıpkı pay sahibi bakımından olduğu gibi intifa senedi sahibinin iradesi bu yönde olduğu sürece devam etmekte, bazen ömrü boyunca sürebilmektedir. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde intifa senetlerinin, içerdikleri hakkın türü bakımından da alacak senetleri arasında değerlendirilemeyeceği, ortaklık hakkı veren senetler veya katılma senetleri şeklinde ayrı bir başlık altında ele alınmaları gerekeceği kanaatindeyiz.

Şu halde ayni sermaye yeterliliği bakımından yapılacak bir değerlendirmede de intifa senedi sahibinin hakkının bir alacak hakkı olmadığına, ayni sermaye olmak bakımından daha ziyade pay sahipliği hakkına yaklaştığı hususuna dikkat edilmelidir. Bu bakımdan bir anonim ortaklıkta sahip olunan pay sahipliği hakkı anonim ortaklığa getirilirken buna nasıl değer biçilebiliyorsa, intifa senedine de aynı şekilde değer biçilebilir. Yine nasıl ki pay senedinin değeri, içerdiği ekonomik nitelikli hakların, örneğin kâr payına ve tasfiye bakiyesine katılma, yeni pay alma gibi hakların doğuracağı alacak haklarının nakdi değerlerinin bir toplamı olarak hesap edilmiyorsa, intifa hakkının da sermaye olarak arzedeceği değer, sahip olduğu münferit hakkın doğuracağı alacak hakkı üzerinden değil, özellikle payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıkların hisse senetlerinin değerlenmesinde uygulanan metodla belirlenmelidir[401]. Bu noktada özellikle bir borsada işlem gören yahut

[400] Bu bakımdan SPK VII-128.1 sayılı tebliğinde bu kapsamdaki menkul kıymetler için "pay benzeri menkul kıymetler" kavramının kullanılmış olması da bu benzerliği gözeten bir yaklaşımın neticesi olarak anlaşılmalıdır. Söz konusu tebliğin 4-r maddesinde bu kavram *"Sermayede temsil edilmesi zorunlu olmayan, sabit bir getiri taahhüdü barındırmayan, pay sahipliği haklarından birini ya da bir kısmını veren ve bu nitelikte olduğu Kurulca belirlenen menkul kıymetler"* olarak tanımlanmıştır. Yine SerPK m. 3-o/1'de kullanılan "pay benzeri diğer kıymetler" ibaresi de aynı kavrama işaret ediyor olmalıdır.

[401] Nitekim intifa senetlerinin efektif bir değeri bulunabileceği ve kural olarak bu değerin intifa senetlerine tahsis edilen fiili kâr hisseleri kapitalize edilerek hesaplanacağı yönünde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 169.

piyasası bulunan intifa senetleri bakımından rayiç değer söz konusu olabileceği, değerlemenin de bu rayiç değer üzerinden yapılabileceği belirtilmelidir[402, 403].

Bu açıklamalar çerçevesinde menkul kıymet niteliğinde olmak üzere ihraç edilen ve yukarıda tartışılan sorun bağlamında intifa senetlerine benzeyen katılma intifa senetlerinin[404] de ayni sermaye yeterliliği bulunduğu kanaatindeyiz.

XVI. MENKUL KIYMETLER

Menkul kıymet kavramına SerPK'nın "Kısaltmalar ve tanımlar" başlıklı 3. maddesinin "o" bendinde yer verilmişse de, maddenin kenar başlığından beklenenin aksine, söz konusu bentte bu kavramın bir tanımına yer verilmemiş, yalnızca menkul kıymet kavramının

"Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını,

2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını"

ifade ettiği hükme bağlanarak, eSerPK'nın aksine sayma metodu benimsenmiştir[405].

---

[402] Arıcı söz konusu kıymetli evrak arasında menkul kıymet niteliğinde olan ve hatta bir borsada işlem görenlerin tedavül değeri veya rayiç değerinin bulunabileceğini belirttikten sonra, söz konusu kıymetli evrakın bu değerler üzerinden sermaye olarak getirilmesinin mümkün olup olmadığını ele almakta, ancak bu senetlerin içerdiği hakkın bir alacak hakkı olduğu yönündeki görüşü doğrultusunda miktarı belirli olmayan bir para alacağını içeren kıymetli evrakın tedavül değeri esas alınarak getirilmesi imkânını reddetmektedir, **Alacak Hakkı,** s. 62-64.

[403] İntifa senetlerinin içerdiği hakkın bir alacak hakkı olmadığı görüşünde olduğumuzdan, söz konusu senetler bakımından TK m. 342'deki müeccel alacaklara ilişkin yasağın değerlendirilmesine de ayrıca gerek olmadığını belirtmekle yetinelim.

[404] SPK VII-128.1 sayılı tebliğ (RG 22.6.2013,S. 28685).

[405] Hâlbuki aynı kavram 2499 sayılı eSerPK m. 3/b'de "Ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evrak" olarak tarif edilmiş, doktrinde de bu tarif genel itibariyle kavramın çerçevesini çizen bir tanım olarak kabul görmüştü. Yeni kanunda kavramı tarif eden bir tanıma yer verilmemiş olması, münferit olarak neyin menkul kıymet olduğunun tespitini zorlaştıracak bir tercihtir.

Bir kere burada yapılan sayımın tahdidi olup olmadığı tartışılabilir. Ülgen/Helvacı, kanımızca da haklı olarak, burada sınırlı gibi görünen sayımın esasen nispi nitelikte olduğunu, zira hükümde kullanılan "pay benzeri diğer kıymetler" veya "borçlanma araçları" gibi ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu

SerPK'nın iki alt bent halinde saydığı kalemlerden esasen birincisini teşkil eden anonim ortaklık hisse senetlerinin ayni sermaye yeterliliği eserimizde müstakil bir başlık altında tartışıldığı gibi, "pay benzeri diğer kıymetler" kavramı altında değerlendirilebilecek olan anonim ortaklık intifa senetleri de[406] yine yukarıda "kıymetli evrak" başlığı altında ele alınmıştı.

Esasen menkul kıymetlerin bu ilk grubu kendine has bir hukuki konum teşkil eden pay sahipliğini ve -bizim de benimsediğimiz görüşe göre- anonim ortaklığın malvarlığına katılmaktan kaynaklanan bir hakkı içermektedir. Hâlbuki ikinci grup kapsamındaki menkul kıymetlerin genel olarak bir alacak hakkı içerdiği söylenebilir. Menkul kıymetin bünyesinde bir alacak hakkının yer alması halinde ise mesele, TK m. 342'nin anonim ortaklıkta müeccel alacak haklarının ayni sermaye yeterliliğini açıkça reddetmesi karşısında ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Zira bir alacak hakkı içeren menkul kıymetler, eSerPK m. 3/b'deki tanımda da açıkça ifade edildiği

---

düzenlemeyle aslında bir çerçeve çizilmiş olduğunu, ayrıca SerPK m. 128/1-(e) ile SPK'ya kanunda öngörülenlerin dışında yeni sermaye piyasası araçları ihdas etme yetkisi verilmiş olmasının da menkul kıymetlerin SerPK m. 3/1-(o)'da sayılanlardan ibaret olmadığını gösterdiğini belirtmektedir, Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 33, N. 85.

Ancak buradaki sayımın sınırlayıcı olmadığı tespiti de, neyin menkul kıymet olduğunu tespit etmek bakımından tek başına yeterli değildir. Hâlbuki eSerPK'da yapılan tanım, isabeti tartışılabilirse de, neyin menkul kıymet olduğunu tespit etmek açısından kullanılabilecek unsurlara yer vermekteydi. Bu bakımdan uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek açısından bir tanıma olan ihtiyaç açıktır.

Bununla birlikte yeni kanunun sermaye piyasası araçlarının belirlenmesi noktasında SPK'ya münhasır bir yetki tanımış olması, menkul kıymet kavramı bakımından da benzer bir yaklaşımın, kanun metnine yansımamışsa bile, hiç değilse kanunun genel yapısı itibariyle mevcut olduğu şeklinde anlaşılabilir. Gerçekten de SerPK m. 3/ş'de "sermaye piyasası araçları" kavramının, "menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını" ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Menkul kıymetlerin sermaye piyasası araçları içerisindeki en önemli alt kümeyi teşkil ettiği dikkate alınırsa (sermaye piyasası aracı kavramı ve menkul kıymetler ile olan ilişkisi hakkında bkz. Paslı, Ali, "Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,** C. II, İstanbul 2007, s. 1520 vd. ve özellikle s. 1525), bu münhasır belirleme yetkisinin menkul kıymetlere de teşmil edilebileceği sonucuna dahi varılabilir.

[406] Burada ayrıca tartışmaya girmeksizin belirtelim ki intifa senetlerinin menkul kıymet niteliği Türk doktrininde Paslı tarafından güçlü gerekçelerle tartışılmış ve reddedilmiştir. Yazar özellikle eSerPK dönemindeki tanımı esas alarak yaptığı incelemede, özellikle ortaklık açısından bakıldığında bir yatırım aracı olmaması, seri halinde ihraç edilmemesi ve şartlarının da SPK tarafından belirlenmemiş olması dolayısıyla katılma intifa senetleri haricinde adi veya kurucu intifa senetlerinin menkul kıymet niteliğinde olmadığını savunmuştur, bkz. Paslı, **Menkul Kıymetler,** s. 1533-1534, 1542, 1546. Buna karşılık doktrinde daha yaygın olarak intifa senetleri de menkul kıymet olarak kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Ünal, Oğuz Kürşat, **Menkul Kıymetler,** Ankara 1988, s. 20; Teoman, **İntifa Senetleri,** s. 170-171; Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 35, Kn. 93; intifa senetlerinin "bazan" menkul kıymet niteliğinin de bulunduğu yönünde Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1214.

gibi dönemsel gelir (genellikle faiz) getirmeleri için ihraç edildiklerinden, hemen daima bir vade içerirler. Böyle olunca en azından ilk bakışta, alacak hakkı içeren bir menkul kıymetin, şayet vadesi gelmemiş ise, anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilebilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır.

Ancak kanımızca bünyesinde müeccel bir alacak hakkı mündemiç olsa bile, menkul kıymetlerin kendilerine özgü yapısı ve özellikle ekonomik hayatta icra ettikleri fonksiyon, bunların TK m. 342'deki yasak karşısındaki konumlarının hem diğer alacak haklarından hem de yine birer alacak hakkı içeren kambiyo senetlerinden farklı bir şekilde değerlendirilmelerini gerektirmektedir[407].

Menkul kıymetler ekonomik işlevleri itibariyle, örneğin bir kambiyo senedinde olduğu gibi ödeme aracı değil yatırım aracı niteliğindedirler[408]. Hatta menkul kıymet kavramının asıl ayırt edici niteliği ve kavramsal unsuru, bir yatırım aracı niteliği arzetmesidir[409]. Dolayısıyla bir menkul kıymetin anonim ortaklık tarafından sermaye taahhüdü çerçevesinde devralınması da iktisadi işlevi itibariyle bir alacağın yahut kambiyo senedinin devralınmasından farklı bir iktisap teşkil eder. Gerçekten de içeriğinde bir alacak hakkı bulunan kambiyo senedinin yahut böyle bir senede bağlanmamış bir alacağın ortaklık tarafından devralınması halinde bundan beklenen sonuç bu alacağın tahsil edilmesi yahut ortaklığın bir borcunun ifası için kullanılmasıdır. Bu itibarla kanun koyucunun böyle bir alacağın muaccel ve dolayısıyla bir an evvel kullanılabilir olmasını arzu etmesi (TK m. 342, m. 130/2) bir

---

[407] Bu kanaatimizin bir gereği olarak özellikle bir alacak hakkı içeren menkul kıymetlerin ayni sermaye yeterliliği, örneğin kıymetli evrak başlığı altında incelenmek yerine burada ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Gerçekten de menkul kıymetler eSPK m. 3/b'de de ifadesini bulduğu üzere daima kıymetli evrak niteliğindedir. Bu itibarla her kıymetli evrakın menkul kıymet olmadığı ancak her menkul kıymetin kıymetli evrak olduğu da doktrinde ifade edilmiştir, bkz. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.,** s. 41, N. 29; 6362 sayılı SerPK'da menkul kıymetlerin kıymetli evrak niteliği açıkça vurgulanmamış olmasına rağmen aynı sonuca ulaşılmasını gerektiren –bizim de katıldığımız- gerekçeler için bkz. Ülgen/Helvacı (Kendigelen/Kaya), **a.g.e.,** s. 33, Kn. 86.

[408] Nitekim bu yönde bkz. eSerPK m. 3/b.

[409] Menkul kıymetin bu yönüne vurgu yapan yazarlar için bkz. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.,** s. 41, N. 29; Paslı, **Menkul Kıymetler,** s. 1534; menkul kıymet kavramının doğum yeri olan Amerikan hukukunda da, kavramın sınırlarının belirlenmesi bakımından belirleyici nitelikte olan çeşitli yargısal içtihatlarda menkul kıymetlerin özellikle yatırım aracı olma niteliği vurgulanmış, erken tarihli kararlardan itibaren bir muamelenin temelinde yatırım gayesinin bulunması yahut muamelenin özünü bir "yatırım sözleşmesi"nin oluşturması halinde bu muamelenin bir menkul kıymet teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, **a.g.e.,** s. 32 vd.

ölçüde anlaşılabilir. Hâlbuki ortaklığın bir menkul kıymeti devralması halinde bundan beklenen asıl fayda, bir yatırım aracı olarak orta veya uzun vadede[410] sağlayacağı getiriden ortaklığın faydalanmasıdır. Dolayısıyla örneğin bir tahvilin sermaye olarak devralınması halinde bunun müeccel bir alacak hakkı içerdiğinden bahisle ayni sermaye olamayacağını söylemek, tahvilin yatırım aracı işlevini dikkate almamak anlamına gelir. Tahvilden beklenen ekonomik fayda salt bunun içerdiği itibari değerin tahsil edilmesi değil, esasen bir yatırım aracı olarak sağladığı dönemsel faiz getirisinden ve ekonomik verilerdeki değişimler dolayısıyla (faizlerin düşmesi, enflasyon oranındaki değişim) oluşabilecek kazançtan da faydalanmaktır. Bu fark, alacak hakkı içeren menkul kıymetlerin ayni sermaye olmak bakımından alacak haklarından farklı bir şekilde ele alınmaları gereğini ortaya koymaktadır.

Yine menkul kıymetlerin birer yatırım aracı niteliğinde olmalarının bir sonucu da bunların yaygın bir biçimde menkul kıymet borsalarında işlem görmeleridir[411]. Esasında bir borsada işlem görmek, menkul kıymet kavramının unsurları arasında yer almaz; dolayısıyla borsada işlem görmeyen menkul kıymetlerin varlığı da pekâlâ mümkündür[412]. Bununla birlikte menkul kıymetin kavramsal unsurlarının, bunların bir borsada işlem görmesini sağlayacak şekilde dizayn edildiği, dolayısıyla yapısı itibariyle menkul kıymetlerin borsada işlem görmeye "meyyâl" olduğu söylenmelidir[413]. Gerçekten de örneğin eSerPK m. 3/b'deki tanımda bahsedilen ve *"...misli nitelikte, seri halinde çıkarılan ibareleri aynı olan..."* şeklinde formüle edilen unsurlar, esasen menkul kıymetlerin kolaylıkla

[410] Menkul kıymetlerin "orta ve uzun vadeli" yatırım aracı olma nitelikleri esasen kanun metinlerinde kavramsal bir unsur olarak yer almamıştır. Ancak 1981 tarihli ve 2499 sayılı SerPK döneminde, kanunda yapılan nispeten kısa tanım, SPK'nın Seri: V No: 1 sayılı tebliği ile –normlar hiyerarşisine aykırı bir biçimde- genişletilmiş, söz konusu tebliğin ikinci maddesinde menkul kıymetlerin "orta ve uzun vadeli yatırım aracı olarak kullanılan" kıymetli evrak olduğu belirtilmiştir.

[411] Menkul kıymetlerin yatırım aracı olmaları ile sermaye piyasalarında işlem görmeleri arasında doğrudan bir bağlantı mevcuttur. Bir başka ifadeyle menkul kıymetler esasen birer yatırım aracı olmaları dolayısıyla piyasalarda işlem görme imkânına da kavuşmaktadırlar. Doktrinde bu bağlantıya dikkat çeken Poroy/Tekinalp, **a.g.e.,** s. 42, N. 29; Paslı, **Menkul Kıymetler,** s. 1534.

[412] Bu bakımdan örneğin borsaya kote edilmemiş anonim ortaklık payları da menkul kıymet niteliğini haizdir.

[413] Nitekim SPK uyarınca çıkarılan çeşitli menkul kıymetlere ilişkin ikincil mevzuatta da bunların borsada işlem görmelerini öngören çeşitli hükümler yer almaktadır, bu yönde bkz. SPK II-31.1 sayılı tebliğ m. 4/6; III-58.1 sayılı tebliğ m. 7/12; III-59.1 sayılı tebliğ m. 5/3; III-61.1 sayılı tebliğ m. 7/3, 10/4; VII-128.3 sayılı tebliğ m. 6/1.

bir piyasada işlem görmesine hizmet etmektedir. Menkul kıymetlerle adeta özdeşleşen, bir piyasada işlem görmek, dolayısıyla kolayca nakde tahvil olunabilmek keyfiyeti, *"menkul kıymetleştirme (securitisation)"* kavramında kendini en açık bir biçimde göstermektedir. Bu kavram kısaca *"bir işletmenin duran varlıklarına akışkanlık kazandırılması"* olarak tarif edilebilir[414]. Burada görüldüğü üzere, ekonomik bir varlığın menkul kıymetleştirilmesi, ona akışkanlık kazandırmak, daha açık bir ifadeyle bu varlığın nakde dönüştürülebilmesini[415] kolaylaştırmak anlamını içermektedir. Şüphesiz menkul kıymet kavramının bu anlamı çağrıştırmasını mümkün kılan en önemli faktör, bunların sermaye piyasalarında işlem görebilecek olmalarıdır.

Şu halde gerek borsalarda (SerPK m. 65) gerekse borsalar dışında teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde (SerPK m. 66) işlem görmeleri durumunda menkul kıymetler istenildiği zaman kolayca paraya çevrilebilecektir[416]. Hâlbuki içeriğinde bir alacak hakkı bulunan menkul kıymetlerin, salt bu muhtevaları sebebiyle ayni sermaye yeterliliği bakımından da alacak haklarına ilişkin rejime tabi tutulması halinde bu nitelikleri gözden kaçırılmış olacaktır. Zira bu halde örneğin borsada işlem gören bir tahvilin bir anonim ortaklığa sermaye olarak konmak istenmesi halinde, esasen söz konusu tahvil –örneğin bir yatırım aracı olarak kullanılmak istenmiyor, yahut da değerindeki artış nedeniyle yüksek bir bedelle elden çıkarılması arzu ediliyorsa- işlem gördüğü piyasada kolaylıkla ve piyasa değeri üzerinden paraya çevrilebileceği halde, bu tahvilin içerdiği alacağın vadesinin gelmemiş olması dolayısıyla ayni sermaye yeterliliğinin bulunmadığı sonucuna varılacaktır (TK m. 342). TK m. 342'de müeccel alacaklar için getirilen yasağın

---

[414] Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1094e.

[415] Menkul kıymetleştirmenin bir "paralaştırma" işlemi olduğu yönünde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1094ı.

[416] Nitekim işletmelerin sermaye piyasası araçlarını iktisap ederken gözettikleri amaçlar arasında, bunların kolayca paraya dönüştürülebilecek nitelikte olmaları dolayısıyla işletmeye likidite esnekliği sağlamaları da sayılmaktadır, bu konuda bkz. Sevilengül, **a.g.e.,** s. 198.

Buna bağlı olarak menkul kıymetler muhasebe bakımından da kısmen farklı bir uygulamaya tabi tutulmaktadırlar. Nitekim, istenildiği anda değer kaybına uğramaksızın nakde çevrilebilir nitelikteki menkul kıymetlerin, muhasebeleştirme esnasında menkul kıymetler bölümündeki hesaplarda izlenmelerine rağmen mali tablo analizinde hesaplama ve değerlendirmelere "hazır değer" olarak katılacağı yönünde bkz. Sevilengül, **a.g.e.,** s. 198, dn. 123.

önlemek istediği "mahzur" mevcut olmamasına rağmen, bunun borsada işlem gören menkul kıymetler için de uygulanmasının yerinde bir sonuç olmayacağı aşikârdır.

Bu bakımdan biz, hem bir yatırım aracı niteliğinde olan hem de özellikle menkul kıymet piyasalarında işlem gören ve dolayısıyla kural olarak istenildiği zaman piyasada oluşan değeri üzerinden nakde çevrilebilecek nitelikte olan menkul kıymetlerin, bünyelerinde bir alacak hakkı mündemiç olsa dahi, ayni sermaye yeterliliği bakımından alacak haklarının tabi olduğu rejime tabi tutulmamaları gerektiği, hatta bunların –ayni sermaye olmak bakımından- daha ziyade menkuller gibi muamele görmelerinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Nitekim dikkat edilirse söz konusu menkul kıymetler, ekonomik bir değer olarak içerdikleri/temsil ettikleri alacak haklarından bir ölçüde bağımsızlaşmakta ve adeta müstakil bir mal olarak kendilerine ait borsada işlem görmektedirler. Menkul kıymeti devralan kimse de yalnızca bunun içerdiği alacağı değil, esas olarak bir yatırım aracı olarak menkul kıymetin kendisini iktisap etmektedir. Hatta menkul kıymetin ekonomik değeri dahi, içerdiği alacak hakkının değeri temel alınarak hesaplanmakla birlikte, gerek ihraç sırasında gerekse ikincil piyasalarda bu değer çoğu zaman alacağın itibari kıymetinden (örn. tahvil bakımından tahvilin itibari değeri/anapara+faiz ödemeleri) farklı olabilmektedir[417]. Dolayısıyla gerek ayni sermaye olarak değerlenmesi sırasında gerekse sonradan ortaklığın bu menkul kıymeti satmak istemesi halinde ortaya çıkacak değer, piyasa faiz oranları, enflasyon gibi çeşitli etkenlere bağlı olarak menkul kıymetin içerdiği alacağın itibari değerinden farklı olacaktır. Bu durum menkul kıymetin bir malvarlığı kalemi olarak, içerdiği alacak hakkından farklı bir şey olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu bakımdan menkul kıymetin ayni sermaye olma niteliği belirlenirken içerdiği alacak

[417] Yine tahvil üzerinden bir örnek verecek olursak, tahvilin içerdiği alacağın itibari değeri daha başlangıçta bellidir: Tahvilin nominal değeri/anapara ve buna işleyecek faiz toplandığında tahvilin içerdiği alacağın miktarı da ortaya çıkmış olur. Bununla birlikte tahvilin değeri daha ihraç anında içerdiği alacağın itibari değerinden fazla yahut az olabilir. Örneğin tahvilin ihraç edildiği sırada piyasa/cari faiz oranının tahvilin içerdiği faiz oranından düşük olması halinde tahvilin ihraç sırasındaki satış değeri itibari değerinin altında olacaktır. Yine tahvilin ihracı sonrasında satışa konu olması halinde de piyasa faiz oranları, enflasyon oranı ve kredi derecelendirme kuruluşlarınca söz konusu tahvile biçilen yatırım notunun düşük yahut yüksek olması, tahvilin fiyatını belirleyecek, bu fiyat ise tahvilin içerdiği anapara ile vadeye kadar kalan sürede buna işleyecek faiz oranlarının toplamından başka bir değere tekabül edecektir.

hakkından ayrı olarak düşünülmesi ve farklı bir rejime tabi tutulması, ekonomik olarak ortaya çıkan bu sonuçla da uyumludur[418].

Bu kapsamda alacak hakkı içeren menkul kıymetler olmaları sebebiyle tahvil, paya dönüştürülebilir tahvil, değiştirilebilir tahvil, finansman bonosu, banka bonosu, banka garantili bono, kıymetli maden bonosunun[419] yanı sıra varlığa veya ipoteğe dayalı menkul kıymetler[420], varlık ve ipotek teminatlı menkul kıymetler[421], gayrimenkul sertifikaları[422]; kira sertifikaları[423], varantlar[424]; yatırım fonu katılma payları[425, 426] alacak hakkı içeren menkul kıymetler olarak, içerdikleri alacaktan ve

[418] Bu noktada menkul kıymetin ortaklığa sermaye olarak vazedildiği değer ile paraya dönüştürüldüğü değer arasında ortaya çıkması muhtemel farklılığın ayni sermaye yeterliliği bakımından bir sorun oluşturup oluşturmayacağı üzerinde de düşünülebilir. Acaba tahvile sermaye olarak biçilen değerle tahvilin nakde çevrilmesi anındaki değeri arasında, özellikle ilkinin aleyhine bir farklılık gündeme gelmesi, TK m. 342'nin önlemek istediği sakıncanın doğduğu anlamına mı gelecektir? Bu noktada hemen belirtelim ki ayni sermaye olarak ortaklığa getirilen bir varlığa esas sözleşmede biçilen değerle, sonradan bu değerin nakde tahvil edilmesi halinde ortaya çıkan değer arasında bir farklılığın gündeme gelmesi, yalnızca üzerinde durduğumuz menkul kıymetler bakımından değil, her türlü ayni sermaye kalemi açısından cari olan bir ihtimaldir. Örneğin ortaklığın salt kira getirisinden faydalanmak üzere sermaye olarak iktisap ettiği bir taşınmazın, bulunduğu muhitin sonradan ticari canlılığını kaybetmesi dolayısıyla sağladığı kira gelirinin önemli ölçüde azalması; tarımla iştigal etmek üzere kurulan bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilen tarlanın, yakınında kurulan bir işletmenin akarsulara karıştırdığı kimyasal atıklar dolayısıyla verimini yitirmesi; yahut yine ortaklığın bir yatırım aracı olarak kullanmak üzere sermaye olarak devraldığı hisse senetlerinin değerinin beklenmedik şekilde düşmesi hallerinde de bu kıymetlere sermaye olarak biçilen değerle, ortaklığın bunlardan edindiği gerçek fayda arasında bir farklılığın doğacağı muhakkaktır. Hatta düşük bir ihtimal olmakla birlikte, muaccel bir alacağın dahi esas sözleşmeye yazılan değeri ile tahsile kadar geçen bir aylık süre içerisinde (TK m. 130/2) oluşacak beklenmedik bir enflasyon artışı dolayısıyla tahsil sırasında ifade ettiği gerçek değer farklılaşmış olabilir. Tüm bu örneklerde olduğu üzere malvarlığının değerinin çeşitli faktörler dolayısıyla esas sözleşmede yazılan değerin altına düşmesi ihtimali nasıl ayni sermaye engeli olmayacaksa, tahvilin de ortaklıkça iktisap edildiği tarihteki esas sözleşmeye yazılan değerinin sonradan düşmesi ihtimali kesinlikle bir ayni sermaye engeli olarak değerlendirilemez.

[419] SPK II-31.1 sayılı tebliğ (RG 7.6.2013, S. 28670).

[420] SerPK m. 57, 58; SPK III-58.1 sayılı tebliğ (RG 9.1.2014, S. 28877).

[421] SerPK m. 59; SPK III-59.1 sayılı tebliğ (RG 21.1.2014, S. 28889).

[422] SPK Seri: III No: 19 sayılı tebliğ (RG 20.7.1995, S. 22349).

[423] SerPK m. 61; SPK III-61.1 sayılı tebliğ (RG 7.6.2013, S. 28670).

[424] SPK VII-128.3 sayılı tebliğ (RG 10.9.2013, S. 28761).

[425] SerPK m. 52; SPK III-52.1 sayılı tebliğ (RG 9.7.2013, S. 28702); SPK III-52.2 sayılı tebliğ (RG 27.11.2013, S. 28800); SPK III-52.3 sayılı tebliğ (RG 3.1.2014, S. 28871); SPK III-52.4 sayılı tebliğ (RG 2.1.2014, S. 28870).

[426] Bu arada bir sermaye piyasası kurumu niteliğinde olan yatırım ortaklıklarının (SerPK m. 3-t; m. 35-b) anonim şirket olarak kurulması zorunluluğu bulunduğundan (SerPK m. 48/1), bunlara ilişkin payların sermaye niteliği konusunda anonim ortaklık paylarının ayni sermaye yeterliliği ile ilgili açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz, bkz. yukarıda İkinci Bölüm, V, B.

bunun vadeye bağlı olup olmamasından bağımsız biçimde sırf menkul kıymet olmaları itibariyle kural olarak ayni sermaye yeterliliğini haizdirler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜ

I. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ayni değerlerin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda ortaya çıkan işlemin hukuk teorisi bakımdan nasıl niteleneceğinin tespiti, ayni sermaye taahhüdü ve tasarruf işlemlerine ilişkin açıklamalara geçilmeden önce üzerinde durulmayı hak eden bir meseledir. Zira bu incelemede varılacak sonuç, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde müstakil başlıklar altında tartışacağımız çeşitli sorunlara ilişkin sonuçları da etkileyecektir.

Bu bakımdan yapısal olarak ayni sermaye taahhüdü işleminin esasında iki farklı hukuki işlemin iç içe geçmesinden oluşmuş "muhtelit" bir hukuki işlem olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten ayni sermaye taahhüdünün bünyesinde hem –ifanın ne şekilde gerçekleşeceğinden bağımsız olarak- bir iştirak taahhüdü/katılım sözleşmesi (Beitrittserklärung/Beteiligungsvertrag), diğer yandan da bu iştirak taahhüdünün ne tür bir ödeme vasıtası ile ifa edileceğini tespit eden bir ifa anlaşması (Veräuserungsvertrag), konumuz özelinde somutlaştırmak gerekirse bir ayni sermaye anlaşması (Sacheinlagevertrag) mevcuttur[1].

Bu iki hukuki işlem ayni sermaye prosedürünün sorunsuz bir biçimde tamamlanması halinde dışarıya karşı bir tek hukuki işlem şeklinde görünecektir. Ancak yine de bazı özel durumlarda, örneğin ayni sermaye borcunun daha başlangıçta objektif olarak imkânsız olması veya sonradan borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması gibi hallerde, ayni sermaye taahhüdünün içerdiği bu iki işlemin birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi, menfaatler dengesini gözeten bir sonuca ulaşılabilmesini mümkün kılacak altyapıyı sunmaktadır[2]. Gerçekten ileride

[1] Mann, **a.g.e.,** s. 62; Kraft, Alfons, in **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,** Band 1, §§ 1-147 AktG, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, § 27/7-8.; Türk hukukunda bu yönde bkz. Arıcı, Fatih, "Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan,** Ankara 2006, s. 104.

[2] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altıncı Bölüm, I ve III.

ayrıntılı olarak tartışacak olmakla birlikte şimdilik şu kadarını belirtelim ki, bu basit ayırım, özellikle ayni sermaye anlaşmasının hukuken çeşitli sakatlıklarla malul olması ihtimalinde iştirak taahhüdünün/katılım sözleşmesinin ayrı bir hukuki işlem olarak değerlendirilmesini mümkün kılmakta, böylece ilkinin bünyesinde ortaya çıkan bir "hastalıklı hücre"nin ikincisine sirayet ederek iştirak taahhüdünü de hükümsüz hale getirmesinin ve neticede sermayenin tedariki ilkesinin zedelenmesinin teorik planda önüne geçmektedir.

Esasen Alman hukukunda –ve böyle bir teorik ayırımın üzerinde durulmasa da İsviçre hukukunda- ayni sermaye taahhüdüne ilişkin prosedürün düzenleniş biçimi, teorik olarak bir ayırımın yapılmasını kolaylaştıracak niteliktedir. Zira örneğin Alman hukukunda her şeyden önce sermaye taahhüdü ile ayni sermaye sözleşmesi (veya daha doğru ifadeyle bu sözleşmedeki bazı bilgiler) farklı belgelerde (kuruluş belgesi ve esas sözleşme) yer alır; kurucuların sermaye taahhüdüne ilişkin beyanları noter tarafından tanzim edilen bir belgede bulunurken (AktG § 23/2 b.2, kuruluş belgesi/Gründungsurkunde)[3], ayni sermaye sözleşmesine ilişkin bilgiler ise esas sözleşmeye kaydedilir (AktG § 27/1 c.1). Ayrıca AktG § 37/4, b.2'de de şirketin tescili için yapılan başvuru ekinde ayni sermaye sözleşmelerinin de yer alması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

İsviçre sisteminde bu ayırım daha da açık bir hal almaktadır. Burada da iştirak taahhüdü noter tarafından düzenlenen ve kanunun "oluşum/kuruluş belgesi" (Errichtungsakt) olarak adlandırdığı ayrı bir resmi belgede yer almakta[4] (İsvBK m. 629/2 b.1), ayni sermaye sözleşmeleri ise İsviçre'ye özgü bir düzenleme olan İsvBK m. 634/b.1 uyarınca her halükarda asgari olarak adi yazılı şekilde yapılmakta[5], ayrıca yine İsvBK m. 631/2 b. 5 uyarınca bu ayni sermaye sözleşmesinin kuruluş belgesinin ekinde yer alması gerekmektedir.

---

[3] Kurucuların sermaye taahhütlerinin söz konusu belgede yer alacağı yönünde bkz. Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger, **Recht der Kapitalgesellschaften,** 5. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 2010, § 10/15.

[4] İştirak taahhüdünün İsvBK m. 629/2 uyarınca hem bireysel olarak her bir pay sahibi tarafından gerçekleşeceğine, hem de m. 629/2 b.1 uyarınca kurucuların tüm payların geçerli bir biçimde taahhüt edilmiş olduğunu beyan edeceklerine dikkat çeken Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §14/14.

[5] Anılan hükme göre ayni sermayenin karşılık olarak kabul edilebilmesi için bunun resmi makamlar tarafından onaylanmış veya en azından adi yazılı şekilde yapılmış bir sözleşmeye dayalı olarak ortaklığa getirilmiş olması gerekir.

TK'nın bu konuda vazettiği ve kısmen kendine özgü düzenlemelere dayanan prosedür ise, iştirak taahhüdü ile ayni sermaye sözleşmesinin birbirlerinden bu derecede net bir biçimde ayrılması sonucunu doğuracak nitelikte değildir. Her şeyden önce Türk hukukunda Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak TK'da iştirak taahhütlerinin ve özellikle geçici nitelikte olmaları dolayısıyla esas sözleşmeye yazılması gerekli bulunmayan bazı kayıtların dercedileceği ayrı bir belge (kuruluş belgesi) bulunmamaktadır[6]. Dolayısıyla iştirak taahhüdü ile ayni sermaye taahhüdüne ilişkin bilgiler daima aynı belgede (esas sözleşmede) bir arada bulunurlar. Öte yandan bütünüyle TK'ya özgü bir hüküm olan TK m. 128/3 uyarınca taşınmazların (ve eTK m. 140/3'ün açık hükmü uyarınca devir taahhütleri şekle tabi olan diğer hakların)[7] ayni sermaye olarak konulması taahhüdünün esas sözleşmede yer alması halinde ayrıca resmi şekle riayet edilmesi ve esas sözleşme dışında ayrıca bir sözleşme yapılması aranmadığı için, yalnızca esas sözleşmede yer alan bir kayıt, ayni sermaye taahhüdü bakımından yeterli olmaktadır. Teorik açıdan değerlendirildiğinde esas sözleşmede ayni sermaye sözleşmesi ile ilgili olarak yer alan bu kayıt aynı zamanda iştirak taahhüdü olarak da nitelenebilir; dolayısıyla uygulamadaki durum bir tarafa bırakılırsa bu ihtimalde iştirak taahhüdü ile ayni sermaye sözleşmesi bütünüyle iç içe geçebilmektedir. Öte yandan TK, İsviçre'deki gibi normal durumlarda devri şekle tabi olmayan kıymetler için ayni sermaye taahhüdü haline özgü ayrıca bir şekil şartı aramamakta, hatta TK m. 128/3 ve eTK m. 140/3 gibi düzenlemeleri ile haricen şekle tabi olarak yapılması muhtemel sözleşmelerin de esas sözleşme metninde yer almasına imkân vererek aksi yönde bir tercihte bulunmaktadır.

---

[6] Bu noktada 6335 sayılı kanunla TK'da yapılan değişiklikle kaldırılan mülga 341. madde bu yönde bir adım olarak değerlendirilebilirdi. Bahsi geçen maddede her ne kadar ayrı bir belgede değilse de esas sözleşmenin altında ayrı bir beyan şeklinde *"esas sermayeyi oluşturan payların tamamının, kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt olunduğu"*nun noter şerhi ile onaylanması aranmış ve böylece iştirak taahhütleri ayni sermaye sözleşmesinden ayrı bir şekilde özel olarak ele alınmıştı.

[7] TK m. 128'in karşılığı olan eTK m. 140'ın 3. fıkrasına yeni kanunda yer verilmemiştir. Anılan hüküm uyarınca devirleri şekle tabi olan diğer ayni kıymetler bakımından da esas sözleşmede yapılan kayıt yeterli olmakta, ayrıca şekle tabi bir devir sözleşmesine gerek kalmamaktaydı. TK m. 128'de bu minvalde bir fıkraya yer verilmemiş olmasına rağmen, eTK 140/3'te açıkça ifade edilen sonucun yeni dönemde de geçerli olduğu yönündeki kanaatimiz için bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III, A.

Ancak tüm bunlara rağmen Türk hukuku bakımından da ayni sermaye sözleşmesinin iştirak taahhüdünden/katılım sözleşmesinden ayrı bir hukuki işlem teşkil ettiğinin tespiti mümkündür.

Nitekim kanunun anonim ortaklıkta esas sözleşmenin içeriğine ilişkin düzenlemesi de –çok açık olmamakla birlikte- bu ayırımı ortaya koymaktadır. Bu bakımdan TK m. 128/3 uyarınca taşınmazlara –ve eTK m. 140/3'ün bugün için de geçerli bir düzenleme olduğu kabul edildiğinde devir taahhüdü şekle tabi olan diğer mal ve haklara- ilişkin devir sözleşmesi esas sözleşmede yer alacaksa da, TK m. 339/2-j uyarınca *"pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları"* da esas sözleşmede ayrıca bulunacaktır. Buna paralel bir biçimde, TK m. 335'te kurucuların esas sözleşmede "sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt etmeleri", bir başka deyişle eksiksiz olarak iştirak taahhüdünde bulunmaları esas sözleşmenin rüknü kabul edilmiş, esas sözleşmede ayni sermaye anlaşması yer alsın almasın iştirak taahhütlerinin her halükarda eksiksizce ve açıkça yapılması zorunluluğu ortaya konulmuştur.

Gerçekten de iştirak taahhüdünün aksine ayni sermaye sözleşmesinin esas sözleşmede yer alması bir zorunluluk değildir. Bu husus, her iki işlemin birbirinden ayrı olduğunu da ortaya koymaktadır. Nitekim ayni sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı kaleminin devrine ilişkin taahhüdün herhangi bir şekle tabi olmaması ihtimalinde, ayni sermaye sözleşmesi esas sözleşmede yer almayacaksa da, TK m. 339/2-j uyarınca her bir kurucu sermaye taahhüdünde bulunacaktır. Kaldı ki kurucuların TK m. 128/3'teki –ve eTK m. 140/3'teki- imkândan yararlanmayı tercih etmeyerek, esas sözleşme dışında ayrıca bir ayni sermaye anlaşması yapmaları da pekâlâ mümkündür ve bu ihtimalde de bahsettiğimiz ayırım netlik kazanacaktır. Nihayet –yine çok açık olmamakla birlikte- TK m. 336'da *"...ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler..."*in, esas sözleşmeden ayrı olarak kuruluş belgeleri arasında sayılmış olması, kanun koyucunun da mutlak biçimde esas sözleşmede yer alması gereken iştirak taahhüdü

ile böyle bir zorunluluk arzetmeyen ayni sermaye sözleşmeleri arasındaki ayırıma dikkat ettiğini ortaya koymaktadır[8].

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, her ne kadar bizim hukukumuzda esas sözleşme hem iştirak taahhütlerini hem de ayni sermaye sözleşmelerini kendi çatısı altında toplayacak şekilde dizayn edilmişse de, bu aynı metnin içerisinde yine de iki ayrı işlemin varlığının gözetildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından da iştirak taahhüdü/katılım sözleşmesi ile ayni sermaye sözleşmesinin teorik olarak da birbirinden ayırılmasını engelleyen bir düzenleme söz konusu değildir.

II. DEĞERLEME

A. Genel Olarak

Modern iktisadın genel geçer ölçü birimi para olduğundan, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilen para dışındaki değerlerin de daha başlangıçta TK m. 68 uyarınca şirketin düzenlemekle yükümlü olduğu açılış bilançosunda gösterilebilmelerinin, hatta bundan daha önceki bir aşamada esas sözleşmeye yazılabilmelerinin zorunlu ön şartı, parasal değerlerinin tespitidir. Yine açılış

[8] Gerçekten de TK m. 336'dan aktardığımız bu kısımda ayni devralmaya ilişkin sözleşmelerin kuruluş belgeleri arasında yer aldığı açıkça ifade edilmişse de, ayni sermaye sözleşmelerinin de bu kapsamda olduğuna ilişkin benzer bir açıklık yer almamıştır. Bununla birlikte "…da dahil olmak üzere" şeklinde sınırlayıcı olmayan bir ifade kullanılmış olması ve ayni sermaye sözleşmelerinin de bu düzenleme anlamında kurulmakta olan şirket adına kurucularla yapılan sözleşmeler arasında yer alması dolayısıyla, bunların da TK m. 336 anlamında kuruluş belgeleri arasında sayılması mümkün ve gereklidir. Böylece ilgililer, ayni sermaye sözleşmesinin metnine doğrudan doğruya esas sözleşme içerisinde yer verilmiş olan hallerin dışında, TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmeye aktarılan hususlar ile sözleşme hükümleri arasında bir ayniyet olup olmadığını, ayrıca ayni sermaye sözleşmesi kapsamında yer alan ve esas sözleşmeye de aktarılması gerektiği kabul edilebilecek nitelikteki yan anlaşmaların bulunup bulunmadığını kontrol etmek imkânına kavuşacaklardır. Bu bakımdan TK m. 336'nın AktG § 37/4, b.2 ve İsvBK 631/2, b. 5 ile paralel bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Alman ve İsviçre hukuklarından farklı şekilde TK m. 128/3 ve eTK m. 140/3 ile Türk hukukuna özgü olarak sağlanan imkân karşısında uygulamada çoğu kez özel şekle tabi olan ayni sermaye sözleşmelerinin doğrudan doğruya esas sözleşmede yer almasının tercih edileceği ve dolayısıyla bu durumlarda ayrıca ayni sermaye sözleşmesinin de kuruluş belgeleri arasında yer almasını gerektiren ihtiyacın ortadan kalkmış olacağı belirtilmelidir.

TK m. 336'da kullanılan "kuruluşla ilgili" ifadesinin geniş yorumlanması ve kuruluş sürecinin tescille birlikte tamamlanmasına kadar şirketi bir şekilde ilgilendiren her sözleşmenin yazılı olması kaydıyla kuruluş belgesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Paslı, Ali, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri"", **Batider,** Haziran 2012, C. XXVIII, S. 2, s. 184.

bilançosunun hazırlanmasından daha önceki bir dönemde, konumuz bakımından özellikle önem taşıyan TK m.339/2-e uyarınca da, para dışındaki sermaye kalemlerinin parasal olarak ifade ettikleri değerin bulunması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Ayni kıymetlerin parasal olarak ifadesi sıradan bir süreç gibi görünse de, bunun için işletilecek değer tespiti aşamasının hangi kurallara tabi olduğu ve hatta özel kurallara tabi tutulup tutulmadığı, somut durumda söz konusu olan şirketin türü bakımından önemli farklar doğuracaktır. Bu açıdan TK incelendiğinde, anonim ortaklıklarda para dışındaki değerlere parasal kıymet biçme işleminin özel düzenlemeler çerçevesinde ele alındığı ve özellikle bu değerlemenin ortaklıktan bağımsız, uzman bilirkişiler eliyle yapılmasının arzu edildiği görülmektedir. Hâlbuki örneğin bir kollektif ortaklığa da ayni sermaye taahhüdü mümkün ve bunların da değerlerinin her şeyden önce esas sözleşmede gösterilmesi gerekli iken, değerleme meselesi benzer şekilde özel düzenlemelere konu edilmemiş, ayni sermayenin değerini belirleme işi bizzat kuruculara/ortaklara bırakılmıştır (bkz. TK m. 213/1-e).

Esasen bu yaklaşım farkının sebebini anlamak zor değildir. Anonim ortaklıkta pay sahipleri, bir şahıs şirketinden farklı olarak alacaklılara karşı herhangi bir sorumluluk altına girmedikleri, başka bir ifadeyle ortaklık borçları karşısında alacaklıların yegâne güvencesi ortaklığın malvarlığı olduğu için, bu malvarlığının parasal karşılığının olduğundan yüksek gösterilmesi ciddi bir tehlike teşkil eder. Bu sebeple kurucuların ayni sermaye olarak getirilen varlıklara bir kollektif ortaklıkta olduğu gibi kendilerinin değer biçmesine izin verilmesi, aşırı değerleme tehlikesine açık kapı bırakmak anlamına geleceğinden kabul edilemez. Yine böyle bir aşırı değerleme, bazı ortakların ortaklığa sermaye olarak getirdikleri şeyin kıymetine nispetle çok daha yüksek oranda pay edinmelerini, böylece oransallık ilkesinin zedelenmesini ve söz konusu ortakların hem idari hem de mali haklara katılmak noktasında hak ettiklerinden daha fazlasına sahip olmalarına yol açacaktır. Alacaklılara karşı ortakların şahsi malvarlıkları ile de sorumlu oldukları ve ayrıca ortaklar arasındaki ilişkilerin şirket sözleşmesi ile serbestçe belirlenebildiği bir kollektif ortaklıkta değerleme işleminin kurucuların inisiyatifine bırakılmasından doğan riskler pekâlâ gözardı edilebilirse de, anonim ortaklığın söz konusu risklere

tahammül etmesinin mümkün olmadığı, bu açıdan anonim ortaklıkta sermayeye değer biçilmesi noktasında mevcut pay sahiplerini/kurucuları, alacaklıları ve müstakbel pay sahiplerini koruyucu bir rejimin benimsenmesi gerektiği açıktır[9]. Kısacası anonim ortaklıklarda şirket sermayesinin gerçeğe uygun bir şekilde teşekkül etmesini gerektiren çeşitli menfaatler karşısında, değerleme prosedürü bu ortaklık tipinde doğal olarak özel bir önem kazanmaktadır.

B. Değer Kavramı ve Anonim Ortaklık Sermayesi Bakımından Değer

TK, anonim ortaklığa sermaye olarak getirilen ayni malvarlığı kalemlerinin parasal kıymetlerinin esas sözleşmeye yazılması öncesinde işletilecek süreci "değer biçme" olarak adlandırmakta (TK m. 343), aynı şekilde TK m. 339/2-e'de de paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınların "değerleri"nin esas sözleşmede belirtilmesinden bahsetmektedir. Şu halde ayni sermaye taahhüdü halinde aranan şey "değer"in tespitidir. Bu bakımdan değer kavramının ne ifade ettiğinin belirlenmesi önem arzeder.

Doktrinde Manavgat, değer ile fiyatın farklı kavramlar olduğunu, bu bakımdan değer biçme ile fiyat tespitinin de birbirinden ayrılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre değer öze ilişkindir ve değeri belirleyen yapısal özelliklerdir; bu bakımdan değer anlık piyasa koşullarından etkilenmez. Buna karşılık fiyat ise bir varlığa belirli bir anda üçüncü kişilerin atfettiği önemi yansıtır, dolayısıyla başta piyasa koşulları olmak üzere dışsal etkenler fiyat üzerinde etkide bulunurlar. Bu sebeple bilirkişi de değerleme yaptığı andaki koşullarda oluşan fiyatı değil, değerleme konusu varlığın değerini esas almalıdır[10].

Değer ile fiyat arasındaki farkın vurgulanması önemlidir. Zira bir malın anonim ortaklık bakımından ifade ettiği değer ile o malın fiyatı birbirinden farklı şeylerdir. Ancak bu tespit bir malın değerinin bütünüyle fiyattan bağımsız olduğu

[9] Genel olarak mevsuf kuruluşa ilişkin düzenlemelerin söz konusu menfaat sahiplerini koruma amacı taşıdığı yönünde bkz. Kaya, Arslan, "Ticaret Kanunu'nun 311 inci Maddesindeki "Muteber Olmama"nın Anlamı- Hükümsüzlük Dermeyanı Hakkının Kötüye Kullanılması", **Makalelerim I,** İstanbul 2012, s. 162.

[10] Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 352-353.

anlamına da gelmez. Bu bakımdan "değer"in "özsel olduğu ve anlık piyasa koşullarından etkilenmeyeceği"ne yönelik tespitler, değerin hiç değişmeyen, sabit ve objektif bir büyüklük olduğu, bu anlamda her aynın kendinden menkul ve dışarıdan yalıtılmış bir değeri bulunduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu husus bilanço hukukuna ilişkin basit bir açıklama ile şu şekilde ortaya konabilir: Bir anonim ortaklık faaliyeti esnasında bir gayrimenkul satın aldığı takdirde bu işlem sırasında satıcıya bir bedel öder; bu bedel malın fiyatıdır. Buna karşılık söz konusu gayrimenkul ortaklığın bilançosuna bu fiyatla geçirilmez. Bilançoya geçirilecek rakam, malın fiyatına ek olarak yapılmış olan komisyon ödemeleri, tapu harçları vb. giderler de eklenerek tespit edilecek olan "maliyet değeri"dir. Demek ki bu örnekte kullanılan ve ortaklığın bilançosundaki kayda esas olan "maliyet değeri" malın fiyatından farklı bir büyüklüktür. Bununla birlikte yine bu örnekten de anlaşıldığı üzere değer her zaman fiyattan bağımsız bir büyüklük de değildir; nitekim maliyet değeri belirlenirken fiyat da diğer masraflar arasında dikkate alınmakta ve değeri oluşturan toplam içerisinde bir yer tutmaktadır.

Fiyat ile değer arasındaki bu ilişkiyi ortaya koymak suretiyle varmak istediğimiz sonuç, "değer"in sabit ve objektif bir büyüklük olmadığını, onun da –hiç değilse dolaylı bir biçimde- piyasa koşullarından veya diğer faktörlerden etkilenebileceğini vurgulamaktır. Nitekim iktisat bilimi bakımından bir malın değeri, onun ihtiyaçları tatmin edebilme niteliğine göre belirlenir; böylece ihtiyaçlar ile sahip olunanlar arasındaki gerilimin ölçüsü, malın değerinde değişmelere yol açacaktır[11]. Kısacası "değer" bir malda içkin olan bir nitelik değil, objektif ve sübjektif faktörlerin bir sonucudur. Bir malın ihtiyaçları karşılayabilme yeteneği değeri belirleyen objektif faktörü teşkil ederken, değerlemeyi yapmak durumunda olanın göz önünde bulundurduğu kişisel ilişkileri de sübjektif faktörü teşkil eder[12].

[11] Reichmuth, Anton, **Bewertungsgrundsätze für die Bilanz der Aktiengesellschaft,** Lachen 1951, s. 14; Arslanlı'nın Obst'tan aktardığı tanım da benzer unsurlar içermektedir; buna göre değer "karşılanacak ihtiyaçlar bakımından, bir malın diğer bir mala nisbetle ne derece elverişli takdir edildiğini gösterir", **C. III,** s. 19.

[12] Reichmuth, **a.g.e.,** s. 15; Arslanlı da değerin bir kimsenin belirli bir mala karşı duyduğu hususi ihtiyaca göre de takdir edilebileceğini, nitekim eTK m. 75'nin aktiflerin bilanço gününde işletme için haiz oldukları değer üzerinden takdirine izin vermek suretiyle işletme bakımından sübjektif ihtiyaç ölçüsüne de yer vermiş sayılabileceğini, ancak bu halde dahi aktiflerin objektif bir tahminle, yani aynı

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde değerlemenin esasen matematiksel bir hesaplama süreci olmadığı, bu süreç sonunda sabit ve kesin bir rakama ulaşmanın mümkün bulunmadığı, bu işlemin daha ziyade bir "kanaat ve his meselesi"[13] olduğu belirtilmelidir. Zira İsvBK m. 635a'nın madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere bir değerlemenin doğru veya yanlışlığından değil, olsa olsa kabul edilebilir olup olmadığından bahsedilebilir[14]. Bu sebeple değerleme neticesinde kuruşu kuruşuna belirlenebilir bir değere ulaşılamayacağı, kendine ait bir piyasası olan ve dolayısıyla değerlenmesi nispeten kolay mallar bakımından bile mutlak bir biçimde "doğru" olarak nitelenebilecek bir rakama ulaşmanın mümkün olmadığı, kaldı ki gerek piyasasının bulunmaması gerekse daha başka sebeplerle değerini belirlemenin daha da zorlaştığı ayni sermaye kalemleri bakımından daha baştan her değerlemenin "üç aşağı beş yukarı" ihtiyati kaydını kendiliğinden içereceği belirtilmelidir.

Ancak değerleme sürecinde mutlak doğru bir rakama ulaşılamayacağı gerçeği, özellikle anonim ortaklık bakımından değerlemenin keyfi bir biçimde yapılacağı ve hiçbir ölçünün mevcut olmadığı anlamına da gelmemelidir. Aksine keyfiliği önlemek adına mümkün olduğunca objektif kriterlere dayalı olarak bir değerleme yapılmasına gayret edilmelidir. Bilanço hukukuna hâkim olan tedbir/basiret ilkesi uyarınca değerlemenin yapılması sırasında azami özen gösterilmeli ve çeşitli açılardan değerlendirme yapılarak "en muhtemel değer"e ulaşmaya çalışılmalıdır[15].

C. Değerleme Prosedürünün Başlatılması

1. Değerleme Prosedürünü Başlatacak Merci

Ayni sermaye taahhüdü (ve ayni devralma) hallerinde değer biçme prosedürü TK m. 343'te düzenlenmiştir. TK'da eTK'dan farklı olarak ani ve tedrici kuruluş ayırımı kaldırıldığı gibi, buna bağlı olarak ani ve tedrici kuruluşta ayni sermayeye değer biçecek bilirkişinin atanması bakımından eTK'nın öngördüğü farklı

tür ve vasıftaki işletmeler bakımından taşıdıkları değere göre takdir olunması gerektiğini belirtmektedir, **C. III,** s. 19, dn. 50.

[13] Reichmuth, **a.g.e.,** s. 14 ve orada dn. 1'de atıf yapılan Zimmermann, s. 205.

[14] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/50'den naklen.

[15] Winnefeld, **a.g.e.,** N-31.

düzenlemeler de giderilmiştir. Gerçekten de eTK m. 303/2'de ani kuruluşta ayni sermaye söz konusu ise bunların değerlerini biçecek bilirkişinin mahkemece tayin olunacağı belirtilmişken, tedrici kuruluşta sermaye olarak taahhüt edilen ayınların değerini biçecek bilirkişinin kuruluş genel kurulunun ilk toplantısında genel kurul tarafından tespiti öngörülmüştü (eTK m. 289/b.2; eTK m. 293) [16]. Yine eTK m. 392/1, c. 3'te sermaye artırımı kapsamında bir ayni sermayenin getirilmesi söz konusu olduğu takdirde bunun değerinin belirlenmesi için *"...verilmesi şart olan bilirkişi raporu..."*nun *"...idare meclisi tarafından veril"*eceği hükme bağlanmıştı. Böylece hem tedrici kuruluş ve hem de sermaye artırımı bakımından bağımsız bilirkişi tarafından yapılacak değerlemeye önemli istisnalar tanınmıştı.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ani ve tedrici kuruluş ayırımını kaldıran TK, buna bağlı olarak tedrici kuruluşa özgü "bilirkişinin genel kurulca atanması" sistemini de bütünüyle terk etmiştir. Aynı şekilde esas sermaye artırımına özgü istisna da kaldırılmış, TK m. 459/3'te dış kaynaklardan sermaye artırımında ayni sermaye taahhüdü halinde TK m. 343'ün de kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede TK m. 343, c.1 uyarınca ayni kuruluş halinde taahhüt edilen ayınlara her durumda *"şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce"* değer biçilecektir. Böylece değerlemenin Sermaye Yönergesi m. 10'da düzenlendiği üzere bağımsız bilirkişilerce yapılması sağlanmış olacaktır.

Doktrinde Kendigelen haklı olarak, TK m. 343'ün yetkili mahkemeyi münhasıran "şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesi" şeklinde belirlemesini eleştirmiş ve bunun uygulamada birçok soruna yol açacağını, özellikle sermaye olarak konulacak taşınmazın veya diğer malvarlığı unsurlarının şirketin merkezinin bulunacağı yerden başka bir yerde olması ihtimalinde mutlak yetki kuralının değerleme yapılmasını güçleştireceğini ifade etmiştir[17].

Öte yandan söz konusu mutlak yetki kuralı belirlenirken kuruluş işlemleri arasındaki sıranın da gözetilmediği anlaşılmaktadır. Hâlbuki kuruluş aşaması

[16] Bununla birlikte eTK m. 293 c. 3 uyarınca, aynı hükümde aranan toplantı nisabı sağlanamadığı takdirde bilirkişinin kurucuların talebi üzerine mahkemece tayin edileceği belirtilmişti.

[17] Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 231; bu ihtimalde değerlemenin sıhhatini sağlamak bakımından HMK m. 197'de düzenlenen istinabe kurumuna müracaat edilebileceği yönünde bkz. Karahan/Coşgun, as.g.e., s. 368, dn. 2.

bakımından değerleme raporunun hazırlanması, esas sözleşmenin hazırlanmasına tekaddüm eder; dolayısıyla normal olan önce değerleme raporunun, daha sonra ise esas sözleşmenin hazırlanmasıdır. Zira TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmeye yazılması zorunlu olan ayni sermayeye biçilen değerin ve buna karşılık verilecek payların miktarının belirlenebilmesi, değerleme raporunun da hazırlanmış olmasını gerektirir[18]. Değerlemenin yapılması amacıyla mahkemeye başvuru aşamasında henüz anonim ortaklık esas sözleşmesi hazırlanmamış olacağına göre TK m. 339/2-a uyarınca esas sözleşmede belirlenmesi gereken şirket merkezi de –kurucuların zihninde şekillenmiş olsa bile- hukuki olarak ortaya çıkmamış demektir. Bu durumda asliye ticaret mahkemesinin olası bir yetkisizlik kararını neye dayanarak vereceği belli değildir; ortada esas sözleşme bulunmadığına ve dolayısıyla "şirket merkezinin bulunacağı yer"i belirlemeye yarayacak bir belge olmadığına göre fiiliyatta bu hükmün hiçbir anlam taşımayacağı söylenebilir. Zira esas sözleşme henüz hiç mevcut olmadığı veya TK m. 339 anlamında tekemmül etmiş bir esas sözleşmeden bahsedilemeyeceği için, TK m. 343'teki yetki kuralının da uygulanması mümkün değildir. Başka bir deyişle kanun koyucu esasen uygulanma imkânı bulunmayan bir yetki kuralı öngörmüştür[19].

TK m. 343'ün yetkiye ilişkin düzenlemesinin kadük olduğu tespit edilince, usule ilişkin boşluğun genel hükümlerle doldurulması kaçınılmazdır. Bu bakımdan biz, çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK m. 384 hükmünün ayni sermayeye değer biçilmesine ilişkin davalarda da uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Bu hükme göre *"Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz*

---

[18] Nitekim sıralamanın bu şekilde olduğu yönünde bkz. İmregün, **a.g.e.,** s. 45; Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 181; bilirkişilerce takdir edilen değer esas sözleşmeye geçirilmeden esas sözleşmenin hazırlanmasının tamamlanamayacağı yönünde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I,** N. 486f.

[19] Buna karşılık kuruluştan sonraki dönemde esas sermaye artırımı kapsamında gerçekleşecek ayni sermaye taahhütlerinde, artık esas sözleşme mevcut bulunacağından ve dolayısıyla şirket merkezi de hukuken belirlenmiş olacağından, TK m. 343 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi bilirkişinin atanması bakımından yetkili mahkeme olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla söz konusu yetki hükmünün ancak esas sermaye artırımı halinde uygulanma imkânı bulunduğu belirtilmelidir.

Esasen TK m. 343'te kullanılan *"şirket merkezinin **bulunacağı** yerdeki"* şeklindeki ifade, kanun koyucunun bu hükmü kaleme alırken esas sermaye artırımı ihtimalini değil kuruluş aşamasını göz önünde bulundurduğunu ortaya koymaktadır. Ancak garip bir biçimde hüküm son tahlilde kuruluş aşamasında değil ancak esas sermaye artırımında uygulanabilir bir hale gelmiştir.

yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir". Dolayısıyla bu hüküm uyarınca ayni sermayeye değer biçilmesi için mahkemeye başvuran kurucunun/iştirak müteahhidinin oturduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak kabul edilmeli ve dolayısıyla ticaret siciline tescil aşamasında da bu mahkemenin atayacağı bilirkişinin hazırladığı değerleme raporu gerekli ve yeterli sayılmalıdır.

2. Değerleme Prosedürünün Başlatılması Talebinde Bulunabilecek Kimseler

TK m. 343, anonim ortaklığa sermaye olarak konacak ayınlara mahkemece atanacak bilirkişi tarafından değer biçileceğini belirtmiş, ancak bu bilirkişinin atanmasına yönelik talebin kimin tarafından yapılacağı konusunda bir belirlemeye gitmemiştir.

Değerleme prosedürünün yürütülmesi bakımından TK m. 343'te yer alan usule ilişkin boşlukların doldurulabilmesi için, bu sürecin usul hukuku bakımından niteliğinin tespiti önemlidir. Bu bakımdan HMK m. 382/2-e-5'te anonim ortaklığa ayni sermaye getirilmesi halinde bilirkişi raporu alınması hali, açık bir biçimde çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır[20]. Dolayısıyla TK m. 343'ün anonim ortaklıklar bakımından getirdiği özel düzenlemeler dışında bilirkişi atanması konusunda da çekişmesiz yargıya ilişkin genel ilkelerin ve HMK'nın bu konudaki düzenlemelerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bu itibarla bilirkişi atanmasına ilişkin kazai sürecin başlatılması konusunda da çekişmesiz yargıya ilişkin kurallara gitmek yerinde olacaktır[21].

HMK'nın çekişmesiz yargıya ilişkin 382 vd. maddelerinde çekişmesiz yargı sürecini başlatacak süjeye ilişkin açık bir hüküm yer almamıştır. Yalnızca HMK m. 384'te yetkili mahkemenin "çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya

[20] HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde bu yönde bkz. Kuru, Baki, **Nizasız Kaza,** Ankara 1961, s. 107.

[21] Nitekim TK m. 343, c. 3'te bilirkişi raporuna kurucuların ve "menfaat sahipleri"nin itiraz edebileceklerinin belirtilmiş olması, kanun koyucunun çekişmesiz yargı ile TK m. 343 arasındaki ilişkiyi dikkate aldığını ortaya koymaktadır.

ilgililerden birinin" oturduğu yer mahkemesi olduğu belirtilirken, dolaylı olarak "ilgililer" kavramına işaret edilmekle yetinilmiştir.

Gerçekten de çekişmesiz yargı sistemi çekişmeli yargıdan farklı olarak iki taraf sistemine göre kurulmadığından, davacı ve davalı gibi kavramlardan da söz edilemez. Çekişmesiz yargıda bunun yerine ilgililer/alakadarlar kavramı önem taşır[22]. Hâkimin re'sen harekete geçeceği çekişmesiz yargı işleri bir kenara bırakılırsa, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak "ilgililer" talepte bulunurlar. Çekişmeli yargıda taraf kavramı tamamen şekli bir mefhum olmasına, bir kimsenin taraf sıfatına sahip olup olmadığı maddi hukuk bakımından araştırılmaksızın yalnızca dava dilekçesi ile tayin edilmesine rağmen, çekişmesiz yargıda taraf kavramı esasen maddi anlamda tespit edilmek gerekir[23]. Bu bakımdan maddi anlamda, *"bir nizasız kaza işi hakkında verilecek karar ile, hukuki durumlarına herhangi bir şekilde dokunulan veya dokunulmak ihtimali bulunan bütün kimseler, o nizasız kaza işinin alakadarları sayılır"*[24, 25].

Şu halde TK m. 343 kapsamında yapılacak talebin de çekişmesiz yargıya ilişkin genel kurala uygun olarak ilgililer tarafından yapılabileceği belirtilmelidir. Bu çerçevede her şeyden önce ayni sermaye olarak getirilmesi kararlaştırılmış olan kıymetin sahibi[26] konumundaki kimsenin talepte bulunabilmesi mümkündür. Ancak bu kimse dışında –bu aşamada henüz esas sözleşme mevcut olmadığı için- adi

[22] Kuru, **a.g.e.,** s. 139 vd.

[23] Kuru, **a.g.e.,** s. 140-141.

[24] Kuru, **a.g.e.,** s. 141.

[25] Ancak çekişmesiz yargıda bir de ayrıca şekli anlamda ilgili kavramının bulunduğuna, bu kavramın özellikle TK m. 343 bakımından olduğu üzere, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde önem kazandığına işaret edilmelidir. Buna göre söz konusu işlerde talepte bulunan kimse, bu talebi ile aynı zamanda o işin şekli anlamda alakadarı sıfatını da kazanır. Daha genel bir ifadeyle *"talep ve itiraz gibi usul muameleleriyle –nizalı kazada olduğu gibi- bu muamelelere tevessül eden kimseler, bahis mevzuu nizalı kaza işinin (şeklen) alakadarı olmaktadırlar"*, kavram hakkında bkz. Kuru, **a.g.e.,** s. 141 vd.

[26] Burada bilinçli olarak "malik" kavramını kullanmaktan kaçınıyoruz. Zira anonim ortaklığa ayni sermaye olarak mutlaka bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının getirilmesi şart olmadığından, bir kimsenin maliki olmadığı bir şey üzerindeki herhangi bir menfaati sermaye olarak getirmesi de mümkündür. Bu çerçevede örneğin intifa hakkı sahibi bunun kullanılmasını, yahut kiracılık hakkı sahibi bu hakkını ayni sermaye olarak getirebilir ki, bu durumlarda üzerinde kullanım hakkı tesis edilmiş olan şeyin veya bizatihi kullanım hakkının "malik"i olduklarından söz edilemez.

ortaklık hükümlerine tabi olan[27] bir kuruluş ortaklığı çerçevesinde ortak sıfatına sahip bulunan kimselerin de "ilgili" sıfatlarının mevcut olduğu, zira bu kimselerin de sermaye olarak taahhüt edilmesi planlanan malvarlığı kaleminin bir an önce değerlenmesi ve anonim şirketin bir an önce kurulması konusunda menfaatleri bulunduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte bu aşamada özellikle yazılı bir metnin bulunmaması halinde "ilgili" sıfatının ispatı problemi gündeme geleceğinden, uygulamada böyle bir taleple karşılaşılmasının hayli düşük bir ihtimal olduğu söylenebilir. Yine de taraflar arasında kuruluş ortaklığına ilişkin yazılı bir sözleşmenin yapılması, bu sözleşmede ayrıca ortaklardan birinin ileride kurulması planlanan anonim ortaklığa ayni sermaye getireceğinin belirtilmesi halinde diğer ortaklar da bu sözleşmeye dayanmak suretiyle "ilgili" sıfatlarını ispatlayarak, değerleme prosedürünün başlatılmasını mahkemeden isteyebilmelidirler.

D. Değerleme Raporunun İçeriği

TK m. 343'ün ayni sermaye kalemlerine değer biçilmesi konusunda eTK'dan ayrıldığı önemli bir nokta da, söz konusu maddede değerleme raporunun içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar ve ayrıca bunların yazılış tarzı/üslubu ile ilgili olarak da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır.

Bu kapsamda öncelikle değerleme raporunda *"uygulanan değerleme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu"* hususunda bir açıklama yapılması aranmıştır. Bu düzenleme uyarınca bilirkişiye somut olayda her bir ayni sermaye kalemi bakımından uygun bulduğu değerleme yöntemini kullanma serbestisi tanınmış[28], ancak her halükarda bilirkişinin seçtiği yöntemin herkes için en adil ve uygun seçim olduğunu, cümlenin sonundaki ifade ile *"tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre"* açıklaması gerektiği belirtilmiştir.

İkinci olarak ayrıntılı bir biçimde ele alınan husus alacakların sermaye olarak konması halinde değerleme raporunda yer alması gereken bilgilerdir. Kanun koyucu

[27] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.,** s. 153 vd.; Şener, Oruç Hami, **Adi Ortaklık,** Ankara 2008, s. 142 vd.

[28] Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 182.

diğer ayni sermaye kalemleri bakımından bu şekilde ayrı bir düzenleme getirmemesine rağmen, alacaklar bakımından TK m. 342'de olduğu gibi fazlasıyla hassas davranmış görünmektedir. Bu çerçevede bilirkişiden raporunda alacağın/alacakların "gerçekliğini", "geçerliğini", "muacceliyetini", "tahsil edilebilirliğini" ve "tam değerini" belirtmesi/açıklaması beklenmektedir.

Alacağın gerçekliği ve geçerliliği aynı kapsamda değerlendirilebilir. Bu konuda yapılacak değerlendirme sayesinde özellikle fiktif/hayali alacaklar yaratılarak bunların ayni sermaye olarak getirilmesinin önüne geçilmesi mümkün olabilecektir. Alacağın muacceliyetinin tespiti ise TK m. 342 düzenlemesine riayet edilip edilmediğinin ortaya konulması bakımından gereklidir. Bilirkişi TK m. 342'ye aykırı olarak müeccel bir alacağın ayni sermaye olarak getirildiğini tespit ettiği takdirde bunu özellikle TK m. 342'deki yasağı vurgulamak suretiyle belirtmeli ve kurucuları bu konuda uyarmalıdır. Kanımızca alacağın müeccel olduğunu tespit eden bilirkişi bu tespitle yetinebilecektir. Hatta TK m. 551 kapsamında ayni sermayeye değer biçilmesinde herhangi bir şekilde yolsuzluk yapılmış olması sorumluluk sebebi olduğuna göre, bu tespiti yapmış olmasına rağmen alacağa değer biçmiş olan bilirkişinin, gerekli uyarı görevini yerine getirmemiş ve kanuna aykırılığı görmüş olmasına rağmen kanunun kendisinden beklediği etkili müdahaleyi yapmamış olması dolayısıyla, duruma göre bu madde kapsamında sorumlular zincirine dâhil olması dahi söz konusu olabilecektir.

Bunların yanı sıra maddenin vurgu yaptığı bir başka husus da alacağın tahsil edilebilirliğinin değerleme raporunda belirtilmesidir. Kanımızca esasen alacağın tahsil edilebilirliğinin değerleme raporunda belirtilmesinin ayrıca ve özel olarak ifade edilmiş olmasının gerekliliği tartışılabilir. Zira tahsil edilebilirlik, alacağın değerini etkileyen bir faktör olarak her halükarda bilirkişinin dikkate alması gereken bir hususdur. Buna göre kural olarak alacaklar tahsil kabiliyetleri bakımından oluşabilecek muhtemel kayıplar dikkate alınarak değerlenmeli, kısmen tahsil edilebileceği öngörülen alacakların itibari değeri üzerinden tahsili mümkün olmayan kısım kadar indirim yapılmalı ve nihayet tahsil kabiliyeti bulunmadığı sonucuna

varılan alacakların bilançoya geçirilmesinden imtina edilmelidir[29]. Şu halde "tahsil edilebilirlik" esasen alacakların değerlenmesi sırasında her halükarda dikkate alınması gereken bir faktör olduğuna göre, nasıl ki diğer ayni sermaye kalemleri bakımından değerlemeyi etkileyecek faktörler tek tek sayılmamışsa, alacaklar bakımından da böyle özel bir belirlemenin yapılmasının gereksiz olduğu söylenebilecektir[30].

Alacaklar bakımından aranan bilgilerden biri olan, bunların "tam değerleri"nden neyin kastedildiğinin tespiti güçtür. Tam değerden anlaşılması gereken alacağın hiçbir kesintiye uğramamış itibari değeri olabileceği gibi, bu ifadenin dikkatli bir değerleme neticesinde ulaşılan "en uygun değer" şeklinde anlaşılması da mümkündür. Her halükarda özel bir ihtiyacı karşılamayan ve daha ziyade yorum güçlüğü doğuracak nitelikteki bu ifadenin gereksiz olduğu belirtilmelidir.

Değerleme raporunda ayni sermaye olarak getirilen varlıklar karşılığında ortaklığın tahsis etmesi gereken "pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı"nın da açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Ayni sermaye kalemi için biçilen parasal değer (doğal olarak Türk Lirası cinsinden) raporda belirtilmiş olacağına göre, TK m. 339/2-e uyarınca zaten esas sözleşmede yer alacak olan, ayrıca çok basit bir bölme işlemi ile hesaplanabilecek olan "pay miktarı"nın değerleme raporunda belirtilmesinin ne gibi bir faydası olacağını kestirmek güçtür. Dahası değer biçme aşaması esas sözleşmenin hazırlanmasına tekaddüm ettiği için[31], değerleme yapılırken esas

---

[29] Arslanlı, **C. III,** s. 43-44. Bununla birlikte yazar ayrıca eTK m. 465/2'in tahsil kabiliyeti şüpheli alacaklar için karşılık ayrılmasına izin verildiğini, bu sebeple bütün alacakların bilançoya tam değerleri ile geçirilmesinin ve değer farkının pasifte gösterilmesinin de mümkün olduğu sonucuna varılabileceğini belirtmiştir.

[30] Buna karşılık Kendigelen bilirkişilerden alacakların tahsil edilebilirliği konusunda bir görüş belirtmelerini beklemenin hayatın olağan akışına ters olduğunu, hazırlayacağı değerleme raporu dolayısıyla sorumlular zincirine eklenecek bir bilirkişiden, ileride sorumluluğuna yol açacak şekilde bir alacağın tahsil kabiliyeti hakkında görüş bildirmesini beklemenin imkânsız gibi göründüğü ifade etmiştir, **İlk Tespitler,** s. 231; aynı yönde Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 111.

Kanımızca tahsil edilebilirliği açıkça şüpheli bir alacak ile ilgili olarak bu durumu tespit etmeyen ve değerleme sırasında dikkate almayan, dolayısıyla tahsil edilebilirlik ile ilgili görüş belirtmekten kaçınan bir bilirkişi her halükarda sorumlu olacaktır. Buna karşılık somut veriler kapsamında alacağın tahsil kabiliyeti konusunda tereddüt edilmesini gerektirecek bir durum yoksa bilirkişinin kusurundan ve dolayısıyla sorumluluğundan bahsedilemez.

[31] Bu yönde bkz. dn. 18'de anılan yazarlar.

sözleşme hiç mevcut olmayabilir yahut kurucular arasında yazılı bir metin bulunsa bile bu metin hem içerik açısından eksik hem de noterce onaylanmadığı için hukuken esas sözleşme niteliğinde olmayabilir. Bu sebeple ortada noterce onaylanmış bir esas sözleşme bulunmadığına göre şirketin esas sermayesinin ne olduğu da bu aşamada belli değildir. Bu durumda ise bilirkişinin söz konusu basit bölme işlemini yapmak için ihtiyaç duyduğu temel bilgiler eksik kalacak ve pay miktarının belirlenebilmesi mümkün olmayacaktır. Hatta çeşitli ayni sermaye kalemleri için farklı bilirkişilerin atanmış olması ihtimalinde de, bunların hazırlayacakları raporlar bir araya gelmeden pay sahibine düşen pay miktarının tespiti kesinlikle mümkün değildir. Her halükarda maddede bahsi geçen bu bilginin de değerleme raporunda yer almasına ihtiyaç olmadığı söylenmelidir.

Nihayet maddede değerleme raporunun ne şekilde kaleme alınması gerektiği de özel olarak düzenlenmiş ve asgari olarak sayılan bu hususların ve ayrıca madde metninde açıkça sayılmamış olmakla birlikte bilirkişinin değerleme raporunda yer vereceği diğer açıklamaların, tatmin edici gerekçelere dayanması ve hesap verme ilkesinin icaplarına uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Böylece değerlemede keyfiliğin engellenmesi amaçlanmakta ve ayrıca bilirkişinin raporunu ileride karşı karşıya kalması muhtemel bir hesap verme zorunluluğunun provasını yaparmış gibi hazırlaması sağlanarak kamuyu aydınlatmaya elverişli bir metnin ortaya çıkmasına çalışılmaktadır.

E. Rapora İtiraz ve Raporun Kesinleşmesi

1. Genel Olarak

TK m. 343'te yine eTK'da yer almayan bir imkâna yer verilmiş ve bilirkişinin hazırlayacağı değerleme raporuna "kurucular ve menfaat sahipleri"nin itiraz edebilecekleri hükme bağlanmıştır[32]. Ayrıca madde metnine TBMM'deki görüşmeler sırasında verilen önerge ile, mahkemenin onayladığı raporun kesin olduğu yönünde bir cümle eklenmiştir.

[32] eTK'da bu yönde açık bir hüküm bulunmamasına rağmen ayın sermaye sahibinin mahkeme nezdinde bilirkişi raporuna itiraz etmesinin mümkün olduğu görüşünde bkz. Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 201.

Hükmün ve özellikle son cümlenin kaleme alınışında özensiz davranılmış olması itiraz prosedürünün anlaşılması konusunda güçlük doğurduğu gibi, yine son cümlenin –belli ki- acele ile hazırlanmış olması, maddede yer almasına ihtiyaç duyulan usul hukukuna ilişkin bazı düzenlemelerin de ihmal edilmesi sonucunu doğurmuştur. Aşağıda çeşitli başlıklar altında tartışmalı hususlar tespit edilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

2. Onaya Tabi Olan Hallerin Tespiti

Her şeyden önce TK m. 343'ün ifadesi "rapora itiraz" ile "mahkemenin onayı" işlemleri arasındaki bağlantıyı kurmaktan veya daha doğrusu bunlar arasında bir bağlantı olup olmadığını ortaya koymaktan uzaktır. Bu çerçevede örneğin mahkeme onayının gündeme gelebilmesi için itirazın şart olup olmadığı hükümden anlaşılmadığı gibi, böyle bir şart yoksa mahkemenin onay işlemi için itirazın yapılmasını beklemesi gerekip gerekmediği, beklemesi gerekiyorsa bunun süresinin ne olduğu açık değildir. Bu şartlar altında hükmün anlaşılabilmesi bir yorum faaliyetini zorunlu hale getirmektedir.

Öncelikle, işin doğası gereği son cümlede bahsedilen onay sürecinin kurucular veya ilgililer tarafından yapılacak itiraz ile doğrudan bir alakası olduğu, bu itiraz neticesinde mahkemenin itirazı değerlendirmek suretiyle değerleme raporunu onaylamak veya onaylamamak yönünde bir karar vereceği söylenebilir. Bununla birlikte son cümlenin yalnızca itiraz ihtimaline inhisar ettirilip ettirilmediği belli olmadığından, genel bir ifadenin kullanılmış olması karşısında rapora yönelik bir itiraz vaki olmasa bile mahkemenin değerleme raporunun kesinleşmesi için her halükarda bir "onay" vermesi gerekeceği ve ancak bu şekilde kesinleşmiş olan raporun bir kuruluş belgesi olarak gerekli fonksiyonu icra edebileceği kabul edilebileceği gibi; rapora itiraz edilmediği sürece ayrıca bir onayın da aranmayacağı, mahkeme onayının ancak bilirkişi raporu ile kurucuların kanaatleri arasında bir farklılık oluşması ve buna dayalı bir itirazın mevcudiyeti halinde gündeme geleceği, dolayısıyla itiraz mevcut olmadığı sürece onayın aranmasına lüzum olmadığı da söylenebilir.

Yukarıdaki sorulara net bir cevap verilebilmesi için kanun koyucunun TK m. 343'te düzenlediği kazai sürecin kapsamının ne olduğu belirlenmek gerekir. Şayet daha önce belirttiğimiz üzere bir çekişmesiz yargı işi olan bu talebin konusu yalnızca bilirkişinin/bilirkişilerin atanması ise, mahkeme atama kararını verdikten sonra bütünüyle değerleme sürecinin dışında kalacağından değerleme raporu ile ilgili olarak bir onay vermesinin de herhangi bir alt yapısı olmayacak, bir itiraz söz konusu olacaksa da bu ancak talep karşısında mahkemenin verdiği atama kararına karşı yapılabilecektir. Hâlbuki TK m. 343'ün genel olarak incelenmesi, kanun koyucunun buradaki çekişmesiz yargı işini yalnızca bir atama kararından ibaret görmediğini, mahkemeye atama kararı haricinde değerleme raporunun hazırlanmasında değilse de geçerlilik kazanması sürecinde de bir rol biçildiğini ortaya koymaktadır.

Bu açıklamaların da gösterdiği üzere kanun koyucunun nazarında TK m. 343 çerçevesinde yapılan talebin konusu salt "bilirkişi atanması" değil daha ziyade "değer biçilmesi"dir. Talepler arasındaki bu farkın doğurduğu en önemli sonuç, mahkemenin de değer biçme sürecine bir şekilde müdahil olması, bilirkişinin raporunda tespit ettiği değerin nihai bir hal alabilmesi için mahkemenin onayına ihtiyaç bulunmasıdır. Bu sebeple mahkeme onayının da yalnızca rapora itiraz halinde gündeme gelen bir işlem olmadığı, rapora itiraz olsun olmasın söz konusu raporun kanunun kabul ettiği anlamda bir kuruluş belgesine dönüşebilmesi için her halükarda mahkeme onayına ihtiyaç olacağı söylenebilir. Bu sebeple onayın itiraz prosedüründen bağımsız bir işlem olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır[33].

Nitekim uygulamada da onaylanmamış bir rapora dayalı olarak kuruluş işlemlerinin yürütülmesinin mümkün olmayacağı tahmin edilebilir. Raporun onaylanmış olması kesinleşmiş olduğunu ve dolayısıyla bu raporla ilgili olarak artık herhangi bir itirazın söz konusu olamayacağını göstereceğinden, örneğin ticaret sicili müdürlüğü kendisine yapılan tescil başvurusunda onaylanmış bir raporun varlığı

[33] Nitekim doktrinde Paslı ve Coşgun bu konuyu özel olarak tartışmamışlarsa da, yaptıkları açıklamalardan itiraz olsun olmasın onayın yapılacağını kabul ettikleri anlaşılabilmektedir, bkz. Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 183; Karahan/Coşgun, **a.g.e.,** s. 369; buna karşılık Tekinalp *"Rapora, tescil ve ilana kadar itiraz edilebilir"* demek suretiyle zımnen onaylama işleminin itiraza özgü olduğunu, onaylanmamış bir rapora dayalı olarak da kuruluş işlemlerinin yürütülebileceğini ifade etmektedir, **Sermaye Ortaklıkları,** §10/60; Akdağ Güney ise açıkça maddede geçen mahkeme onayının yalnızca rapora itiraz halinde gündeme geleceğini belirtmiştir, **a.g.e.,** s. 112.

halinde değerleme raporunun akıbetinden emin olabilecektir. Hâlbuki onaylanmamış bir raporun, itiraza uğrayıp uğramadığı şüpheli olacağı gibi, itiraza uğramış ve hatta bunun neticesinde onaylanmamış olabileceği endişesi de, resmi makamların böyle bir rapora dayalı olarak işlem yapmaktan kaçınmalarına yol açacaktır.

3. İtirazda Bulunabilecek Kimseler

TK m. 343, c.3'te rapora karşı "kurucular ve menfaat sahipleri"nin itiraz edebilecekleri ifade edilmiştir. Esasen bu noktada da TK m. 343'ün bir çekişmesiz yargı hali olduğu göz önünde bulundurulduğunda, çekişmesiz yargı kapsamında alınan kararlara karşı itiraz etme hakkı bulunan kimselerin TK m. 343 çerçevesinde de itiraz haklarının bulunduğu söylenebilir.

Bu bakımdan HMK m. 387'de çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı "hukuki yararı bulunan ilgililer"in kanun yollarına başvurabileceği düzenlenmiş, böylece tıpkı talep aşaması bakımından olduğu gibi, itiraz aşaması bakımından da "ilgililer"in taraf sıfatına sahip olduğu, üstelik bu kez daha açık bir biçimde, ifade edilmiştir. HMK'nın bu düzenlemesi esasen TK m. 343, c. 3 ile paraleldir. Bu maddede de "menfaat sahipleri"nden bahsedilmiş olması dolayısıyla TK'nın itiraza yetkili olanlar bakımından çekişmesiz yargıya ilişkin genel sistemden ayrılmadığı sonucuna varılmalıdır.

Çekişmesiz yargı işleri kapsamında alınan kararlara karşı maddi anlamda ilgili olan herkesin itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmektedir[34]. Dolayısıyla TK m. 343 bakımından da yalnızca bilirkişi atanması talebinde bulunmak suretiyle şekli anlamda ilgili sıfatını kazanan kişi ya da kişiler değil, çekişmesiz yargı sistemi çerçevesinde maddi anlamda ilgili[35] sıfatını haiz olan herkesin itiraz hakkı bulunduğu belirtilmelidir. Kuruluş aşamasında gerçekleşen ayni sermayeye değer biçilmesi sürecinde ise maddi anlamda ilgililer kavramının kapsamına esas itibariyle kuruluş ortaklığının ortakları dâhildir[36]. Nitekim TK m. 343'te "kurucular"dan bahsedilmiş olması da esasen bu durumu ortaya koymaktadır. Ancak değerleme aşamasında

[34] Kuru, **a.g.e.,** s. 145.

[35] Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **a.g.e.,** s. 141.

[36] Değerleme prosedürünü başlatacak talep bakımından bu yönde bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, II, C, 2.

henüz esas sözleşme tamamlanmış ve TK m. 339'un bahsettiği manada ortaya çıkmış olmadığından, TK m. 337/1 anlamında "kurucular"dan da söz edilemez. Bu sebeple söz konusu ifadenin "kuruluş ortaklığının ortakları" olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Esas sermaye artırımı çerçevesinde gerçekleşecek ayni sermaye taahhütlerinde ise TK m. 343'te kullanılan "menfaat sahipleri" kavramının kapsamına nakit dışı varlığı sermaye olarak getiren kimsenin yanı sıra anonim ortaklığın girdiği kabul edilebilir. Bunların dışında diğer pay sahipleri veya iştirak müteahhitleri ise ilgili kavramına dâhil edilmemeli, özellikle aşırı değerlemeye ilişkin itiraz sorumluluğunun ilgili sıfatını haiz anonim ortaklığın yönetim kurulu üzerinde olduğu kabul edilmeli, bu konuda yaşanacak ihmaller dolayısıyla oluşabilecek zararlar da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde giderilmelidir.

4. İtirazın Süresi

Aydınlığa kavuşturulması gereken bir başka mesele de mahkemenin, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi ihtimaline binaen, onay vermek için ne kadar beklemesi gerekeceği, tersten ifade edilirse rapora itirazın hangi süre içerisinde yapılması gerektiğidir. Nitekim en başta bahsettiğimiz usule ilişkin eksikliklerden en önemlisi, TK m. 343'te itiraza ilişkin sürenin belirlenmemiş olmasıdır. Sürenin kesin olarak tespit edilmemiş olması uygulamada önemli sorunlara yol açabilecek bir eksikliktir.

Doktrinde de tespit edebildiğimiz kadarıyla bu sorunu çözecek bir öneri sunulmuş değildir. Karahan/Coşgun mahkemenin raporu onaylamak için ne kadar beklemesi gerektiğinin açıklanmadığını, bu boşluğun uygulama tarafından doldurulacağını belirtmekle yetinmiştir[37]. Tekinalp ise değerleme raporuna tescil ve ilana kadar itiraz edilebileceği görüşündedir[38].

[37] Karahan/Coşgun, **a.g.e.,** s. 369-370; Karaman Coşgun makalesinde, hükümden itirazın en geç mahkemece bilirkişi raporunun onaylanmasından önce yapılması gerektiğinin anlaşıldığını belirtmekte, ancak mahkemenin raporu onaylamak için ne kadar bekleyeceği konusunda bir açıklık bulunmadığı tespitini yapmakla yetinmektedir, **a.g.m.,** s. 341.

[38] Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** §10/60; Tekinalp'e atıfla esas sözleşmenin tescil ve ilanından sonra itirazın mümkün olmaması gerektiğini belirten Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 353; karş. şirketin tesciline kadar rapora itirazı engelleyen bir hüküm bulunmadığını, itirazın süresi konusunda bir açıklık olmamasının önemli sorunlar oluşturacağını belirten, halbuki itiraz müessesesi olmasa da şirketin bir menfaat kaybına uğramasını engelleyecek hükümler bulunduğunu belirten,

Kanımızca Tekinalp'in görüşü kabul edilemez. İtiraz süresinin bu şekilde uzatılması kuruluş işlemlerinin sonuna gelmiş, kuruluş belgelerini söz konusu rapora göre hazırlamış olan kurucuların, tam şirketi tescil ettirecekleri sırada bir itirazla karşılaşmalarına ve en iyi ihtimalle itirazın reddedilmesini beklemek, itirazın kabulü halinde ise sürecin en başına dönmek zorunda kalmalarına yol açacaktır. İtiraz imkânının bu ana kadar uzatılması hukuk güvenliğine aykırı olduğu gibi, itiraz hakkının kötüye kullanılmasına da yol açabilecektir. Öte yandan mahkemenin bekleyeceği sürenin uygulama tarafından doldurulacağı yönündeki görüş de yine hukuk güvenliği bakımından elverişsizdir.

Bizce söz konusu belirsizliğin giderilmesi bakımından çekişmesiz yargıya ilişkin HMK hükümlerinden faydalanılabilir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere TK m. 343 çerçevesinde mahkemeye yapılan talep HMK m. 382/2-e-5'te açıkça çekişmesiz yargı kapsamındaki işler arasında sayılmıştır. Gerçi daha önce yaptığımız açıklamalarda ortaya koyduğumuz üzere TK m. 343 ile HMK'nın genel nitelikteki hükümlerine önemli istisnalar getirilmişse de, bu durum söz konusu talebin çekişmesiz yargı işleri arasında yer aldığı gerçeğini değiştirmez. Bu itibarla TK m. 343'te özel düzenleme bulunmayan hallerde HMK'nın çekişmesiz yargıya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Bu kapsamda HMK m. 387'de *"Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla,* ***kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde****, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler."* denmek suretiyle çekişmesiz yargı işlerinde yapılacak itirazın süresi belirlenmiştir. Bu noktada TK m. 343'te "itiraz"dan bahsedildiği ve üstelik bu itirazın bizzat bilirkişiyi atayan mahkemeye yapılacağının hükme bağlandığı, hâlbuki HMK m. 387'de istinaf yoluna işaret edilmiş olduğu, dolayısıyla HMK m. 387'nin süreye ilişkin bölümünün kısmi bir kıyasla TK m. 343 bakımından uygulanmasının yerinde olmadığı düşünülebilir. Ancak iki madde arasında bilhassa lafızlar arasındaki farklara rağmen TK m. 343'ün itirazdan bahseden düzenlemesinin özü itibariyle çekişmesiz yargıya ilişkin teorik çerçevenin

---

neticede olması gereken hukuk bakımından itiraza ilişkin düzenlemenin kaldırılmasını veya rapora itiraz için kesin süre getirilmesini teklif eden Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 112.

içinde kaldığı söylenmelidir. Nitekim çekişmesiz yargıya ilişkin HUMK'da özel düzenlemelerin yer almadığı dönemde kaleme aldığı monografisinde Kuru da, Türk hukukunda inşa edilecek çekişmesiz yargı sistemi için kanun yolu olarak "itiraz" müessesesinin kabul edilmesini tavsiye etmiştir[39]. Şu halde "itiraz" en azından kavram olarak çekişmesiz yargıya yabancı değildir.

Öte yandan TK m. 343'teki itirazın mahkemenin kararına değil, bilirkişinin raporuna yapıldığı, ayrıca HMK m. 387'de gerçek anlamda bir kanun yolunun söz konusu olduğu, zira itirazın bir başka mahkemeye yapılığı, bu gerekçeler dikkate alındığında TK m. 343'te HMK m. 387'ye kıyas edilebilecek bir itirazın söz konusu olmadığı da iddia edilebilir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere TK m. 343 düzenlemesinde mahkeme kararı ile bilirkişi raporu iç içe geçmiş, mahkeme yalnızca bilirkişiyi tayin etmekle değil, bu raporu nihai olarak onaylamakla da yetkili olduğu için, bir anlamda bilirkişi raporuna müdahil kılınmıştır. TK m. 343'ün düzeni içerisinde değerleme raporunu onaylama yetkisine sahip makam mahkeme olduğuna göre, söz konusu rapora yapılan itiraz bir yönüyle mahkemeyi de ilgilendirmektedir. Yine itirazın bizzat bilirkişiyi tayin eden mahkemeye yöneltilmesi de, itiraza konu kararın neticede henüz bir mahkeme kararına dönüşmemiş olması karşısında doğal olduğu gibi, değerleme prosedürünün en kısa zamanda sonuçlandırılabilmesi için de bir zorunluluktur.

Dolayısıyla kanımızca TK m. 343'te bahsi geçen itiraz bakımından da genel hüküm niteliğinde olan HMK m. 387'deki iki haftalık süreden yararlanılabilir. Söz konusu maddede iki haftalık sürenin "kararın öğrenilmesinden itibaren" başlayacağı belirtilmiştir. TK m. 343 bakımından itiraz bilirkişi raporuna yapılacağına göre, buradaki sürenin de raporun öğrenilmesinden itibaren başlayacağı sonucuna varılabilir. Burada "kararın öğrenilmesi"ni kararın istisnaen "tefhim"i ve kural olarak da "tebliğ"i olarak anlamak gerekir[40]. Ancak tebliğin tüm ilgililere yapılması gerekmez; talepte bulunan kimseye yapılacak tebliğ iki haftalık sürenin başlaması

[39] Kuru, **a.g.e.,** s. 200.

[40] Kuru, **a.g.e.,** s. 176.

bakımından yeterlidir[41]. Dolayısıyla kuruluşta tüm kuruculara veya esas sermaye artırımında diğer tüm pay sahiplerine ve iştirak müteahhitlerine bilirkişi raporunun tebliğ edilmesine ihtiyaç yoktur[42]. Buna göre tebliğin kuruluşta değerleme talebinde bulunan kurucuya, esas sermaye artırımında ise yine değerleme talebinde bulunan pay sahibi/iştirak müteahhidi ile sermayenin kendisine getirilmesi düşünülen ortaklığa yapılması yeterlidir. Bu durumda hak kaybına uğramak istemeyen ilgililerin süreci yakından takip etmeleri gerektiği söylenebilir.

Nihayet bilirkişi raporunun değerleme talebinde bulunan kimseye tebliğinden itibaren geçecek iki haftalık süre içerisinde itirazın gerçekleşmemesi yahut bu sürenin bitiminden önce kurucuların/pay sahiplerinin itiraz etmeyeceklerinin belli olması durumunda mahkeme TK m. 343/son cümle uyarınca raporu onaylayarak kesinleştirmeli ve bu konudaki belirsizliğin daha fazla sürmesine engel olmalıdır.

5. Mahkemenin "Onay"ı ve Etkisi

Kanun koyucu TK m. 343'te rapora itiraz ve raporun onaylanması konularında getirdiği düzenlemelerle, HMK'nın çekişmesiz yargı işlerine ilişkin genel kurallarına, ticaret hukukunun özellikle sürat ihtiyacını göz önünde

---

[41] Kuru, **a.g.e.,** s. 176. Bu durumun kendisine karar tebliğ edilmeyen ilgililerin itiraz süresini kaçırmalarına sebep olacağı söylenebilirse de, varılan bu sonucun hem kuruluş veya esas sermaye sürecinin uzamaması, hem de şirketin tesciline kadar itiraz müessesesinin her an gündeme gelmeye hazır bir tehdit teşkil etmemesi bakımından yerinde olduğu söylenmelidir. Nitekim itiraz edecek ilgililer bakımından karardan haberdar olmama ve dolayısıyla süreyi kaçırma tehlikesi çekişmesiz yargının doğasında mevcuttur. Nitekim Kuru da henüz çekişmesiz yargının kanunlarda özel olarak düzenlenmediği bir dönemde kaleme aldığı eserinde, -o zaman için- müstakbel çekişmesiz yargı sistemimizde Almanya'da olduğu gibi adi, yani süreye bağlı olmayan itirazın esas kabul edilmesini teklif ederken gerekçe olarak çekişmesiz yargıda ilgililerin sayısının çekişmeli yargıdaki tarafların adedinden çok daha fazla olduğunu, bu ilgililerin hepsinin çekişmesiz yargı işine ilişkin yargılamaya katılmadıklarını, bu sebeple de verilen kararın bunlara tebliğ edilmediğini, dolayısıyla bunların verilen karardan çok sonraları haberdar olmalarının ihtimal dahilinde bulunduğunu belirtmiş ve bu sebeple kısa bir itiraz müddeti konulmak suretiyle ilgililerin itiraz haklarının bertaraf edilmesinin yerinde olmayacağını belirtmiştir (Kuru, **a.g.e.,** s. 220).

Hâlbuki HMK, yazarın önerdiği adi-acele itiraz ayırımına dayalı sistemin tam aksini benimsemiş ve yazarın da örnek olarak zikrettiği Avusturya, Fransa ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi (bkz. Kuru, **a.g.e.,** s. 219-220) çekişmesiz yargıda verilen karara itirazı iki haftalık süreyle sınırlamıştır. Dolayısıyla yalnızca tartıştığımız konuda değil, genel olarak tüm çekişmesiz yargı işlerinde mevcut olan bu risk karşısında, bizzat kanun koyucu tercihini hukuk güvenliğinden yana kullanmıştır.

[42] Karş. bilirkişi raporunun itiraz hakkı bulunan kişilere tebliğ edileceğini belirten, ancak itirazın menfaatini ispat eden herkes tarafından yapılacak olmasının çözümü imkansızlaştıracağını, dolayısıyla TK m. 343/son cümlede düzenlenen onay işleminin hükümden çıkarılmasını öneren Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 341.

bulundurarak önemli istisnalar getirmiştir. Bu kapsamda değerleme prosedürünün uzamasını önlemek ve değerleme raporunun itiraza uğraması ihtimalinde oluşacak belirsizliği en kısa zamanda gidermek amacıyla "bilirkişi raporunun onaylanması" müessesesine yer verildiği söylenebilir[43]. HMK m. 388 uyarınca –kanunda aksine hüküm yoksa- çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm/karar teşkil etmez[44]. Bu sebeple çekişmesiz yargıda verilen ve şeklen kesinleşen bir karara rağmen aynı konuda yeniden talepte bulunmak mümkündür[45]. Bu genel kuralın uygulanması durumunda mahkemenin atadığı bilirkişinin raporundan memnun olmayan kurucuların veya kuruculardan bazılarının yeniden bilirkişi atanması veya yeniden değerleme sürecinin başlatılması talebiyle mahkemeye başvurmaları ve böylece süreci uzatmaları ve hatta şirketin kuruluşunu bütünüyle aksatmaları teorik olarak mümkündür.

İşte bu çerçevede kanun koyucu, TK m. 343/son cümlede mahkemenin vereceği onaya bilirkişi raporunun kesinleşmesi sonucunu bağlamış ve böylece çekişmesiz yargıda verilecek kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi dolayısıyla kuruluş sürecinin sürüncemede kalmasını önlemek istemiştir. Bu çerçevede öncelikle, kurucuların değerleme raporuna yönelik itirazlarını bir başka mercie götürmeleri engellenmek suretiyle[46] sürecin uzamasına mani olunduğu gibi, ayrıca bu itiraz dolayısıyla mahkemenin yapacağı inceleme neticesinde vereceği onay kararının "kesin" olduğu belirtilerek HMK m. 388'de düzenlenen maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeme kuralına istisna getirilmiştir.

[43] Türk usul hukukunda "onay" adı altında herhangi bir usuli işlemin bulunmadığını, usul hukuku bakımından bu onay işlemine nasıl bir anlam yükleneceğinin tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 231-232.

[44] Çekişmesiz yargı hakkında müstakil düzenlemelerin olmadığı HUMK döneminde bu yönde bkz. Kuru, **a.g.e.,** s. 180 vd.

[45] Kuru, **Medeni Usul Hukuku,** 24. Baskı, s. 740.

[46] HMK m. 387 uyarınca çekişmesiz yargıda verilen kararlara karşı "özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla" istinaf yoluna başvurulacaktır.

F. Bilirkişinin Belirlediği Değerin Bağlayıcılığı Sorunu ve Özellikle Düşük Değerleme

TK m. 339/2-e'de ayni sermaye kalemlerinin "değerleri"nin esas sözleşmeye yazılacağı belirtilmişse de, sözleşmeye yazılan bu değerin bilirkişinin hazırladığı değerleme raporundaki değerle aynı olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu sebeple sorulabilecek bir soru da, kurucuların bilirkişinin hazırladığı rapordaki değerle bağlı olup olmadıklarıdır.

Bu konuda aynı şekilde özel bir düzenleme içermeyen eTK döneminde doktrinde haklı olarak bilirkişi tarafından saptanan değerin üst sınırı oluşturduğu, kurucuların esas sözleşmede belirtecekleri değerin, değerleme raporunda tespit edileni aşamayacağı ifade edilmiştir[47]. Gerçekten de anonim ortaklıkta ayni sermayeye değer biçme işleminin mahkemece atanan bağımsız bilirkişilerce yapılmasından maksat, bu kıymetlere aşırı değer biçilmesini önlemek olduğuna göre, kurucuların keyfi olarak bilirkişinin bulduğu değerin üstüne çıkmaları kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz.

Bununla birlikte doktrinde, esas sözleşmeye bilirkişilerin tespit ettiğinden daha düşük bir değerin yazılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir[48]. Esasen bu konu bilançoda gizli yedek akçe ayrılmasının mümkün olup olmadığı meselesi ile doğrudan bağlantılıdır. Zira aktiflerin değerinin olduğundan düşük gösterilmesi, eTK m. 458/1'de de açıkça ifade edildiği üzere gizli yedek akçe ayırma metotlarından bir

---

[47] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 201; İmregün, **a.g.e.,** s. 43; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 156.

[48] İmregün, **a.g.e.,** s. 43; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 156, yazar uygulamada nadir olmakla birlikte bunun mümkün olduğunu belirtmiş, bunun sözleşme özgürlüğü çerçevesi içerisinde kural olarak geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiş, ancak bilirkişinin saptadığı bedel ile ana sözleşmede gösterilen değer arasında aşırı derecede fark bulunması halinde ayni sermaye taahhüdünde bulunan kişi açısından bu durumun sakınca yaratacağının açık olduğuna da işaret etmiştir; bu sakıncanın bertaraf edilmesi bakımından genel hükümlere başvurulması gerektiği, bu kapsamda özellikle irade bozukluğuna ilişkin hükümlerden veya şartlarının gerçekleşme ihtimali düşük olmakla birlikte gabin kurumundan yararlanılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, Mehmet, "4487 Sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanununda Yapılan Önemli Bir Değişiklik: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarında Ayni Sermaye Olanağı", **Makaleler I,** İstanbul 2008, s. 319; İsviçre hukukunda bu görüşte bkz. Siegwart, **a.g.e.,** §628/13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/46, yazar ayni sermaye taahhüdünde değerleme bakımından bir alt sınırın öngörülmediğini, bu yüzden düşük değerleme suretiyle daha başlangıçta gizli yedek akçe oluşturmanın mümkün olduğunu belirtmektedir; Reichmuth da bilinçli olarak düşük değerleme yapmak suretiyle gizli yedek akçe ayırmanın mümkün olduğu görüşündedir, **a.g.e.,** s. 16.

tanesidir[49]. Önceki dönemde eTK m. 458 yalnızca amacı bakımından bir sınırlama getirmekle birlikte gizli yedek akçe ayrılmasına müsaade ettiği gibi, doktrinde de gizli yedek akçe ayrılmasının mümkün ve hatta faydalı olduğu savunulmuştur. Nitekim örneğin Arslanlı, TK'nın anonim şirketlerde asgari değer ilkesinden hareket ettiğini, bu çerçevede aktiflere maliyet değerinin üstünde bir değer takdiri mümkün değilse de daha aşağı bir kıymet takdir olunabileceğini[50]; ayrıca TK m. 458 çerçevesinde gizli yedek akçe ayrılmasının da mümkün olduğunu belirtmiştir[51]. Benzer şekilde Tekinalp de kanunun devamlı tesisat ile stok ve sair mallar için en yüksek değerlendirme ilkesini koyarken bir taban tespit etmediğini, bilançoyu düzenleyenin azami sınırı teşkil eden maliyet veya imalat değerini esas alabileceği gibi, bunun altında kalan bir değeri de kabul edebileceğini, böylece tavana kadar olan alanda tanınan bu hareket serbestisinin düşük değerleme yoluyla gizli yedek akçe ayrılmasına imkân verdiğini, nitekim kanunun da 458. maddesinde gizli yedek akçe ayrılmasına müsaade ettiğini ifade etmiş, olması gereken hukuk bakımından da gizli yedek akçelerin bazı sınırlara uyulmak kaydıyla ayrılması imkânı tanınmasının özellikle halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna faydalı bir serbest alan bırakması bakımından yerinde olduğunu belirtmiştir[52]. Buna karşılık yine bu dönemde eTK m. 458 düzenlemesini eleştiren ve olması gereken hukuk bakımından bu maddenin kaldırılmasının yerinde olduğunu savunan görüşler de ileri sürülmüştür[53].

Yeni TK'da eTK m. 458'e karşılık gelen hüküm, eTK'nın anonim ortaklıkta "Envanter ve Bilanço"ya ilişkin 457-465 hükümleri ile birlikte kaldırılmıştır. Bu

[49] Genel olarak aktiflerin düşük değerlenmesi suretiyle gizli yedek akçe ayırma metodu hakkında bkz. Türk, Ahmet, "Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler", **DEÜHFD,** 2002, C. 4, S. 2, s. 207 vd.; ayrıca gizli yedek akçelerin de "sermaye yedeği" ve "kâr yedeği" olarak sınıflandırılabileceği, ayni sermayeye düşük değer biçmek suretiyle gizli yedek akçe ayrılması halinde sermaye yedeğinin söz konusu olduğu yönünde bkz. **a.g.m.,** s. 177.

[50] Arslanlı, **C. III,** s. 20.

[51] Arslanlı, **C. III,** s. 30.

[52] Tekinalp, **Bilanço,** s. 126-127; bu bakımdan eTK m. 458 uyarınca gizli yedek akçe ayrılmasını öngören bir kanunun klasik anlamıyla gerçeklik ilkesine yer verdiğinin iddia edilemeyeceği yönünde, a.e., s. 48.

[53] İmregün, **a.g.e.,** s. 297, buna karşılık aynı yazarın ayni sermayenin değerinin esas sözleşmeye, bilirkişiler tarafından biçilen değerden daha düşük bir değerle kaydedilebileceği yönündeki görüşü için bkz. **a.e.,** s. 43; eTK m. 458'in yapılacak ilk kanun değişikliğinde kaldırılmasının ve böylece iradi olarak gizli yedek akçe ayrılmasının engellenmesinin yerinde olacağı yönünde Türk, **a.g.m.,** s. 228.

çerçevede TK bakımından gizli yedek akçelerin akıbetinin ne olduğunun tespit edilebilmesi için, yeni dönemde anonim ortaklıkta bilançonun hangi kurallara göre hazırlanması gerektiğinin öncelikle belirlenmesi icap eder.

Ticari defterlerin ve finansal tabloların hangi hükümler uyarınca tutulacağı, hangi şirketlerin hangi rejime tabi olacağı meselesi henüz TK'nın kanunlaşması sürecinde önemli değişikliklere maruz kaldığı gibi, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da mesele üzerindeki tartışmalar ve belirsizlikler tam anlamıyla giderilememiştir[54]. Ancak gelinen noktada son olarak KGK'nın 01/26 sayılı kararı[55]

[54] Esasında TK'nın TBMM'de kabul edilen ve Resmi Gazete'de yayımlanan ilk halinde TK m. 64'te her tacirin ticari defterlerini TMS'ye göre tutmak zorunda olduğu hükme bağlandığı gibi, yine TK m. 88/1'de de gerçek ve tüzel kişi tacirlerin gerek ticari defterlerini tutarken gerekse münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken TMS/TFRS'ye uymakla yükümlü oldukları açıkça ifade edilmişti. Ancak TK m. 88/3'te ayrıca "değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler için" o zamanki adıyla Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun (TMSK) özel ve istisnai standartlar koyabileceği de ifade edilmişti. Ancak ticari defterlere ilişkin bu mutlak ifadelere rağmen kanunun geçici 1. maddesinde daha farklı bir yaklaşım benimsenmiş ve öncelikle birinci fıkrada TMS kapsamında TMS/TFRS'nin yanı sıra KOBİ/TFRS'nin de yer aldığı belirtilmiş, ikinci fıkrada ise TMS/TFRS ve yorumlarını uygulamakla yükümlü olanların kapsamı sınırlandırılarak yalnızca 1534. maddenin ikinci fıkrasının (a) ila (e) bendlerinde sayılan sermaye şirketleri ile, TMS/TFRS ve yorumlarını uygulamayı tercih edenlerin bu mecburiyet altında oldukları hükme bağlanmıştır. Ayrıca üçüncü fıkrada bu defa KOBİ/TFRS'yi uygulamakla yükümlü olanlar sınırlı olarak belirlendiği gibi, dördüncü fıkrada da TMSK'nın, "küçük ölçekli işletmeleri KOBİ/TFRS'ndan kısmen veya tamamen muaf tutmaya veya bunlar için ayrı standartlar belirlemeye yetkili" olduğu düzenlenmiştir. Böylece söz konusu geçici 1. madde, ticari defterlere ilişkin düzenlemelerdeki geniş uygulama alanını daraltmıştır. Nihayet geçici m. 6/1'de de TK m. 1534/2'deki şirketlerin yeni hesap döneminden itibaren "gerek ticari defterlerinin tutulmasında, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarının düzenlenmesinde" TMS'ye tabi oldukları ifade edilmiştir.

Ancak kanunun yürürlüğe girmesinden bir gün önce 6335 sayılı kanunla TK'da yapılan önemli değişiklikler kapsamında, TMS/TFRS'nin uygulanma alanı da yeniden ele alınarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede TK m. 64/1'den ticari defterlerin tutulması konusunda TMS'ye yapılan yollama çıkarıldığı gibi, buna uygun olarak TK m. 88/1'de de değişikliğe gidilmiş ve bu fıkradaki, ticari defterlerin tutulmasında da TMS'ye uyulması gerektiğini belirten ibare çıkarılarak, bu zorunluluk yalnızca "münferit ve konsolide finansal tablolar" bakımından devam ettirilmiştir. Öte yandan 6335 sayılı kanunla TK m. 1534/2-a bendinin kaldırılması sebebiyle geçici m. 1/2-a'da yapılan yollamada da değişikliğe gidilmiş ve böylece TMS/TFRS'yi uygulamakla yükümlü olan sermaye şirketlerinin kapsamından TK m. 1523 anlamında "büyük ölçekli sermaye şirketi" kabul edilen şirketler ile "bunların konsolidasyon kapsamına giren bağlı şirketleri, iştirakleri ve şirketler toplulukları" çıkarılmıştır. Nihayet değişiklik kanunu ile geçici m. 6/1 de yeniden düzenlenmiş ve bu defa "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK) tarafından belirlenen şirketler"in yeni hesap döneminde yalnızca münferit ve konsolide finansal tablolarının düzenlenmesinde TMS'yi uygulamak zorunda oldukları belirtilerek, bir yandan daha önceki düzenlemede geçici m. 1'e uygun olarak TK m. 1534/2'ye yapılan atıftan vazgeçilerek KGK'ya TMS/TFRS'nin uygulama kapsamını belirleme yetkisi tanınmış, diğer yandan da TMS kapsamındaki şirketlerin dahi yalnızca finansal tablolar bakımından TMS/TFRS'ye tabi oldukları, buna karşılık ticari defterlerin tutulması bakımından TMS/TFRS'ye riayet etme zorunluluğunun bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

Ancak TMS/TFRS'ye tabi olan şirketlerin hangileri olduğu meselesi ne yazık ki bu son değişiklik sonrasında da hallolmamıştır. Gerçekten de TK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden kısa bir süre sonra KGK 14.11.2012 tarihli bir duyuruyla , TK geçici m. 6'daki yetkisine de dayanarak,

ile TMS/TFRS'ye tabi olacak şirketlerin kapsamı düzenlenmiş ve en azından süreç içerisinde yaşanan karmaşayı bir ölçüde gideren yeni bir belirlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme ile söz konusu karara ekli listede yer alan "kurum, kuruluş ve işletmelerin[56]" 01.01.2014 tarihi ve sonrasında başlayan hesap dönemlerine ilişkin

---

TMS/TFRS'nin uygulama alanı konusunda yeniden bir belirlemeye gitmiş ve bu çerçevede bir numaralı kararı ile öncelikle TK m. 1534/2'de sayılan şirketlerin yanı sıra "660 sayılı KHK'da belirtilen kamu yararını ilgilendiren kuruluşların" ve "6102 sayılı Kanunun 397 nci maddesi çerçevesinde Bakanlar Kurulu kararıyla bağımsız denetime tabi olacakların" münferit ve konsolide finansal tablolarının hazırlanmasında TMS'yi uygulayacaklarını kararlaştırmış, böylece daha önce bu kapsamda olduklarına ilişkin bir düzenleme yer almayan bağımsız denetime tabi şirketleri de TMS/TFRS şemsiyesinin altına almıştır. Öte yandan aynı duyuruda yer alan iki numaralı karar ile de tartışmaya açık bir düzenleme yapılmış ve bir numaralı karar kapsamında yer almayanlar için "Kurumca bir belirleme yapılıncaya kadar yürürlükteki mevzuatın uygulanmasının devamına" karar verilmiştir. Böylece 2014 tarihli KGK kararının zaman olarak uygulanma kapsamı öncesinde TK m. 1534/2'de sayılan sermaye şirketlerinin yanı sıra, Bakanlar Kurulu'nun TK m. 397/4 uyarınca belirlediği bağımsız denetime tabi şirketler ile 660 sayılı KHK m. 2/ğ'de kapsamı belirlenen "kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar"ın finansal tablolarını TMS/TFRS'ye uygun olarak hazırlamakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmıştı.

[55] 26.08.2014 tarih ve 29100 sayılı Resmi Gazete.

[56] 1) 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden;

a) Sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketler,

b) Yatırım kuruluşları,

c) Kolektif yatırım kuruluşları,

d) Portföy yönetim şirketleri,

e) İpotek finansmanı kuruluşları,

f) Konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları,

g) Varlık kiralama şirketleri,

h) Merkezî takas kuruluşları,

i) Merkezî saklama kuruluşları,

j) Veri depolama kuruluşları,

k) Sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında halka açık sayılan şirketlerden aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayanlar:

- Aktif toplamı onbeş milyon ve üstü Türk Lirası.

- Yıllık net satış hasılatı yirmi milyon ve üstü Türk Lirası.

- Çalışan sayısı elli ve üstü.

2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden;

a) Bankalar,

b) Finansal kiralama şirketleri,

"münferit ve konsolide finansal tablolarının" hazırlanmasında Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanacağı, bu listede yer almayan işletmelerin de isteğe bağlı olarak bu rejime dahil olabilecekleri belirtilmiş, nihayet daha önce de olduğu üzere bu kapsama dahil olmayanlar için KGK tarafından bir belirleme yapılıncaya kadar "yürürlükteki mevzuatın uygulanmasının" devam edeceği ifade edilmiştir.

Hemen belirtelim ki bu kapsamda yer alan ve finansal tablolarının ve bu arada bilançosunun hazırlanması bakımından TMS/TFRS'ye tabi olan şirketler açısından iradi gizli yedek akçe ayırma imkânı mevcut değildir. Her şeyden önce iradi gizli yedek akçelerin ayrılmasının altında yatan en kuvvetli gerekçe niteliğindeki "ihtiyatlılık" ilkesi TMS/TFRS bakımından olsa olsa tali bir ilke niteliği arzeder. Hatta bu ilkeye UMS/UFRS bünyesinde ayrılan yerin süreç içerisinde geçirdiği değişim izlendiği takdirde, UMS/UFRS bakımından bugün için gerçek anlamda ihtiyatlılık ilkesinin varlığından bahsetmek dahi mümkün olmayabilir. Nitekim örneğin o tarihteki adıyla Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi'nin (International Accounting Standards Commitee) yayınladığı 1989 tarihli "Finansal Raporların Hazırlanması ve Sunumuna İlişkin Çerçeve Metin"de[57], temel bir ilke olarak zikredilen güvenilirlik ilkesinin altında tali bir ilke olarak da olsa ihtiyatlılık ilkesine yer verilmişti[58]. Hâlbuki Çerçeve Metnin tamamen güncellenmesi

---

c) Faktöring şirketleri,

d) Finansman şirketleri,

e) Varlık yönetim şirketleri,

f) Derecelendirme kuruluşları,

g) Finansal holding şirketleri,

h) Finansal holding şirketleri üzerinde 5411 sayılı Kanunda tanımlandığı şekliyle nitelikli paya sahip olan şirketler,

i) Ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşları.

3) 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kapsamında faaliyet göstermekte olan sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri.

4) Borsa İstanbul Piyasalarında faaliyet göstermesine izin verilen; yetkili müesseseler, kıymetli madenler aracı kurumları, kıymetli maden üretimi veya ticareti ile iştigal eden anonim şirketler.

[57] "The Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements". Bu metnin Türkçe çevirisi Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayınlanan "Finansal Tabloların Hazırlanma ve Sunulma Esaslarına İlişkin Kavramsal Çerçeve Hakkında Tebliğ" (Sıra No:1, 16.01.2005 tarih ve 25702 sayılı RG)" ekinde yer almıştır.

[58] **Çerçeve Metin,** "Güvenilirlik ve İhtiyatlılık" kenar başlıklı N. 37.

çalışmaları kapsamında 2010 yılında kısmen yapılan değişikliklerle yayınlanan yeni metinde[59] finansal tablolarda bulunması gereken niteliksel özellikler kapsamında ihtiyatlılık ilkesine, bir alt ilke olarak dahi yer verilmemiştir[60]. Hatta 1989 versiyonunda dahi ihtiyatlılık prensibine Kara Avrupası'ndaki klasik anlamından daha dar bir anlam verilmiş, üstelik standartlar bakımından ihtiyatlılık prensibinin kesinlikle gizli yedek akçe ihdasına izin vermeyeceğine de ayrıca vurgu yapılmıştır[61, 62].

[59] Metin için bkz. www.ifrs.org. Çerçeve metnin bütünüyle yenilenmesi çalışmaları Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB) tarafından aşamalı olarak sürdürülmektedir. Bu güncelleme çalışması kapsamında öncelikle 2010 yılında Birinci ve Üçüncü bölümler hazırlanarak bunlar eski çerçeve metnin ilgili kısımlarına işlenmiştir. İkinci Bölümün hazırlanması ve mevcut metnin kalanını içeren Dördüncü bölümle birlikte yürürlüğe konulmasından sonra oluşacak yeni metin ise Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (The Conceptual Framework for Financial Reporting)" olarak isimlendirilecektir.

[60] Bununla birlikte TMS/TFRS kapsamındaki çeşitli standartlar içerisinde hala ihtiyatlılık ilkesinin izlerine/etkilerine rastlamak mümkündür, bu konuda çeşitli örnekler için bkz. Wawrzinek, Wolfgang, in **Beck'sches IFRS-Handbuch- Kommentierung der IFRS/IAS,** herausgegeben von Bohl, Werner/Riese, Joachim/Schlüter, Jörg, 4. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München-Bern 2013, § 2/90.

[61] *"Finansal tabloları hazırlayanlar, kaçınılmaz olarak birçok olay ve durumu çevreleyen belirsizliklerle karşı karşıyadırlar. Örneğin, şüpheli alacakların tahsil edilebilme durumu, sabit kıymetlerin muhtemel yararlanma ömürleri ve ortaya çıkabilecek garanti taleplerinin sayısı gibi. Finansal tabloların hazırlanmasında bu belirsizliklere, özellikleri ve kapsamları itibariyle yer verilirken ihtiyatlı bir şekilde hareket edilmelidir. İhtiyatlılık belirsizlik olması nedeniyle tahmin yapılması gereken hallerde aktiflerin ve gelirin olduğundan fazla, yükümlülüklerin ve giderlerin de olduğundan eksik belirlenmemesi için gereken dikkatin gösterilmesini ifade eder. Ancak, ihtiyatlı davranmak gizli yedeklerin yaratılmasına veya gerekenden fazla karşılık ayrılmasına, bilerek aktiflerin ve gelirin olduğundan eksik, yükümlülüklerin ve giderlerin de olduğundan fazla belirlenmesine yol açarsa finansal tabloların tarafsızlığı yok olur ve güvenilirlik özelliği ortadan kalkar."*, Kavramsal Çerçeve 1989, N. 37. Esasında son cümlenin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yapılan bu çevirisi, orijinal metnin gizli yedek akçeler karşısında aldığı net tavrı tam olarak yansıtmamaktadır. Gerçekten de çeviride *"...ihtiyatlı davranmak gizli yedeklerin yaratılmasına...yol açarsa"* denmiş olması, sanki mutlak bir yasağın olmadığı, yalnızca gizli yedek akçelerin yol açacağı sonuç hakkında bir durum tespiti yapıldığı izlenimini vermektedir. Halbuki orijinal metnin tam ifadesi *"Bununla birlikte ihtiyatlılık, gizli yedeklerin...yaratılmasına* ***izin vermez****;..."* şeklindedir.

[62] İhtiyatlılık prensibinin iki farklı bilanço sistemindeki yerinin bu şekilde farklı olması, esasen IAS/IFRS çerçevesinde bilançonun asıl gayesi ve fonksiyonunun, Kara Avrupası hukukundaki klasik bilançodan farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de klasik bilançonun asli gayesi alacaklıların menfaatlerinin korunması iken, UMS/UFRS'nin asli gayesi özellikle yatırımcıların bilgilendirilmesidir (Ticari bilançonun ve UMS/UFRS bilançosunun amaçları bakımından ayrıntılı bir inceleme için bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** Einf-5 vd.). Bu farklılık dolayısıyla klasik bilançoda ihtiyatlılık ilkesi temel bir ilkedir; bu ilke uyarınca ortaklığın/işletmenin finansal durumunun olduğundan iyi gösterilmesindense, olduğundan kötü gösterilmesi tercih edilmekte, aktiflerin değerlenmesinde "en düşük değer" ve pasiflerin değerlenmesinde "en yüksek değer" ilkeleri uygulanmak suretiyle oldukça çekingen bir değerleme yapılmakta; aktiflerin veya borçların bilançoya geçirilme zamanı aktifler için nispeten geç, pasifler için de nispeten erken gerçekleşmekte; aktiflerin değerlenmesinde tarihi maliyet değeri tercih edilmek suretiyle zaman içerisinde gerçekleşmesi muhtemel değer artışlarının bilançoya

Şu halde finansal tablolarını TMS/TFRS uyarınca hazırlayacak olan şirketlerin iradi olarak gizli yedek akçe ayırmalarının mümkün olmadığı, TMS/TFRS sisteminin iradi gizli yedek akçelerin ihdasını mutlak olarak reddettiği ortaya konulduktan sonra, bu sisteme tabi ortaklıklarda ayni sermaye taahhüdü kapsamında getirilmesi düşünülen ayınlara bilirkişilerce biçilen değerin bir üst sınır olarak değerlendirilmesi ve kuruculara söz konusu aynı bu üst sınırın altında kalan bir değerle esas sözleşmeye ve dolayısıyla bilançoya geçirme imkânı tanınması, esas itibariyle bu yasağa aykırılık teşkil edecektir[63]. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sermaye olarak getirilen ayınlara bilerek düşük değer biçilmesi, sermaye yedeği şeklinde iradi gizli yedek akçe ayırmak anlamına geleceğine göre, TMS/TFRS sisteminde kanımızca kuruculara böyle bir imkân tanınması reddedilmelidir.

---

yansıtılmasından kaçınılmakta; bazı aktifleştirme yasakları ile çeşitli değerlerin bilançoya geçirilmesi engellenmekte; bazı varlıkların aktifleştirilmesi veya pasifleştirilmesi konusunda bilançoyu hazırlayanlara takdir hakları tanınmakta; neticede temel prensip niteliğindeki ihtiyatlılık ilkesinden kaynaklanan bu düzenlemelere bağlı olarak iradi, zorunlu yahut takdiri gizli akçelerin (gizli yedek akçelerin iradi, zorunlu ve takdiri yedek akçe şeklinde sınıflandırılması hakkında bkz. Türk, **a.g.m.,** s. 199 vd.) oluşmasına imkân verilmektedir.

Hâlbuki asli gayesi yatırımcıların bilgilendirilmesi olan UMS/UFRS bakımından "gerçeğe uygun şekilde sunum" ve "bilgilerin ihtiyaca uygunluğu" temel bilanço ilkelerini teşkil eder (bkz. **Çerçeve Metin 2010,** NÖ-5 vd.; bu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wawrzinek, **a.g.e.,** § 2/57 vd.). Bu bakımdan UMS/UFRS kapsamında aktif ve pasifteki kalemlerin düşük ya da yüksek değil, mümkün olduğunca gerçek durumu yansıtacak şekilde kaydedilmesi aranmakta; aktiflerin değerlenmesinde değerleme ölçüsü olarak kaideten maliyet değeri değil "gerçeğe uygun değer" esas alınmakta; aktiflerin bilançoya alınma zamanı bakımından çekingen davranılmadığı gibi, borçların kayıt zamanı da erkene çekilmemekte; aktifleştirme yasaklarının ve takdir haklarının miktarı azaltılmaktadır. Böylece amaçlanan, yatırımcılara ortaklığın finansal durumu, bu durumdaki değişmeler ve şirketin ödeme gücü hakkında "dürüst resim"i sunabilmek; bu şekilde mevcut ve gelecekteki yatırımcıların şirket hakkında "elverişli" bilgilerle mümkün olduğunca "doğru" bir kanaat edinebilmelerini, neticede bu şirkete yatırım yapıp yapmamak, yahut mevcut yatırımını büyütüp büyütmemek konusunda karar verebilmelerini sağlamaktır (Winnefeld, **a.g.e.,** Einf-62). Bu bakımdan UMS/UFRS kapsamında alacaklıların korunmasının öncelikli bir amaç olmadığı, dolayısıyla finansal tablolardan kendileri açısından ne sonuç çıkaracaklarına alacaklıların karar vermesi gerektiği, bu itibarla şirketin malvarlığı, finans ve kâr durumuna ilişkin hüküm vermek konusunda alacaklılara ticari bilançolara oranla bu bilançolarda daha fazla sorumluluk düştüğü (Wawrzinek, **a.g.e.,** §2/94); bu bilançonun daha ziyade tek yönlü olarak bilgilendirme amacına yönelmiş olması ve ihtiyatlılık prensibini ihmal etmiş olması dolayısıyla alacaklılara yeterli koruma sağlamadığı (Winnefeld, **a.g.e.,** Einf-62) belirtilmiştir.

[63] Belirtmek gerekir ki KGK'nın 01/26 sayılı kararı uyarınca finansal raporlarını hazırlarken TMS'ye tabi olacak şirketlerin önemli bir kısmına sermaye olarak nakit dışı değerlerin getirilmesi esasen mümkün değildir (Bu konuda bkz. Yedinci Bölüm, IV). Dolayısıyla uygulamada tartışma konusu yaptığımız bu ihtimale oldukça ender rastlanacağına şimdiden işaret edilmelidir. Bununla birlikte istisnai olarak örneğin gayrimenkul yatırım ortaklıklarına sermaye olarak nakit dışı değerlerin taahhüdü imkânı tanındığından (SerPK m. 49/5), yine de bu ihtimalin tamamen gözardı edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

Buna karşılık finansal tablolarını TMS/TFRS uyarınca tutmak yükümlülüğü altında bulunmayan anonim ortaklıklar bakımından farklı bir sonuca varılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilebilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, 01/26 sayılı KGK kararında, bu kapsamda olmayan ortaklıklar bakımından "…*Kurumca bir belirleme yapılıncaya kadar yürürlükteki mevzuatın uygulanmasının devamına…"* karar verilmiştir. Burada belirtilen "yürürlükteki mevzuat"tan kastın ne olduğu konusunda uygulamada bir belirsizlik olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Tekinalp, daha önce yine KGK'nın yayınladığı 14.11.2012 tarihli duyuruda yer alan ve aynı ifadeyi içeren 2 numaralı kararın muğlak olduğunu belirttikten sonra, uygulamada birçok mali müşavirin sorumlu oldukları anonim ve limited ortaklıklara yanlış yol gösterdiğini, sirküle ettikleri bilgi notlarında TMS/TFRS'ye tabi olmayan şirketler hakkında VUK ile Muhasebe Sistemi Genel Tebliği'nin uygulanacağını bildirdiklerini aktarmaktadır[64].

Tekinalp haklı olarak zikredilen bu iki kaynağın eTK döneminde dahi ticari bilançolara uygulanmadığını, özellikle dağıtılacak kârların bu iki kaynağa göre tespit edilmediğini, VUK'un kanunen kabul edilmeyen giderlerinin ticari bilanço bakımından geçerli olmadığını ifade etmiştir[65]. Gerçekten de TMS/TFRS kapsamında olmayan anonim ortaklıklar bakımından vergi bilançosuna ilişkin kuralların ticari bilançoya ilişkin kuralların yerini doldurması, her iki bilançonun tamamen farklı amaçlara yönelmiş olmaları karşısında mümkün değildir.

Esasen anonim ortaklıklarda finansal tabloların hazırlanması konusu TK m. 514 vd.da düzenlenmiştir. Bu durumda KGK'nın bahsettiği "yürürlükteki mevzuat"ın söz konusu hükümleri işaret ettiği sonucuna varılabilir. Ancak meseleyi iyice içinden çıkılmaz hale getiren husus, bahsi geçen maddelerde de finansal tabloların hazırlanması konusunda açıkça TMS'ye atıf yapılmış olmasıdır. Gerçekten de örneğin TK m. 514'te TMS'de öngörülmüş bulunan finansal tabloların hazırlanması gerektiği belirtildiği gibi, TK m 515'te de finansal tabloların içeriğinin TMS'ye göre hazırlanacağı hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan pekâlâ söz konusu düzenlemelerin mevcut durumda tüm anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanı

[64] Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** §17/59.

[65] Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** §17/59.

bulacağı, her ne kadar TK geçici m. 1/4 uyarınca KGK'ya TMS'den muaf olacakları tespit etme veya bunlar için ayrı düzenlemeler yapma yetkisi verilmişse de[66], KGK'nın henüz böyle alternatif/istisnai bir sistemi geliştirmediği, dolayısıyla geçici m. 1/2 dışında kalan anonim şirketlerin kendileri hakkındaki genel hükümler uyarınca finansal tablolarını tutacakları, bu hükümlerin de açıkça TMS'ye atıf yaptığı söylenebilir[67]. Kısacası kanun maddeleri arasında gerekli uyum sağlanmadığı gibi, KGK'nın da TMS/TFRS'ye tabi olan şirketler dışındakiler için bir belirleme yapmamış olması, bu anonim şirketler için hangi hükümlere göre bilanço düzenleneceği konusunda önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Ancak bu tartışmalı meselede varılacak sonuçtan bağımsız olarak yeni TK ile şirket finansal tabloları bakımından öngörülen sistemin, bilanço hukukunun kuralları uyarınca bir noktada kaçınılmaz olan zorunlu ve hatta takdiri gizli yedek akçeler bir tarafa bırakılırsa, iradi olarak gizli yedek akçe ayrılmasına –eTK'nın yaklaşımından farklı olarak- karşı olduğu söylenebilir. Her şeyden önce eTK'da iradi gizli yedek akçe ayırılmasının pozitif dayanağını teşkil eden eTK m. 458'e TK'da yer verilmemiş olması, yeni sistemde iradi gizli yedek akçelere yer olmadığını, bu ihtimalin pozitif metinlerden tamamen dışlanmış olduğunu ortaya koymaktadır[68]. Öte

[66] Tekinalp, belirsizliğin giderilmesi için KGK'nın ihtiyacı karşılayacak nitelikte muhasebe standartları koyması gerektiğini belirtmekte ve bu konuda gecikilmiş olmasını eleştirmektedir, **Sermaye Ortaklıkları,** §17-59.

[67] Ancak belirli bir büyüklüğe ulaşmamış ve özellikle de hisseleri borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar bakımından TMS/TFRS veya UMS/UFRS uyarınca bilanço tutulması zorunluluğu getirilmesi her halükarda eleştiriye açık bir tercihtir. Söz konusu düzenlemelerin son derece geniş ve karmaşık olması, bu düzenlemelerin sıklıkla değişmesi, sistemin bütünüyle finansal tabloların bilgi verme cephesine ağırlık vermiş olması, buna karşılık klasik ticari bilançonun çok yönlü işlevlerini yerine getirmekten uzak olması, bu çerçevede özellikle alacaklıların korunması bakımından çok elverişli olmaması, TMS/TFRS düzenlemelerinin tüm anonim ortaklıklar bakımından zorunlu muhasebe sistemi olarak kabul edilmesinin yerinde olmadığı sonucuna ulaştıracaktır. Nitekim AB'nin 1606/2002 sayılı Uluslararası Muhasebe Standartlarının Kullanımına Dair Tüzük m. 4'te söz konusu standartları uygulama yükümlülüğü, yalnızca menkul kıymetleri regüle edilmiş bir piyasada işlem gören şirketler bakımından getirilmiştir. Bu tercih UMS/UFRS sisteminin esasen hisseleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar bakımından öngörülmüş olması gerçeğiyle de uyumludur. Türk kanun koyucusunun TK'da UMS/UFRS'nin bu niteliğini gözetmeksizin tüm anonim ortaklıklar bakımından bu sistemi dayatması, belli ki uygulamada bir dirençle karşılaşmakta ve kanunun lafzına aykırı da olsa bu hükümlerin uygulanmasından haklı olarak kaçılmaktadır.

[68] Bununla birlikte eTK m. 458'in kaldırılmış olması, TK'nın yalnızca "iradi" gizli yedek akçe müessesesini engellemek istediği şeklinde yorumlanabilir; yoksa genel olarak "gizli yedek akçe" müessesesinin ortadan kalkması söz konusu değildir, bu konuya dikkat çeken Aydın, Alihan, "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", **İÜHFM,** Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 104, dn. 8. Nitekim zorunlu ve

yandan bilanço hukukunun karşılaştırmalı hukukta son dönemde takip ettiği seyir incelendiğinde de iradi gizli yedek akçe meselesinin, özellikle AB hukukunun etkin olduğu hukuk çevrelerinde, terkedilen bir uygulama olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim muhasebeleşirmeye ilişkin dördüncü şirketler hukuku Yönergesi (4. Yönerge[69]) incelendiğinde AB hukuku düzeyinde iradi gizli yedek akçe ayrılmasına izin verilmediği anlaşılmaktadır[70]. Yine örneğin ihtiyatlılık ilkesinin hala önem taşıdığı (bkz. HGB §252/1, b. 4) Alman hukukunda dahi uzunca bir süreden beri ihtiyari yedek akçe ayırma imkânı anonim ortaklık bakımından reddedilmektedir[71, 72].

---

takdiri gizli yedek akçeler, bu konuda çok daha sıkı bir rejim getiren UMS/UFRS sisteminde bile bütünüyle engellenmiş/engellenebilmiş değildir.

[69] 78/660/AET sayılı Yönerge.

[70] Nitekim söz konusu yönergenin 2. maddesinin 2 ve devamı fıkralarında "gerçeğe uygun sunum" ilkesi üzerinde durulmuş, finansal tabloların açık ve anlaşılır olması (ikinci fıkra) ve şirketin malvarlığı, finans ve kârlılık durumu hakkında gerçeğe uygun bir resim sunması gerektiği (üçüncü fıkra) belirtildiği gibi, devam eden fıkralarda da bu Yönerge hükümlerinin üçüncü fıkrada bahsedilen gerçek resmi sunmak konusunda yetersiz kalması durumunda ilave bilgilerin verilmesi gerektiği (dördüncü fıkra); hatta istisnai hallerde bu Yönerge hükümlerinden birinin uygulanmasının üçüncü fıkradaki "gerçek resim ilkesi" ile bağdaşmaz olduğu kanaatine varılırsa, gerçek resmi sunabilmek adına söz konusu hükmün uygulanmasından "vazgeçilmesi gerektiği" ifade edilerek (beşinci fıkra), "gerçeğe uygun şekilde sunum"a verilen önem ortaya konulmuştur.

Ayrıca 35 ve 39. maddelerde amortismana tabi yatırım malvarlığı ve döner malvarlığı unsurları bakımından "en düşük değer ilkesi" uyarınca icap eden değer indirimlerinin yapılacağı belirtilmiş, bununla birlikte m. 35/1/c/dd'de ve m. 39/1/d'de değer azaltımını gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde düşük değerin tercih edilmesinden vazgeçilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Böylece iradi gizli yedek akçe konusunda AB hukukunun tavrı net bir biçimde ortaya konulmuş olmaktadır. AB hukukundaki durum için ayrıca bkz. Türk, **a.g.m.,** s. 190.

[71] Nitekim daha önceki dönemde bilançoya ilişkin genel ilkeler kapsamında HGB § 253/4 istisnai olarak tanınmış olan isteğe bağlı amortisman ayırma imkânının sermaye ortaklıkları bakımından uygulanmayacağı HGB § 279/1'de hükme bağlanmış ve böylece bu şekilde veya başka bir yolla ihtiyari gizli yedek akçe ayrılması anonim ortaklıklar bakımından yasaklanmıştı (bu dönemde Alman hukukunda anonim ortaklıklar bakımından ihtiyari gizli yedek akçelere izin verilmediği hususunda bkz. Winnefeld, **a.g.e.,** D-1954; Türk, **a.g.m.,** s. 190 vd.).

2009 yılında BilMoG ile HGB'de yapılan kapsamlı değişiklikler neticesinde bu tavır daha da belirgin bir hale gelmiş ve zorunlu yahut ihtiyari gizli yedek akçelerin oluşmasına yol açacak ihtimallerin dahi azaltılması yoluna gidildiği gibi, daha önceki dönemde istisnai bir hüküm olarak dahi olsa iradi yedek akçe kavramına dayanak oluşturan ve makul ticari telakkiler çerçevesinde yapılacak olan ihtiyari amortismanlara müsaade eden HGB § 253/4 ve buna paralel bir düzenleme olan HGB § 253/3, c. 3 tamamen kaldırılmıştır. Yine eski dönemde HGB § 253/2, 3 ve 4 uyarınca bilançoya yazılan düşük değerlerin, bunlara yol açan gerekçe ortadan kalksa dahi muhafaza edilmesine imkân veren HGB § 253/5'te de 4. Yönerge'ye uygun olarak tam tersi bir düzenlemeye gidilmiş ve gerekçelerin ortadan kalkması halinde düşük değerlerin muhafaza edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Nihayet HGB § 256/5, b. 2'de de bilançodaki kalemlerin düşük değerlenmesi suretiyle şirketin malvarlığı ve kârlılık durumunun kasten yanlış gösterilmesi veya gizlenmesi, açıkça finansal tabloların geçersizliği sebebi olarak düzenlenmiştir. Yeni dönemdeki durum hakkında genel olarak bkz. Merkt, **a.g.e.,** § 252/12 vd.

[72] Nitekim iradi gizli yedek akçelere ilişkin kanun koyucunun bu tutumuna bağlı olarak Alman doktrininin önemli bir kısmı, ayni sermayenin düşük değerlenmesinin özellikle söz konusu yasağa

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde yeni TK'da, ister TMS/TFRS hükümlerine tabi olsun, ister olmasın, anonim ortaklıklar bakımından iradi gizli yedek akçe ayırma imkânının kural olarak tanınmamış olduğu; dolayısıyla ayni sermaye olarak getirilen bir malvarlığı kaleminin de tamamen ihtiyari/keyfi olarak düşük değerle ortaklığa kabulünün bu yasağa aykırı olacağı için kabul edilemeyeceği söylenmelidir. Nitekim TK m. 72/1'de finansal tabloların tüm varlıkları "doğru şekilde değerlendirilmiş olarak göstermesi" zorunluluğundan bahsedilmesi karşısında, keyfi bir düşük değerlemenin ilkesel olarak TK'ya aykırı olacağı açıktır.

Bununla birlikte TK m. 78/1-d'de ifadesini bulan "ihtiyatlılık ilkesi"nin bir gereği olarak kurucuların/yönetim kurulunun bilirkişinin belirlediği değer üzerinden indirim yapması mümkün olabilir. Bu halde yönetim kurulunun değer biçme konusunda bir nebze çekingen davranmasından kaynaklanan ve ihtiyatlılık ilkesinin kaçınılmaz bir sonucu olan "takdiri yedekler" bilanço hukukunun göz yumduğu bir sonuçtur. Dolayısıyla düşük değerlemenin mutlak olarak yasak olduğundan bahsetmek yerine, kurucular/yönetim kurulu üyelerine ihtiyatlılık ilkesi dolayısıyla tanınması gereken bir takdir payının olduğu kabul edilmeli, ancak düşük değerleme olgusunun söz konusu takdir hakkının ötesine geçerek iradi gizli yedek akçe tesisine dönüşmemesi konusunda dikkatli olunmalıdır[73]. Ayrıca her halükarda kuruluş aşamasında esas sözleşmeye bilirkişinin belirlediği değerden daha düşük bir değerin yazılmasını gerektiren ve kurucular tarafından ihtiyatlılık ilkesinin bir gereği olarak telakki edilen faktörlerin neler olduğunun da kurucular beyanında belirtilmesi gerekir.

G. Esas Sözleşmede veya Bilirkişi Raporunda Aşırı Değerleme

Önceki başlıkta da ifade ettiğimiz üzere kural olarak ayni sermaye olarak taahhüt edilen kıymete bilirkişinin biçtiği değer, kurucular bakımından da üst sınırı teşkil eder. Dolayısıyla kurucuların bilirkişinin belirlediği değerin üstüne çıkarak

---

aykırılık teşkil edecek olması dolayısıyla mümkün olmadığı kanaatindedir, bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/88; Pentz, **a.g.e.,** § 27/39; Arnold, **a.g.e.,** § 27/68; Bayer, **a.g.e.,** § 27/20; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/21; Bayer, **a.g.e.,** § 5/27; daha ziyade eski tarihli doktrin tarafından savunulan aksi görüş için bkz. von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/14; Adler/Düring/Schmaltz, **a.g.e.,** §153/55; Winter, **a.g.e.,** § 5/56.

[73] Takdiri ve iradi gizli yedek akçe arasındaki sınırın çizilmesinin kolay olmadığı belirtilmelidir, bu konuda bkz. Türk, **a.g.m.,** s. 203.

bunu esas sözleşmeye yazması kanımızca mümkün değildir. Aksi takdirde değer biçme işleminin mahkeme tarafından atanan bağımsız bilirkişiler eliyle yapılmasından beklenen fayda sağlanamaz. Buna aykırı davranılması ve esas sözleşmede yazılan değerin bilirkişi raporunda tespit edilenden yüksek olması halinde ise kanımızca ticaret siciline tescil aşamasında ticaret sicili müdürü bu sebeple tescil talebini reddetmelidir.

Buna karşılık bizzat bilirkişinin biçtiği değerin ayni sermaye olarak taahhüt edilen kalemin gerçek veya daha yerinde bir ifadeyle "makul" değerinin çok üstünde olması halinde ne yapılması gerektiği açık değildir. Bu durumda aşırı değerleme yapıldığı kanısında olan kurucuların, bu gerekçeyle bilirkişinin belirlediği değerin altına inmelerinin ve esas sözleşmeye daha düşük bir değer yazmalarının mümkün olup olmadığı ayrıca incelenmelidir[74].

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kurucuların keyfi olarak düşük değerleme yapmaları, iradi gizli yedek akçe ayrılması yasağına aykırılık teşkil edecek ise de, bilirkişinin biçtiği değerin açık bir biçimde "aşırı" olduğunun tespiti halinde artık bu anlamda bir keyfilikten söz edilemez. Dolayısıyla kurucuların bilirkişi raporunda belirlenen değerin gerçek değerden çok daha yüksek olduğunu fark etmeleri halinde bu gerekçeyle her şeyden önce mahkemeye başvurarak TK m. 343 uyarınca bilirkişi raporuna itiraz etmeleri söz konusu olabilir.

Ancak kanımızca itiraz süresi içerisinde aşırı değerlemenin farkedilmemiş olması veya itiraz süresinin bir şekilde kaçırılmış olması dolayısıyla mahkemenin bilirkişi raporunu onaylaması ve dolayısıyla TK m. 343'ün son cümlesi uyarınca raporun kesinleşmesinden sonra da bu gerekçeyle kurucuların değer tashihine gitmesi

[74] Ayni sermaye kalemleri için biçilen değerin bunlar karşılığında verilen payların değerinden daha yüksek olup olmadığı da Alman hukukunda AktG § 38/2 çerçevesinde sicil mahkemesinin denetimi kapsamındadır. Dolayısıyla söz konusu hüküm uyarınca sicil mahkemesi ayni sermayenin değerinin bunlar karşılığında verilen payların asgari ihraç değerinin önemli ölçüde altında kalmış olduğu kanaatine varmış veya kuruluş denetçileri bu yönde görüş belirtmişlerse, şirketin tescili reddedilebilecektir.

Türk hukuku bakımından ise bir yandan ayni sermayeye önce bilirkişi tarafından değer biçileceği ve sonrasında bu değer esas sözleşmeye yazılacağı, başka bir deyişle daha önce kurucular tarafından belirlenen karşılık sonradan bir denetime tabi tutulmadığı için, diğer yandan ise kanun ticaret sicili müdürüne böyle bir inceleme yetkisi vermediği için, ticaret sicili müdürünün bilirkişinin belirlediği ve esas sözleşmeye yazılan değerin ayni sermayenin gerçek değerinin üstünde olduğu gerekçesiyle tescili reddetmesi mümkün değildir.

ve esas sözleşmede bilirkişinin belirlediği değerin altına inmesi mümkün olmalıdır. Bu bakımdan TK m. 343/son cümlede bahsedilen "kesinleşme" sonucunun da üst sınır bakımından söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Aksi sonucun kabulü halinde kurucular TK m. 549 ve 551 uyarınca sorumlu tutulabileceklerini bile bile, ayni sermayeye biçilen yüksek değeri esas sözleşmeye yazmaya ve yine kurucular beyanında -öyle olmadığını bildikleri halde- ayni sermaye için verilecek karşılığın uygun olduğunu beyan etmeye mecbur tutulmuş olacaklardır ki, bu ne mantıken ne de kurucular beyanının gayesi itibariyle kabul edilemez[75].

Dolayısıyla bilirkişinin biçtiği değerin açık bir biçimde gerçek değerin çok üstünde olduğuna kanaat getiren kurucuların esas sözleşmeye bu gerekçeyle daha düşük bir değer yazmaları kanımızca mahkeme onayından sonra dahi mümkündür. Ancak bu durumda kurucular beyanında, bilirkişi raporundaki değerin esas sözleşmeye geçirilmediğine vurgu yapılmalı, bunun gerekçeleri açık ve ayrıntılı bir biçimde ortaya konmalı ve nihayet esas sözleşmede belirtilen değerin hangi değerleme metodu esas alınarak tespit edildiği açıkça belirtilmelidir.

Aşırı değerleme olgusunun kuruluş aşamasında kurucular tarafından farkedilmemesi halinde şirket buna rağmen ticaret siciline tescil edilmekle geçerli bir biçimde kurulmuş olacaktır. Ancak bu durumun sonradan farkedilmesi halinde esas sözleşmede yazılı olan esas sermaye miktarı ile buna karşılık olarak getirilen malvarlığı kalemlerinin değeri arasında oluşan olumsuz farkın da giderilmesi gerekir. Bu durumda kanımızca ortaklık aşırı değerleme dolayısıyla eksik kalan kısmın nakdi olarak tamamlanmasını ayni sermaye getiren ortaktan talep edebilecektir. Bu talebin ilkesel dayanağı sermayenin tedarikidir. Pay sahibi esas sözleşmede şirkete belirli bir parasal değere karşılık gelen sermaye payını getirmeyi taahhüt etmiş, bu sermaye taahhüdünü yerine getirmek amacıyla da ortaklıkla bir ayni sermaye sözleşmesi yapmıştır. Ortaklık esas sözleşmesinin ortaya koyduğu husus pay sahibinin ortaklığa getirdiği bu malvarlığı kaleminin, yine esas sözleşmede yer alan sermaye taahhüdüne değer itibariyle denk düştüğüdür. Eğer varsayılan bu denkliğin gerçekte oluşmadığı

[75] Aynı şekilde ticaret şirketlerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TK m. 131/1'in sermaye olarak konulan ayınlara bilirkişi tarafından biçilecek değerin ilgililerce kabul edilmiş sayılacağına ilişkin düzenlemesinin de anonim ortaklıklar bakımından göz göre göre sermayenin eksik kalmasına yol açacak şekilde yorumlanmaması gerekir.

bir şekilde tespit edilmişse, ispat yükü ortaklığın üzerinde olmak kaydıyla[76] sonradan bu denkliğin sağlanması için eksik kalan kısmın talep edilmesi, sermaye taahhüdünün doğal bir sonucudur[77]. Ortaklığın bu talebi BK m. 147/b. 4 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir; bu süre BK m. 149 uyarınca alacağın muaccel olması ile, yani sermaye borcu bakımından şirketin veya sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır[78].

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ayni sermayeye "emsaline oranla yüksek fiyat" biçilmesi aynı zamanda bir sorumluluk sebebidir. Bu bakımdan TK m. 551 uyarınca "değer biçilmesinde yolsuzluk" yapılmış olması dolayısıyla öncelikle bilirkişinin sorumluluğuna gitmek mümkündür. Ayrıca yine yukarıda belirttiğimiz üzere kurucular/yönetim kurulu üyeleri de şayet bilirkişinin biçtiği değerin emsallerine oranla çok yüksek olduğunu farketmiş olmalarına rağmen kuruluşta/esas sermaye artırımında bu duruma müdahale etmemişler ise TK m. 553 uyarınca sorumlulukları gündeme geleceği gibi, şirketin veya esas sermaye artırımının tescilinden sonra bu tespiti yapmış olmalarına rağmen eksik kalan sermayeyi tamamlamak için gerekli adımları atmamışlarsa bu defa da TK m. 550/1 çerçevesinde sorumlu tutulabileceklerdir. Ayrıca yüksek değer biçilmesine bizzat sebebiyet veren kurucular/yöneticiler, bu kapsamda örneğin bilirkişiyi yanlış yönlendiren, değer biçilecek ayın hakkında yanıltıcı beyanlarda bulunan, değer biçilmesi için ayni sermaye olarak getirilen malvarlığı kalemini değil daha yüksek değerli bir emsalini bilirkişiye sunan kimseler de, "belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması"nı bir sorumluluk sebebi olarak düzenleyen TK m. 549 uyarınca

[76] Alman hukukunda bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/102, ayrıca söz konusu fark sorumluluğunun teorik temellerine ilişkin çeşitli görüşler için **a.e.,** § 27/104; Pentz, **a.g.e.,** § 27/44; Arnold, **a.g.e.,** § 27/74; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/47; Bayer, **a.g.e.,** § 27/26; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/21.

[77] Alman hukukunda limited şirketler açısından ayni sermayeye aşırı değer biçilmesi halinde doğacak fark sorumluluğu (Differenzhaftung) açıkça GmbHG § 9'da düzenlenmiştir. Bu yönde açık bir pozitif kanun hükmü bulunmamakla birlikte anonim ortaklıklar bakımından da aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/102; Pentz, **a.g.e.,** § 27/44; Arnold, **a.g.e.,** § 27/74; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/47; Bayer, **a.g.e.,** § 27/26; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/21.

[78] Alman hukukunda ise limited şirketlere ilişkin GmbHG § 9/2 hükmünün kıyasen anonim ortaklıklar bakımından da uygulanacağı ve bu talebin şirketin tescilinden itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir, bu yönde bkz. BGHZ 118, 83, 101; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/102 (GmbHG § 9/2'nin eski hali uyarınca beş yıllık zamanaşımından bahsedilmektedir); Pentz, **a.g.e.,** § 27/44; Arnold, **a.g.e.,** § 27/74; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/47; Bayer, **a.g.e.,** § 27/26.

sorumluluk davasına muhatap olabilecektir. Nihayet tüm bu hallerde ayrıca TK m. 562/8, 9 ve 10. fıkraları çerçevesinde cezai sorumluluğun da gündeme gelebileceği belirtilmelidir.

H. Değerleme Zorunluluğunun İstisnaları Konusunda AB Hukukundaki Gelişmeler ve TK Üzerindeki Etkileri

AB Hukuku düzeyinde yakın zamanlarda yapılan çeşitli düzenlemelerde, belirli hallerde ayni sermaye taahhüdü halinde aranan değerleme prosedürüne muafiyet getirilebilmesi imkânı tanınmıştır. Gerçekten de 2. Yönerge'de 2006 ve 2009 yıllarında yapılan değişiklikler/ilavelerle bu konudaki rejimin esneyebileceği haller ortaya konulmuştur.

Bu çerçevede 2006/68/AB sayılı yönerge ile 2. Yönergeye 10a maddesi olarak eklenen, nihayet 2. Yönerge'yi yürürlükten kaldıran 2012/30/AB sayılı Sermaye Yönergesine de 11. madde olarak dahil olan düzenleme ile üç halde ayrıca bir değerlemeye gerek kalmadan ayni sermaye taahhüdünde bulunma imkânı tanınmıştır. Bu kapsamda kısaca;

- 2004/39/AB sayılı Yönerge m. 4/1/b.18 anlamındaki kıymetli evrakın veya aynı yönerge m. 4/1/b.19 anlamındaki para piyasası araçlarının ayni sermaye olarak getirilmesi halinde bunların ulusal hukukun belirleyeceği ve bu kıymetlerin ayni sermaye olarak getirildiği tarihten itibaren geriye doğru gidecek yeterli bir zaman aralığı içerisinde, bir ya da birden fazla regüle edilmiş piyasada/piyasalarda oluşan ağırlıklı ortalama fiyatı üzerinden değerlenebilmesine imkân tanınmış (11/1);

- söz konusu kıymetli evrak ve para piyasası araçları dışında kalan ayni sermaye kalemlerinin, ayni sermayenin getirildiği tarihten önceki en geç altı ay içerisinde bağımsız bir bilirkişi tarafından ilgili ülkede söz konusu malvarlığı kalemi için geçerli değerleme hükümleri çerçevesinde değerlenmiş olması halinde bu değerin kabul edilebileceği belirtilmiş (11/2);

- yine diğer ayni sermaye kalemlerinin geçmiş yıla ait ve denetimden geçmiş bilançoda yer alan değeri ile değerlenebilmesine müsaade edilmiştir (11/3).

Ayrıca Sermaye Yönergesi m. 10/5 ile üye ülkelerin, birleşme veya bölünme hallerinde birleşme ve bölünme planına ilişkin bağımsız bir bilirkişi tarafından bir raporun hazırlanması halinde, ayni sermayenin değerlenmesine ilişkin hükümlerden imtina edebilecekleri belirtilmiştir[79].

TK'nın genel gerekçesi incelendiğinde, kanunu hazırlayan komisyonun ayni sermayeye ilişkin değerleme prosedüründen imtina edilebilecek haller konusunda AB hukukunda yaşanan gelişmeleri izlediği anlaşılmaktadır[80]. Ancak TK m. 343'ün

[79] 2. Yönergede değerleme konusunda yapılan değişiklikler ve bunların özellikle Alman hukukundaki yansımaları için bkz. Çağlar, Hayrettin, "Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi", **Batider,** Haziran 2010, C. 26, S. 2, s. 43 vd.

Yazar s. 44'te 2. Yönerge m. 10a ile getirilen değişikliğe değinirken *"Ayni sermayeye değer biçilmesi uygulamasından imtina edilebilmesi ancak iki ayrı tür ayni sermaye grubu için geçerli olabilecektir. Bunlar 2004/39/AB sayılı Yönergenin m. 4/1, b. 18 hükmü anlamında menkul kıymet niteliğine sahip ayınlar (hisse senetleri, şirket payları, hisse sertifikaları, tahviller) ile aynı Yönergenin m. 4/1, b. 19 hükmü anlamında para piyasası araçlarıdır (hazine tahvilleri, yatırım sertifikaları, ödeme aracı olmayan ticari kâğıtlar). Söz konusu türden ayni sermayeye değer biçilmesi uygulamasından imtina edilebilmesi için ya bu aynın borsa fiyatı gibi bir değerinin bulunması (borsada işlem gören menkul kıymet gibi, m. 10a/1), ya bir bağımsız uzman tarafından yapılmış ve altı aydan daha eski olmayan değer tespitinin bulunması (m. 10a/2) ya da denetimden geçmiş önceki yıla ait bilançoda gösterilmiş bir değerinin bulunması şarttır (10a/3)."* diyerek, bahsi geçen kıymetli evrak veya para piyasası araçları dışındaki ayni sermaye kalemleri bakımından herhangi bir istisna bulunmadığı yolunda ifadeler kullanmaktadır. Hâlbuki 2. Yönerge 10a/1'de getirilen istisna söz konusu kıymetli evrak veya para piyasası araçlarına ilişkin ise de, 10a/2 ve 10a/3'de açıkça bu fıkraların "birinci fıkrada anılan kıymetli evrak ve para piyasası araçları dışındaki malvarlığı kalemlerinin ayni sermaye olarak getirilmesi" ihtimalini düzenlediği belirtilmiştir. Dolayısıyla 2. Yönerge'de sayılan istisnaların yalnızca bazı kıymetli evrak ve para piyasası araçlarına özgü olmadığını vurgulamak isteriz.

Yazar yine 2009/109/AB sayılı Yönerge ile 2. Yönerge m. 10'a eklenen beşinci fıkra ile ilgili olarak *"Artık üye ülkeler sadece anonim şirketin kuruluşunda veya sermaye artışında değil, birleşme veya bölünme işlemleri sırasında da 2 nolu Yönergenin m. 10 ve 27/2 hükümlerine göre menkul kıymetler veya para piyasası araçları türünden ayni sermayeye yeniden değer biçilmesini istemekten imtina edebilecekler…"* şeklinde bir ifade kullandığı gibi (**a.g.m.,** s. 45), yine s. 50'de de buna paralel biçimde *"2009/109/AB sayılı Yönerge ile sermayenin korunmasına ilişkin olarak getirilen ve bir anonim şirkete sermaye olarak konulması gündemde olan menkul kıymet veya para piyasası araçlarının yeniden değer tespitine tabi tutulması zorunluluğunu kaldıran düzenlemelerin anonim şirketlerin bölünmesi veya birleşmesi işlemleri için de uygulanmasına yönelik değişiklik ise çok yeni olması sebebiyle TTK Tasarısında yer almamıştır."* demek suretiyle, Yönerge m. 10/5'deki istisnanın yalnızca m. 10a/1'de bahsi geçen kıymetli evrak veya para piyasası araçlarına özgü olduğu gibi bir sonuca ulaşmıştır. Hâlbuki bahsi geçen m. 10/5'de böyle bir sınırlama yapılmadığı gibi, birleşme veya bölünme bakımından böyle bir sınırlama yapılması da anlamsız olurdu. Zira birleşme veya bölünme kapsamında ayni sermaye konusu bir malvarlığı bütünüdür ve m. 10/5'in değerleme prosedüründen muaf tutulmasına imkân tanıdığı ayni sermaye kalemleri de bu malvarlığı bütününün içindeki tüm kıymetlerdir. Bunların arasından yalnızca bazı kıymetli evrak ve para piyasası araçlarının ayrılmasının ise bölünme veya birleşme bakımından bir anlamı olmayacağı gibi, esasen m. 10a/1'de bu konunun ayrıca ve açıkça düzenlenmesi karşısında gereği de yoktur. Yönerge m. 10/5 bu bakımdan bir ayırım yapmamakta ve bir bütün olarak birleşme veya bölünme çerçevesindeki malvarlığı bütününün değerleme prosedüründen muaf tutulmasına imkân tanımaktadır.

[80] Bkz. Genel Gerekçe, N. 57.

madde gerekçesinde komisyonun, Yüksek Düzeyli Uzmanlar Kurulu'nun raporu doğrultusunda gündeme gelen bu tür muafiyetlerin TK'ya alınmasından bilinçli olarak kaçındığı *"Genel Gerekçenin 093. numarasında yer alan raporda, bazı hallerde aynî sermaye konulmasında bilirkişi değerlemesinden vazgeçilebileceğine ilişkin görüşler henüz güvenilir bir sistemi işaret edememiştir."* denilerek ifade edilmiştir[81].

Ancak birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili olarak Sermaye Yönergesi m. 10/5 ile getirilen istisnaya benzer bir muafiyet TK'nın bu konulara ilişkin düzenlemelerinde de yer almıştır. Gerçekten de birleşmeye ilişkin TK m. 142/2 ve 143 ile bölünmeye ilişkin TK m. 163/2 ve 164'te ve ayrıca tür değiştirmeye ilişkin TK m. 184/1'de, bu hallerde "ayni sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin" uygulanmayacağı belirtilmiştir. Böylece bir bütün olarak ayni sermayeye ilişkin hükümlerle birlikte ayni sermayeye değer biçilmesine ilişkin hükümler de bu hallerde uygulama alanı bulamayacaktır. Söz konusu ihtimallerde TK m. 144, 165 ve 184 uyarınca daha önce çıkarılmış olan son bilanço veya icabında çıkarılması öngörülen ara bilançonun ortaklık malvarlığı içerisinde yer alan ayni kıymetlerin değeri bakımından da esas alınacağı anlaşılmaktadır. Ancak TK düzenlemesi Sermaye Yönergesi m. 10/5 ile kıyaslandığında Türk hukukunda iyiden iyiye serbest bir sistemin benimsendiği, Yönergenin asgari olarak benimsediği korumanın bile kabulüne ihtiyaç duyulmadığı belirtilmelidir. Zira Sermaye Yönergesi m. 10/5'te ancak bağımsız bir bilirkişinin birleşme veya bölünme planına ilişkin bir rapor hazırlaması halinde, bu istisnanın tanınabileceği belirtilmiş ve böylece hiç değilse söz konusu planların bir denetimden geçmesi aranmıştır. Buna karşılık TK düzenlemesinde birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde bilançodaki değerlerin herhangi bir denetim şartı aranmaksızın kabulü, tüm anonim ortaklıkların finansal tablolarının bağımsız denetçiler tarafından denetlenmesi gibi düzenli bir

[81] Çağlar, 2. Yönerge m. 10a/1 ve 2 çerçevesinde tanınan istisnaların TK Tasarısına alınmaması bakımından bu gerekçenin yeterli olmadığını belirtmiş, ayrıca 2009/109/AB sayılı yönerge ile birleşme ve bölünme için getirilen istisnaların da yeni tarihli olmaları dolayısıyla Tasarıya yansımadığını, ancak bunların da Türk hukukuna aktarılmasının yerinde olacağını ifade etmiştir, **a.g.m.,** s. 49-50.

korumanın olmadığı Türk uygulaması bakımından kötüye kullanmalara müsait bir boşluk olarak değerlendirilebilir[82].

III. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN ESAS SÖZLEŞMEYE KAYDI

A. Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hüküm: TK m. 128/1 ve 3

eTK döneminde anonim ortaklığa geçerli bir biçimde ayni sermaye taahhüt edilebilmesi için aranan yegâne şart olarak "usulüne göre tanzim ve imza edilmiş şirket mukavelesi"nde pay sahibinin bu taahhüdünü açıkça belirtmesi aranmıştı (eTK m. 140/1). Dahası şirket sözleşmesinde yer alan böyle bir kayıt, aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerinde mevcut veya yeni kurulacak bir ayni hakkın sermaye olarak getirilmesi durumunda MK, BK ve Tapu Kanunu hükümleri uyarınca aranan resmi şeklin de yerini almakta, başka bir ifadeyle eTK m. 140/1 hükmüne riayet edilmesi durumunda ayrıca taşınmazlar bakımından resmi şekle ihtiyaç kalmamaktaydı (eTK m. 140/2).

TK m. 128'in birinci ve üçüncü fıkraları, eTK m. 140/1 ve 2'yi karşılayan fıkralar olarak aynen muhafaza edilmiştir. Bu itibarla ayni sermaye taahhüdünün şekline ve taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerindeki ayni hakkın sermaye olarak getirilmesi halinde şirket sözleşmesindeki kaydın resmi şeklin yerini almasına ilişkin sistemin yeni kanunda aynen korunduğu belirtilmelidir. Ancak yeni kanunda bu düzenlemeler ile yetinilmemiş, tamamen yeni bir hüküm olan TK m. 128/2 ile eski sistemin temelleri üzerine önemli bir ekleme yapılmış ve geçerli bir ayni sermaye taahhüdünden bahsedilebilmesi için aranan şartlar genişletilmiştir. TK m. 128/2 ile getirilen yeni düzenleme aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden bu başlık altında yalnızca TK m. 128/1 ve 3'te yer alan ve eski sistemin muhafazası anlamına gelen temel şartlar ele alınacaktır.

[82] Bu boşluğun oluşmasının nedeni esasen 6335 sayılı kanunla TK'da yapılan esaslı değişiklikler kapsamında, birleşme, bölünme ve tür değiştirme sürecinde de rol oynayacak olan "işlem denetçisi" kurumunun da kaldırılmasıdır. Bu çerçevede birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin plan ve raporların ve ayrıca birleşme, bölünme veya tür değiştirmeye esas alınan bilançonun işlem denetçisine denetlettirilmesi şartı TK m. 148, m. 170 ve 187'nin ilga edilmesi ile bertaraf edilmiştir. Nitekim doktrinde Kendigelen, birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile sermaye azaltımında işlem denetçileri tarafından yapılacak denetlemeden vazgeçilmiş olmasının yerinde bir değişiklik olmadığını haklı olarak ifade etmiştir, **İlk Tespitler,** s. 18.

TK m. 128/1 ve 3 düzenlemeleri ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler kısmında yer alan ve dolayısıyla yalnızca anonim şirketler için değil tüm ticaret şirketleri için geçerli olan düzenlemelerdir. Bu fıkraların kaleme alınışında da ticaret şirketlerinin tamamı için kapsayıcı bir ifade tercih edilmek istenmiş, bu sebeple *"usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesi"*nden bahsedilerek her bir ticaret şirketinin kendine özgü düzenlemeleri saklı tutulmuştur. Dolayısıyla bir şirket sözleşmesinin "usulüne uygun" olduğundan bahsedilebilmesi için her bir ticaret şirketinin kurucu nitelikteki sözleşmesi bakımından kanun koyucunun aradığı şartlar dikkate alınmak durumundadır. Bu bakımdan anonim şirkete hayat kazandıracak nitelikteki bir sözleşmenin ne şekilde olacağı TK m. 335'te düzenlenmiş ve burada kanuna uygun olarak tanzim edilmiş bir esas sözleşmede yer alan şirket kurma iradesinin kurucu işlem niteliğinde olduğu hüküm altına alınmıştır[83]. Şu halde TK m. 128/1'de kullanılan "şirket sözleşmesi" ibaresi anonim ortaklık özelinde "esas sözleşme" olarak anlaşılmalıdır[84]. Esas sözleşme dışında örneğin anonim ortaklık kurucularının kendi aralarında yapacakları bir sözleşme, adı "ortaklık sözleşmesi" olsa bile, TK m. 128/1'in bahsettiği şirket sözleşmesi niteliğinde değildir. Burada önemli olan bahsi geçen sözleşmenin anonim şirkete hayatiyet kazandırma gücünün bulunup bulunmadığıdır ki, bu sonuç TK m. 335/1'in açık ifadesi gereği ancak esas sözleşmeye tanınan bir etkidir.

TK m. 128/3 ise eTK'nın Türk hukukuna özgü bir hüküm olarak yer verdiği eTK m. 140/2'nin içeriği itibariyle aynıdır. Bu düzenlemeye göre anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde mevcut olan veya yeni tesis edilecek bir ayni hak getirilmek istendiğinde, BK m. 237, MK m. 706/1 ve Tapu Kanunu m. 26'nın kural altına aldığı, taşınmazlar üzerindeki mülkiyetin devri veya ayni hak tesisine ilişkin taahhütlerin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından resmi şekilde düzenlenmesi zorunluluğu ayrıca gündeme

[83] Esas sözleşmenin ortaklığı oluşturma/yaratma işlevi hakkında bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 11-12.

[84] Nitekim TK m. 128/2'de "şirket sözleşmesi" kavramının yanı sıra "esas sözleşme" kavramına da yer verilmiştir. Birinci fıkrada da benzer bir kullanımın yer alması gerektiği yönünde bkz. Moroğlu, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 71; karş. genel hükümler çerçevesinde kullanılan "şirket sözleşmesi" teriminin tüm ticaret şirketlerini hedef alan genel bir kavram olduğu, dolayısıyla TK m. 128/2'de ve hatta m. 129, 130 ve 131'de ayrıca "esas sözleşme" teriminin kullanılmasına gerek olmadığı yönünde Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 127.

gelmeyecek, şirket esas sözleşmesinin bu taahhütlere ilişkin hükümleri resmi şeklin yerini tutacaktır[85].

TK m. 128/3'te yalnızca taşınmazlar üzerindeki ayni hakların sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde resmi şekil şartına bir istisna tanınmıştır. Ancak hukukumuzda bunlar dışında da anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkün olan ve devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekle bağlı olduğu çeşitli malvarlığı kalemleri söz konusudur. Bu bakımdan örneğin KTK m. 20/1-(d)'de tescil edilmiş motorlu kara araçlarının "her çeşit satış ve devirleri"nin noterler tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kimsenin anonim ortaklığa sermaye olarak sahibi bulunduğu tescilli bir motorlu kara aracını getirmek istemesi halinde acaba şirket esas sözleşmesinde yer alan taahhüdün yanı sıra noter tarafından ayrıca bir devir sözleşmesi yapılması da aranacak mıdır?

Bu noktada eTK m. 140/3 hükmüne karşılık gelen bir düzenlemeye TK'da yer verilmemiş olması bu soruyu özellikle eTK dönemine nazaran önemli bir hale getirmektedir. Gerçekten eTK m. 140/3'ün *"Sermaye olarak konulması taahhüt edilen diğer hakların devri kanunen hususi şekillere tabi olsa dahi şirket mukavelesi, devredecek ortağın ayrıca rızasına bakılmaksızın, şirkete alakalı mercilerden bu*

[85] eTK'nın mehazı olan İsvBK'da benzer bir düzenleme yer almış değildi. 1956 tarihli kanuna ilişkin hükümet tasarısında da yer almayan bu düzenleme, Adliye Encümeni tarafından tasarıya eklenmiştir. Nitekim o dönemde İsviçre hukukunda anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerindeki bir ayni hak getirilmek istendiğinde buna yönelik sözleşmenin ilgili kanton mevzuatına göre resmi şekilde yapılması gerekiyordu (Siegwart, Alfred, in **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar),** 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen, OR Art. 620-659, Zürich 1945, §628/18). Bugün de İsvBK m. 634/b.1'in açık düzenlemesi uyarınca –normalde bir şekil şartına tabi olmasa bile- ayni sermaye sözleşmelerinin yazılı biçimde yapılması gerektiği gibi, ayrıca normal olarak resmi şekilde yapılması gereken sözleşmeler –örneğin taşınmazlar- için de resmi şekil şartından feragat edilmemiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından resmi şekil şartının gerekli olduğu yönünde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §15/38; Böckli, **a.g.e.,** §1/396.

Türk hukukuna özgü bu hükümle söz konusu işlemin ayrıca yapılması gerekliliği ortadan kaldırılmıştır. eTK m. 140'a ilişkin Adliye Encümeni Mazbatası'nda kanımızca da haklı bir biçimde resmi şekil zorunluluğu getirilirken gözetilen "tarafların acele karar vermelerini engellemek" gayesinin, bu taahhüdün zaten yazılı ve imzaları noterce tasdik edilecek şekilde düzenlenen şirket sözleşmesinde yer almak suretiyle gözetilmiş olacağı vurgulanarak, maddede yapılan değişikliğin bu noktada bir mahzur doğurmayacağı, aksine ticaret şirketlerinin kolaylıkla kurulmasına hizmet edeceği ifade edilmiştir.

hakların devrini istemek salahiyetini verir" diyen düzenlemesi yukarıdaki soruya olumlu cevap vermeyi mümkün kılan bir hüküm niteliğinde idi[86].

Biz, eTK m. 140/3'ün muadiline yer vermeyen TK bakımından da aynı sonuca, ancak bu defa kanunun ve özellikle TK m. 128/3'ün ruhu dikkate alınarak ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Gerçekten bu hükme ilk olarak yer veren eTK m. 140/2'ye ilişkin Adliye Encümeni Mazbatası'na yansıyan ve hükmün ratio'sunu ortaya koyan açıklamalar da dikkate alındığında, taşınmazlar üzerindeki ayni haklar ile ilgili olarak tanınan ayrıcalığın aynı şekilde devirleri resmi şekle bağlanmış olan diğer değerler bakımından da kabul edilmemesi için hiçbir sebep mevcut değildir. Üstelik Noterlik Kanunu m. 60 uyarınca resmi şekle tabi işlemlerin düzenlenme mercii kural olarak noterlerdir. Hâlbuki Tapu Kanunu m. 26'da bu genel kural terkedilmiş ve resmi senet düzenleme yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine verilmiştir. İşte TK m. 128/3 ile esasen tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından yerine getirilmesi gereken bir taahhüt işleminin noter tarafından imzaları onaylanacak bir şirket esas sözleşmesinde yer alması yeterli görülmüşken, zaten noterler tarafından yapılması öngörülen diğer resmi şekle tabi işlemler bakımından aynı muafiyetin tanınmamasının makul bir gerekçesi düşünülemez. Netice itibariyle TK m. 128/3 hükmünün kıyasen, devir taahhüdü resmi şekil şartına tabi olan ve anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkün olan diğer değerlere de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir[87].

Son olarak anonim ortaklık esas sözleşmesinin yazılı olarak yapılacak olması karşısında (TK m. 339/1), devirleri adi yazılı şekle tabi olan çeşitli ayni değerler bakımından da esas sözleşmede yer verilecek kaydın yeterli olduğu, bunun dışında ayrıca bir yazılı devir sözleşmesine ihtiyaç olmadığı belirtilmelidir. Bu bakımdan örneğin MarkaKHK m. 15/2 ve 16/3 uyarınca yazılı şekil şartına tabi olan marka

[86] Nitekim söz konusu hükmü eTK m. 285/2 ile birlikte değerlendiren Domaniç, taşınmazlar üzerindeki ayni haklar dışındaki ayni sermaye kalemlerinin devri özel bir şekle tabi olsa bile bunların şirket esas sözleşmesinde taahhüt edilmiş olmalarının özel devir şekline ihtiyaç bırakmayacağını, bu durumda esas sözleşmenin özel şekle tabi devir sözleşmesinin yerine geçeceğini belirtmekte, örnek olarak da o dönemde yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Kanunu uyarınca devri noter sözleşmesine tabi olan markanın anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesini vermektedir (Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 186).

[87] Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 101.

devri[88] veya yine MarkaKHK m. 15/2 uyarınca yazılı olarak yapılması gereken marka üzerinde lisans tesisi (patentin devri ve patent üzerinde lisans tesis edilmesi bakımından aynı yönde PatKHK m. 86/2; endüstriyel tasarımlar için aynı yönde EndTasKHK m. 39/3) veya BK m. 184/1 uyarınca geçerliliği yazılı şekle bağlı tutulan alacağın temliki için şirket esas sözleşmesinde yer alan kaydın yeterli olduğu[89], bunun dışında ayrıca adi yazılı şekil şartının yerine getirilmesine ihtiyaç bulunmadığı belirtilmelidir. Benzer biçimde, ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabi kılan TK m. 11/3 karşısında, bir ticari işletmenin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenmesi durumunda da esas sözleşmede bu yönde yapılacak kaydın, maddenin aradığı şekil şartını yerine getireceği söylenmelidir[90, 91].

---

[88] Markalar bakımından bu yönde bkz. Karahan/Giray, **a.g.e.,** s. 117.

[89] eTK döneminde bu yönde bkz. Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 181. Ayrıca yazar eTK 285/2 düzenlemesi karşısında anonim ortaklığa şirket esas sözleşmesi ile sermaye olarak menkul mal veya hakların taahhüdünün tüzel kişilik kazanmak şartı ile anonim şirkete asli zilyedlikle mülkiyet hakkını sağladığını, hâlbuki diğer şirket türlerinde ana mukavele ile ayın taahhüt edilmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğunu ve ancak asli zilyetlik hakkının geçirilmesini talep hakkı verdiğini belirtmektedir (a.e., s. 187). Bize göre de anonim ortaklığa bir alacak hakkının sermaye olarak getirilmesine ilişkin esas sözleşme hükmü alacağın temliki taahhüdü değil, bizatihi tasarrufi işlem niteliğinde "alacağın temliki"dir ve dolayısıyla alacağın temliki vaadinden farklı olarak (BK m. 184/2) yazılı şekle tabidir (BK m. 184/1).

Bu noktada Domaniç'in anonim şirketler (ve limited (TK m. 509), paylı komandit (TK m. 476) ve kooperatifler (KoopK m. 98)) ile diğer ticaret şirketleri (kollektif ve adi komandit şirketler) arasında anonim şirketlere özgü bir hüküm olan TK m. 285/2 dolayısıyla yaptığı ayırımın, aynı hükmün TK m. 128/4'te bu defa tüm ticaret şirketleri için kabul edilmiş olması karşısında ortadan kalktığını belirtmekle yetinelim.

[90] Pulaşlı, **a.g.e.,** §5/66; Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 339.

[91] Aydın, ticari işletmenin bünyesi içerisinde devir taahhüdü daha ağır bir şekil şartına tabi kıymetlerin, bu kapsamda örneğin bir taşınmazın bulunması halinde TK m. 11/3 uyarınca işletmenin devrine ilişkin olarak adi yazılı şekilde yapılacak sözleşmenin yanı sıra ayrıca taşınmaz bakımından da resmi şekildeki bir sözleşmenin aranıp aranmayacağı meselesinin hala tartışmaya açık olduğuna işaret etmiş, bu bakımdan tapu sicil sistemimize hâkim olan resmi şekil zorunluluğunun ancak açık bir hükümle bertaraf edilebileceğine, hâlbuki TK m. 11/3'te açıkça taşınmazlardan bahsedilmemiş olması karşısında resmi şekil zorunluluğunun devam ettiğinin de savunulabileceğine dikkat çekmiştir, Aydın, Alihan, "6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması", **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler,** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum 25-26 Kasım 2011, İstanbul 2012, s. 17.

Hemen belirtelim ki, bu tartışmada benimsenecek görüş ne olursa olsun, ticari işletmenin bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde sonuç itibariyle bir fark oluşmayacaktır. Zira TK m. 128/3'te, doğrudan doğruya bir taşınmazın ayni sermaye olarak taahhüdü halinde dahi şirket sözleşmesinde bu yönde yer alan düzenlemenin resmi şekil şartının yerini tutacağı düzenlenmiş olduğuna göre, ticari işletme bünyesinde yer alan bir taşınmaz bakımından da esas sözleşmede ticari işletmenin devrine ilişkin kaydın yeterli olacağı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte genel bir

B. Anonim Ortaklıklara İlişkin Özel Düzenleme: TK m. 339/2-e

1. TK m. 339/2-e ile TK m. 128/1 Arasındaki İlişki

TK'nın "Ticaret Şirketleri"ne ilişkin ikinci kitabının "Genel Hükümler" kısmında yer alan m. 128/1, bir tek cümle ile tüm ticaret şirketleri bakımından, üstelik hem nakdi hem de ayni sermaye taahhüdü halinde uygulanmak üzere sermaye taahhüdünün esas sözleşmeye kaydı mecburiyetini getirmiştir. TK'nın "Anonim Şirket" kısmında yer alan m. 339/2-e ise, bir bakıma bu genel hükmün sağladığı temel üzerinde anonim ortaklığa özgü ve ayni sermaye taahhüdü ihtimaline münhasır olarak yeni bir kat inşa etmektedir. Bahsi geçen hükümde anonim ortaklığın kuruluşunu mevsuf hale getiren durumların varlığı halinde bunlara ilişkin bazı bilgilerin esas sözleşmeye kaydedilmesi gerektiği düzenlenmiş, bu çerçevede bir anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışı değerlerin getirilmesi taahhüt edildiği takdirde, a) bu haklar ve ayınların ne olduğu, b) bunların parasal değerleri ve c) bunlara karşılık verilecek payların miktarının esas sözleşmeye kaydedilmesi hükme bağlanmıştır. Böylece TK m. 128/1'in ortaya koyduğu temel kural, TK m. 339/2-e ile anonim ortaklıklarda ayni sermaye taahhütleri bakımından uygulanmak üzere ete kemiğe büründürülmüş gibidir.

Bununla birlikte iki hüküm arasında bir devamlılık ilişkisi veya bağlantı kurmayı mümkün kılan böyle bir bakış açısı, bu hükümlerin gerçek anlamını tespit etmek bakımından eksik hatta yanıltıcıdır. Zira öncelikle iki hüküm iki farklı aşamayı ve hukuki işlemi düzenlemek amacındadır. TK m. 128/1'in hüküm altına aldığı işlem -anonim ortaklık özelinde ifade edilirse- "pay devralma taahhüdü" (Aktienübernahmeerklaerung) veya kısaca ve alışılmış biçimiyle "sermaye taahhüdü"dür. Buna karşılık TK m. 339/2-e'nin düzenlediği husus ise yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere sermaye taahhüdünden farklı bir işlem olan "ayni sermaye anlaşması" (Sacheinlagevereinbarung) ile ilgili bazı hususların –sadece

ifadeyle işletmenin ayni sermaye olarak getirildiğinden bahsedilmesi ve ayrıca bu kapsamda yer alan taşınmaza açık bir yollama yapılmamış olması durumunda eşya hukukunda hâkim olan belirlilik ilkesi bakımından yine de tartışılmaya müsait bir durumun ortaya çıkabileceği ayrıca belirtilmelidir.

kanunun öngördüğü kadarıyla- esas sözleşmeye geçirilmesidir[92]. Bu anlamda iki hüküm konuları itibarıyla farklı olduğu gibi, vazediliş amaçları bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. TK m. 128/1, özellikle anonim ortaklıklara ilişkin TK m. 335/1 hükmü ile bir arada değerlendirildiğinde ortaklığın varlık kazanmasına yönelik bir düzenleme iken ve dolayısıyla ortaklığın bir hukuki işlem olarak hukuk alanına çıkmasını amaçlıyorken, TK m. 339/2-e'nin amacı ayni sermaye taahhüdü dolayısıyla menfaatlerinin haleldar olma riski bulunan üçüncü kişilerin (özellikle gelecekteki pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının), daha kısa bir ifadeyle kamunun aydınlatılmasıdır[93]. Bu itibarla söz konusu hükümlere aykırılığın doğuracağı sonuçlar da birbirinden önemli ölçüde farklılaşmaktadır.

Aşağıda öncelikle TK m. 339/2-e hükmünün getirdiği düzenleme ve bu kapsamda maddede bahsi geçen kayıtların somut olarak ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği üzerinde durduktan sonra, hükme aykırılığın doğuracağı sonuçları da tespit etmeye çalışacağız.

2. Ayni Sermaye Taahhüdü Halinde Esas Sözleşmeye Yazılması Gereken Bilgiler

a. Genel Olarak

Esas sözleşmenin zorunlu içeriğini hükme bağlayan TK m. 339/2-e'de, anonim ortaklığın kuruluşunu mevsuf hale getiren durumlarda, bunlara ilişkin bazı bilgilerin esas sözleşmeye kaydı düzenlenmiştir. Buna göre bir anonim ortaklığa sermaye olarak para dışında değerlerin getirilmesi taahhüt edildiği takdirde a) bu haklar ve ayınların ne olduğu, b) bunların parasal değerleri ve c) bunlara karşılık verilecek payların miktarı esas sözleşmeye kaydedilmelidir. Söz konusu hüküm bazı

[92] Nitekim TK m. 339/2-e hükmünü TK m. 128/3 anlamında ayni sermaye anlaşmasının esas sözleşmede yer alması ile karıştırmamak gerekir. Ayni sermaye anlaşması bir şey, bu sözleşmeye ilişkin bazı bilgilerin kamunun aydınlatılması gayesiyle TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmeye aktarılması başka bir şeydir. Bu ayrılığa dikkat çeken Mann, **a.g.e.,** s. 16 vd.

[93] Bu bakımdan esas sözleşmenin içeriğinde yer alan maddelere ilişkin tasnifte, "ortakların sermaye taahhütlerinin türü ve miktarı" esas sözleşmede bulunması zorunlu unsurlar arasında yer alırken, TK m. 339/2-e uyarınca ayni sermaye taahhüdüne özgü olarak yapılacak açıklamalar "Öngörülmeleri Koşulu ile Anasözleşmede Yer Alması Zorunlu Hususlar" arasında sayılmaktadır. Bu tasnif ve ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 99 vd.

ufak farklar dışında İsvBK m. 628/1 ve AktG § 27/1 hükümleri ile paralel bir düzenlemedir.

Kanunun istediği bu bilgilerin kapsamının ne olacağı her somut olayın arzettiği özelliklere göre farklılaşabilir. Ancak hükmün arka planında yatan kamuyu aydınlatma amacı göz önünde bulundurulduğunda, genel bir ilkeden bahsetmek mümkündür. Buna göre esas sözleşmede yer verilen bilgiler, salt bunlara dayanan üçüncü kişilerin ortaklığın sermaye yapısı ve ilişkileri hakkında doğru bir intiba edinmelerini sağlayacak ve özellikle sermaye konusu şeyin "ne"liği ve "nicelik"i konusunda bilgi verecek açıklıkta ve tamlıkta olmalıdır[94]. Dolayısıyla esasen her somut durumda hükmün arka planında yer alan kamuyu aydınlatma ilkesinin gayesini gözetmek suretiyle bir sonuca varılabilir.

TK m. 339/2-e ayni sermaye anlaşmasına ilişkin tüm ayrıntıların veya anlaşmanın tamamının değil, ancak bentte sayılan hususların esas sözleşmede yer almasını emretmektedir[95]. Aslında burada sayılan bilgiler içerik itibariyle ayni sermaye anlaşmasında yer alması gereken temel bilgileri kapsamaktadır. Ancak acaba bu bilgilerin ayni sermaye sözleşmesi ile ilgili olarak verilmesi gereken asgari bilgiler olduğu, bunun dışında da kanunun açıkça öngörmediği, ancak ayni sermaye kaleminin değerini etkileyebilecek nitelikte olan başka bilgilerin de esas sözleşmede yer almasının gerektiği söylenebilecek midir?

Gerçekten de ortaklık ile ayni sermayeyi taahhüt eden ortak arasında akdedilen ve taahhüt edilen pay bedellerinin ayni kıymetlerle ödenmesini konu alan anlaşma, bazı durumlarda esas sözleşmedeki bu bilgilerden daha fazla ayrıntıyı içerebilir. Bu tip yan anlaşmaların (Nebenabsprachen) da esas sözleşmeye kaydedilmelerinin gerekli olup olmadığı özellikle Alman hukukunda tartışılmıştır. Hâkim öğretiye göre bu tip anlaşmalar, taahhüt edilen ayni sermaye kaleminin

---

[94] Bu yönde genel olarak bkz. Davran, **a.g.m.,** s. 9; Siegwart, **a.g.e.,** §628/31; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/129; Pentz, **a.g.e.,** § 27/69; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/68; Bayer, **a.g.e.,** § 27/33.

[95] Röhricht, **a.g.e.,** §, 27/128; Arnold, **a.g.e.,** § 27/36; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/67. Zorunlu olmamakla birlikte ayni sermaye anlaşmasının tamamının esas sözleşmeye aktarılmasının da bir mahzuru olmadığı, zira esas sözleşmelerin gerçek/maddi hükümlerin yanı sıra gerçek olmayan/şekli hükümler de içerebileceği, özellikle tereddüt edilen durumlarda AktG § 27/3'deki olumsuz hukuki sonuçlarla karşılaşmamak adına tedbirli davranılmasının ve daha ayrıntılı bilgilerin esas sözleşmeye aktarılmasının tavsiye edilebileceği yönünde bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/69.

değerini veya hüviyetini etkileyebilecek nitelikte olduğu takdirde esas sözleşmeye de aktarılmalıdır[96]. Bu nitelikteki yan anlaşmalar mevcut olmasına rağmen bunların esas sözleşmeye aktarılmaması halinde söz konusu yan anlaşma ortaklığa karşı ileri sürülemeyecektir[97].

Yukarıda gerek İsviçre gerekse Alman hukukunda yalnızca teorik olarak değil pratik olarak da ayni sermaye sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız bir yapı arzettiğini, Türk ortaklıklar hukuku ile bu ülkelerin mevzuatı arasındaki farklılıkların ve özellikle TK m. 128 ile benimsenen kendine özgü rejimin böyle bir farklılığa yol açtığını belirtmiştik. Uygulamaya yansıyan bu farklılık yan anlaşmalar konusunun da Türk hukuku bakımından daha farklı bir biçimde ele alınmasını gerektirecektir. TK m. 128/3'ün benimsediğimiz geniş yorumu uyarınca kendi mevzuatları gereği devirleri özel bir şekle tabi olan ayni sermaye kalemlerinin devrine ilişkin sözleşme esas sözleşmede yer almışsa, artık bunun yanı sıra ilgili şekle uygun bir işlem yapılmasına ihtiyaç yoktur. Buna bağlı olarak Türk hukukunda bu hallerin pek çoğunda esas sözleşmedeki kayıt aynı zamanda ayni sermaye anlaşmasına ilişkin tek metin niteliğindedir. Dolayısıyla bu ayni sermaye kalemleri söz konusu olduğunda Türk hukuku bakımından esasen büyük bir problemle karşılaşılmayacaktır. Zira eğer istisnai olarak taraflar/kurucular ayrıca kendi aralarında bir anlaşma yapmamışlarsa söz konusu anlaşmanın yegâne metni esas sözleşme olacağı için, buraya geçirilmemiş bir anlaşma şartı taraflar arasında dahi geçerli olmayacaktır.

Buna karşılık devirlerine ilişkin anlaşmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı ayni sermaye kalemleri bakımından veya -istisnaen karşılaşılacak dahi olsa- devri şekle tabi bir ayni sermaye kalemi bulunmasına rağmen devre ilişkin anlaşmanın esas sözleşmede değil ayrıca yapıldığı durumlarda Alman hukukundaki çözümün benimsenmesinin uygun olup olmayacağı değerlendirilebilir. Kanımızca bu konuda

[96] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/135; Arnold, **a.g.e.,** § 27/39; Pentz, **a.g.e.,** § 27/69; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/9; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/68; Bayer, **a.g.e.,** § 27/35; Märtens, **a.g.e.,** § 5/219, aynı yazarlar ayni sermayenin değerini etkilemeyecek nitelikteki yan anlaşmaların esas sözleşmeye aktarılmasına gerek olmadığı kanaatindedir; Alman Federal Mahkemesi de bir kararında ortaklığa sermaye olarak bir bira fabrikasını taahhüt eden ortağa, söz konusu fabrika üzerinde tanınan oturma ve intifa hakkının esas sözleşmeye yazılması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir (RGZ 114, 77, 81 vd.); mutlak hükümsüzlük görüşünü reddeden Mann, **a.g.e.,** s. 21 vd.

[97] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/150; Arnold, **a.g.e.,** § 27/39; Bayer, **a.g.e.,** § 27/35; Märtens, **a.g.e.,** § 5/219; bu yönde mahkeme içtihadı için bkz. RGZ 114, 77, 82; RGZ 118, 113, 117.

da aşağıda TK m. 339/2-e uyarınca yapılması gereken kayıtların hiç yapılmaması veya eksik yapılması durumlarında benimsediğimiz yoruma benzer bir yorum yapılması uygun olacaktır. Bu bakımdan her şeyden önce yan anlaşmalara ilişkin bilgilere esas sözleşmede yer verilmemiş olması ayni sermaye anlaşmasının geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemeyeceği gibi, bu eksiklik otomatik olarak yan anlaşmaları da geçersiz hale getirmez. Öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, yan anlaşmalara ilişkin bilgilerin kamuyu aydınlatma amacıyla kanunun hazırlanmasını öngördüğü diğer belgelerde yer alıp almadığı, böylece üçüncü kişilerin ve ortakların ayni sermayenin değerini etkileyebilecek bu tip anlaşmalara esas sözleşme dışında başka belgeleri incelemek suretiyle mutalli olmalarının mümkün olup olmadığıdır[98]. Bu bakımdan kuruluş belgeleri arasında yer alan ve TK m. 336 uyarınca şirketin sicil dosyasına konulacak olan örneğin kurucular beyanında yahut değerleme raporlarında taraflar arasındaki anlaşmada yer alan bu detaylara da yer verilmiş ve böylece söz konusu yan anlaşmalar kamunun bilgisine sunulmuşsa, bunların ayrıca esas sözleşmede yer almaması geçersizlikleri sonucuna yol açmamalıdır. Benzer biçimde, yukarıda yaptığımız yorum uyarınca yine kuruluş belgeleri arasında yer alan, şirket ile kurucular arasında yapılmış olan ayni sermaye sözleşmelerinin de bu kapsamda sicil dosyasında bulunması gerektiğinden, bu sözleşmeler bütün içeriğiyle esas sözleşmede mevcut olmasa dahi üçüncü kişilerin bunları incelemesi ve böylece taraflar arasındaki anlaşmanın tüm hükümlerine vakıf olabilmeleri mümkündür. Bu ihtimalde de yan anlaşmaların geçersizliği sonucuna gitmeye kesinlikle gerek yoktur[99].

---

[98] Alman hukukunda –yan anlaşmalara özgü olarak- benzer kanaatte bkz. Mann, **a.g.e.,** s. 21 vd.

[99] Nitekim ne eTK'da ne de TK'da eTK m. 279/2, b. 4/TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmede yer alması gereken kayıtların yokluğuna açıkça bir geçersizlik sonucu tanınmadığına, dolayısıyla Türk hukuku bakımından geçersizlik hükmünü vermek noktasında son derece ihtiyatlı davranmak gerektiğine dikkat edilmelidir. Hâlbuki Alman hukukunda öteden beri ayni sermaye sözleşmesine ilişkin kanunun aradığı bilgilere esas sözleşmede yer verilmemiş olması halinde, eksik bırakılan sözleşme hükmünün ortaklığa karşı geçersiz olduğu bir kanun hükmü olarak yer almıştır. Gerçekten daha önce anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı eski HGB 186/4 açıkça bu sonucu düzenlediği gibi, AktG'in yürürlüğe girdiği 1966 yılından bu yana da AktG § 27'de –önce ikinci, daha sonra ise üçüncü fıkrada- aynı sonuca yer verilmiş, nihayet ARUG ile 2009 yılında yapılan değişiklikle bu düzenleme kaldırılmıştır. Şu halde Almanya'da ayni sermaye taahhüdü halinde esas sözleşmede yer alması gereken kayıtların eksikliği halinde geçersizlik sonucunun benimsenmesini gerektiren hayli köklü kanuni bir geleneğin bulunduğu, bu sonucun yan anlaşmalar bakımından da etki gösterdiği ve dolayısıyla hâkim görüşün yan anlaşmaların esas sözleşmede yer almamasına da benzer bir sonuç bağladığı gözden kaçırılmamalıdır.

Buna karşılık devirlerine ilişkin sözleşmelerin adi yazılı şekle dahi tabi olmadığı ayni sermaye kalemleri bakımından, taraflar iradi olarak yazılı şekle uymadıkları sürece, TK m. 339/2-e uyarınca esas sözleşmede yer alacak bilgiler dışında ayrıca yazılı bir ayni sermaye sözleşmesi de bulunmayabilir ve dolayısıyla kuruluş belgeleri arasında da böyle bir sözleşme yer almayabilir[100]. İşte bu tip durumlarda taraflar arasında yapılan sözlü anlaşmada kararlaştırılmış olan ve TK m. 339/2-e kapsamında esas sözleşmeye yansımamış bulunan yan anlaşmaların akıbeti tartışılabilir. Bu noktada yaşanması muhtemel ispat problemleri bir tarafa bırakılırsa, bu ihtimale özgü olarak yalnızca esas sözleşmedeki kayıtların ortaklık bakımından bağlayıcı olacağı, esas sözleşmeye yansımayan ancak taraflar arasında kalan ve özellikle ayni sermayenin değerini veya hüviyetini etkileyebilecek nitelikteki mutabakatların ise ortaklığa karşı bir hüküm doğurmayacağı sonucuna varılabilir. Öte yandan bu durumda da söz konusu mutabakat kurucular beyanına yahut değerleme raporuna açık bir biçimde yansımışsa, yine de geçersizlik sonucundan kaçınmak gerekecektir.

b. Ayni Sermaye Anlaşmasının Konusu

TK m. 339/2-e "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar"ın esas sözleşmeye yazılması gerektiğinden bahsetmektedir. Aynı husus İsvBK m. 628/1 ve AktG § 27/1'de ayni sermaye olarak getirilen eşya/ayni sermayenin konusu şeklinde (Gegenstand der Sacheinlage) ifade edilmiştir.

Bu hüküm uyarınca ayni sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen malvarlığı kalemi, TK m. 339/2-e'nin amacına uygun bir biçimde, esas sözleşmeyi inceleyen üçüncü kişilerin sermaye olarak taahhüt edilen şeyin ne olduğunu tespit etmelerine

[100] Olması gereken hukuk bakımından –tıpkı İsvBK m. 634/b.1'de düzenlendiği gibi- genel hükümlerdeki durum ne olursa olsun ayni sermaye sözleşmelerinin hiç değilse adi yazılı şekilde yapılması ve böylece kuruluş belgeleri arasında daima bu sözleşme metinlerinin bulunması gerektiği savunulabilir. Böylesi bir düzenleme yan anlaşmalar bakımından ortaya çıkacak problemleri önlemek ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak bakımından yararlı da olabilir. Ancak mevcut TK m. 336 hükmünden tüm ayni sermaye sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğine dair bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Söz konusu maddenin kapsamına ayni sermaye sözleşmelerinin de girdiği sonucuna dahi ancak yorum yoluyla ulaşmak mümkün olabilirken, daha öteye giderek bu madde uyarınca her türlü ayni sermaye sözleşmesi için kanunun yazılılık şartı aradığını söylemek mümkün görünmemektedir.

imkân tanıyacak açıklıkta olmaldır[101]. Alman doktrininde bu hususta "objektif olarak belirlenebilme" kriterine atıf yapılmaktadır.

Bu bakımdan birden çok ve farklı türde şeylerin ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde bunların hüviyetlerini tespit etmeye yarayacak ayırt edici özellikleri ile ayrı ayrı belirtilmesi gerekir. Aynı türde birden çok eşyanın taahhüdü halinde bunların türü ile birlikte sayısının da belirtilmesi icap eder. Buna karşılık bazen sayı belirtilmeyip söz konusu kalemlerin kolayca tespitini mümkün kılacak ortak özelliklerine işaret etmek de yeterli olabilir. Bu bakımdan doktrinde *"... tarihte ... tapu sicilinde ...adına kayıtlı olan tüm taşınmazlar"* şeklindeki bir ibarenin hükmün aradığı belirlilik açısından yeterli olduğu belirtilmiştir[102]. Berlin Eyalet Mahkemesi de bir kararında *"sahip olduğu tüm gemiler"* ibaresinin AktG § 27/1'e uygun bir kayıt olduğuna hükmetmiştir[103].

Misli eşyanın sayma, tartma veya ölçme ile belirli hale gelen eşya olduğu düşünüldüğünde[104], bu tür bir eşyanın ayni sermaye olarak taahhüdü halinde esas sözleşmede cinsi ile birlikte miktarı veya ölçüsünün zikredilmesi gereklidir[105]. Bu bakımdan bir işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi müstesna[106], *"materyal, araç-gereç, makine ve teçhizat/tesisat"* veya *"...kıymette tekstil malzemesi"* şeklindeki bir belirleme yeterli değildir[107].

Bunun dışında taşınmazlar bakımından tapu sicilindeki kayda işaret edilmesi; alacaklar bakımından borçlunun kimliği, borcun konusu ve sebebinin gösterilmesi[108]; marka, patent veya endüstriyel tasarım gibi sınai mülkiyet haklarının belirlenebilmesi için bunların TPE nezdinde kayıtlı olan sicil numaralarının belirtilmesi[109], TK m.

---

[101] Davran, **a.g.m.,** s. 9; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/130; Pentz, **a.g.e.,** § 27/70; Arnold, **a.g.e.,** § 27/38; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/10; Bayer, **a.g.e.,** § 27/34.

[102] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/130; Pentz, **a.g.e.,** § 27/70.

[103] KG OLGR 22, 25, 26.

[104] Misli eşya kavramı için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 12-13.

[105] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/130; Pentz, **a.g.e.,** § 27/70; Arnold, **a.g.e.,** § 27/38; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/10.

[106] Hüffer, **a.g.e.,** § 27/10.

[107] OLG Kiel JR 1948, 325.

[108] Pentz, **a.g.e.,** § 27/70.

[109] Pentz, **a.g.e.,** § 27/70; Arnold, **a.g.e.,** § 27/38.

339/2-e'nin aradığı açıklığın sağlanabilmesi açısından kural olarak gerekli ve yeterlidir.

Anonim ortaklık paylarının sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde ilgili anonim ortaklığın ticaret unvanı, hisselerin miktarı ve her bir hissenin itibari değeri veya bunun yerine yalnızca hisselerin toplam itibari değeri, varsa hisselerin ait olduğu grup belirtilmelidir.

Bir mamelek veya işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde, getirilen malvarlığı topluluğunun içeriğinin ne olduğu anlaşılabilir olmalıdır. Bu çerçevede genel ve özet bir ifade de yeterli olabilir. Buna göre örneğin bir ticari işletmenin ayni sermaye olarak taahhüdü bakımından ticari işletmenin adı ve ticari işletmenin bütün aktif ve pasifleri ile ayni sermaye olarak getirilmesinin taahhüt edildiğine ilişkin bir beyan kural olarak yeterlidir[110]. İşletme adı tek başına yeterince ayırt edici değilse bunun yerine işletmeyi işleten tacirin adı ile söz konusu işletmeyi -varsa- tacirin işlettiği diğer işletmelerden ayırt etmek üzere işletme konusunun, işletmenin adresinin vb. belirtilmesi uygun olacaktır. Ayni sermaye sözleşmesi kapsamında işletmenin bazı aktiflerinin devrin kapsamı dışında bırakılması söz konusu ise esas sözleşmedeki kayıtta bu hususa işaret edilmesi gerekir. İşletme ister tüm aktif ve pasifleri ile isterse bunların bir kısmı dışarıda bırakılmak suretiyle ayni sermaye olarak getirilsin, esas sözleşmede yer alan genel ifadenin yanı sıra, ayrıntılar konusunda kuruluş belgeleri arasında yer alması gereken ayni sermaye sözleşmesinin tam metnine ve onun eklerine (bilanço, envanter vs.) atıf yapılması yerinde olacaktır[111].

İşletme şayet tüm aktif ve pasifleri ile devrediliyorsa, herhangi bir duraksamaya veya yorum güçlüğüne yol açmamak bakımından bu hususun yukarıdaki paragrafta verdiğimiz formülde olduğu gibi açıkça belirtilmesi yerinde olur. Bununla birlikte kanımızca *"Sahibi bulunduğum X dericilik işletmesini kurulmakta olan anonim ortaklığa sermaye payı olarak getirmeyi taahhüt ediyorum"* şeklinde bir ibare de TK m. 339/2-e bakımından yeterlidir. Zira eğer devir konusu

[110] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/130; Pentz, **a.g.e.,** § 27/70; Arnold, **a.g.e.,** § 27/38; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/10.

[111] Siegwart, **a.g.e.,** §628/31.

olan malvarlığı bir ticari işletme ise TK m. 11/3 c. 2 gereği taraflar aksini açıkça kararlaştırmadığı takdirde işletmeye özgülenen tüm malvarlığı unsurlarının devir kapsamında olduğu farzedilecektir[112]. Yine devir konusunun bir bütün olarak ticari işletme olduğu açıkça belli ise sözleşmede aksine açıklık yoksa işletmeye ait borçlar da devir kapsamında kabul edilecektir; zira işletmenin kapsamına borçlar da dâhil olduğuna göre tarafların farazi iradelerine uygun olan borçların da devredildiğinin kabulüdür[113]. Şu halde şayet taraflar işletmenin bünyesindeki aktif veya pasif kalemlerinin bir kısmını veya tamamını sermaye taahhüdünün dışında tutmak istiyorlarsa bunun ayni sermaye sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir[114].

c. Ayni Sermayeye Biçilen Değer

TK m. 339/2-e'nin esas sözleşmede ayni sermaye taahhüdü ile ilgili olarak belirtilmesini istediği başka bir bilgi de ayni sermaye olarak getirilen mal veya hakkın değeridir. Hükmün bu kısmı eTK'dan farklıdır; gerçekten TK m. 339/2-e'nin karşılığı olan eTK m. 279/2, b. 4'te böyle bir bilginin esas sermayeye yazılması istenmiş değildi. Hükmün bu kısmının İsvBK m. 628/1'den alınmış olduğu sonucuna

---

[112] Aydın, TK m. 11/3'ün ticari işletmenin devrinde hangi unsurların devir kapsamında olduğunun sözleşmede açık bir biçimde belirtilmesini aramamış olmasının, sonradan hangi unsurların devredildiğine yönelik olarak taraflar arasında ciddi uyuşmazlıklara yol açacak nitelikte olduğuna işaret etmektedir, **Ticari İşletme,** s. 18. Dolayısıyla her ne kadar kanunen zorunlu değilse de, ileride çıkabilecek bu tip uyuşmazlıkları önlemek adına anonim ortaklık esas sözleşmesinde de daha açık bir belirleme yapılması yerinde bir tercih olacaktır.

[113] Bu yönde bkz. Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 75-76, yazar ayrıca bu yorumun muaccel borçlar ile devralan tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen şaşırtıcı borçlar bakımından geçerli olmayacağını, zira devredenin muaccel borçlarını ifa etmesinin dürüstlük kuralının bir gereği olduğunu belirtmiştir; Pulaşlı da gerekçe belirtmeksizin ticari işletmenin ayni sermaye olarak taahhüdü halinde işletmenin pasifinin de devrin kapsamında yer alacağını ifade etmektedir, **a.g.e.,** §5/66.

Buna karşılık işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde borçların devrinin açıkça belirtilmesi gerektiği, bu şekilde açıkça belirtilmediği takdirde borçların naklolunmuş sayılmayacakları yönünde bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/70.

[114] Bir ticari işletmenin devrinden bahsedilebilmesi için asgari olarak ticari işletmeyi ticari işletme yapan, başka bir deyişle işletmenin faaliyetine devam etmesini mümkün kılan unsurların devrin kapsamı içinde kalması gerekir. Dolayısıyla işletme faaliyetinin devamını sağlayacak ve müşteri çevresini bir arada tutacak unsurların önemli bir kısmının devirden istisna tutulmuş olması halinde ortada bir ticari işletme devri yoktur. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 72 vd.

Pasiflerin bütünüyle devrin kapsamı dışında bırakılmasının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz. a.e., s. 77 vd.

varılabilir. Bahsi geçen hükümde de sermaye olarak taahhüt edilen ayınların değerinin esas sözleşmeye yazılacağı hükme bağlanmıştır[115].

eTK döneminde ortaklığa getirilmesi taahhüt edilen ayni sermayenin değerine ilişkin bir bilgi esas sözleşmede yer almıyor, ancak eTK m. 300/2, b. 6 uyarınca ayni sermayenin neden ibaret olduğu ve buna biçilen değer ayrıca kuruluş sırasında tescil ve ilan edilecek hususlar kapsamında zikrediliyor, böylece neticede ayınlara biçilen değerin kamuya açıklanması sağlanmış oluyordu. Esasen yeni TK'nın TBMM Genel Kurulunda kabul edilen ilk metninde de ayni sermayeye biçilen değerin ticaret sicilinde tescil ve ilanı suretiyle kamunun aydınlatılması şeklindeki sistem devam ettirilmişti. Gerçekten TK m. 354/3'ün ilk halinde *"343 üncü madde uyarınca verilen bilirkişi raporu da tescil ve ilan edilir"* denmekteydi. Bu düzenleme dikkate alındığında zaten TK m. 354/3 gereği ticaret siciline tescil ve ilan ettirilecek ve böylece üçüncü kişilerin bilgisine de sunulmuş olacak bir hususun ayrıca esas sözleşmenin metnine dâhil edilmesi ve böylece esas sözleşme metninin gereksiz yere şişirilmesi anlamsızdı.

Bununla birlikte TK m. 354/3 hükmü 6335 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve bilirkişi raporunun ticaret siciline tescil ve ilanı zorunluluğu kaldırılmış, bunun yerine raporun ticaret sicil müdürlüğüne tevdi edilmesi hükme bağlanmıştır. Bu son değişikliğin ardından TK m. 339/2-e uyarınca ayınlara biçilen değerin esas sözleşmeye yazılmasının anlamlı hale geldiği söylenebilir[116]. Bununla birlikte 6335

[115]AktG § 27/1'de ise eTK'dan farklı olarak ayınlara biçilen değerin kamuyu aydınlatma kapsamında esas sözleşmeye kaydedilmesi aranmamış, yalnızca ayni sermaye karşılığı verilen payların itibari değerinin belirtilmesi yeterli görülmüştür. Nitekim ayni sermayenin veya devralınan ayınların değerinin esas sözleşmeye yazılmasının gerekli olmadığı yönünde açıkça bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/72.

[116] Ayrıca yine 6335 sayılı kanunla 1524. madde çerçevesinde yapılan değişiklikler de TK m. 339/2-e'nin yerindeliğini savunmak bakımından bir başka gerekçe teşkil edebilir. Gerçekten de daha önceki TK m. 1524'te bütün sermaye şirketleri için internet sitesi açma (f. 1) ve ayrıca bu internet sitesinde değerleme raporlarını da yayınlama (f.1/d) zorunluluğu getirilmişken, yeni maddede internet sitesi kurma zorunluluğu yalnızca bağımsız denetime tabi olan şirketler bakımından korunmuş, üstelik söz konusu internet sitesinde yayımlanması gereken içeriği düzenleyen "Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik (31.05.2013 tarih ve 28663 sayılı RG; değişik 21.09.2013 ve 28772 sayılı RG)" m. 6'da TK m. 1524'ün önceki metninden farklı olarak ayni sermaye getirilmesi halinde hazırlanacak olan değerleme raporlarının yayınlanmasına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır.

Nitekim 6335 sayılı kanunla TK m. 1524'de yapılan değişiklikten önce doktrinde değerleme raporuna ilişkin aleniliğin internet sitesinde yapılması gereken ilanla da ayrıca sağlanmış olacağı, dolayısıyla yine TK m. 354/3'ün eski hali uyarınca değerleme raporunun tescilinin aranmasının yersiz olduğu ifade edilmişti (Kendigelen, **İlk Tespitler,** 1. Bası, s. 205).

sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında dahi TK m. 354/3 uyarınca değerleme raporunun ticaret sicili müdürlüğüne tevdi edilecek olması, ayrıca TK m. 336 uyarınca şirketin sicil dosyasında yer alacak olan kuruluş belgeleri arasında sayılmış bulunması sebebiyle TK m. 35 kapsamında herkesin, üstelik ilgili olma şartı da aranmaksızın bu raporları görmesinin mümkün olduğu, dolayısıyla bu değerin ayrıca esas sözleşmede yer almasının gerekli olmadığı söylenebilecektir.

d. Ayınlara Karşılık Verilecek Payların Miktarı

TK m. 339/2-e'nin ortaklığa taahhüt edilen ayni sermaye kalemleri ile ilgili olarak esas sözleşmeye yazılmasını istediği son husus ise söz konusu sermaye taahhüdü karşılığında iştirak müteahhidine verilecek payların miktarıdır. Böylece ayni sermayeye biçilen parasal değer ile bunun karşılığında tahsis edilen payların toplam değerinin kıyaslanması ve bunlar arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının üçüncü kişilerce kolayca tespiti sağlanmış olacaktır.

Ancak kanun koyucunun burada tercih ettiği ifadenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira ayınlara karşılık verilecek payların "miktarı"nın bilinmesi, her durumda üçüncü kişileri TK m. 339/2-e'nin amaçladığı şekliyle aydınlatamayabilir. Anonim ortaklığın tüm paylarının eşit itibari değerde olması durumunda problem yoktur; bu halde "payların miktarı" ile yine esas sözleşmede belirtilen (TK m. 339/2-c) her bir payın itibari değeri çarpıldığında, ayni sermaye getiren ortağın bunun karşılığında "ne kıymette/değerde" paya sahip olduğu tespit edilebilir. Ancak anonim ortaklıklarda tüm payların eşit itibari değerde olmalarını zorunlu kılan bir kural bulunmadığı için, bir anonim ortaklığın paylarının farklı gruplara ayrılması ve her bir grupta yer alan payların farklı itibari değerlere sahip olması de pekâlâ mümkündür. Bu ihtimalde ayni sermaye getiren ortağın buna karşılık olarak ne miktarda pay aldığının bilinmesi tek başına yeterli olmayacak, ayrıca hangi gruptaki veya gruplardaki payları ne miktarda edindiğinin de öğrenilmesi icap edecektir[117].

Ancak ayni sermaye karşılığında verilen payların toplam itibari değerinin bilinmesi de her durumda yeterli değildir. Payların itibari değeri ile ihraç bedelinin

[117] TK m. 339/2-e uyarınca karşılık olarak verilecek payların gruplarının da belirtilmesi gerektiği yönünde Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku,** Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013, §10/61.

özdeş olması durumunda bu yorumun yapılmasında sakınca yoksa da, özellikle esas sermaye artırımı sırasında payların itibari değerlerinin üzerinde, bir başka deyişle primli/agiolu olarak ihraç edilmeleri durumunda ihraç bedeli itibari değerin üzerinde olacak, dolayısıyla iştirak müteahhidine verilen payların yalnızca itibari değerinin bilinmesi de gerçek durumu öğrenmeyi sağlamayacaktır[118]. Kısacası TK m. 339/2-e'de kullanılan "payların miktarı" ibaresi, karşılaşılması muhtemel tüm durumları kapsayacak şekilde "payların ihraç bedelleri toplamı" olarak düzeltilmeli veya en azından böyle bir düzeltme yapılıncaya kadar bu şekilde anlaşılmalıdır[119].

3. Esas Sözleşmede Yer Alması Gereken Kayıtların Eksik Olmasının Sonuçları:

TK m. 339/2-e'de aranan hususların esas sözleşmeye hiç veya usulüne uygun bir biçimde yazılmaması halinde hukuki durumun ne olacağı konusunda kanun metni suskundur. Bu sebeple doğacak sonuçların tespit edilmesi için hükmün amacına uygun bir yorum faaliyetine girişmek kaçınılmazdır.

a. Hükme Aykırılığın Tescil Engeli Teşkil Etmesi

Bir kere bu tip eksikliklerin ticaret sicili müdürünün inceleme yükümlülüğü kapsamında olduğu (TK m. 32/1), dolayısıyla böylesi eksiklerin mevcudiyeti halinde ticaret sicili müdürünün ortaklığın tescilinden kaçınması gerektiği söylenebilir[120]. TK m. 32/2'nin *"Tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelenir."* diyen

[118] Kuruluş aşamasında payların agiolu olarak ihraç edilmesi çok sık karşılaşılabilecek bir durum değilse de, bu tür bir ihracın önünde bir engel bulunmadığını da belirtelim. Buna karşılık payların primli olarak ihracı ile daha ziyade esas sermaye artırımında karşılaşılması doğaldır.

[119] Benzer biçimde İsvBK m. 628/1'de kullanılan ifadenin de meramı açık etmek bakımından elverişli olmadığı ifade edilmelidir. Bu fıkrada da "iştirak müteahhidinin edindiği/iştirak müteahhidine isabet eden paylar (ihm zukommenden Aktien)" şeklinde bir terkibe yer verilmiştir. Bu haliyle söz konusu düzenlemenin TK'ya oranla daha da belirsiz bir içeriğe büründüğü söylenebilir. Benzer bir hatalı kullanıma AktG § 27/1'de de rastlanmaktadır. Burada da esas sözleşmeye ayni sermayeye karşılık verilecek payların "itibari değer (Nennbetrag)"inden bahsedilmiştir. Nitekim kanun metninin açıkça itibari değerden bahseden lafzına rağmen ayni sermaye karşılığında verilen payların ihraç değerinin belirtilmesinden bahseden Pentz, **a.g.e.,** § 27/72; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/71.

[120] Genel olarak bkz. Siegwart, **a.g.e.,** §628/34; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** §10/62; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 302.

düzenlemesi bu konuda oldukça nettir. TK m. 339'un gerekçesinde de *"Zorunlu içeriğe uyulmamışsa, sicil müdürü esas sözleşmeyi tamamlanması veya düzeltilmesi için geri çevirir."* denilerek aynı sonuca işaret edilmiştir. Buna göre şirket esas sözleşmesinin TK m. 339/2-e hükmünün aradığı unsurları tamamen veya kısmen içermediğini tespit eden ticaret sicili müdürü tescil talebini reddedecektir. Ancak gerekçede de dile getirildiği üzere, TSy m. 34/2 uyarınca sicil müdürü öncelikle bu eksikliklerin tamamlanması için tescil talebinde bulunan kuruculara 30 günü aşmamak üzere uygun bir süre tanımalı, bu süre (veya uzatılan süre) içerisinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde red kararı vermelidir[121].

Bu eksikliğe rağmen –ticaret sicili müdürünün ihmali veya bir başka sebeple- anonim ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi halinde hukuki durumun nasıl olacağı ise şüphesiz daha çetin bir meseledir. Zira bu ihtimalde birbiri ardına cevaplanması gereken çeşitli sorular sökün etmektedir: Bu eksikliğin tescil edilen esas sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi var mıdır? Eksikliğe rağmen gerçekleşen tescil sonrasında şirket geçerli bir biçimde tüzel kişilik kazanmış sayılacak mıdır? Bu eksiklik ayni sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin iştirak taahhüdünü ve/veya ayni sermaye sözleşmesini tamamen geçersiz hale getirecek midir? Bu eksikliklerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerde etkisi ne olacaktır? Aşağıda bu sorulara cevap vermeye çalışacağız.

b. Kaydın Eksikliğinin Esas Sözleşmenin ve Ortaklığın Geçerliliğine Etkisi

Öncelikle vurgulanması gereken nokta esas sözleşmedeki eksikliğe rağmen ortaklık tescil edilmişse, bu durumda artık tescil ile oluşan hukuki görünüşün ve üçüncü kişilerin bu hukuki görünüşün oluşturduğu duruma olan güvenlerinin ilk planda gözetilmesi gerektiğidir. Bu sebeple eksikliğe rağmen tescille birlikte anonim şirket geçerli bir biçimde tüzel kişilik kazandığı gibi, TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemiş olması bir bütün olarak şirket sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez[122].

[121] Alman hukuku bakımından aynı yönde Röhricht, **a.g.e.,** § 27/142; Pentz, **a.g.e.,** § 27/78; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/78.

[122] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/148; Pentz, **a.g.e.,** § 27/74; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/77. Bu sonuç 2009 yılında yapılan değişiklikten önce AktG § 27/3'te açıkça ifade edilmişti.

Dolayısıyla bu eksikliğe rağmen şirket sözleşmesi bütünüyle ayaktadır. Bu sonuç tescilin düzeltici etkisinin bir gereğidir[123].

c. Kaydın Eksikliğinin İştirak Taahhüdü ve Ayni Sermaye Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

(1) Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus esas sözleşmedeki bu eksikliğin pay sahibinin sermaye taahhüdü üzerindeki etkisinin ne olacağıdır. Alman hukukunda bu konuda AktG § 27'de 2009 yılında ARUG ile yapılan değişiklik öncesinde hükmün 3. fıkrasında açıkça, birinci fıkra uyarınca esas sözleşmeye yazılması gereken kayıtların ihmali halinde ayni sermaye sözleşmesinin ve bunun ifasına yönelik işlemlerin ortaklığa karşı geçersiz olacağı düzenlenmişti. Doktrinde de bu hükme paralel olarak AktG § 27/1'de sayılan bilgilerin esas sözleşmeye hiç veya gereğince dercedilmemiş olmasının tescilden önce olduğu gibi tescilden sonra da, hem borçlandırıcı işlem niteliğindeki ayni sermaye anlaşmasını hem de bu anlaşma uyarınca gerçekleştirilen tasarrufi işlem niteliğindeki ifa eylemlerini geçersiz hale getireceği kabul edilmekteydi[124]. Ancak özellikle kuruluştan sonra ayni sermaye anlaşmasının geçersizliğine rağmen pay sahibinin iştirak taahhüdünün (Beitrittserklaerung) bu geçersizlikten etkilenmeyeceği belirtilmekteydi[125]. Buna göre geçersiz olan ayni sermaye borcunun yerini pay sahibinin birincil nitelikteki

[123] Kırca'nın ifade ettiği üzere sicilin onarıcı/iyileştirici etkisi tüzel kişiliğin korunması ile sınırlıdır; buna karşılık söz konusu etkinin kuruluş hükümlerine aykırılıkları ortadan kaldıracağı söylenemez (Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), **a.g.e.,** s. 361). Bu bakımdan tescilin düzeltici etkisine rağmen emredici kanun hükümlerine aykırılık halinde fesih davası ihtimali değerlendirilmek durumundadır. Aşağıda çeşitli başlıklar altında ortaya koyacağımız gerekçeler göz önüne alındığında kanımızca TK m. 339/2-e'deki bilgilerin hiç yazılmamış veya eksik yahut yetersiz yazılmış olması kural olarak bir fesih davasına da gerekçe oluşturmaz. Zira TK m. 353'te düzenlenen fesih davası uyarınca şirketin feshine karar verilebilmesi için alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri "önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş" olmalıdır. Hâlbuki özellikle yine aşağıda aktaracağımız ve TK m. 339/2-e ile sağlanmak istenen kamunun aydınlatılmasına yönelik menfaati temin etmeyi mümkün kılacak muhtelif araçların mevcudiyeti karşısında, tek başına bu eksikliğin söz konusu menfaati önemli bir şekilde ihlal etmiş olduğunu söylemek oldukça zordur.

[124] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/148; Pentz, **a.g.e.,** § 27/74 vd. Bu konuda benzer bir düzenlemenin yer almadığı daha önceki dönemde HGB 186 uyarınca esas sözleşmede yer alması gereken bilgilerin eksikliğine rağmen ortaklığın tescili halinde ayni sermaye sözleşmesinin ortaklık bakımından da geçerli olacağı yönünde bkz. Mann, **a.g.e.,** s. 18.

[125] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/148, yazar kuruluştan öncesi için aksi fikirdedir; Pentz, **a.g.e.,** § 27/74.

nakdi sermaye borcu alacak, pay sahibinin hatta ortakların tamamının söz konusu ayni sermayenin ortaklığa getirilmesinin mümkün olmayacağını bilselerdi şirketi hiç kurmayacakları veya şirketin kuruluşuna iştirak etmeyecekleri bilinse dahi sonuç değişmeyecektir. Bu netice esas sözleşmede ayni sermaye anlaşmasına ilişkin hiçbir işaret bulunmaması veya bilgilerin kanunun istediği kapsamda olmaması halinde gündeme geleceği gibi, esas sözleşmede yer alan bilgiler ile anlaşmadaki bilgiler arasında farklılık bulunması durumunda da söz konusudur[126].

Buna karşılık 2009 yılındaki değişiklik sonrasında AktG § 27'nin üçüncü fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme kaldırılmıştır. Bu değişiklik karşısında bir görüş yeni durumda iştirak taahhüdünün yanı sıra ayni sermaye sözleşmesinin ve bunun ifasına yönelik tasarruf işlemlerinin de geçerli olduğunu kabul ederken[127], aksi görüş ise söz konusu düzenlemenin kaldırılmış olmasının hukuki durumda bir farklılık yaratmayacağına, nitekim bu tür açık bir kanun hükmünün öteden beri yer almadığı limited şirketler hukuku öğretisinde de aynı sonuçların doktrinde savunulduğuna işaret etmekte ve dolayısıyla yeni durumda da ayni sermaye sözleşmesinin geçersiz olduğunu ifade etmektedir[128]. Bununla birlikte pratik sonuçları itibariyle bu iki görüşün arasında esasen kayda değer bir fark bulunmadığı belirtilmelidir. Zira her iki görüşteki yazarlar da AktG § 27/3'ün örtülü ayni sermaye (verdeckte Sacheinlage) konusunda getirdiği yeni düzenlemenin özellikle üçüncü cümlesinin, kıyasen ayni sermaye sözleşmesinin usulüne uygun olarak esas sözleşmeye kaydedilmediği durumlarda da uygulanmasını kabul etmektedir[129]. Bu hükme göre ise ortaklığa getirilen ayni malvarlığının değeri pay sahibinin taahhüt ettiği sermaye borcundan mahsup edilecektir. Böylece esas sözleşmede aranan kamuyu aydınlatma yükümü yerine getirilmemiş veya eksik getirilmiş olsa dahi, ayni sermaye sözleşmesinin konusu olan malvarlığının ortaklığa intikali sağlanmış ise bu tasarruf işlemi geçersiz kabul edilmemekte, bunun değeri pay sahibinin sermaye

[126] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/148; Pentz, **a.g.e.,** § 27/74; Märtens, **a.g.e.,** § 5/234.

[127] Arnold, **a.g.e.,** § 27/40; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/75, 76.

[128] Bayer, **a.g.e.,** § 27/36.

[129] Arnold, **a.g.e.,** § 27/41; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/77; Bayer, **a.g.e.,** § 27/38; Märtens, **a.g.e.,** § 5/240; Bayer, **a.g.e.,** § 5/32; Roth, **a.g.e.,** § 5/55b.

taahhüdünden düşülmekte, neticede söz konusu ayni değerin ortaklığa kazandırılmasına müsaade edilmiş olmaktadır[130, 131].

Öte yandan eski AktG § 27/3'ün benzeri bir hükme mevzuatında yer vermemiş olan İsviçre'de de önceki dönemde Alman doktrininde savunulan kanaat çeşitli yazarlar tarafından savunulmaktadır. Buna göre İsvBK m. 628/1'e riayet edilmediği takdirde ayni sermaye sözleşmesi ve buna yönelik tasarruf işlemi batıldır; bunun sonucu olarak iştirak müteahhidi üstlendiği sermaye taahhüdünü nakden ifa etmelidir[132]. Ancak bu hukuk çevresinde diğer bazı yazarlar bilhassa kanun metninde böyle bir butlan yaptırımından bahsedilmemiş olması karşısında farklı bir sonuca varılabileceğini belirtmektedirler[133]. Bu yazarlara göre ortaklık ve alacaklılar için önemli olan ortaklığın esas sözleşmede belirtilen sermayeyi gerçekten tedarik edip etmediğidir; dolayısıyla kamuyu aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmasına rağmen geçerli bir ayni sermaye taahhüdü için aranan diğer şartlara riayet edilmiş, bu kapsamda özellikle ayni sermaye olarak getirilen malvarlığının gerçek değerine tekabül eden payların tahsis edilmesi ve ayni sermaye sözleşmesinin geçerli bir biçimde akdedilmesi sağlanmışsa butlan sonucuna gitmek gereksizdir. Sermayenin tedariki konusunda bir eksiklik varsa ayni sermaye getiren ortak bu eksikliği nakdi

---

[130] Nitekim ayni sermaye sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirten Bayer de, yeni düzenleme uyarınca bu sözleşmeden doğan borcun ifasına ilişkin işlemin geçersiz olmadığını kabul etmektedir, Bayer, **a.g.e.,** § 27/38.

[131] Bununla birlikte şirketin tescilinden önceki ve sonraki dönem için bir ayırımın yapılması gerekip gerekmediği de doktrinde tartışılmıştır. Nitekim 2009'dan önceki dönemde bir görüş tescilden önce kurucuların iradelerinin öncelikli olduğunu, bu halde onların iradesine aykırı bir sonuca yol açacak daha üstün bir menfaatten bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla BGB 139'un kısmi butlana ilişkin hükmünün bu aşamada uygulama alanı bulacağını belirtmekte ve kural olarak ayni sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin bu anlaşmanın geçersiz olması durumunda ortaklık ilişkisine girmek istemeyeceği kabul edilebileceğinden, bu durumda iştirak taahhüdünün yanı sıra bir bütün olarak ortaklık esas sözleşmesinin ve bununla beraber (ön) ortaklığın da batıl hale geleceği sonucuna ulaşmaktaydı. Bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/145; yeni dönemde de bu görüş savunulmuştur, bkz. Märtens, **a.g.e.,** § 5/236; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/137.

Buna karşılık diğer görüş tescilden önce de farklı bir sonuca varılmasının söz konusu olmadığını, bu aşamada da ne esas sözleşmenin ve ne de iştirak taahhütlerinin hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir, Pentz, **a.g.e.,** § 27/48, 79; Bayer, **a.g.e.,** § 5/32; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/50.

[132] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** §17/36; aynı yönde yargı içtihadı için bkz. BGE 64 II 282; 79 II 177; 83 II 290.

[133] Böckli, **a.g.e.,** §1/442 vd. yazar bir ayırım yaparak özellikle örtülü ayni sermaye halinin bulunmadığı ve dolayısıyla sermayenin türü konusunda bir aldatma iradesinin mevcut olmadığı durumlarda geçersizlik sonucuna varılmasının yerinde olmayacağını belirtmektedir; Schenker, **a.g.e.,** § 628/7.

olarak giderecek ve ayrıca gerekiyorsa ortaklığın uğradığı zararlar da kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler çerçevesinde tazmin edilecektir[134].

(2) Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

i. İştirak Taahhütlerinin Geçerliliği

Konuya ilişkin açık bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmayan Türk hukukundaki vaziyet bu bakımdan İsviçre ile paraleldir. Orada olduğu gibi, kanun metninin suskunluğu karşısında ancak amaca uygun bir yorumla hukuki sonuçların tespit edilebilmesi mümkündür. Ancak bu doğrultudaki bir değerlendirmede Türk hukukuna özgü bazı hususiyetlerin göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu bakımdan yukarıda da değindiğimiz üzere[135], Almanya ve İsviçre'deki sistemden farklı olarak Türk hukukunda esas sözleşmeden ayrı olarak tanzim edilen ve özellikle ortakların iştirak taahhütlerini içeren bir resmi belge (Urkunde) söz konusu değildir. Hâlbuki gerek Almanya gerek İsviçre hukukunda birbirine benzer biçimde esas sözleşmeden ayrı bir içeriğe sahip olan resmi belgeler düzenlenmekte, ortakların iştirak taahhütleri esas sözleşme yerine bu belgelere kaydedilmektedir. Buna mukabil ne eTK ne de TK böyle bir sistemi benimsemiş değildir. Tedrici kuruluşun da tamamen kaldırıldığı TK sisteminde ortakların iştirak taahhütleri her halükarda esas sözleşmede yer almakta ve ortaklık bu iradeyi içeren esas sözleşmenin tanzimi ile kurulmaktadır. Dolayısıyla konumuz özelinde sermaye olarak nakit dışı değerlerin taahhüdünün söz konusu olduğu hallerde, fiili olarak ortağın iştirak taahhüdü ile bunun ödenme biçimine ilişkin ayni sermaye anlaşması iç içe geçmiş halde bulunabilir. Nitekim TK m.128/3 (eTK m. 140/2) veya eTK m. 140/3 gibi maddeler Türk şirketler hukuku pratiğinde iştirak taahhüdü ile ayni sermaye anlaşmasını adeta birbiri içinde eritmektedir.

Ancak fiili durum bu olmakla birlikte yine yukarıda izah edildiği üzere, her şeye rağmen bu iki işlemin ayırt edilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu işlemlerden biri bakımından gündeme gelecek geçersizliğin otomatik olarak diğerine de sirayet etmesi gerektiğinden söz edilemez. Kuruluş sürecini tamamlayıp ticaret siciline tescil

[134] Böckli, **a.g.e.,** §1/444 vd.; Schenker, **a.g.e.,** § 628/7.

[135] Bkz. yukarıda Altıncı Bölüm, I.

edilmekle dış dünyaya karşı "tam ve sağ olarak" doğduğu izlenimini veren bir anonim şirkette, esas sözleşmede ayni sermaye anlaşması ile ilgili olarak yer alması gereken bilgilerin eksikliği gerekçe gösterilerek iştirak taahhüdünün de geçersiz sayılması kabul edilebilir bir sonuç değildir. Zira şirketin tescilinden sonra böyle bir sonucun kabulü, şirketin esas sözleşmesinde yazılı olan esas sermayenin daha kuruluşta karşılıksız kalması anlamına geleceğinden özellikle üçüncü kişiler bakımından bir tehlike oluşturacaktır. TK m. 339/2-e'deki kuralın da son tahlilde üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetmek üzere vazedilmiş bir hüküm olduğu düşünüldüğünde, bu hükme aykırılığı yaptırıma bağlamak isterken üçüncü kişilerin daha büyük bir tehlike ile karşı karşıya bırakılması gibi garip bir sonuç ortaya çıkabilir. Hâlbuki aksi çözüm, yani iştirak taahhüdünün her halükarda geçerli olduğu yönündeki sonuç, ayni sermaye anlaşmasının geçersizliği görüşü kabul edilse bile en kötü ihtimalle taahhüdün nakit olarak ifa edilmesi neticesini doğuracaktır ki, bunun gerek üçüncü kişiler gerekse bizzat ortaklık bakımından çok daha yerinde bir çözüm olduğu açıktır.

ii. Ayni Sermaye Anlaşmasının Geçerliliği

Kanımızca Türk hukuku bakımından iştirak taahhüdünün yanı sıra–İsviçre'de bazı yazarların savunduğu üzere- ayni sermaye anlaşmasının da ayakta tutulması mümkündür. Ancak bu konuda yapılacak değerlendirmede bir taraftan bu ihtimalin doğuracağı tehlikeler/riskler ve bunlara karşı alınabilecek önlemler tespit edilmeli, diğer taraftan da bu sonuçtan etkilenecek olan çeşitli menfaatler tartılmalıdır. Aşağıda görüşümüzü dayandırdığımız gerekçeleri bu tip bir inceleme çerçevesinde ortaya koymaya çalışacağız.

(a) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Kamuyu Aydınlatma İlkesi Bakımından Doğuracağı Sonuçların Değerlendirilmesi

TK m. 339/2-e hükmüne riayetsizliğin doğurabileceği risklerin tespiti, hükmün vazediliş gerekçesi veya hükmün amacı ile doğrudan bağlantılıdır. Bu bakımdan daha önce de sıklıkla belirttiğimiz üzere TK m. 339/2-e "safkan" bir kamuyu aydınlatma hükmüdür. Düzenleme anonim ortaklığa sermaye payı olarak ayni değerlerin getirilmesi söz konusu olduğunda devreye girmekte ve şirketin hukuk

âlemine dâhil olmasından sonra ilişki içerisine gireceği üçüncü kişilerin ayni sermayeye özgü risklere karşı uyarılmasını, bu risklerin o somut ortaklık bakımından mevcut olup olmadığını değerlendirmeye yarayacak asgari bilgilere erişiminin sağlanmasını ve ortaklık sermayesinin bileşimi hakkında fikir sahibi kılınmasını amaçlamaktadır. Bu arada üçüncü kişilerin ortaklık hakkında bilgi edinmek için ilk olarak müracaat edecekleri metnin ortaklık esas sözleşmesi olacağı varsayıldığından, bu bilgiler herhangi bir belgeye değil özellikle esas sözleşmeye kaydedilmektedir. Böylece ilgililer ayrıntılı ve zahmetli bir incelemeye girişmelerine gerek kalmaksızın, TK m. 339/2-e'nin paylaşılmasını istediği bilgilerle donanmış olacaklardır.

Hükmün amacı ve korumaya çalıştığı menfaat böylece tespit edildikten sonra, TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemesi halinde doğacak risklerin büyüklüğü de değerlendirilmelidir. Burada kastettiğimiz bu bilgilerin üçüncü kişiler bakımından gerçekte ne derecede önem arzettiği değildir; bu aşamada söz konusu bilgilerin hayati önemde olduğu varsayılabilir. İncelemek istediğimiz husus, TK m. 339/2-e'de sayılan bilgilerin esas sözleşmede kısmen veya tamamen yer almaması halinde üçüncü kişilerin bu bilgilere başka yollarla ulaşmalarının mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun için harcayacakları çaba ve zamanın şirket esas sözleşmesine ulaşmak için harcayacakları çaba ve zamandan ne ölçüde farklı olduğudur. Zira bu değerlendirme neticesinde şayet aynı bilgilere kolayca ulaşmayı mümkün kılan başkaca yolların da var olduğu sonucuna varılırsa, TK m. 339/2-e hükmüne aykırılığın doğuracağı risklerin çok büyük olmadığı, hatta başka menfaatler ile kıyaslandığında ihmal edilebilir nitelikte olduğu söylenebilecektir.

Bu bakımdan özellikle yeni TK'nın kamunun aydınlatılmasına yönelik hassasiyeti neticesinde bu amaçla ihdas edilen bazı yeni kurum ve düzenlemelerin böyle bir sonuca ulaşılmasını mümkün kılabileceği kanaatindeyiz. Gerçekten TK m. 339/2-e'nin esas sözleşmeye yazılmasını istediği bilgilere ve hatta bunlardan daha fazlasına TK uyarınca başka belge ve platformlarda da yer verilmektedir. Bu kapsamda ayni sermaye taahhüdü halinde gündeme gelen "değerleme raporu" (TK m. 343) ve yine özellikle mevsuf kuruluş halinde önem kazanan "kurucular beyanı" (TK m. 349) zikredilmelidir.

Anonim ortaklığa sermaye payı olarak getirilmesi taahhüt edilen ayni kıymetin parasal karşılığının bulunması amacıyla mahkemece atanacak bilirkişi tarafından hazırlanacak değerleme raporu her ne kadar eTK döneminde de var olan bir belge idiyse de, yeni TK'da bu raporun içeriği çok daha detaylı bir biçimde hükme bağlanmıştır. Burada ayrıntısına girmeksizin belirtelim ki bu rapor, ortaklığa getirilmesi planlanan ayınlarla ilgili olarak hiç tereddütsüz TK m. 339/2-e'nin esas sözleşmeye yazılmasını öngördüğünden daha fazla ve ayrıntılı veri içerecektir. Ayrıca yine eTK'da karşılığı bulunmayan TK m. 354/3'te bu bilirkişi raporunun ticaret sicili müdürlüğüne tevdi edilmesi gerektiği düzenlenmiştir[136]. Dolayısıyla bu rapor ortaklığın sicil dosyasına konacak ve TK m. 35/2 uyarınca ilgili olma şartı dahi aranmaksızın tıpkı şirket esas sözleşmesi gibi herkes tarafından incelenebilecek ve gideri ödendiği takdirde onaylı bir sureti de alınabilecektir.

Bu kapsamda zikrettiğimiz diğer bir belge olan kurucular beyanı TK m. 349'da düzenlenen ve eTK'da karşılığı olmayan tamamen yeni bir belgedir. Ayrıntısına aşağıda[137] gireceğimiz bu belge de ayni sermaye taahhüdünün varlığı halinde özellikle önem kazanmakta ve taahhüt edilen ayni sermaye ile ilgili olarak kamunun aydınlatılması amacıyla kurucuların hesap verme niteliğindeki beyanlarını içermektedir. Yine bu belge de TK m. 339/2-e'nin ayni sermaye ile ilgili olarak aradığı bilgilerden çok daha fazlasını içermekte ve dolayısıyla üçüncü kişilerin bilgilenmesi noktasında daha önemli bir araç niteliği arzetmektedir. Bu belge de tıpkı değerleme raporu gibi TK m. 336'da numerus clausus olarak zikredilen kuruluş belgeleri arasında sayılmakta ve yine aynı maddede şirketin sicil dosyasına konulması öngörülmektedir. Bu bakımdan yine tıpkı değerleme raporunda olduğu gibi bu belge de üçüncü kişilerin incelemesine mutlak surette açıktır.

Kısacası TK'nın kuruluş aşamasında yine kamuyu aydınlatma amacına dönük olarak tesis ettiği bazı başka önlemler, TK m. 339/2-e hükmüne riayet edilmemesinin doğuracağı sakıncaları bertaraf etmek bakımından sigorta işlevi görmektedirler. Buna

[136] Bu arada belirtelim ki, TK m. 336'nın "değerleme raporları"nı kuruluş belgeleri arasında saymış ve bunların diğer kuruluş belgeleri ile birlikte sicil dosyasına konulacağını ve ayrıca bir nüshalarının da şirket tarafından beş yıl saklanacağını düzenlemiş olması karşısında TK m. 354/3'ün ayrıca değerleme raporunun ticaret sicili müdürlüğüne tevdiinden bahsedilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir.

[137] Bkz. aşağıda Altıncı Bölüm, IV.

göre TK m. 339/2-e'de öngörülen bilgileri esas sözleşmesine dercetmemiş olduğu halde her nasılsa ticaret siciline tescil edilmiş olan bir anonim ortaklığın muhatabı olan üçüncü kişiler, bu ortaklıkla ilgili bilgi almak üzere ticaret sicili müdürlüğüne gittiklerinde ayni sermaye vaz'ına ilişkin verileri esas sözleşmeden değilse de şirketin sicil dosyasındaki değer biçme raporundan veya kurucular beyanından tüm ayrıntısı ile edinebileceklerdir. Sonuç olarak TK m. 339/2-e'ye aykırılığın oluşturduğu boşluğu dolduracak nitelikte başkaca kurumların varlığı karşısında salt kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesi ile ayni sermaye anlaşmasının geçersiz sayılmasının yerinde olmayacağı söylenmelidir[138, 139].

[138] Bu noktada İsviçre hukukunda bazı yazarların ayni sermaye anlaşmasının ayakta tutulması görüşüne gerekçe olmak üzere ileri sürdükleri, ortaklık ve alacaklılar için önemli olanın ortaklığın esas sözleşmede yazılı sermaye tutarını gerçekten edinmesi olduğu yolundaki argümana katılmıyoruz (bu yönde bkz. Schenker, **a.g.e.,** § 628/7). Böyle bir yaklaşım kanun koyucunun TK m. 339/2-e (OR m. 628/1) düzenlemesini öngörürken önem atfettiği kamuyu aydınlatma gerekçesinin yok sayılması anlamına gelir. Şüphesiz alacaklılar için esas sözleşmede yazılı olan sermaye miktarının gerçekten ortaklığın malvarlığına dâhil edilip edilmediği önemlidir; ancak bu husus TK m. 339/2-e'de değil başka maddelerde alınan önlemlerle garanti altına alınmıştır. Dolayısıyla TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemesinin "neticesi itibariyle aslında çok da önemli olmadığı" yönündeki bir iddia bu gerekçe ile savunulamaz, zira söz konusu maddede öngörülen tedbir daha farklı fonksiyonlar da icra etmektedir.

Yukarıda açıkladığımız üzere maddenin bir amacı üçüncü kişilerin ayni sermaye taahhüdü yoluyla ortaklık sermayesinin sulandırılıp sulandırılmadığını kontrol edebilmelerine imkân tanımak ise de, yegâne amaç bu değildir. Bunun dışında esas sözleşmedeki bu bilgiler üçüncü kişilerin ortaklığın sermaye ve malvarlığı yapısı hakkında bilgi edinebilmelerini de amaçlar ki bu menfaat de şüphesiz önemlidir. Nitekim örneğin ortaklığa kredi vermek konusunda karar vermesi gereken bir kimsenin bu ortaklığın kredi borcunu teminat altına almasını mümkün kılacak taşınmazlarının bulunup bulunmadığını öğrenmek istemesi halinde bu bilgiyi edinmesi önemlidir. Yahut ortaklıkla ticari ilişki içerisine girme aşamasında bulunan bir üçüncü kişi ortaklığın sermaye bileşimi hakkında bilgi edinmek isteyebilir. Bu açıdan örneğin üçüncü kişinin yaptığı inceleme neticesinde ortaklık esas sermayesinin tamamının veya önemli bir kısmının ayni sermaye ile karşılanmış olduğunu öğrenmesi bu ortaklığın kuruluş aşamasında yeterli miktarda likit fonla donatılıp donatılmadığı şüphesini doğurabilir ki, bu husus karar verme aşamasında üçüncü kişi için önemli bir bilgidir. Kısacası TK m. 339/2-e (OR m. 628/1) hükmüne riayet edilmemesinin doğuracağı sonuçlar konusunda yorum yaparken bu hükmün çeşitli fonksiyonlar icra ettiğine dikkat edilmeli ve ancak bu fonksiyonları üstlenebilecek başka düzenlemelerin varlığı tespit edildiği takdirde hükmün ne ölçüde hayati olduğuna ilişkin bir tespit yapılmalıdır.

[139] Bununla birlikte hatırlatılması gereken bir husus, ayni sermaye getirilmesine ilişkin sözleşmenin en azından adi yazılı şekilde yapılması gereken durumlarda, esas sözleşmede ayni sermaye sözleşmesine yer verilmemişse, bu sözleşmenin esas sözleşme dışında ayrıca yazılı şekilde yapılmış olması gerektiğidir. Aksi takdirde ortada hiçbir şekilde geçerli bir ayni sermaye sözleşmesi bulunmayacaktır. Bu bakımdan örneğin bir taşınmazın ayni sermaye olarak getirilmesi söz konusu ise ve bu taahhüt TK m. 128/3 uyarınca esas sözleşmede yer almamışsa, geçerli bir taahhüdün varlığı için ayrıca tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından resmi şekilde düzenlenmiş bir devir sözleşmesinin bulunması şarttır. Yine örneğin bir alacağın sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde esas sözleşmede yer almıyorsa da en azından şirket ile ortak arasında adi yazılı şekilde yapılmış bir temlik sözleşmesinin mevcudiyeti her halükarda şarttır. Bunun bulunmaması halinde ise artık TK m. 339/2-e'ye ve dolayısıyla kamuyu aydınlatma hükümlerine riayet edilmediğinden değil, ortada ayakta tutulmasından söz edilebilecek bir ayni sermaye sözleşmesinin dahi bulunmadığından bahsedilmelidir.

(b) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Sermayenin Tedariki/Teşkili İlkesi Bakımından Doğuracağı Sonuçların Değerlendirilmesi

İkinci aşamada değerlendirilmesi gereken husus ayni sermaye anlaşmasının batıl sayılması ile ayakta tutulması arasında yapılacak tercihin, sermayenin tedariki ilkesi bakımından bir farklılık doğurup doğurmayacağı, daha açık bir ifadeyle ayni sermaye anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varılması halinde bu sonucun ortaklık sermayesinin sulanmasına sebep olup olmayacağıdır.

Bu açıdan bakıldığında esas sözleşmede kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne uyulmamasına rağmen ayni sermaye anlaşmasının ayakta tutulmasının, sermayenin tedariki bakımından olumsuz bir sonuca yol açmayacağı kanısındayız. Zira sermayenin teşekkülü bakımından tehlike arzeden husus sermaye payı olarak getirilecek ayna yüksek değer biçilmesidir; bu ise TK m. 339/2-e'ye riayet edilip edilmediğinden ayrı bir meseledir. Zira TK m. 339/2-e'ye uygun davranılmış olsa dahi ayni sermayeye yüksek değer biçilmiş olabilir veya tam tersi TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemiş olmasına rağmen sermaye payı olarak getirilecek ayın doğru bir şekilde değerlenmiş olabilir. Şayet TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemesinin yanı sıra ayni sermayeye değer biçilmesinde de yolsuzluk yapılmışsa, bu durumda ortaya çıkacak hukuki durum, TK m. 339/2-e'ye uyulmuş olsaydı doğacak olan hukuki durumdan farksızdır. Bu ihtimalde de TK m 551 uyarınca ilgililerin sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak tekrar edelim ki TK m. 339/2-e'ye riayet edilmemiş olması sermayenin teşekkülü bakımından bir farklılığa veya fazladan bir riske yol açmaz; daha da açık bir ifadeyle bu durumda ayni sermaye sözleşmesinin ayakta tutulması şirket ve üçüncü kişiler bakımından sermayenin tedariki ilkesi özelinde bu sözleşmenin batıl kabul edilmesine oranla daha olumsuz bir sonuca neden olmayacaktır.

(c) TK m. 339/2-e'ye Aykırılığın Doğuracağı Sonucun Hükümsüzlük Teorisi Bakımından İncelenmesi

TK m. 339/2-e'ye aykırılığın doğuracağı hukuki sonuç tespit edilirken hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne ilişkin teorilere müracaat edilmesi de şüphesiz önemlidir. Böyle bir inceleme elbette genel olarak ticaret hukukunun ve özel olarak da şirketler

hukukunun özel hukuka ilişkin genel geçer kurallara nispetle önemli ölçüde bir istisnalar hukuku yapısı arzettiği göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Ancak öte yandan anonim şirketler hukukunun da özel hukukun bir parçası olduğu, bu bakımdan MK m. 5 uyarınca *"Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri"*nin ve dolayısıyla BK'nın hukuki işlemlerin hükümsüzlüğüne ilişkin düzenlemelerinin bünyesine "uygun düştüğü ölçüde " bu özel hukuk ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulacağı şüphesizdir.

Bu açıdan, BK m. 27/1'in kanunun emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımını butlan olarak belirlediği ve TK'daki hükümlerin de kural olarak emredici nitelikte olduğu düşünüldüğünde ilk bakışta TK m. 339/2-e hükmüne aykırılığın da ayni sermaye anlaşmasının butlanını intaç edeceği sonucuna varılabilir. Ancak bu konuda yapılacak daha dikkatli bir değerlendirmenin farklı bir neticeye ulaştıracağı kanaatindeyiz.

Bu noktada TK m. 339/2-e hükmünün ayni sermaye sözleşmesinin içeriği veya meydana gelişi ile ilgili olmadığına, aksine hüküm kapsamında sözleşmenin in'ikadını takip eden bir safhada yapılması gereken bir bilgi açıklamasının düzenlendiğine dikkat edilmelidir. Dolayısıyla TK m. 339/2-e'ye aykırılığın ayni sermaye sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yol açacağının kabul edilmesi de mümkün değildir. Bir başka deyişle sözleşmenin konusuna ilişkin bir hukuka aykırılık bulunmadığı için BK m. 27/1'in uygulanmasını gerektirecek bir durum yoktur. Nitekim doktrinde bu halde uygulanacak yaptırımın doğrudan doğruya hükmün anlam ve amacına dayanmak suretiyle tespit edileceği belirtilmektedir[140].

Nitekim daha önce TK m. 128/1 ile TK m. 339/2-e arasındaki ilişki ortaya konulurken[141] bu hükümlerden ilkinin ortaklığa katılım iradesinin ortaya konulmasına yöneldiği, ikincisinin ise bu katılımın hangi şekilde gerçekleşeceğine ilişkin ayni sermaye anlaşmasına ilişkin bazı bilgilerin şirket sözleşmesine dercine ve böylece kamunun aydınlatılmasına dönük bir hüküm olduğu belirtilmişti. Bu

[140] Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 539.

[141] Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, III, B, 1.

çerçevede TK m. 128/1 hükmüne riayet edilmediği takdirde ortada geçerli bir sermaye taahhüdü yoktur. Buna bağlı olarak bir anonim ortaklık esas sözleşmesi -kuruculardan biri bakımından olsa dahi- TK m. 128/1'in aradığı anlamda sermaye taahhüdüne ilişkin bir madde içermiyorsa TK m. 335/1 uyarınca ortaklığın kurulması mümkün olmaz. Böyle bir esas sözleşmedeki imzaların her nasılsa noter tarafından onaylanmış olması da sonucu değiştirmez. Zira bu madde gereğince anonim ortaklığın kurulabilmesi için esas sözleşmede sermayenin tamamının ödenmesi taahhüt edilmiş olmalıdır. Kısacası TK m. 128/1 hükmüne aykırılığın yaptırımı ortaklığın kurulamamasıdır.

Buna karşılık TK m. 339/2-e bu kurucu temelin üstünde yükselmiş salt kamuyu aydınlatma hükmü niteliğinde bir düzenlemedir. Dolayısıyla bu hükme riayet edilmemiş olması, yukarıdaki ihtimalden farklı olarak ne sermaye taahhüdünün ne de ortaklık sözleşmesinin geçersizliğine yol açar. Bu bakımdan örneğin sermayesinin tamamı veya bir kısmı ayni değerlerden oluşan bir anonim ortaklığın esas sözleşmesinde kurucular sermayenin tamamını ödemeyi şartsız olarak taahhüt etmişler, fakat getirilecek olan ayni sermaye ile ilgili olarak TK m. 339/2-e'nin aradığı bilgilere hiç veya kısmen yer vermemişlerse, ortaklık yine de geçerli bir biçimde kurulmuştur. Başka bir deyişle bu eksiklik ortaklığın mevcudiyetine halel getirmez, yalnızca kurucuların bundan doğan sorumlulukları gündeme gelir. Gerçi bu eksiklik ticaret sicili müdürünün inceleme görevi kapsamında tespit edildiği takdirde ortaklık için bir tescil engeli teşkil edecekse de bu durum vardığımız sonucu değiştirmez. Zira her şeyden önce tescil edilmemiş ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanamamış olsa dahi TK m. 335/1 uyarınca bir (ön) anonim ortaklık kurulmuştur; ayrıca bu eksikliğin ticaret sicili müdürünün gözünden kaçması ve ortaklığın tescil edilmesi halinde de tescilin düzeltici etkisi bu eksikliği giderecektir. Oysa ki sermaye taahhüdüne ilişkin açıklamanın kısmen veya tamamen eksik olduğu bir esas sözleşme bir şekilde ticaret siciline tescil edilse dahi, bu durumda tescilin düzeltici etkisi gündeme gelmez. Zira tescilin düzeltici etkisi ancak geçersiz de olsa bir hukuki işlemin doğmuş olmasını gerektirir; oysa bu durumda ortaklık hiç kurulmamış olacağı için mevcut olmayan bir hukuki işlemin düzeltilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Neticede kamuyu aydınlatma amacıyla vaz'edilen bir hükmün zaman itibariyle de kendinden önceki bir işleme kadar uzanıp onu batıl hale getirmesi hükme yüklenen bu amaçla da bağdaşmayan, ölçüsüz bir yaptırım olacaktır. Hele yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu bilgilendirmeyi sağlamaya yönelik birden fazla kanuni önleme rağmen salt üçüncü kişilerin bu işlemden "esas sözleşme metni ile" haberdar edilmedikleri gerekçesi ile ayni sermaye anlaşmasının butlanı sonucuna gidilmesi ve böylece belki de ortaklık faaliyeti bakımından özel bir önem taşıyan bir malvarlığı değerinin şirkete kazandırılmasına engel olunmasının hükmün amacı ile telif edilebilmesi mümkün değildir[142]. Şu halde TK m. 339/2-e hükmüne aykırı davranılmış olmasının işlemin geçersizliğine yol açmayacağı, ancak aykırılığa bağlanan hukuki sonuçların gündeme geleceği sonucuna varılması amaca uygun bir yorum olacaktır.

(d) Ortaklığın Menfaati Bakımından

Nihayet TK m. 339/2-e'ye aykırılık halinde ayni sermaye sözleşmesinin ayakta tutulması yönündeki yorumun, ortaklık bakımından da daha elverişli bir sonuç olacağı belirtilmelidir. Bu argüman şüphesiz tek başına ayni sermaye sözleşmesinin ayakta tutulması için yeterli değildir, zira tartıştığımız konuda yapılacak bir değerlendirme sadece ortaklığın değil, özellikle ve öncelikle alacaklıların/üçüncü kişilerin de menfaatlerini gözeterek yapılmalıdır. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere TK m. 339/2-e'ye aykırılığın üçüncü kişiler için bir tehlikeye yol açması veya menfaat ihlali sonucunu doğurması ihtimali, kanunun aldığı başka önlemlerle asgari seviyeye indirilmiştir. Bu sebeple, ayni sermaye anlaşmasının batıl kabul edilmesi ile ayakta tutulması arasında ortaklığın menfaati bakımından ikincisi lehine doğacak fark, sözleşmenin ayakta tutulması bakımından bir tercih sebebi olarak kabul edilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında ortaklığa sermaye payı olarak ayni sermaye getirilmesi halinde kuruluş prosedürünün bütünüyle nakdi sermaye ile gerçekleştirilen bir kuruluşa oranla önemli ölçüde yavaş, zahmetli ve masraflı hale geldiği açıktır. Zaten bu durum uygulamada da anonim ortaklıkların kuruluşunda

[142] Hükmün sermayenin tedariki ilkesi ile bir ilgisi olmadığı ve dolayısıyla üçüncü kişilerin hükme aykırılık nedeniyle zarara uğramaları ihtimalinin de önemli ölçüde azaldığı hatırlanmalıdır.

ayni sermaye getirilmesi ihtimalini önemli ölçüde azaltmaktadır. Dolayısıyla hadiselerin pek çoğunda, kurucuların bu handikaplara rağmen yine de kuruluş aşamasında ortaklığa sermaye olarak bir ayni kıymetin kazandırılması yönünde karar vermiş olmaları ancak söz konusu malvarlığı değerinin kurucular nazarında ortaklık faaliyeti için büyük bir önem arzetmesi halinde mümkün olacaktır. Tartıştığımız konuda tercih edilecek görüş her ne olursa olsun kurucuların bu iradelerinin kesinlikle göz ardı edilmemesi gerekir. Bu bakımdan kanaatimizce -kanunun sigorta olarak öngördüğü diğer kamuyu aydınlatma hükümlerinin de çiğnendiği çok istisnai durumlar dışında- TK m. 339/2-e'ye aykırılık dolayısıyla gündeme gelecek zarar ihtimali, kurucuların arzu ettikleri ayni değerin ortaklığa kazandırılmasını engelleyecek nitelikte kabul edilmemelidir.

iii. Aykırılığın Sonradan Giderilmesi

TK m. 339/2-e'ye aykırılığın kural olarak iştirak taahhüdünü veya ayni sermaye sözleşmesini sakatlamayacağı yönündeki görüşümüz yukarıda ortaya kondu. Esasen yine yukarıda belirttiğimiz üzere bu eksiklikler ticaret siciline başvuru aşamasında tespit edildiği takdirde bir tescil engeli teşkil edecek ve söz konusu eksiklikler giderilmediği sürece şirketin ticaret siciline tescili de mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık söz konusu eksikliklere rağmen ortaklığın ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasından sonra ayni sermaye sözleşmesi uyarınca borçlanılan sermaye kalemlerinin ortaklığa kazandırılması için gereken işlemler yapılacak, bu çerçevede örneğin sicillere kayıtlı kıymetlerin ortaklık adına tescili için ticaret sicili müdürü gerekli bildirimleri yapacak veya taşınırların ortaklığın doğrudan zilyedliğine dâhil edilmesi için yönetim kurulu gerekli girişimlerde bulunacaktır. Kısacası TK m. 339/2-e'deki kayıtlara ilişkin eksikliklere rağmen, ayni sermaye kalemlerinin fiilen ortaklığın hâkimiyetine geçirilmesi için gerekli olan süreç normal olarak işlemelidir.

Buna rağmen mevsuf kuruluşa ilişkin TK m. 339/2-e'nin aradığı bilgilerin üçüncü kişilere sunulmasına yönelik ihtiyaç da ortadan kalkmış değildir. Zira kuruluş süreci yalnızca başlangıçta değil, şirketin faaliyeti süresince de kural olarak esas

sözleşmeden takip edilebilir olmalıdır[143]. Bu bakımdan özellikle üçüncü kişilerin zarara uğramalarını ve buna bağlı olarak kurucuların ve/veya yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılabilecek sorumluluk davalarını önlemek için söz konusu eksikliklerin sonradan giderilmesi yerinde olacaktır. Bu sebeple TK m. 339/2-e çerçevesindeki eksikliklerin en kısa zamanda yapılacak bir esas sözleşme değişikliği kapsamında giderilmesine çalışılmalıdır.

IV. ORTAKLIĞIN AYNİ DEĞERLER ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUF EDEBİLMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK TAMAMLAYICI İŞLEMLER: ŞERH, KAYIT VE TEVDİ

eTK'da yer almayan ve tamamen yeni bir düzenleme olarak hukukumuza giren TK m. 128/2'de, sermayenin tedarikini sağlamaya ve ayni sermayenin taahhüdü ile tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi/şirketin tüzel kişilik kazanması arasında kalan zaman diliminde ayni sermaye konusu malvarlığının üçüncü kişiler lehine yapılacak tasarruflarla geri dönülemez biçimde şirketin hâkimiyetinden çıkmasını engellemeye yönelik bir dizi tedbire yer verilmiştir. Tüm ticaret şirketleri ve bu arada anonim şirketler için de geçerli olan bu düzenleme, taahhüt aşamasının hemen ardından taşınmazlarda taahhüdün tapuya şerh verilmesi, taşınırlarda eşyanın güvenilir bir kişiye tevdii ve özel sicili bulunan diğer kıymetler bakımından taahhüdün sicile kaydı suretiyle aleniyetin tesis edilmesini istemekte, bu işlemlerin yapılmasını ayni sermaye taahhüdünün geçerliliğinin bir şartı haline getirmekte ve nihayet söz konusu işlemlere üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf edici bir etki tanımaktadır.

Hükmün sermayenin tedarikini sağlamak amacına matuf olduğu, madde gerekçesinde *"Hüküm sermaye olarak konulan para dışındaki değerleri korumak, şirketin kuruluş aşamasında sorunlarla karşılaşmamasını sağlamak amacıyla öngörülmüştür…Şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırabileceği düşünülmüş, bunun da sermayenin korunması açısından önemli bir etkiyi haiz olduğu sonucuna*

[143] Siegwart, **a.g.e.,** §628/38.

varılmıştır [144]*"*denilerek dile getirilmiştir. Böylece bu fıkra, yeni kanunun sermayenin tedarikine/teşekkülüne ilişkin diğer bazı düzenlemelerle de ortaya koyduğu hassasiyetin bir başka tezahürü olarak yorumlanabilir.

A. Normatif Köken

Düzenleme Türk mevzuatı bakımından yeni olmasına rağmen, bu hükme – tam olarak değilse de fikren- kaynaklık ettiği söylenebilecek düzenlemenin mehaz İsviçre hukukunda oldukça uzun bir geçmişi olduğu gibi, eTK dönemindeki Türk doktrinine de tamamen yabancı değildir. Zira esasen mehaz hukuktaki bu yöndeki düzenleme eTK m. 285/2'nin Hükümet Tasarısı metninde yer almış, ancak Adliye Encümeni'nin bu maddeye müdahalesi sonrasında (yine Adliye Encümeni'nin 140. maddeye yaptığı bazı eklemelerle de bağlantılı olarak) düzenleme mehaz kanundan farklı bir hal almıştır.

Gerçekten Hükümet Tasarısı'nda eTK m. 285/2 şu şekilde kaleme alınmıştır: *"Ayın olarak konacak sermayenin karşılık sayılabilmesi için ortaklığın, ticaret siciline kaydedileceği tarihten itibaren bunun üzerinde doğrudan doğruya tasarrufa başlıyabilmesi, ve eğer gayrimenkul üzerindeki mülkiyet veya sair bir ayni hak sermaye olarak konacak olursa, bu hakların tapu siciline kendi namına geçirilmesini kayıtsız şartsız istemek hakkını haiz olması lazımdır*[145]*."* Ancak bu metin Adliye Encümeni'nin müdahalesi neticesinde kanunlaşacak olan son halini almış, Hükümet Tasarısı'nda bu düzenleme ayni sermaye taahhüdünün ne şekilde yapılması gerektiğini düzenleyen bir fıkra iken, son halinde bu taahhüdün hukuki neticelerini tanzim eden bir hükme dönüşmüştür[146]. Adliye Encümeni mazbatasının bu değişikliğe ilişkin kısmında öncelikle Tasarının 140. maddesinde yine Adliye Encümeni'nin yaptığı önemli müdahalelere (eTK m. 140/2 ve 4) vurgu yapılarak bunların neticesinde ayni sermaye taahhüdünün ne şekilde gerçekleşeceğinin ve daha da önemlisi bu taahhüdün ifasının bizzat şirket tarafından istenebileceğinin ve dava edilebileceğinin kural altına alındığı ifade edilmiş, oluşan son durum karşısında ayın

[144] Bkz. Kendigelen, **Yeni TK,** s. 252.

[145] **TBMM Zabıt Ceridesi,** Devre: 10, C. 12, İçtima: 2, Seksen Üçüncü İnikat, 29.06.1956-Cuma, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), s. 114.

[146] Arslanlı, **C. I,** s. 63.

olarak konulacak sermayenin ne şekilde konulmuş sayılacağını ortaya koyan ikinci fıkranın yazılışının değiştirilmesine ihtiyaç duyulduğu belirtildikten sonra aynen *"Çünkü Hükümet tasarısındaki yazılışa göre sermaye koyma taahhüdünün muteber sayılabilmesi için sadece kanuni şekilde borçlanmak kâfi olmayıp bilhassa menkul malların fiilen şirket emrinde bulundurulması lazımgeldiği gibi bir mana çıkmaktadır. Diğer tabirle borca, tamamlanması edaya bağlı bir borç yani bir nevi ayni bir borç mahiyeti verilmiş bulunmaktadır*[147]*"* denilmiş ve neticede mehaz kanunda yer alan düzenlemeden ayrılan bir nihai metin benimsenmiştir.

Ancak kanun metninin nihai halinde mehaz metne göre benimsenen bu bilinçli farklılığa rağmen eTK döneminde doktrinde en azından olması gereken hukuk bakımından mehaz kanundaki düzenlemenin yerindeliğine işaret edildiği gibi, daha ileri giderek eTK m. 285/2'de yer almayan ancak mehaz kanunun aradığı şartların fiilen Türk uygulaması bakımından da aranması neticesini doğuracak öneriler de yapılmıştır. Bu çerçevede örneğin Arslanlı, eTK m. 285/2 hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğini, bu kapsamda anonim ortaklığa ayni sermaye taahhüt edilmesi halinde taahhüt edilen menkul ve gayrimenkullerin mülkiyetinin ne zaman ve ne şekilde ortaklığa geçeceğini incelerken, nakdi sermaye taahhüdünde dahi bu taahhüdün ¼'lük kısmının şirketin tescilinden önce şirket lehine tevdii zorunluluğu getirilmişken, benzeri bir teminatın ayni sermaye kalemleri bakımından getirilmemiş olduğunun ve salt iştirak müteahhidinin taahhüdü ile yetinildiğinin kabul edilemeyeceğini[148], bilakis böyle bir teminata duyulan ihtiyacın nakdi sermayeden çok ayni sermaye bakımından söz konusu olduğunu belirtmekte ve bu hükmün ya ortaklığın kanunen ve re'sen mülkiyeti kazanması anlamına geleceğini yahut da Adliye Encümeninin mütalaasına rağmen İsvBK'da olduğu gibi "tescilden önce mülkiyet hakkının intikalini sağlayan tasarrufları icra vecibesi"nin iştirak taahhüdünde bulunan kimseye yüklenmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmekte, zarar ihtimallerini bertaraf etmek için en emin yolun sermayenin tescilden önce vaz'ını mecburi kılmak olduğunu, bu çerçevede menkullerin kuruculara veya üçüncü bir şahsa tevdi edilebileceğini, gayrimenkullerin

[147] **eTK Zabıt Ceridesi,** s. 378.

[148] Arslanlı, **C. I,** s. 201.

devri için de gerekli müracaatın yapılabileceğini veya tapuya şerh verilebileceğini[149], böylece şirketin hükmi şahsiyeti iktisap ettiği anda mülkiyet hakkını da derhal ve kendiliğinden elde etmiş olacağını belirtmektedir[150].

Tekinalp de yine eTK m. 285/2'nin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamaları sırasında Hükümet Tasarısı'nda yapılan değişikliği eleştirdikten[151] sonra bir adım daha atarak maddenin mevcut haliyle dahi mehazdaki biçimde anlaşılabileceğini; bu bakımdan sermaye olarak taahhüt edilen taşınırların tescilden sonra anonim ortaklığa malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceği tarzda taahhüt edilmiş olduğunun söylenebilmesi için tescilden önce taahhüt konusu taşınırların tevdi edilmesinin veya başka bir tarzda amade bulundurulmasının gerektiğini, bunun hem kuruculara hem de taahhüt sahiplerine yükletilmiş ancak İsviçre düzenlemesinden farklı olarak sermaye taahhüdünün geçerlilik şartı niteliğinde olmayan bir "zorunluluk" olduğunu[152]; taşınmazlara ilişkin ayni sermaye taahhütlerinin de anonim ortaklığın şirketin tescilinden sonra tapuda tescili yaptırmasına imkân verecek tarzda yapılması gerektiğini, bu sebeple eTK m. 140/5'e göre gerçekleşecek ihtiyati tedbir talebinin anonim ortaklıklarda ihtiyari olmaktan çıkacağını belirtmiştir[153].

İsviçre düzenlemesine ve eTK m. 285/2'nin ilk haline atıf yapmamakla birlikte İmregün de bu dönemde pratik bir ihtiyaca işaretle, kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen özellikle taşınmazlar ve ayrıca devirleri bir sicile kayıt yoluyla gerçekleşen imtiyaz hakları bakımından, bunlara ilişkin sermaye taahhüdünü içeren esas sözleşme noterce onanır onanmaz tapu siciline veya ilgili makama esas sözleşmenin ibrazı suretiyle şerh verilmesi sağlanarak üçüncü kişilerin iyi niyetinin bertaraf edilmesinin düşünülebileceğini, nitekim noterlerce re'sen yapılmış taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tapuya şerh verilmesi mümkün olduğuna göre bu şekildeki ortaklık sözleşmesinin de evleviyetle şerh verilmesi gerektiğini belirtmekte,

[149] Davran da Arslanlı'nın görüşüne iştirak etmekte ve gayrimenkuller bakımından tapu siciline şerh konulmasının kabulünün meseleyi daha iyi halledeceğini belirtmektedir, **a.g.m.,** s. 12.

[150] Arslanlı, **C. I,** s. 202.

[151] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1026.

[152] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1028.

[153] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1029.

bu yolun tercih edilmemesi halinde taahhüt ile tasarruf işlemleri arasındaki kalan dönemde iyi niyetli üçüncü kişilerin hak iktisaplarının problem doğurabileceğine dikkat çekmektedir[154].

B. Öngörülen Tedbirler

1. Tarihsel Gelişim

TK m. 128/2 ile getirilen yeni düzenleme neticesinde eTK metninden Adliye Encümeni müdahalesi ile çıkarılan bir tedbir 55 yıl rötarla anonim şirketler hukukumuza tekrar dâhil edilmiştir. Fıkra ile, geçmiş dönemde de işaret edilen bir problem -ayni sermayenin taahhüdü ile şirketin tüzel kişilik kazanması veya tasarruf işleminin yapılması arasındaki dönemde yalnızca iştirak müteahhidinin taahhüdü ile yetinilmesinin kurulacak şirket bakımından doğurabileceği risk- giderilmeye çalışılmaktadır.

Yine de TK m. 128/2'nin mehaza ve eTK m. 285/2'nin ilk haline göre daha farklı bir biçimde kaleme alındığına, bu sebeple söz konusu hükümler arasında mutlak bir paralellik kurulmasının mümkün olmadığına, daha ziyade hükümlerin gayeleri arasında bir ortaklığın bulunduğuna dikkat çekilmelidir. Gerçekten gerek mehazda gerekse söz konusu düzenlemenin çevirisi niteliğindeki eTK m. 285/2'nin Hükümet Tasarısı metninde esasen açık bir biçimde şirketin alması icap eden tedbirler sayılmamış, daha dolaylı bir anlatım kullanılmış ve -belki de sınırlayıcı bir düzenleme getirmemek ve çeşitli ihtimalleri de kuşatmak amacıyla- alınacak tedbirler açıkça ifade edilmek yerine bu tercih kuruculara bırakılarak yalnızca her ne tedbire başvurulursa vurulsun bu tedbirin doğuracağı sonuç üzerinde durulmuştur. Nitekim bu yöndeki düzenlemenin ilk örneği olan eski İsvBK m. 633/4'te, bunun neredeyse birebir çevirisi olan eTK m. 285/2'nin Hükümet Tasarısı metninde ve nihayet orijinal metni muhafaza eden İsvBK m. 634/b. 2 hükmünde *"Ayni sermaye taahhüdü, ancak şirketin ticaret siciline tescilinden sonra bunlar üzerinde derhal ve malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebilmesi veya tapu siciline kayıtsız şartsız tescil hakkını haiz olduğu takdirde karşılık (Deckung) sayılır/olarak kabul edilir"* denmek suretiyle tedbirin doğuracağı hukuki etki üzerine yoğunlaşılmıştır.

[154] İmregün, **a.g.e.,** s. 288.

Buna karşılık TK m. 128/2'de açık bir biçimde taşınırlar, taşınmazlar ve kendilerine özgü bir sicili bulunan diğer ayni sermaye kalemleri olarak üç kategori zikredilmiş ve her biri için taahhüt aşamasından sonra takip edilmesi gereken usul, sırasıyla güvenilir bir kişiye tevdi, tapu siciline şerh düşme ve özel sicile kayıt olarak yine ayrı ayrı ve açık bir biçimde sayılmıştır.

2. Taşınmazlar Bakımından Şerh Yükümlülüğü

a. Şerh Talebinde Bulunabilecekler

(1) TK m. 128/2'deki Eksiklik

TK m. 128/2'ye göre taşınmazlar bakımından tapu siciline, ilgili taşınmazın bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin taahhüt edildiğine yönelik bir şerh düşülmesi gerekmektedir[155]. Şerh talebinin gayrimenkulü taahhüt eden ve bu aşamada hala söz konusu gayrimenkulün maliki konumunda olan kurucu/iştirak müteahhidi tarafından gerçekleştirilmesi doğaldır[156]; buna göre ilgili kurucu/iştirak müteahhidi şirket esas sözleşmesinde yer almak suretiyle kurucu unsurlarından biri tamamlanan ayni sermaye taahhüdünü, TK m. 128/2 nazarında tam ve sağlıklı bir ayni sermaye taahhüdü haline getirebilmek için, tapu siciline bir dilekçe ile başvuracak[157] ve bu taahhüdün tapuya şerh verilmesini talep edecektir.

Bu noktada söz konusu talebin malik dışındaki kimseler tarafından yapılmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu soruya verilecek cevap, pratikte karşılaşılabilecek başka sorunların çözümü bakımından da önemlidir; zira örneğin ayni sermaye taahhüdünde bulunan kurucunun TK m. 128/2'nin öngördüğü şerhin yapılması için tapu siciline başvurmaması halinde, şayet ortaklığın böyle bir talepte bulunma yetkisi bulunmadığı kabul edilecekse, TK m. 128/2 c. 2'nin şerhe bağladığı sonuç da doğmayacak, dolayısıyla söz konusu taşınmaz iyi niyetli üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek risklere açık olacak ve dahası aşağıda

[155] Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ m. 4/6'da da *"...ayni sermaye olarak konulan mal ve hakların...şirkete ayni sermaye olarak konulduklarını belirten bir şerh"*ten bahsedilmektedir.

[156] Bu yönde Pulaşlı, **a.g.e.,** § 5/70; Karahan/Giray, **a.g.e.,** s. 119; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.,** s. 57. Ayrıca genel olarak taşınmazlara ilişkin tapu sicilinde yapılacak şerhin taşınmazın maliki tarafından talep edileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 213.

[157] Pulaşlı, **a.g.e.,** § 5/70.

ayrıca açıklanacağı üzere bu şerhin yapılmamış olması şirketin ticaret siciline tescilini de engelleyecektir. Kısacası TK m. 128/2'deki şerhin salt iştirak müteahhidinin inisiyatifine terkedilmesi ve böylece kurucunun ihmali veya herhangi bir sebeple şerh için talepte bulunmaktan kaçınması, kanunun öngördüğü tedbirin bütünüyle boşa gitmesine yol açabilecektir.

Bu konuda doktrinde görebildiğimiz kadarıyla yalnızca Moroğlu, olması gereken hukuk bakımından, şerh talebi hakkının sadece sermaye taahhüdünde bulunan kimsede olmaması gerektiğini, buna göre kuruluşta bu yetkinin ayrıca esas sözleşmedeki imzaları onaylayan notere, sermaye artırımında ise şirkete verilmesi gerektiğini belirtmiştir[158]. Bizce de yukarıda zikrettiğimiz gerekçelerle gerek kuruluş aşamasında gerekse sermaye artırımı sırasında şerh talebinin yalnızca ayni sermaye taahhüdünde bulunan kimseye bırakılması yerinde bir çözüm tarzı değildir. Bu bakımdan biz (Moroğlu'ndan bir parça farklı şekilde) sermaye artırımında şirketin, kuruluşta ise ayni sermaye taahhüdünde bulunan ortak dışında esas sözleşmede imzaları bulunan kurucuların, şerh talebinde bulunabilmeleri gerektiği kanısındayız. Şüphesiz bu konuda en sağlıklı çözüm tarzı bu yönde bir hükmün TK m. 128/2'ye eklenmesidir. Ancak olması gereken hukuk bakımından yapılacak bu önerinin dışında, mevcut durumda ortaklığın muhtemel riskleri engellemek bakımından nasıl hareket etmesi gerekeceği de ayrıca incelenmelidir.

(2) Tescile İlişkin Genel Düzenlemeler Çerçevesinde Başvurulabilecek İmkânlar

MK m. 1013/1'de –tapuda yapılacak her türlü işlemi içerecek şekilde geniş anlamda- tescilin "tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine" yapılacağı belirtildiği gibi, Tapu Sicili Tüzüğü m. 17/1'de de kanuni istisnalar dışında tapu sicili üzerinde işlem yapılabilmesi için, tapu sicilinde hak sahibi olan kimselerin istemde bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır. Nitekim doktrinde de şerhe ilişkin talebin taşınmaz maliki tarafından yapılacağı ifade edilmiştir[159].

---

[158] Moroğlu, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 73.

[159] Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi,** İstanbul 1959, s. 191; Sungurbey, İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi,** İstanbul 1963, s. 62; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s.

Öte yandan eşya hukuku öğretisinde şerh anlaşmasına rağmen taşınmaz malikinin tapuya şerh talebinde bulunmaktan kaçınması halinde kişisel hak sahibinin MK m. 716'nın (eMK m. 642) kıyasen uygulanması suretiyle mahkeme kararı ile şerhin yapılmasını sağlayabileceği belirtilmiştir[160]. Gerçekten MK m. 716'da, geçerli bir sebebe istinat ederek malikten taşınmazın kendi adına tescilini istemek konusunda şahsi hak sahibi olan kimsenin, malikin bu tescilden kaçınması halinde mahkemeye başvurarak mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep etmesine imkân tanınmıştır. Zikredilen görüşe göre kanunun mülkiyet hakkı ile ilgili olarak tanıdığı bu hakkın kişisel hakkın güçlendirilmesi bakımından da kullanılabilmesi mümkündür. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere TK m. 128/2'de taşınmazlar bakımından öngörülen şerh de MK m. 1010 anlamında bir kişisel hakkın şerhi niteliğindedir; dolayısıyla gerçek anlamda bir şerh niteliğinde olan bu hususun da MK m. 716'ya kıyasen mahkeme yolu ile tapu siciline işlenmesi söz konusu olabilmelidir.

Ancak bu haliyle MK m. 716'nın kıyasen uygulanması kuruluş safhasındaki anonim ortaklık bakımından yeterince pratik bir çözüm değildir. Zira TK m. 345/2 ve TK m. 354/1 gibi hükümler dikkate alındığında, ortaklığın kuruluşu (esas sözleşmenin imzalanması) ile tüzel kişilik kazanması arasında kanun koyucu oldukça kısa bir zaman dilimi bulunacağını kabul etmiş gözükmektedir. Zaten Türk hukukunda –mevsuf kuruluşa ilişkin özellikle değerleme prosedürü bir tarafa bırakılırsa- anonim ortaklığın kuruluş sürecini uzatacak bir sistem söz konusu değildir. Bu durumda esas sözleşmenin imzalanmasından hemen sonra iştirak

---

381, son yazarlar ayrıca taşınmazın malikinin yanı sıra taşınmazı kiraya veren intifa hakkı sahibinin de bu hakkın sınırları içinde kalmak şartıyla kiracı ile bir şerh anlaşması yapabileceğini ve bunun şerhini talep edebileceğini; hatta kira sözleşmesi ile kendisine bu yetki tanınmış ise kiracının da ikinci kiracı ile yapacağı şerh anlaşması gereğince şerhi talep edebileceğini belirtmektedirler; Ayan, Mehmet, **Eşya Hukuku I-Zilyetlik ve Tapu Sicili,** 8. Tıpkı Bası, Konya, 2013, s. 352; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012, s. 358.

[160] Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi,** s. 193 ve dn. 29, yazara göre bu çerçevede mahkemeden alınacak hüküm malikin iradesi yerine geçecek, kişisel hakkın güçlenmesi sonucu da bu karar anında değil, sicile şerhin yapıldığı anda gerçekleşecektir; Sungurbey, **a.g.e.,** s. 67-68, Sungurbey ise hakimin bu konuda yenilik doğurucu bir hüküm vereceği, şerhe konu kişisel hakkın ise şerhin gerçekleşmesi ile değil söz konusu hükmün verilmesi ile birlikte güçlenmiş olacağı kanaatindedir; Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, **Türk Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1984, s. 277-278.

müteahhidinin şerhten kaçındığı ve ortaklığın da derhal şerhin hâkim kararıyla gerçekleştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurduğu düşünülse bile, hâkimin kararına kadar geçecek sürenin, kanun koyucunun öngördüğü süreyi aşacağı tahmin edilebilir. Dahası anonim ortaklığın henüz kuruluşu aşamasında böyle bir davanın neticesini beklemek zorunda kalan kurucuların bu faaliyete devam etmek konusundaki arzularını sorgulayacakları muhakkaktır. Benzer şekilde sermaye artırımı aşamasında da bu davanın sonucunun beklenmesi anonim ortaklığın tercih edeceği bir çözüm olmayacaktır.

Ancak Türk hukukunda Sungurbey tarafından savunulan fikre göre ayrıca, şerh anlaşmasının gereğinin taşınmaz malikince yerine getirilmemesi durumunda kişisel hak sahibi MK m. 1010/1, b. 1 (eMK m. 920/1, b.1)'deki imkândan da faydalanabilecek, böylece hâkimden çekişmeli durumdaki şerh talebinin dava süresince üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi amacıyla tasarruf yetkisi kısıtlaması niteliğinde bir şerhe karar vermesini isteyebilecektir[161]. Anonim ortaklığın kuruluş safhasında kurucular/ön ortaklık, esas sermaye artırımında ise ortaklığın temsilcisi/temsilcileri TK m. 128/2'de istenen şerhin hâkim kararı ile yapılması amacıyla mahkemeye başvuracaklar, bu aşamada MK m. 1010/1, b. 1'e istinaden talep edilecek olan ihtiyati tedbir kararı neticesinde TK m. 128/2'de sözü edilen şerh gerçekleştirilmiş olacaktır.

Bu çözüm tarzı daha hızlı sonuç vermesi ve böylece ortaklığa sermaye olarak getirilmesi düşünülen aynın muhafaza edilebilmesi bakımından önerilebilecek bir yoldur. Gerçi bu halde dahi ortaklık bakımından tam anlamıyla tatmin edici bir sonucun sağlanamayacağı söylenebilir: Bir kere ortaklığın arzu ettiği sonucun doğması ve TK m. 128/2 anlamında bir şerhin gerçekleşmesi mahkemenin vereceği bir ihtiyati tedbir kararına bağlıdır. Mahkemenin bu yönde bir ihtiyati tedbir kararı vermekten kaçınması halinde ise çözümsüzlük devam edecektir. Üstelik ihtiyati tedbir kararına hükmedilmesi ihtimalinde dahi neticede şirket kuruluş aşamasında mahkeme prosedürünün yol açacağı masraf, emek ve zaman kaybı ile muhatap olacaktır. Ayrıca ticaret sicili uygulamasının da böyle bir şerhi şirketin tescili bakımından yeterli görüp görmeyeceği belirsizdir. Nihayet bu yolla gecikmeksizin

[161] Sungurbey, **a.g.e.,** s. 68.

şerh sağlanabilecekse de ortaklığın kurulması veya esas sermaye artırımı kararının tescilinden sonra TK m. 128/6'nın uygulanmasının mümkün olup olmayacağı, yoksa ortaklığın tescilin gerçekleşmesi için açılan davanın sonuçlanmasını mı beklemesi gerektiği ayrı bir meseledir.

Kısacası, kanunda tek cümlelik bir hükme yer verilmek suretiyle halledilebilecek bir sorun, söz konusu hükmün yokluğu dolayısıyla ancak belli bir ölçüde giderilebilecektir. Hâlbuki şerhin malik tarafından yapılacağı kuralına TK m. 128/2 özelinde bir istisna getirilmesi yadırganacak bir durum değildir. Nitekim bu konuda bir istisna hükmü olarak zikredilen[162] TapuK m. 26/7 hükmü benzer bir muafiyeti taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için tanımaktadır. Bahsi geçen hükümde *"Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir"* denilerek genel kuraldan sapılmış ve taşınmaz malikinin yanı sıra kişisel hakkın alacaklısının da şerh talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir.

TapuK m. 26/7'deki sözleşmelerden doğan kişisel hakkın şerhi bakımından tanınan istisnanın TK m. 128/2'de bahsi geçen şerh hakkında da tanınmaması için bir sebep yoktur. TK m. 128/2'deki durumda ayni sermaye taahhüdü noter tarafından onaylanmış olan bir esas sözleşmede yer almaktadır. Dolayısıyla iştirak müteahhidi bu taahhüdünü imzası noter tarafından onaylanmış bir belge ile ortaya koymuştur. Üstelik bu durumda örneğin taşınmaz satış vaadinin şerhinden farklı olarak bir ön sözleşmeden doğan kişisel hakkın değil sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhi söz konusudur; bir başka deyişle taşınmazın maliki ön sözleşme aşamasından daha ileriye geçerek bir sözleşme yapmıştır. Dahası TK m. 128'in öngördüğü sistemde kanun koyucu ayni sermaye taahhüdünü izleyen tasarruf işlemi aşaması için dahi malikin rızasını aramamış ve şirketin tüzel kişilik kazanmasını takiben hem ticaret sicili müdürüne hem de ortaklığa tescili talep yetkisi tanımıştır (TK m. 128/6, 7). Nihayet TapuK m. 26/7'de tamamiyle taraf iradelerinden, taraflar arasındaki bir şerh

[162] Bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 380; Ünal/Başpınar, **a.g.e.,** s. 359.

anlaşmasından kaynaklanan bir şerh talebine bu muafiyet tanınmışken, TK m. 128/2'de bahsi geçen şerh kanundan kaynaklanmakta ve bu yönüyle taraf iradelerinin üstünde bir buyuruculuk niteliği taşımaktadır. Tüm bu gerekçeler karşısında TapuK m. 26/7'deki haller için tanınan muafiyetin/istisnanın TK m. 128/2'den doğan kanuni şerh zorunluluğu için tanınmamasının haklı bir gerekçesi yoktur.

Tüm bu açıklamalar karşısında tartıştığımız konuda taşınmazın malikine, taşınmaz satış vaadi halinde taşınmaz malikine sağlanan korumadan daha fazlasının tanınması gereksizdir. Ancak TapuK m. 26/7 istisnai bir düzenleme olduğundan, bu hükmün –en azından taşınmazlar bakımından- kıyasen uygulanması suretiyle ayni sermaye taahhüdünün şerhini sermaye artırımında bizzat ortaklığın, kuruluşta ise diğer kurucuların veya ayrıca belirlenmişse ön ortaklığın temsilcilerinin de talep edebilmesi imkânının tanınması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla mevcut durumda tavsiye edilebilecek yöntem, MK m. 716 ve MK m 1010/1 b.1 hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla şerhin yapılmasının denenmesidir. Ancak orta vadede her halükarda TK m.128/2'ye eklenecek bir cümle ile bu konunun düzenlenmesi en doğru hareket tarzı olacaktır.

b. Şerhin Gerekli Olduğu Haller

TK m. 128/2'de genel bir ifade kullanılarak taşınmazların tapuya şerh verilmeleri halinde ayni sermaye kabul olunacakları ifade edilmiş, ancak şerhin bir şart olarak aranması için taşınmazın ne surette ayni sermaye olarak getirilmesi gerektiğine ilişkin bir belirlemeye gidilmemiştir. Bu bakımdan ilk akla gelen şüphesiz taşınmaz üzerindeki mülkiyetin ayni sermaye taahhüdü kapsamında ortaklığa getirilmesidir. Ancak bir taşınmazın ayni sermaye konusu olabileceği tek ihtimal bu değildir. Bunun dışında ayni sermaye sözleşmesi kapsamında bir taşınmaz üzerinde ortaklık lehine sınırlı ayni hak veya nispi nitelikte bir kullanım hakkı tanınması da mümkündür.

Kanımızca maddenin herhangi bir sınırlamaya gitmeyen lafzı da dikkate alındığında yalnızca mülkiyetin devri şeklinde değil, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni

hak[163] yahut kişisel hak tanınmasına yönelik ayni sermaye anlaşmaları bakımından da TK m. 128/2'deki şerh zorunluluğuna riayet edilmesi gerekir. Böyle bir yorum kanun koyucunun TK m. 128/2 ile sağlamak istediği korumayı temin bakımından da daha elverişlidir. Bu bakımdan taşınmaz üzerinde tesis edilen bir sınırlı ayni hakkın yanı sıra örneğin ayni sermaye olarak maliki bulunduğu bir taşınmaz üzerinde ortaklık lehine nispi nitelikte bir kullanım hakkı tanıyan kimsenin bu taahhüdünün ayni sermaye olarak kabul edilebilmesi için de, söz konusu kullanım hakkının ortaklığa geçirilmesine ilişkin kişisel hakkın tapuya şerh verilmesi gerekir. Üstelik aşağıda ayrıca inceleneceği üzere[164], ortaklık/ayni sermaye sözleşmesi temelinde tesis edilen bu kullanım hakkının şerhi kanımızca bir şahsi hak şerhi niteliğinde olacak ve dolayısıyla sonradan bu taşınmazın pay sahibi/malik tarafından bir üçüncü kişiye devri durumunda söz konusu kullanım hakkı taşınmazın yeni malikine karşı da ileri sürülebilecektir. Benimsediğimiz bu sonuç, nispi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye olarak getirilmesi durumunda ortaklığa güçlü bir konum sağlamakta, bu durum ayrıca söz konusu hakların ayni sermaye yeterliliği noktasında doğabilecek tereddütleri de önemli ölçüde gidermektedir[165].

3. Taşınırlar Bakımından Tevdi

TK m. 128/2'nin menkul mallar bakımından öngördüğü tedbir ise bunların şirket tüzel kişilik kazanıp bu mallar üzerinde doğrudan zilyetliğe sahip oluncaya dek muhafaza edilmek üzere güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleridir.

TK m. 128/2, bahsettiği güvenilir kişinin kim olacağı konusunda bir açıklık içermemektedir. Nitekim doktrinde kanun metninde kullanılan "güvenilir kişi" kavramının belirsizliğine dikkat çekilmiştir[166]. Hatta kanunun "güvenilir bir kişi" şeklindeki ifadesi dikkate alınırsa, burada kastedilen hukuki ilişkinin BK m. 569'da düzenlenen "Güvenilirkişiye bırakma" sözleşmesi olup olmadığı da tereddüt

[163] Nitekim Moroğlu TK m. 128/2'de yalnızca "taşınmazlar"dan söz edilip sınırlı ayni haklara yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğunu belirtmektedir, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 72.

[164] Bkz. aşağıda şerhin niteliği ile ilgili olarak Dördüncü Bölüm, IV, C, 1, b, (2).

[165] Bu konuda ayrıca bkz. nisbi nitelikteki kullanım haklarının ayni sermaye yeterliliği ile ilgili olarak yukarıda İkinci Bölüm, VII.

[166] Moroğlu, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 73; Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 339; Pulaşlı, **a.g.e.,** § 5/71; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.,** s. 58-59.

uyandırmaktadır. Gerçekten de BK m. 569'un hem kenar başlığında hem de metninde bitişik yazılmış haliyle "güvenilirkişi" bir terim olarak kullanılmıştır[167]. Hâlbuki TK m. 128'de "güvenilir bir kişi" denmiş olması, kanun koyucunun sanki BK m. 569'daki ilişkiye yollama yapmadığı ve hukuki bir terim olarak "güvenilirkişi"den bahsetmediği intibaına yol açmaktadır.

Bu bakımdan kanımızca tevdi edilen kişinin konumuna göre bir ayırıma gidilmesi ve bu çerçevede söz konusu şahsın ortaklığı temsile yetkili olup olmadığı dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması yerinde olacaktır. Tevdi edilen kişinin üçüncü bir şahıs olduğu, başka bir ifadeyle şirketi temsile yetkili bir kimse olmadığı durumlarda, TK m. 128/2 ile kanunun ortaklığa sağlamak istediği konum da dikkate alındığında maddede kullanılan "güvenilir bir kişi" tabiri ile BK m. 569 anlamında "güvenilirkişi"nin ve yine bu madde anlamında "güvenilirkişiye bırakma" sözleşmesinin ifade edilmek istendiği sonucuna ulaşılması yerinde olacaktır[168]. Esasen vedia/saklama sözleşmesinin bir türü olmakla birlikte güvenilirkişiye bırakma sözleşmesinde tevdi eden "birden çok kişi"dir. Bu kimseler kanunun deyimiyle "hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan şeyi" güvenilirkişiye bırakmaktadırlar. TK m. 128/2'nin öngördüğü usulde de tevdi işlemi olağan bir saklama sözleşmesinden farklı olarak birden çok kişiyi (bir taraftan iştirak müteahhidi, diğer taraftan kurulmakta olan ortaklık) ilgilendirmektedir. Yine bu ihtimalde saklama konusu şeyin hukuki durumunun BK m. 569 anlamında "belirsiz" olduğu söylenebilir; zira tevdi konusu taşınır şirkete sermaye olarak getirilmek üzere taahhüt edilmiş, ancak şirket henüz tüzel kişilik kazanmadığı veya sermaye artırımı kesinleşmediği için şirket malvarlığına intikali sağlanamamıştır. Bu ara dönemde söz konusu taşınırın üçüncü kişilere devrinin önlenmesi için ise BK m. 569'daki hukuki ilişkinin kurulması önem taşıyacak, bu sayede tevdi konusu taşınırın ortaklığın rızası veya hâkim kararı olmaksızın iştirak müteahhidine dahi verilmesine engel

[167] Bu hükmün karşılığı olan eBK m. 471'in kenar başlığında ise "güvenilirkişi" yerine "yediemin" kavramı kullanılmış, madde metni içerisinde ise aynı anlama gelmek üzere ayrıca "yediadil" ve "müstevdi" kavramlarına da yer verilmişti.

[168] TBK m. 569 hükmünün bünyesine uygun düştüğü ölçüde TK m. 128/2 uyarınca gerçekleşecek tevdi ilişkisine de uygulanacağı yönünde bkz. Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 11-12; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 116.

olunabilecektir[169]. Nihayet güvenilirkişinin geri verme borcunu kime karşı yerine getireceğinin taraflarca önceden ve bir koşulun gerçekleşmesine bağlı kılınmak suretiyle belirlenebileceği doktrinde ifade edildiğine göre[170], TK m. 128/2'deki ihtimalde de şirketin tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının tescil edilmesi şartına bağlı olarak tevdi konusu şeyin ortaklığa iade edileceğinin kanun icabı kararlaştırılmış olduğu söylenebilir. Şu halde BK m. 569'un düzenlediği hukuki tasarımın TK m. 128/2'nin amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli olduğu dikkate alındığında, TK m. 128/2'de bahsedilen "güvenilir bir kişiye tevdi"den kastın da BK m. 569 anlamında "güvenilirkişiye bırakma" sözleşmesi niteliğindeki bir ilişki olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

BK m. 569 ile TK m. 128/2 arasında böyle bir bağlantının kurulması, ilişkinin tabi olduğu kuralların belirlenmesi açısından önemli ise de, TK m. 128/2'nin ifadesi ile "güvenilir bir kişi"nin kim olduğunu belirlemek bakımından yeterli değildir. Gerçekten de BK m. 569'da güvenilirkişiye bırakma sözleşmesinin tabi olduğu rejim ortaya konmuşsa da, "güvenilirkişi"nin kimliği hakkında özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu itibarla BK m. 569 nazarında bu kişinin kimliğinin önemli olmadığı, söz konusu maddede anlatılan türden bir hukuki ilişki mevcutsa, tevdi konusu şeyi uhdesinde bulunduran herhangi bir kimsenin "güvenilirkişi" sıfatını kazanacağı sonucuna varılabilir. Aynı sonucun TK m. 128/2 bakımından da kabulünün mümkün olup olmadığı, böylece sermaye olarak taahhüt edilen bir taşınırın "güvenilirkişi" sıfatıyla herhangi bir kimseye bırakılmasının yeterli olup olmadığı ise ayrıca değerlendirilmelidir[171].

---

[169] Şirketin tüzel kişilik kazanamaması ihtimalinde iade prosedürünün nasıl olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Ancak bu durumda da nakdi sermaye hakkındaki TK m. 345/2'ye paralel bir şekilde, esas sözleşmedeki imzaların noterce onaylanmasından itibaren üç ay içerisinde şirketin tüzel kişilik kazanamadığını gösteren bir ticaret sicili müdürlüğü yazısına istinaden tevdi konusu şeyin geri alınabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

[170] Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.,** s. 1347.

[171] Doktrinde Pulaşlı, güvenilir kişi kim olacaktır sorusunu sorduktan sonra Türkiye'de tam anlamıyla kurumlaşmış bir yediemin kurumunun bulunmadığını, Adalet Bakanlığı'nın yönetmeliğine uygun olarak daha ziyade büyük şehirlerde faaliyette bulunan yediemin depolarının bu ihtiyaca cevap verebileceği düşünülürse de yeni gelişmeler karşısında bu kurumların yaygınlaştırılması ve işlevlerinin geliştirilmesi gerektiğinin açık olduğunu belirtmiş, ancak başta sorduğu soruya ilişkin net bir cevap vermemiştir. Bununla birlikte yazar ilerleyen satırlarda *"Bu durumda, bir ticaret şirketine taşınırların sermaye olarak konulması halinde, öncelikle bunların…"yediemin deposu"na tevdi edildiğine ilişkin "tevdi belgesi"nin…sicil müdürlüğüne verilmesi şarttır"* demek suretiyle, tevdiin

Bu bakımdan kanımızca ne BK'nın ne de TK'nın güvenilir kişinin kimliği konusunda özel bir belirleme yapmamış olması karşısında, güvenilir kişinin belirlenmesi noktasında kurucuların kural olarak bir takdir hakkına sahip oldukları, bu çerçevede TK m. 128/2'nin uygulanması bakımından güvenilir olduğunu düşündükleri bir kimseyi güvenilir kişi olarak belirlemelerinin mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır[172]. Hatta güvenilir kişi bizzat kuruculardan/ortaklardan biri yahut sermaye artırımı bakımından şirketi temsile yetkili bir kimse dahi olabilir[173]. Üstelik böyle bir tercih, sermaye olarak getirilmek istenen taşınırın güvenilir kişi tarafından muhafazası dolayısıyla henüz kuruluş/ön şirket aşamasında –özellikle muhafazası zor olmayan malvarlığı unsurları bakımından- bir masraf altına girmek istemeyen kurucular için önem arzedebilir. Her ne kadar TK m. 345/2 ve 354/1 gibi hükümler dikkate alındığında şirketin kuruluşu ile tüzel kişilik kazanması arasında geçecek sürenin çok uzun olmayacağı, dolayısıyla kayda değer bir güvenilir kişi ücretinin de gündeme gelmeyeceği söylenebilirse de, yine de kurucuların böyle bir masraftan kaçınmayı tercih ederek üzerinde uzlaştıkları bir başka güvenilir kişiye müracaat etmek yönündeki tercihlerini engellemek için haklı bir sebep mevcut değildir.

---

yeterli yaygınlıkta olmasalar da yediemin depolarına yapılması gerektiği sonucuna ulaşmış görünmektedir, **a.g.e.,** §5/71; Giray da güvenilir kişinin kim olacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmadığını belirtmekle yetinmiştir, Karahan/Giray, **a.g.e.,** s. 122; Özdamar da "güvenilirkişi"den kimin kastedildiğinin madde metninden ve gerekçeden anlaşılamadığını, ancak yeni bir düzenleme yapılmadığı takdirde taşınırların yediemine tevdi edilmesi gerektiğinin belirtilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir, Özdamar, Mehmet, "Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Haziran-Aralık 2006, C. X, S. 1-2, s. 103.

[172] Karaman Coşgun da güvenilir kişinin belirlenmesi noktasında akla gelen ilk çözümün kurucuların birlikte güvenilir kişinin kim olacağını belirlemeleri olduğunu ifade etmektedir, **a.g.m.,** s. 339; tevdiin mutlaka bu işi meslek edinmiş kimselere yapılması gerekmediği, bu bakımdan şirketin bir ortağının, yönetim kurulu üyesinin veya tamamen dışarıdan üçüncü bir gerçek veya tüzel kişinin güvenilirkişi olarak belirlenebileceği yönünde Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 12; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 116.

[173] Moroğlu tasarıya ilişkin değerlendirmeleri kapsamında madde metninde yapılacak bir değişiklikle TK m. 128/2'deki *"...taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde..."* kısmının *"Anasözleşmede belirtilmek suretiyle diğer kuruculara veya bir yediemine tevdi edildikleri takdirde..."* şeklinde düzeltilmesini teklif ederek, tevdiin diğer kuruculara yapılabilmesinin de mümkün hale getirilmesi gerektiğini belirtmiştir, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 73; ayrıca Arslanlı'nın eTK döneminde olması gereken hukuk bakımından menkullerin "kuruculara" veya üçüncü şahsa tevdiine yönelik önerisi için bkz. **C. I,** s. 202.

Bu noktada sermayenin eksiksiz bir şekilde teşekkülünün yalnızca kurucuların değil ileride şirketle ilişki içerisine girecek olan üçüncü kişilerin de menfaatlerini ilgilendirdiği, dolayısıyla bu kararın kurucuların inisiyatifine terk edilmesindense tarafsız bir üçüncü kişi sıfatını taşıyan ve ilgili yönetmelik uyarınca faaliyet gösteren yediemin depolarının güvenilir kişi olarak seçilmesinin daha doğru olacağı söylenebilirse de[174], yine de bu aşamada menfaatler dengesi dikkate alındığında uzak bir menfaati gözeterek şirket kurucularının iradelerini ve tercihlerini kısıtlamanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim uygulama alanı itibariyle de esasen farklı bir menfaate hizmet etmek amacıyla kaleme alınmış olan söz konusu yönetmeliğin TK m. 128/2 bakımından bağlayıcı kabul edilmesi doğru olmaz. Gerçekten de bizzat bahsi geçen "Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği[175]"nin birinci maddesinde ifade edildiği üzere bu yönetmelik *"2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu uyarınca muhafaza altına alınmasına karar verilen malların muhafaza edileceği"* yediemin depolarına ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. Dolayısıyla asıl olarak icra hukuku alanında faaliyet gösteren ve icra ve iflas daireleri tarafından muhafaza altına alınmasına karar verilen mallar bakımından işlev gören yediemin depolarından, ortaklıklar hukukuna ilişkin ihtiyaçların giderilmesi noktasında faydalanılabilirse de, bu depoların TK m. 128/2'de bahsedilen tevdi bakımından mutlak yetkili oldukları söylenemez. Kaldı ki Türkiye çapında yaygın bir örgütlenme ağı bulunmayan yediemin depolarını TK m. 128/2'deki tevdi bakımından tek yetkili müessese olarak ilan etmek, zaten zorlu olan mevsuf kuruluşu iyice zorlaştıracak olması bakımından da kabule şayan bir öneri değildir.

Esasen hükmün yukarıda aktarılan tarihsel seyri ve özellikle İsviçre hukukundaki kaynak düzenleme dikkate alındığında, kuruculara bu konuda bir tercih hakkı tanınması şeklindeki yaklaşımın daha doğru olduğu sonucuna varılacaktır. Gerçekten hükmün amacı, sermayenin taahhüdü ile şirketin tüzel kişilik kazanması sonrasında menkul malın ortaklığın doğrudan zilyetliğine dâhil edilmesi arasındaki sürede söz konusu menkul malın üçüncü kişilerin iktisaplarına karşı korunması, böylece ayni sermayenin ortaklığa sorunsuz bir biçimde kazandırılmasıdır. Bunu

[174] Pulaşlı'nın netice itibariyle bu yöndeki görüşü için bkz. yukarıda dn. 171.

[175] 14.05.2014 tarih ve 29000 sayılı Resmi Gazete; ayrıca bkz. İİK m. 88/5.

sağlayabilmek için kanun koyucu taahhüt edilen menkul malın müteahhidin hâkimiyet alanından çıkarılmasını ve tescil sonrasında şirketin kendisine başvurarak taahhüt edilen menkulün doğrudan zilyedliğini elde edebileceği bir kimseye bırakılmasını istemektedir. Menkul malın kime tevdi edildiği de ancak bu sonuca ulaştırmaya elverişli olup olmaması bakımından önem arzeder. Bu itibarla kuruluş sürecini yürütmekle yetkili olan kurucuların veya esas sermaye artırımı prosedürünü idare eden yönetim kurulunun güvenilir kişiyi seçerken bu hususu gözetmeleri ve kendilerinden beklenen özeni göstermeleri gerektiği, aksi takdirde hukuki sorumluluklarının gündeme geleceği söylenebilecekse de daha ileri giderek bu konuda karar verme/takdir kullanma imkânının bunlardan alınmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Güvenilir kişinin kimliği konusunda kanun koyucunun mutlak bir belirleme yapmadığı, bu bakımdan tevdiin kuruluşta diğer kuruculara veya sermaye artırımında yöneticilere yapılmasının da mümkün olduğu sonucuna yukarıda ulaşılmıştı. Bu noktada ayrıca ele alınması gereken hal taşınırın tevdi edildiği kişinin kuruluşta ön ortaklığı veya sermaye artırımında anonim şirketi temsile yetkili bir kimse olması halidir. Bu durumda artık taşınırın şirketin temsilcisine veya organına tevdi edilmesi söz konusudur ve hukuki yapı ve işlemin tarafları güvenilirkişiye bırakma sözleşmesinden farklı olduğu gibi, şirketin tüzel kişilik kazanması/sermaye artırımının tescilinden sonraki durum da değişmektedir. Her iki durumda da tevdi alan kimse başkası (şirket) için zilyed[176] konumundadır ve bu bakımdan tevdi ilişkisinin tarafları tevdi eden (iştirak müteahhidi) ve tevdi alan (şirket) olmak üzere iki süjeden ibarettir. Nitekim bu farklı durum dolayısıyla şirketin tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının tescili ile birlikte, tevdinin üçüncü kişiye yapılmış olması ihtimalinden farklı olarak şirket hem mülkiyeti hem de sermaye konusu taşınır üzerindeki fiili hâkimiyeti (kısa elden teslim suretiyle) elde etmekte, böylece sermaye borcu da bu anda ifa edilmiş olmaktadır. Hâlbuki tevdi edilen kimsenin üçüncü kişi olması halinde bizim benimsediğimiz fikir uyarınca her ne kadar tescil ile şirket taşınır üzerindeki mülkiyeti kazanacaksa da fiili hâkimiyet

[176] Bu kavram için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 59-60; organın tüzel kişiye ait eşya karşısındaki konumuna ilişkin tartışma ve farklı görüşler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 64-65.

olgusu gerçekleşmiş olmayacağı için sermaye borcunun ifa edildiği söylenemeyecek, ancak malın şirket tarafından fiilen teslim alınması halinde bu sonucun doğduğu kabul edilebilecektir[177].

4. Kendi Özel Sicilleri Bulunan Haklar ve Değerler İçin Özel Sicile Kayıt

Nihayet menkul ve gayrimenkuller dışında haklarında özel tedbirler öngörülen üçüncü kategori ayni sermaye kalemi ise kendi özel sicilleri bulunan diğer hak ve değerlerdir. Gerçekten hukukumuzda taşınmazlar dışında da çeşitli mal ve haklar için ihdas edilmiş siciller mevcuttur. Bu kapsamda marka, patent, faydalı model gibi sınai haklar için TPE nezdinde tutulan siciller; ticari işletmeler bakımından ticaret sicili, esnaf işletmeleri için esnaf ve sanatkar sicili; limited şirket payları hakkında ticaret sicili (TK m. 598); maden haklarına ilişkin devir, intikal, haciz, rehin ve ipotek veya sona erme gibi işlemlerin kayıt altına alındığı ve Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından tutulan maden sicili (Maden Kanunu m. 38); Türk gemileri için liman başkanlıkları nezdinde çalışan sicil müdürlükleri tarafından tutulan gemi sicili (TK m. 954 vd.); Türk sivil hava araçlarının tescili için Ulaştırma Bakanlığınca tutulan uçak sicili (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 50 vd.); Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı trafik kuruluşları tarafından tutulan (KTK m. 5/b-7) ve tüm motorlu kara taşıtları ile Karayolları Trafik Yönetmeliği uyarınca tescili zorunlu kılınan motorsuz kara taşıtlarının kaydedildiği trafik sicili (KTK m. 19 vd.; Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 28 vd.); iş makinaları için, kullanıldığı sektöre bağlı olarak ziraat veya ticaret (ve sanayi) odalarınca tutulacak sicil (KTK m. 22) sayılabilir.

Bununla birlikte TK m. 128/2'nin uygulanması bakımından bir sicile tescili öngörülmüş olan değerler arasında bir ayırıma gidilmesi elzemdir. Bir kere hukukumuzda bazı kıymetlere ilişkin siciller ancak belirli hukuki işlemlerle sınırlı olarak kullanılmak üzere ihdas edilmiştir. Örneğin MK m. 940/1'de bahsi geçen hayvan sicilinin amacı, bu kapsamdaki hayvanlar bakımından sicilli taşınır rehnine ilişkin imkândan faydalanılmasını sağlamaktır (ayrıca bkz. Hayvan Sicili Tüzüğü).

[177] Bu konudaki görüşümüz ve gerekçeleri için bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, II ve III.

Bu bakımdan bahsi geçen sicil bizatihi hayvanların ve özellikle de bunlar üzerindeki mülkiyet durumunun kayıt altına alındığı bir sicil değil, ancak bunların rehnedilmesi haline özgü olarak işlev gören bir sicildir. Hâlbuki bu anlamda yalnızca bir rehin sicili niteliğinde olan ve hayvan üzerindeki mülkiyet hakkının tespiti bakımından hiçbir rol oynamayan hayvan sicili TK m. 128/2'nin gözettiği amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli bir araç değildir. Gerçekten de bir hayvanın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmek istenmesi halinde her nasılsa bu sicile TK m. 128/2'in aradığı anlamda bir kayıt düşülse bile, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce iştirak müteahhidinin söz konusu hayvanı durumdan haberi olmayan bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, mülkiyet hakkına ilişkin hiçbir işlevi olmayan bu sicilde yer alan bilginin de mülkiyetin devri bakımından bir etkisi olmayacak, dolayısıyla sicile yapılan kayıt üçüncü kişinin iyi niyetini engelleyici bir fonksiyon icra etmeyecektir. Öte yandan zaten bir hayvan üzerindeki mülkiyeti iktisap etmek isteyen kişinin, mülkiyete ilişkin herhangi bir fonksiyonu bulunmayan bir sicile bakması da kendisinden kesinlikle beklenemeyeceği için[178], bu sicilde –her nasılsa- yer almış bir bilginin onun mülkiyet durumuna ilişkin iyi niyetini bertaraf etmesi de söz konusu olamaz.

Yine mevzuatımız uyarınca tescili zorunlu olmayan ancak ihtiyari olarak bir sicile tescil edilebilmeleri mümkün olan kıymetler bakımından da TK m. 128/2 hükmünün uygulanmasına yer olmadığı söylenebilir. Bu konuda tipik bir örnek Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik uyarınca ihtiyari olarak tescilinin istenebileceği öngörülen fikri haklardır (m. 7). Bu yönetmelik uyarınca tescili dahi sahibinin ihtiyarına bırakılmış olan bir fikri hakkın, bir ticaret şirketine ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde TK m. 128/2 uyarınca özel siciline kaydedilmesi şartının aranması mantıklı değildir. Dolayısıyla bilgisayar programları, veri tabanları gibi tescili ihtiyari olan fikri hakların da anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda TK m. 128/2'nin uygulama alanı bulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

[178] İyiniyet iddiasında bulunulabilmesi için hayvan sahipleri sicilinin kontrol edilmesinin gerekli olduğu şeklinde genel bir ilkeden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Akkanat, Halil, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması,** İstanbul 2010, s. 107; ayrıca bkz. orada dn. 114'te anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

Nihayet kanımızca TK m. 128/2 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, özel sicilin aleni nitelikte olması da şarttır. Zira bir sicildeki herhangi bir kaydın üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırıcı etki gösterebilmesinin ön şartı, o sicilin aleni olmasıdır. Böylece, sicilin aleniyetinin bir sonucu olarak en azından ilgisini ispat eden herkes sicili inceleyebilecek ve böylece sicildeki kayıtlar hakkında bilgi sahibi olabilecek, aleniyetin sağladığı bu imkâna rağmen sicili incelemesi gerektiği halde incelemeyen kimse ise gerekli özeni göstermediği için iyi niyet iddiasında bulunamayacaktır[179]. Nitekim sicilin aleniyeti ile sicildeki kayıtların iyi niyeti bertaraf etmesi arasındaki bu ilişki tapu siciline ilişkin MK m. 1020'den açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükmün ilk iki fıkrasında tapu sicilinin aleniliği ve bunun anlamı ortaya konduktan sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında *"Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez."* denilmek suretiyle sicilde yer alan bilgilerin, üçüncü kişilerin bunları görüp görmediğinden bağımsız olarak otomatik bir biçimde iyi niyet iddialarını bertaraf etmesinin, sicilin aleniyetinin bir sonucu olduğu ortaya konmuştur.

Şu halde TK m. 128/2 c. 2'nin taşınmazlar dışında kendi özel sicilleri bulunan diğer değerler bakımından ilgili sicillere yapılacak kayda tanıdığı iyi niyeti bertaraf edici etkinin söz konusu olabilmesi için de ön şart, söz konusu sicilin aleni nitelikte olmasıdır. Böyle olmadığı müddetçe üçüncü kişiden yapacağı hukuki işlemlerden önce ilgili sicili incelemesi beklenemeyeceğinden, aleni olmayan bir sicile iyi niyeti bertaraf edici etki tanımak doğru olmayacaktır. Bu sebeple yukarıda bahsi geçen Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 5 uyarınca tescili zorunlu olan kıymetler bakımından da, söz konusu sicilin aleniyet niteliğinin bulunmaması dolayısıyla TK m. 128/2 kapsamında bir kayıt yükümlülüğü söz konusu değildir.

[179] Sicilin aleniyeti ile üçüncü kişinin iyi niyetini bertaraf etme etkisi arasındaki bağlantı için bkz. Cansel, Erol, **Tapu Siciline İtimat Prensibi,** İstanbul 1964, s. 79; Öğüz, Tufan, "Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul 2000, s. 720; Akkanat, **a.g.e.,** s. 108; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001,** C. V, S. 1-2, s. 31.

Aynı şekilde KTK uyarınca motorlu kara taşıtları için tutulacak olan trafik sicili de aleni bir sicil olmadığı için[180], bu kanun kapsamındaki motorlu kara taşıtlarının bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi halinde de TK m. 128/2'deki kayıt şartı aranmamalıdır[181]. Gerçekten de üçüncü kişilerin bir malı iktisap ederken, bu malın kayıtlı olduğu ancak alenilik niteliği bulunmayan bir sicili kontrol etmeleri beklenmemeli ve dolayısıyla buraya bakılmadığı gerekçesiyle iyi niyetli olmadıkları da iddia edilememelidir. Hâlbuki Yargıtay, konuyla ilgili çeşitli kararlarında, trafik sicilindeki kaydı incelemeden bir motorlu taşıtı devralan kimsenin "icab-ı hale göre" kendisinden beklenen ihtimamı göstermemiş olduğu, dolayısıyla böyle bir kimsenin MK m. 3/1'deki karineden yararlanamayacağı yönünde karar vermiştir[182]. Yargıtay'ın bu görüşü, trafik sicilinin alenilik niteliğinin bulunmadığını dikkate almaması bakımından kanımızca yerinde değildir. Ancak Yargıtay içtihadının uygulamayı etkilediği de muhakkaktır. Şu halde esas itibariyle gerekli olmamasına rağmen KTK anlamında motorlu kara taşıtı niteliğinde olan bir taşıtın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi halinde de, TK m. 128/2 uyarınca trafik siciline bir kayıt yaptırılması tavsiye edilebilir.

---

[180] Serozan, Rona, **Taşınır Eşya Hukuku,** Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 2007, s. 341, yazar MK'ya bankaların baskısıyla son anda dâhil edilen m. 940/2 hükmü uyarınca kara taşıtlarının sırf trafik siciline tescil yoluyla rehnedilebilmelerinin trafik sicilinin kamuya açıklığı sağlama işlevi bulunmadığı düşünüldüğünde kredi yaşamını alt üst edebilecek nitelikte sakıncalı ve sisteme aykırı bir yol olduğunu belirtmektedir; Öğüz, **Motorlu Araç Rehni,** s. 720, 721 dn. 90; Ozanoğlu, **a.g.m.,** s. 31.

[181] Bununla birlikte aynı zamanda "taşınır" niteliğinde olan motorlu kara taşıtları bakımından güvenilir kişiye tevdi şartının aranmasına gerek olup olmadığı tartışılabilir. Özellikle iştirak müteahhidinin tek taraflı tasarrufu ile ortaklığın kuruluşuna kadar geçen dönemde anonim ortaklığı zarara uğratmasının önüne geçmek bakımından tevdi önleminin faydalı olacağı şüphesizdir.

[182] Bu yönde bkz. Yarg. 15. HD, 16.11.1993 tarih ve E. 3253, K. 4602 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD, 7.4.1994 tarih ve E. 45, K. 2118 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Öğüz Yargıtay'ın bu yaklaşımını eleştirdikten sonra motorlu aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılması halinde dahi alıcının mülkiyeti muhafaza siciline bakmamış olmasının onun iyi niyetini bertaraf etmeyeceğini, hukukumuzda tapu sicili ve ticaret sicili dışında mülkiyeti muhafaza sicilinin dahi üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldırıcı bir aleniyet işlevinin bulunmadığını belirtmektedir (Öğüz, **Motorlu Araç Rehni,** s. 720-721, dn. 90).

Akkanat ise ikinci el ve trafik siciline tescili zorunlu bir motorlu taşıt satın alan kişinin her ne kadar trafik siciline güvenerek ayni hak iktisap etmesi mümkün değil ise de, MK m. 3/2 hükmünün bir gereği olarak trafik sicilini de kontrol etmek zorunda olduğunu, aksi takdirde iyi niyet iddiasında bulunmasının mümkün olmadığını belirterek Yargıtay'ın görüşüne iştirak etmektedir (Akkanat, **a.g.e.,** s. 107-108, 109).

Nihayet haklarında tutulan sicillerin aleni nitelikte olduğu ilgili mevzuatta açıkça hükme bağlanan sınai haklar[183] (MarkaKHK m. 39/3; PatentKHK m. 92/3[184]), sivil hava araçları (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 51), Türk gemileri (TK m. 973/1) yahut maden hakları (Maden Kanunu m. 38/3) ayni sermaye olarak taahhüt edilmek isteniyorsa TK m. 128/2'deki kayıt yükümlülüğüne riayet edilmesi gerekecektir[185].

C. Tamamlayıcı Tedbirlerin Hukuki Etkileri

1. Ortaklığın Sonraki Tasarruflar Karşısında Korunması

a. Genel Olarak

TK m. 128/2, c. 2 sicile yapılacak kaydın hukuki etkisi ile ilgili olarak *"Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır"* hükmünü içermektedir. Hükümde tercih edilen ifade biçimi çeşitli yorum problemleri doğuracak niteliktedir. Bu bakımdan yalnızca "özel sicil"den bahsedilmiş olması karşısında burada kastedilenin salt birinci cümlede de aynı tabirle anılan ve "fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler" için tutulan "özel siciller" mi olduğu yoksa taşınmazlar bakımından tapu siciline yapılacak şerhin de iyi niyeti bertaraf edici bir etkisi bulunup bulunmadığı sorgulanabilir. Nitekim yine bu cümlede sadece "kayıt"tan bahsedilmiş olması, buna karşılık taşınmazlar bakımından bir önceki cümlede sözü edilen "şerh"in zikredilmemesi de bu tereddüdü güçlendirmektedir. Buna karşılık madde gerekçesinde bu defa *"Şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırabileceği düşünülmüş…"* denilerek madde metninin tam aksi bir kullanım benimsenmiş ve sanki TK m. 128/2 c.2'deki etkinin TK m. 128/2 c.1'de bahsedilen taşınmazlara ilişkin "şerh" bakımından da tanınmış olduğu gibi bir ifade kullanılmıştır.

---

[183] Endüstriyel tasarımlar bakımından ilgili KHK'da sicilin aleniyetine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen bu sicilin de aleni olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 4/27.

[184] Bu hükümde sicilin aleniyeti değil, patent hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından kurucu nitelikte olduğu ifade edilmekte ise de, bu yöndeki bir hükmün sicilin aleniyetini de tazammun edeceği açıktır.

[185] Gemi siciline tescil edilebilecekken edilmemiş veya gemi siciline tescil edilemeyen gemiler bakımından, bunların TK m. 936 uyarınca taşınır eşya niteliğinde olmaları dolayısıyla, güvenilir kişiye tevdi yükümlülüğünün devam edeceği yönünde bkz. Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 6; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 117.

Belirtelim ki kanımızca TK m. 128/2 c.2 yalnızca taşınmazlar dışında özel sicile kaydı gereken haklar ve kıymetler bakımından bir anlam taşır[186]. Zira öncelikle taşınmazlar bakımından tapu sicilinde yapılacak şerhe üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırıcı bir etkinin tanınması için ayrıca bir hükme gerek yoktur. Esasen iyi niyetin bertaraf edilmesi tapu sicilinin aleniliğine bağlanmış bir sonuçtur. Bir başka deyişle tapu siciline kanunun tanıdığı "alenilik" niteliği (MK m. 1020/1), buraya yapılan kayıtları herkesin bildiği varsayımını doğurmakta (MK m. 1020/3), böylece üçüncü kişilerin iyi niyet iddiaları bertaraf edilmiş olmaktadır.

Öte yandan taşınmazlar bakımından yapılacak şerhe MK'nın sistemi içerisinde tanınmış olan etki –şerhin türü ne olursa olsun- salt iyi niyeti kaldırmanın çok ötesinde, bir kişisel hakkın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini mümkün kılmaktadır. Zaten yine aşağıda ifade edeceğimiz üzere salt üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin izale edilmesinin TK m. 128/2 ile sağlanmak istenen, ortaklığın iştirak müteahhidi ile üçüncü kişiler arasında sermaye taahhüdünden sonra vuku bulacak tasarruflara karşı korunması bakımından da herhangi bir faydası yoktur. Bu itibarla TK m. 128/2 c.2'nin yalnızca ilk cümlede bahsedilen, taşınmazlar dışında kendi özel sicilleri bulunan kıymetlere ilişkin bir düzenleme olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu nispeten basit problemin dışında incelenmesi gereken asıl mesele ise TK m. 128/2 hükmünün taşınmazlar, kendi özel sicilleri bulunan kıymetler ve taşınırlar bakımından doğuracağı hukuki sonucun ne olduğunun tespitidir. Gerekçe ile bir arada okunduğunda ve kanun koyucunun amacı gözetildiğinde ilk bakışta herhangi bir tartışmaya yol açmayacağı düşünülebilecek bu mesele, daha yakından ve dikkatle bakıldığında cevabını tespit etmenin çeşitli güçlüklere yol açtığı bazı soruları beraberinde getirmektedir. Aşağıda bu mesele her bir kalem için ayrı ayrı incelenmeye çalışılacaktır.

[186] Aksi görüş için bkz. Akdağ Güney, Necla/Gümüş, Mustafa Alper, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşınmazların Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi ve Tescilsiz İktisabı", **Regesta,** C. 3, S. 1, 2013/1, s. 40, yazarlar TK m. 128/2, c. 2'nin "evleviyet ilkesi gereği" tapu sicilini de kapsayacak şekilde okunması gerektiğini belirtmektedirler.

b. Taşınmazlar Bakımından

(1) Şerh mi Beyan mı?

TK m. 128/2'de ayni sermaye olarak getirilmesi esas sözleşmede taahhüt olunan taşınmazların "tapuya şerh verildikleri" takdirde ayni sermaye olarak kabul olunacaklarından bahsedilmektedir. Fıkrada taşınmazlar bakımından tapuda şerhten bahsedilmiş olmasına rağmen, her şeyden önce fıkranın kaleme alınışına hâkim olan ve yukarıda değindiğimiz özensizlik, burada kullanılan "şerh" ifadesinin teknik anlamda tapu sicilinde yapılabilecek kayıtlardan biri olan ve MK m. 1009-1011'de düzenlenen "şerh"i kastedip etmediği noktasında tereddüt uyandırmaktadır. Bu bakımdan öncelikle fıkrada kullanılan "şerh" ibaresinin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir.

MK m. 1009-1011'de teknik anlamda şerhin hangi hallerde söz konusu olacağı üç ayrı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, "kişisel hakların şerhi", "tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhi" ve "geçici tescillerin şerhi" olmak üzere üç tür şerh söz konusu olabilir. Dolayısıyla teknik manasıyla şerhten bahsedilebilmesi için şerhin bu hallerden birine ilişkin olması gerekir. Bu bakımdan hemen belirtelim ki TK m. 128/2'deki düzenleme bir geçici tescilin şerhi mahiyetinde değildir. Dolayısıyla bir şerhin varlığından bahsedilebilecekse TK m. 128/2'de düzenlenen halin ya bir kişisel hakkın şerhi veya tasarruf yetkisine ait bir kısıtlamanın şerhi olarak nitelendirilmesi icap eder.

Bu açıdan MK m. 1009 ve 1010'da şerh edilebileceği açıkça belirtilen kişisel hakların ve tasarruf yetkisi kısıtlamalarının sınırlayıcı olmadığı belirtilmelidir. Bu husus MK m. 1009/1'de kişisel haklar bakımından *"...ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir"* şeklinde; MK m. 1010/1-b.3'te de tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhi bakımından *"...gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple bu maddeler dışında da başka kişisel hakların veya tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhi çeşitli maddelerde ve kanunlarda öngörülmüş olabilir.

Bununla birlikte başka kanunların "şerh"ten bahsettiği her durumda da teknik anlamda şerhin söz konusu olmadığı belirtilmelidir. Bu bakımdan doktrinde bu tür

düzenlemelere işaret edilmekte ve buralarda bahsi geçen "şerh"in her durumda teknik anlamda "şerh" kategorisinde yer almadığına dikkat çekilmektedir[187]. Şu halde tek başına TK m. 128/2'nin "şerh" tabirini kullanması, burada bahsedilen olgunun teknik anlamıyla "şerh" olmasını sağlamadığına göre, buradaki şerhin ne anlama geldiğinin anlaşılmasına yarayacak başka kriterlere ihtiyaç duyulacaktır.

Gerçekten doktrinde de teknik anlamdaki şerh ile bunu ifade etmeyen hatalı kullanımlar arasında bir ayırım yapılırken, teknik anlamdaki şerhin fonksiyonlarına başvurulmakta ve ilgili düzenlemenin teknik anlamdaki şerhe sağlanan bu fonksiyonların gündeme gelmesini amaçlayıp amaçlamadığı, yoksa örneğin yalnızca bir uyarı, kamu hukuku kısıtlamasının ilanı veya durum açıklaması ile mi yetindiğine bakılmaktadır[188]. Bu bakımdan eşya hukuku terminolojisinde taşınmaza ait çeşitli olguların tapu kütüğüne yazılmasını ifade eden bir başka kavram da "beyan"dır. Beyanlardan bahseden MK m. 1012'de bu kavramın bir tanımına veya ayırt edici unsurlarına değinilmediği gibi, doktrinde de tapu kütüğündeki beyanlar sütununa yapılan kayıtlarla ilgili ortak noktaları bulmanın neredeyse imkânsız olduğu ifade edilmiştir[189]. Ancak "şerh" ile "beyan" arasındaki ayırım tespit edilmek istendiğinde şerhin işlevlerine müracaat edilmesi ve bir olgunun tapu kütüğüne kaydı bu işlevleri veya hiç değilse birini aktif hale getiriyorsa bunun şerh olarak nitelendirilmesi, söz konusu kayıt yalnızca bir olguyu veya hakkı bildiriyor/ilan ediyor yahut yalnızca bir karine yaratıyor ise bu durumda ortada bir beyan bulunduğu sonucuna varılması yerinde olacaktır.

Gerçekten de şerhe ayırt edici özelliğini veren ve bilhassa şerh ile beyanı birbirinden tefrik etmeyi mümkün kılan şey ona tanınan etkidir. Bu bakımdan neyin beyan neyin şerh olduğu belirlenirken bu maddi ölçü esas alınmalı, yalnızca kanun koyucunun adlandırması ile yetinilmemelidir. Şerhin etkisinin ne olduğu meselesi, doktrinin üzerinde hayli mesai harcadığı, dolayısıyla herhalde tek cümlelik bir açıklamayla halli mümkün olmayan bir meseledir. Hatta bu bakımdan genel olarak tüm şerhleri kapsayacak bir etkiden de bahsedilemez; tatmin edici bir açıklama için

[187] Örn. bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 219 vd.

[188] Bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 219 vd.

[189] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 255.

en azından MK'nın tasnifine riayet edilerek kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi ve geçici tescil şerhi arasında bir ayırım yapılması ve her birinin doğuracağı etkilerin ayrı ayrı ele alınması gerekir[190].

Ancak bu noktada hiç değilse kişisel hakların şerhi ile tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi arasında kanun metnine yansıyan bir ortak etki tespit edilebilir. Gerçekten gerek kişisel hakların şerhine ilişkin MK m. 1009'un, gerekse tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhine ilişkin MK m. 1010'un ikinci fıkralarında şerh neticesinde şerhe konu hususun *"taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebil"*eceği belirtilmiştir. Şu halde şerhin –ister kişisel hakkın şerhi, isterse tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olsun- asgari olarak şerh edilen hakka taşınmaz üzerinde sonradan elde edilecek haklar karşısında bir öncelik kazandırma etkisinin bulunduğu söylenebilir[191, 192, 193].

---

[190] Hatta doktrinde Hatemi, "Şerhlerin, Sonuç ve Etkilerine Göre Sınıflanması" başlığı altında, kanunun tasnifine nispetle daha ayrıntılı bir tasnif yapmakta ve şerhleri etkilerine göre dört ana başlık altında değerlendirmektedir, Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 438 vd.

[191] Ancak bu "asgari müşterek"in şartları konusunda dahi bir görüş birliği söz konusu değildir. Örneğin bir şahsi hak şerhedildikten sonra taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, bu üçüncü kişinin borç ilişkisinin tarafı haline gelip gelmeyeceği meselesinde iki zıt görüş mevcuttur. Bir görüşe göre bu durumda borç ilişkisi eski taraflar arasında kalacak, yeni malik ise bu borç ilişkisine taraf olmaksızın şerhedilen hakkın kullanılmasına katlanmak zorunda olacaktır. Aksi görüş ise bu halde yeni malikin borç ilişkisine gireceği ve bu ilişkiyi kuran ilk malikin yerine geçeceği yönündedir. Bu konudaki farklı görüşler ve pratik sonuçları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 384 vd.

[192] Ancak bu etki bazen bir kişisel hakkı eşyaya bağlı bir borç ilişkisine dönüştürmesi/kişisel hakka ayni etki sağlaması yoluyla ortaya çıktığı halde, bazen de yalnızca tapu kütüğü dışındaki ayni hakla ilgili olarak üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf etmesi suretiyle hissedilmektedir. Birinci halde eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğurması/ayni etki sağlaması bakımından kurucu, ikinci halde ise kurucu olmayan şerhten bahsedilir (Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 439).

[193] Geçici tescillerin şerhinin de –özellikle mahkemelerin yorumladığı ve uyguladığı biçimiyle- aynı etkiyi haiz olduğu ve dolayısıyla bahsi geçen ortak noktanın söz konusu şerh türü bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten de kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi ve geçici tescillerin şerhi arasında pratik sonuçları itibariyle farklılıklardan ziyade benzerliklerin ağır bastığına ve hatta bunlar arasındaki sınırların –uygulamanın da etkisiyle- giderek belirsizleştiğine dikkat çekilmelidir.

Nitekim isimlendirmedeki farklılığa rağmen esasen kişisel hakların şerhi ve geçici tescil şerhleri de sonuçları itibariyle malikin tasarruf yetkisini kısıtlamaktadırlar (bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 389, yazar bu maddeler arasındaki farkın kanun koyucunun bunları vazederken ilk planda göz önünde bulundurduğu amaçta yattığını, buna göre kişisel hakların ve geçici tescilin şerhinde doğrudan doğruya tasarruf yetkisini kısıtlamak gibi bir maksadın olmadığını, bunun bir sonuç olarak ortaya çıktığını, buna karşılık tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhinde kanun koyucunun amacının doğrudan doğruya tasarruf yetkisinin daraltılması veya kaldırılması olduğunu belirtmektedir).

TK m. 128/2'nin metni burada bahsedilen "şerh"in ne tür bir etki göstereceği konusunda yardımcı olmaktan uzaktır. Fıkranın "iyi niyeti kaldırıcı etki"den bahseden ikinci cümlesi ise, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere[194] kanımızca yalnızca özel sicillere kaydı öngörülen fikri mülkiyet hakları ve diğer değerler bakımından bir anlam taşır. Aksinin kabulü ve bu cümlenin taşınmazlara ilişkin şerhi de kapsayacak şekilde anlaşılması halinde, maddede söz konusu edilenin şerh mi yoksa beyan mı olduğunun tespiti daha da zorlaşacaktır. Zira şerh ile beyan arasındaki fark, şerhin eşyaya bağlı bir borç ilişkisi meydana getirmek veya bir başka görüşe göre ayni bir etki oluşturmak suretiyle şerhedilen hakkı sonradan taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kimselere karşı ileri sürülebilir hale getirmesi durumunda berraklaşmaktadır. Buna karşılık şerhe yalnızca iyi niyeti ortadan kaldırıcı bir etki sağlandığı durumlarda (örneğin doktrindeki hâkim kanaat uyarınca geçici tescilin şerhinde) şerh ile beyan arasındaki fark silikleşmektedir.

Buna karşılık tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhinde ise bu ismin çağrıştırdığının aksine kanun koyucu kural olarak tapu kütüğünün işlemlere kapatılması şeklinde bir tasarruf yetkisi kısıtlaması getirmemiş, bizzat MK m. 1010/2'de bu şerhin de tıpkı kişisel hakların şerhinde olduğu gibi taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kimselere karşı da ileri sürülmesini sağlamakla yetinmiştir. Nitekim haciz kararının şerhi tapu kütüğünün tasarruflara kapatılması sonucunu doğurmamakta, yalnızca hacizden sonra hacze konu mal üzerinde hak iktisap etmiş olanların, bu malın paraya çevrilmesine katlanmaları sonucunu doğurmaktadır (ancak bu yolun –ülkemiz şartları da dikkate alındığında- icra muamelelerinde bir takım karışıklıklar meydana getirmeye elverişli olduğu ve cebri icranın engellemelere uğramadan yürümesi bakımından hacizli gayrimenkul üzerinde borçlunun tasarruf yetkisinden yoksun bırakılmasının getireceği faydanın yol açacağı zarardan daha fazla olacağı yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 393). Buna karşılık bazı tasarruf yetkisi kısıtlamalarının, örneğin MK m. 1010/1, b.1'de düzenlenen çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının şerhi konusunda mahkeme uygulaması MK m. 1010/2 hükmünün aksine gerçek bir tasarruf yetkisi kısıtlaması getirmekte ve tapu kütüğünü tasarruflara kapatmaktadır (bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 251).

Öte yandan geçici tescillerin şerhi de özellikle mahkemelerin yorumladığı biçimiyle gerçek anlamda "tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi" şeklinde fonksiyon icra etmektedir. Halbuki doktrindeki genel kanaat geçici tescilin şerhinin üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldırıcı bir rol oynayacağı, buna karşılık tapu kütüğünü tasarruflara kapatmayacağı yönündedir (bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 254-255; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 439; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise mahkemelerin aksi yöndeki uygulamasının dava devam ederken gayrimenkulün sürekli el değiştirmesini ve dolayısıyla davacının HUMK m. 186 dolayısıyla dava boyunca müteaddit hasımlarla uğraşmak zorunda kalmasını engellemek bakımından faydalı olduğunun söylenebileceğini, ancak her halükarda eMK m. 921/3'ün hâkime geçici tescilin şerhini emrederken bu şerhin etkilerini de tayin etme hakkı tanımış olması karşısında hâkimin duruma göre tapu kütüğünü tamamen tasarruflara kapatabileceği gibi, şerhe yalnızca üçüncü kişilerin iyi niyetini kaldırıcı bir etki tanıyabileceğini belirtmektedir, **Eşya Hukuku,** s. 402).

[194] Bkz. Dördüncü Bölüm, IV, C, 1, a.

Gerçekten mesele salt üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin ortadan kaldırılması ise, bu durumda şerhe gerek olmadığı ve yalnızca beyanın yeterli olduğu söylenebilir. Zira beyanlara tanınan mühim bir fonksiyon da bunların iyi niyeti bertaraf etmesidir. Nitekim örneğin TapuST m. 54'te eski hukuktan tevarüs edilen ve MK uyarınca tesisi mümkün olmayan ayni hakların ilgili taşınmaz kütüğünün beyanlar hanesine yazılacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu beyanın fonksiyonu üçüncü kişilerin iyi niyetle ayni hak kazanarak beyan edilen hakka zarar vermelerini önlemektir[195]. Dolayısıyla TK m. 128/2 c.2 uyarınca düzenlemenin amacı salt üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmak ise burada kastedilen kaydın şerh değil beyan olarak anlaşılması da pekâlâ mümkündür.

Ancak asıl dikkat edilmesi gereken nokta, taşınmazlar bakımından yapılacak şerhe iyi niyeti kaldırıcı bir etki tanınmasının, kanun koyucunun TK m. 128/2 ile ortaklığa sağlamaya çalıştığı koruma bakımından hiçbir katkısının olmayacağıdır. Aşağıda fikri mülkiyet hakları ve diğer kıymetler bakımından ayrıca belirteceğimiz üzere, ortaklık ayni sermaye konusu şey üzerinde tescile kadar yalnızca bir nispi hakka sahip olduğundan ve nispi haklar da ancak tarafları arasında ileri sürülebildiğinden, bu nispi hakkın varlığı konusunda üçüncü kişinin iyi niyetinin kaldırılmış olmasının da bir önemi yoktur. Üçüncü kişi bu hakkın varlığını bilse dahi sermaye konusu şeyi geçerli bir biçimde iktisap edebileceği gibi, bu iktisabından sonra da ortaklık söz konusu kimseye iyi niyetli olmadığı gerekçesiyle aynın kendisine devri konusunda bir talepte kesinlikle bulunamayacaktır.

Tüm bu açıklamaların da ortaya koyduğu üzere, TK m. 128/2 ile ortaklığa sağlanmak istenen hukuki güvencenin temini için teknik anlamıyla bir "beyan" ve örneğin böyle bir beyana tanınacak üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırıcı etki kesinlikle yeterli değildir. Burada amaçlanan, ortaklığın iştirak müteahhidine karşı sahip olduğu

[195] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 256; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 447. Hatemi, konuya ilişkin olarak yaptığı doyurucu teorik açıklama çerçevesinde beyanların tescilden farklı olarak sicilin olumlu fonksiyonundan faydalanmayacaklarını, bir başka deyişle yolsuz tescile güvende olduğu gibi "yolsuz beyan"a güvenilerek hak kazanılmasının mümkün olmadığını, buna karşılık eMK m. 928/MK m. 1020'de hüküm altına alınan tapu kütüğünün menfi etkisinin beyanlar için de söz konusu olduğunu belirtmiştir. Yazar bu noktada örnek olarak TapuST m. 54'teki düzenlemeyi örnek göstermektedir.

TapuST m. 54 bakımından istisnai olarak sicilin olumlu etkisinin de gündeme gelebileceği yolunda a.e., s. 447-448.

alacağın veya tersten söylenirse iştirak müteahhidinin ortaklığa karşı üstlendiği ayni sermaye taahhüdü şeklindeki borcun taşınmaza bağlı hale getirilmesinin ve taahhüt ile mülkiyetin kazanılması arasında geçen dönemde bu taşınmazı devralacak olan kimselere karşı da ileri sürülebilmesinin veya daha sert bir tedbirle bu tür devirlerin tamamen engellenmesinin/tapu kütüğünün tasarruflara kapatılmasının sağlanmasıdır. Bu her iki sonucun elde edilmesi için başvurulabilecek tedbir ise teknik anlamıyla "şerh" müessesesidir. Öyleyse kanun koyucunun TK m. 128/2 c.1'de kullandığı "şerh" ifadesinin teknik anlamda "şerh"i ifade ettiği ve özellikle madde gerekçesinde yer alan *"şerhin üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırabileceği düşünülmüş..."* şeklindeki ibarenin bir hatadan ibaret olduğu ve TK m. 128/2'deki şerhin etkisini ortaya koymak bakımından dikkate alınmaması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır.

(2) Şerhin Türü

Bu ara sonuçtan sonra bahsi geçen şerhin kişisel hakların şerhi niteliğinde mi olduğu yoksa bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi anlamına mı geleceğinin tespit edilmesi gerekir. Tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin olarak MK'da ve diğer kanunlarda öngörülen hallerde bazı durumlarda tasarruf yetkisi kısıtlaması şerh ile birlikte doğarken (örn. MK m. 1010/1, b. 1 ve 3), diğer bazılarında ise şerhten önce tasarruf yetkisi kısıtlaması doğmuş durumdadır; şerh bu durumda sadece açıklayıcı bir rol oynar (örn. MK m. 1010/1, b. 2). Bu itibarla salt tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhten önce mevcut olup olmadığına bakarak bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir[196].

Bu noktada kanun koyucunun gözettiği amaca uygunluk bakımından hangi yolun sonuçları itibariyle daha uygun olduğu incelenebilir. Ancak böylesi bir inceleme de yeterli malzemeyi sağlamaktan uzaktır. Gerçekten yukarıda da değindiğimiz gibi, hem kişisel hakların şerhinin etkisinin düzenlendiği MK m. 1009/2'de, hem de tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlamaların şerhedilmesinin sonucuna ilişkin MK m. 1010/2'de şerh neticesinde kişisel hakkın veya tasarruf kısıtlamalarının taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kimselere karşı ileri sürülebileceğinden bahsedilmiştir, dolayısıyla en azından kanun metnine yansıyan

[196] Kişisel hakların şerhinde ise şerh daima kurucu niteliktedir, bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 249.

sonuçları bakımından iki kurum arasında bir fark söz konusu değildir[197]. Ancak kişisel hakların şerhinde bu kural mutlak olmakla beraber, tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlamaların şerhinde bazı durumlarda MK m. 1010/2'de öngörülenden daha ağır bir sonuç doğmakta, şerhe konu olan taşınmazla ilgili tapu kütüğü tasarruflara kapanmaktadır. Bu bakımdan örneğin aile yurdu kurulması işlemi şerhedildikten sonra söz konusu taşınmaz devrolunamaz ve rehnedilemez[198]; hâlbuki kişisel hakların şerhinde tapu kütüğünün kapanması hiçbir şekilde söz konusu değildir. Bu durumda malik taşınmazla ilgili tasarruflarda bulunabilmekte ancak şerhedilen hakkın sonraki tasarruflarla hak sahibi olanlara karşı ileri sürülebilmesi sağlanarak, söz konusu tasarrufların şerhedilen hakkın alacaklısını zarara uğratması önlenmektedir.

TK m. 128/2'de düzenlenen hal bakımından mutlak bir tasarruf kısıtlamasına veya farklı bir söyleyişle tapu kütüğünün kapatılmasına gerek olmadığı, amaca ulaşmak bakımından maddede düzenlenen şerhin kişisel hakların şerhi olarak anlaşılmasının yeterli olduğu söylenebilir[199]. Gerçekten hükmün garanti altına almak istediği husus, ortaklığın, sermaye olarak taahhüt edilen taşınmaz üzerinde tescilden sonra malik sıfatıyla hâkimiyet kurmasını mümkün kılmak, iştirak müteahhidinin üçüncü kişiler lehine yapacağı tasarruflarla bunu imkânsız hale getirmesini önlemektir. Bu sonuca ulaşmak bakımından, ortaklığın sahip olduğu şahsi hakkın şerh yoluyla kuvvetlendirilmesi ve böylece sonradan ilgili taşınmaz üzerinde ayni hak sahibi olan kimselere karşı da ileri sürülebilir hale getirilmesi yeterli bir önlemdir. Daha ileri giderek ayni sermayenin taahhüdü ile şirketin malik olması arasında geçen sürede taşınmaza ilişkin tapu kütüğünü işlemlere kapatmak gereksiz bir kısıtlama olacağı gibi, tapu sicilinin aleni bir sicil olduğu göz önünde

[197] Buna karşılık Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhinde yalnızca kişisel hakların şerhine tanınan ayni etkinin meydana geleceğini, buna karşılık kişisel hakların şerhedilmekle eşyaya bağlı borç durumuna gelmeleri şeklindeki etkinin bunlar bakımından söz konusu olmadığını belirtmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 249).

[198] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 252; bu halde tapu kütüğünün kilitlendiği yönünde bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **Eşya Hukuku,** s. 430.

[199] TK m. 128/2'deki şerhin bu nitelikte olduğu yönünde bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 354; şerhin tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi niteliğinde olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Özdamar, **a.g.m.,** s. 101, dn. 22; karş. gerçek olmayan tasarruf sınırlaması şerhi "benzeri" bir şerh olduğu yönünde Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 41.

bulundurulduğunda ayni sermaye taahhüdünün varlığını göze alarak taşınmaz üzerinde sonradan ayni hak elde eden kimselerin zarara uğrayacağından da söz edilemez. Gerek ortaklık lehine ayni sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın malikinin gerekse üçüncü kişinin bu durumu bilerek yine de bu hukuki işlemi yapmak istemelerine rağmen, haklı bir menfaat bulunmaksızın söz konusu tasarrufun yapılmasına engel olmak, özel hukukun ve bilhassa ticaret hukukunun gerektirdiği serbestiyi lüzumsuz yere kısıtlamak anlamına gelecektir[200].

c. Kendi Özel Sicilleri Bulunan Fikri Mülkiyet Hakları ve Diğer Değerler Bakımından

TK m. 128/2'de taşınmazlara paralel şekilde fikri mülkiyet haklarının ve kendi özel sicilleri bulunan diğer değerlerin de geçerli bir biçimde bir ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edilebilmesi için bu hüküm uyarınca kendi özel sicillerine "kaydedilmeleri" gerektiği belirtilmiş, ayrıca ikinci fıkrada özel sicile yapılan bu kaydın üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırıcı bir etkiyi haiz olduğu açıkça hükme bağlanmıştır[201].

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus TK m. 128/2 c. 2 ile söz konusu kayıtlara tanınan iyi niyeti kaldırıcı etkinin, kanun koyucunun ortaklığa sağlamak istediği güvenceyi temin bakımından elverişli olup olmadığıdır. Evvelce de belirttiğimiz üzere hükmün amacı para dışında bir kıymetin ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi ile –şirketin ayni sermaye olarak konulan varlık üzerinde ne zaman malik sıfatını kazanacağı konusunda benimsenecek görüşe göre- şirketin tüzel kişilik kazanması veya şirket adına sicilde kaydın gerçekleştirilmesi arasında geçen

[200] Bu bakımdan SAİT m. 4/6'da yer alan düzenleme, Bakanlığın da TK m. 128/2 c.2'deki şerhi bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi olarak değil, kişisel hakkın şerhi olarak anladığını, bu sebeple şerhin gerçekleştirilmesi ile şirketin tescili arasındaki dönemde iştirak müteahhidinin maliki bulunduğu ayni sermaye kalemi üzerinde tasarruf işlemleri gerçekleştirmesinin mümkün olduğunu kabul ettiğini ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte anılan tebliğin bünyesinde önemli problemler taşıdığı, özellikle TK'nın düzenleme biçimi ile uyuşmayan hükümler içerdiği, bu bakımdan tartıştığımız konu bakımından da tek başına referans olarak gösterilecek bir niteliğinin bulunmadığına şimdiden işaret edelim.

[201] Nitekim yakın bir tarihte (30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazete) MarkaKHKUygYön m. 19, EndTasKHKUygYön m. 25 ve PatentKHKUygYön m. 37'de yapılan değişikliklerle ayni sermaye koyma borcunun marka, patent ve endüstriyel tasarım sicillerine TK m. 128/2 uyarınca kaydedilebilmesinin şartları hükme bağlanmıştır. Böylece fikri mülkiyet hakları bakımından söz konusu hükmün uygulanmasının altyapısı sağlanmıştır.

sürede söz konusu varlığın taahhüt eden tarafından üçüncü kişilere devrini ve böylece ortaklığın sermaye kalemini edinmesinin imkânsızlaşmasını engellemektir. Dikkat edilirse fıkranın uygulanmasının söz konusu olduğu yegâne zaman dilimini ifade eden bu dönem boyunca sermaye taahhüdüne konu olan kıymetin maliki iştirak müteahhididir. Şu halde sicilde malik olarak gözüken kimse ile gerçek malik aynı şahıslardır.

Hukuki durum bu iken fikri mülkiyet hakkının veya diğer değerlerin iyi niyetle iktisabı meselesinin gündeme gelmesi de mümkün değildir; üçüncü kişi bu hakkın bir ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edildiğini ister bilsin ister bilmesin, hiçbir engelle karşılaşmaksızın ve tamamen hukuka uygun olarak bu fikri mülkiyet hakkı üzerindeki mülkiyeti iktisap edebilir. Zira bu dönemde ortaklığın fikri mülkiyet hakkı üzerinde sahip olduğu hak nispi bir haktır ve üçüncü kişinin bu hakkın varlığını biliyor olması fikri mülkiyet hakkının iktisabını engellemeyeceği gibi, fikri mülkiyet hakkının iktisabı halinde üzerindeki nispi hakla birlikte devralınmış olacağı veya söz konusu nispi hakkın devralan kimseye karşı ileri sürülebileceği de söylenemez. Nispi haklar ancak borç ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilirler. Dolayısıyla fikri mülkiyet hakları veya kendi özel sicilleri bulunan diğer değerler bakımından ortaklığın sahip olduğu nispi hakka ilişkin kayda iyi niyeti bertaraf edici bir etki tanınmasının ortaklığın korunması bakımından hiçbir anlamı ve faydası yoktur.

Kısacası bu aşamada ortaklığın kendisine sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkı veya diğer değerler üzerinde ancak kişisel/nispi bir hakkının olduğu düşünüldüğünde, bunlarla ilgili olarak üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf etmenin de ortaklığın lehine herhangi bir sonuç doğurmayacağı ortadadır. Bu durumda TK m. 128/2 c.2 hükmü ile sağlanan etkinin amaçlanan sonucu sağlamak bakımından kesinlikle elverişli bir araç olmadığı belirtilmelidir. Söz konusu amacın elde edilmesinin yolu, özel sicile yapılan kayıt neticesinde ortaklığın sahip olduğu hakka ayni bir etki tanınması veya bu hakkın eşyaya bağlı bir borç haline gelmesini sağlayacak bir düzenleme yapılmasıdır. Ancak bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığı sürece TK m. 128/2 c.2'nin bu şekilde yorumlanmasının mümkün

olmayacağı ve dolayısıyla kanun koyucunun kendisinden beklediği korumayı sağlayamayacağı açıktır.

d. Taşınırlar Bakımından

TK m. 128/2 c.2'deki ifadenin fıkranın ilk cümlesindeki bütün halleri içerecek şekilde kaleme alınmadığını ve bu düzenlemenin özellikle taşınmazlar bakımından yapılacak şerh hakkında bir anlamının olmadığını daha önce ifade etmiştik. Söz konusu cümlenin "özel sicile yapılan kayıt"tan bahsetmiş olması karşısında birinci cümlede bahsi geçen "taşınırlar bakımından güvenilir kişiye tevdi" tedbiri ile ilgili olarak da bu cümlenin bir anlamı bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla mevcut halde tevdi yükümlülüğünün ortaklığı bu geçiş döneminde korumak bakımından ne ölçüde etkili olacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere TK m. 128/2'deki "güvenilir bir kişiye tevdi" ifadesi BK m. 569'da düzenlenen ve saklama sözleşmesinin bir türü olan "güvenilirkişiye bırakma" sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşecek bir tevdi ilişkisini ifade etmektedir. BK m. 569'un açık düzenlemesi gereği böyle bir ilişki neticesinde saklayan, *"saklatanların tamamının rızası veya hâkimin kararı olmadıkça"* tevdi konusunu saklatanlardan hiçbirine iade edemeyecektir. Bu düzenleme sayesinde ortaklık, iştirak müteahhidinin ayni sermaye taahhüdüne konu olan taşınır üzerinde tek taraflı tasarrufları yoluyla oluşabilecek hak kayıplarından korunmuş olmaktadır. Bu bakımdan iştirak müteahhidi ile ortaklık arasındaki ilişki açısından hükmün önemli bir işlev göreceği açıktır.

Bununla birlikte bu düzenlemenin özellikle iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisapları karşısında benzer bir koruma sağlayamayacağı belirtilmelidir. Her ne kadar iyi niyetin bertarafı meselesi ilgili başlıkta özel sicillere yapılacak kayıt bakımından ele alındıysa da, bu konu taşınırlarla ilgili olarak da, TK m. 128/2'de bahsedilen "güvenilir kişi"nin eşya hukuku anlamında "emin sıfatıyla zilyed" olup olmadığı ile de bağlantılı olarak, kritik bir önem arzetmektedir. Zira MK m. 988 bir taşınırın emin sıfatı ile zilyedinden iyi niyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak iktisap eden kimsenin bu kazanımını korumaktadır. Bir taşınırın ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde bunun güvenilir kişiye bırakılması durumunda bir "güvenilirkişiye

bırakma" ilişkisinin mevcut olduğunu, bunun da vedia/saklama sözleşmesinin özel bir türü olduğunu daha önce belirtmiştik[202]. Vedia ilişkisi ise "emin sıfatıyla zilyedlik" halinin en tipik kuruluş biçimidir[203]. Zaten MK m. 988 hükmü taşınırın malikinin bu malı rızası ile üçüncü kişinin zilyedliğine bırakmış olduğu tüm halleri kapsamına almaktadır; hükmün ratiosu üçüncü kişilere karşı bu görüntünün oluşmasına iradesi ile izin veren malikin bunun sonuçlarına katlanmasıdır[204]. Kısacası TK m. 128/2'de bahsi geçen güvenilir kişi her halükarda bir tevdi ilişkisi dolayısıyla malın zilyedi bulunduğundan, MK m. 988 anlamında emin sıfatı ile zilyeddir.

Böyle olunca TK m. 128/2 c.1 uyarınca güvenilir kişiye tevdi edilmiş olan bir taşınır, hem şirketin tescilinden önce ve hem de tescilden –yani ortaklığın taşınır üzerinde mülkiyeti iktisap ettiği andan- sonra, iyi niyetli bir üçüncü kişi tarafından söz konusu güvenilir kişiden iktisap edildiği takdirde, MK m. 988 gereğince bu iktisap korunacak ve dolayısıyla kanun koyucunun TK m.128/2'yi vazetmekle sağlamak istediği koruma temin edilememiş olacaktır. Gerçi bu tevdiin özellikle mesleki olarak emanet kabul etme işiyle uğraşan, örneğin Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği uyarınca faaliyet gösteren işletmelere yapılması durumunda üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarının çoğu defa bertaraf edilebileceği, zira söz konusu yedieminlerin icra ettikleri meslek dolayısıyla üçüncü kişilerin yedieminin malı satmak konusunda yetkisi olmadığını bilmeleri gerektiği, aksi halde MK m. 3/2 uyarınca "duruma göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse" konumuna düşebilecekleri söylenebilir. Ancak malın lisanslı yediemin deposuna tevdiinin de mutlak bir emniyet sağlamayacağı belirtilmelidir. Zira yediemin deposunda muhafaza edilen tüm taşınırların üçüncü kişiye ait olma zorunluluğu olmadığı, hatta İİK m. 88/6 uyarınca icra dairesinin ilgililere yediemin deposunda bulunan eşyalarını geri almaları yönündeki ihtarına rağmen bu malların alınmaması halinde icra müdürünün yapacağı satış neticesinde bizzat yediemin deposunun da bu malı satın

[202] Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, B, 3.

[203] Nitekim "emin sıfatı ile zilyed" deyiminin akla getirdiği ilk hukuki ilişkinin vedia akdi olduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 166.

[204] Nitekim Tekinay *"...bir kimsenin zilyedliği malikin rızasına dayanıyorsa, o kimse emin sıfatı ile zilyed kabul olunur"* diyerek kavramın sınırlarını öz bir biçimde çizmiştir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 166.

alabileceği ve sonra üçüncü kişilere satabileceği, kısacası böyle bir depoda yer alan bazı malların pekâlâ satılık olduğunun üçüncü kişilerce kabul edilebileceği belirtilmelidir. Dolayısıyla bir taşınırın yediemin deposunda muhafaza edilmesinin de her durumda üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf etmek bakımından yeterli olmadığı, hatta üçüncü kişinin malın gerçek durumu hakkında aldatılması dolayısıyla da iyi niyetli olabileceği ifade edilmelidir[205].

Kısacası mevcut durumda TK m. 128/2 uyarınca getirilen tevdi yükümlülüğünün özellikle iştirak müteahhidinin tek taraflı olarak bu mal üzerinde tasarrufta bulunarak şirketi zarara uğratmasına engel olmak bakımından anlamlı bir tedbir olduğu, buna karşılık taşınırlarda emin sıfatıyla zilyedden iyi niyetle yapılan iktisabı koruyucu hükümler karşısında yine de şirketin üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek risklere karşı bütünüyle korunmuş olmadığı açıktır[206].

e. TK m. 128/2'deki Tedbirler Karşısında TK m. 128/8'in Durumu

TK m. 128/2'nin kurulmakta olan ortaklığın taahhüt edilen ayni sermaye kalemi bakımından hak kaybına uğramasını önlemek adına getirdiği tedbirlerin, özellikle taahhüt ve tasarruf işlemleri arasındaki dönemde arzulanan sonucu sağlamak bakımından her zaman yeterli olamayacağı yukarıda ilgili başlıklar altında ortaya konmaya çalışıldı. Taşınmazlar bakımından tapu siciline yapılacak şerh etkili bir koruma tedbiri olarak gözükmekteyse de, fikri mülkiyet hakları ve özel sicilleri bulunan diğer değerler için sicile yapılacak kayda tanınan "üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırıcı etki" ortaklığa herhangi bir koruma sağlamadığı gibi; taşınırlar bakımından yapılacak tevdi de her ne kadar iştirak müteahhidinin aleyhe tasarruflarını

[205] Bu bakımdan iyi niyetli iktisapların önüne geçeceği gerekçesiyle lisanslı yediemin depolarına tevdiin bir zorunluluk olduğu da söylenemez. Gerçekten de duruma göre bir üçüncü kişinin kurucular nazarında hiç tanımadıkları bir yedieminden daha güvenilir olarak telakki edilmesi de mümkün hatta olağandır. Tevdiin kime yapılacağı konudaki görüşümüz için bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, B, 3.

[206] TK m. 128/2 c.2'nin özel sicillere yapılacak kayda inhisar eden lafzı karşısında, taşınırların güvenilir kişiye tevdiinin de iyi niyeti bertaraf edici bir etkisi olduğu şeklinde genişletici bir yorumun mümkün olmadığını, kaldı ki böyle bir düzenlemenin, hukuki durumun esasen zilyetliğe bakarak anlaşıldığı taşınırlar bakımından üçüncü kişileri zarara uğratıcı ve esasen uygulanması da mümkün olamayacak bir yorum olacağını belirtmekle yetinelim.

engelleyecek nitelikte ise de, tevdi sonrasında iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisaplarından doğacak tehlikeleri ortadan kaldırmak bakımından etkisiz kalacaktır.

Dolayısıyla kanun koyucunun çabasına rağmen arzu edilen korumanın tam anlamıyla sağlanamadığı durumlar mevcut olacaktır. Biz bu sebeple TK m. 128/2'nin varlığına rağmen, böyle durumlarda TK m. 128/8 ile yeni kanuna da aktarılan ihtiyati tedbirlere ilişkin genel nitelikli hükmün, bugün için de anlamlı olduğu kanaatindeyiz[207]. Bu çerçevede özellikle fikri mülkiyet hakları ve kendi özel sicilleri bulunan diğer değerler bakımından TK m. 128/2 ile getirilmeye çalışılan korumanın etkisizliği karşısında, sermayenin sağlıklı bir biçimde teşekkülünü sağlamak amacıyla kurucuların TK m. 128/8'den faydalanmalarına ihtiyaç duyulabilecektir. Bu kapsamda örneğin söz konusu sicillerin iştirak müteahhidinin tasarruflarına kapatılmasına yönelik tedbirlerin, icabında TK m. 128/8 çerçevesinde talep edilmesi etkili bir çözüm sunabilir.

2. Tedbirlerin Alınmamasının Şirketin Tesciline Engel Olması

Kurucuların şerh, kayıt veya tevdi yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları tescil aşaması bakımından bir engel teşkil eder. Her ne kadar TK m. 128/2'de bu durumda ticaret sicili müdürü veya memurlarının ne şekilde hareket etmeleri gerektiğine dair bir düzenleme yer almıyorsa da madde gerekçesinde bu gerekliliğe riayet edilip edilmediğinin sicil müdürünün inceleme yetkisinin kapsamında olduğu, yerine getirilmediğinin tespit edilmesi halinde şirketin tescilinden imtina edileceği belirtilmiştir. Doktrinde de madde gerekçesinde yer verilen bu sonuç genel olarak benimsenmiş, şirketin ticaret siciline tescili talep edilirken esas sözleşmenin yanı sıra tapudaki şerhe, özel sicildeki kayda veya taşınırlar bakımından tevdiin gerçekleştirildiğine ilişkin bir belgenin ticaret sicil müdürlüğüne sunulması gerektiği, aksi takdirde şirketin tescil edilmeyeceği dile

[207] Buna karşılık şerh imkanı ve sicil memuru ile şirketin sicile tescil istemine yer verildikten sonra ihtiyati tedbir isteminin pratik bir yararı kalmadığı yönünde Moroğlu, **Değerlendirme ve Öneriler,** s. 75; benzer şekilde TK m. 128/2'de öngörülen şerh, kayıt ve güvenilir kişiye tevdi ön şartları kabul edildikten sonra ayrıca TK m. 128/8'deki ihtiyati tedbir kurumuna ihtiyaç kalıp kalmadığının sorgulanması gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 126; aynı yönde Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 355.

getirilmiştir[208]. Nihayet Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 69/f'de de anonim şirketin tescili için yapılacak başvuruda ticaret sicili müdürlüğüne verilecek belgeler arasında *"Ayni sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge"*nin de yer alması gerektiği düzenlenmiştir[209].

3. Alınacak Tedbirlerin Ayni Sermaye Taahhüdünün Geçerliliği Şartı Olması

Ayni sermaye olarak ortaklığa taahhüt edilen malvarlığı unsurlarının esas sözleşmeye yazılmasından sonra TK m. 128/2'nin öngördüğü tedbirlerin alınmamasının doğuracağı bir başka sonuç hükmün ilk cümlesinin mefhum-u muhalifinden çıkmaktadır. Buna göre söz konusu tedbirlerin alınmamış olması, bu malvarlığı kalemlerinin ayni sermaye olarak "kabul edilme"lerine engeldir. Ancak maddenin yazımında tercih edilen "ayni sermaye kabul olun"mak ibaresinin yeterince hukuki olmadığı açıktır. Hâlbuki şerh, kayıt veya tevdi yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin hangi sonuçları doğuracağının söylenebilmesi için bunun yerine teknik hukuki bir terimin kullanılması gerektiği tartışmasızdır.

Esasen doktrinde de TK m. 128/2'de bahsi geçen "ayni sermaye kabul olunmama" yaptırımının neye tekabül ettiği konusunda net bir tespit söz konusu değildir. Özellikle bu ifadenin teknik hukuki karşılığı konusunda doktrinde tatmin edici bir izahat verilmemiştir[210]. Burada kanun koyucunun ayni sermaye

---

[208] Pulaşlı, **a.g.e.,** § 10/70-71; Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s.163, dn.64; Akdağ Güney/Gümüş'ün de "Şerh yapılmadan şirket tüzel kişilik kazanamaz." şeklindeki ifadeyi, bu eksikliğin bir tescil engeli olduğu anlamında kullandıklarını zannediyoruz, **Taşınmazlar,** s. 38.

[209] Bu bentte taşınırlar bakımından tevdi yükümlülüğünün gerçekleştiğini gösteren bir belgenin zikredilmemiş olmasının ihmal eseri olduğu kabul edilmelidir.

[210] Tekinalp, kanundaki ifadeyi tekrar etmekle yetinmiştir, bkz. **Sermaye Ortaklıkları,** § 10-57; Paslı, şerh, kayıt ve tevdi yükümlülüklerinin şirketin tescilinden önce yerine getirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, *"Aksi takdirde ilgili malvarlığı değeri, ayni sermaye olarak kabul edilmez. Yani sermaye taahhüdü gerçekleşmez."* demektedir. Ancak son cümleden kastın hukuken yokluk mu butlan mı olduğu veya başka bir hükümsüzlük türünün mü kastedildiği açık değildir, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 163, dn.64; Manavgat da şerh, kayıt ve tevdi yükümlülükleri gerçekleşmedikçe taahhüde konu varlıkların ayni sermaye olarak kabul edilmeyeceklerini belirterek kanundaki ifadeyi aynen kullanmıştır, Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 354; kanundaki ifadeyi tekrarla yetinen Karahan/Giray, **a.g.e.,** s. 119.

taahhüdünün hükümsüzlüğünü düzenlediği açıktır; ancak tespiti gereken husus bu hükümsüzlüğün türünün ne olduğudur.

Hemen belirtelim ki kanımızca burada bahsedilen geçersizliğin türü "noksanlık"tır. Buna göre iradelerin uyuşması suretiyle esasen ayni sermaye taahhüdü/sözleşmesi in'ikad etmiştir; dolayısıyla ayni sermaye taahhüdünün varlığı/mevcudiyeti ile ilgili bir sorun söz konusu değildir. Ancak bu taahhüdün tam anlamıyla geçerli bir hukuki işlem olarak hükümlerini doğurabilmesi "şerh/kayıt/tevdi" unsuru ile tamamlanmasına bağlıdır[211]. Butlan ihtimalinde işlem baştan itibaren hükümlerini doğurmadığı ve kural olarak bu hükümsüzlüğün sonradan düzelmesi de mümkün olmadığı halde, noksanlık durumunda eksik olan olgu/unsur tamamlandığı takdirde akit hükümlerini doğuracaktır. Buna göre TK m. 128/2 bakımından da ayni sermaye taahhüdünün hükümlerini doğurabilmesi şerh, kayıt veya tevdi yükümlülüğünün gerçekleştirilmesine bağlıdır; bu unsur tamamlanmadığı sürece söz konusu hukuki işlem "eksik" olacak ve hükümlerini doğurmayacaktır.

Bu görüş her şeyden önce hükümsüzlük kuramı ile uyumludur. Zira butlandan bahsedilebilmesi için esasen bir işlemin "konusu"nun emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırı veya imkânsız olması icap eder[212]. Hâlbuki TK m. 128/2'deki şerh, kayıt ve tevdi yükümlülüğüne aykırılığın bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra butlan sonucunu doğuracağı kabul edilen bir başka ihtimal de şekle aykırılık halidir. Ancak TK m. 128/2 kesinlikle bu anlamda ayni sermaye anlaşmasının geçerlilik şeklini düzenleyen bir hüküm değildir; ayni sermaye taahhüdünün şekli, taahhüde konu malvarlığına göre kendi özel hükümlerince belirlenmektedir. Bu bakımdan şerh, kayıt veya tevdi, Kocayusufpaşaoğlu'nun deyimiyle "geniş anlamda olgunun dışında kaldıkları halde, hukuki sonucun doğması"nın kendilerine bağlı olduğu "tamamlayıcı olgular" olarak

---

[211] Bir hükümsüzlük çeşidi olarak noksanlık hakkında bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 220-221; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku,** s. 593 vd.; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 184-185; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.,** s. 197 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 381.

[212] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 180; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.,** s. 190; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 395.

nitelenebilirler[213]. Nitekim doktrinde geçerliliği resmi bir makamın onayına bağlanmış işlemler noksan işlemler arasında sayılmaktadır[214]; bu bakımdan özellikle tapu siciline veya diğer sicillere yapılacak şerh ve kayıt işlemlerinin tamamlayıcı işlem niteliği arzettikleri açıktır.

TK m. 128/2'deki hükümsüzlüğün türünün belirlenmesi özellikle şerh, kayıt veya tevdi yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasına rağmen şirketin ticaret siciline tescil edilmiş olması halinde doğacak sonuçlar bakımından önem arzeder. Gerçekten de bu yükümlülükler yerine gelmemiş olmasına rağmen ortaklığın tescil için ticaret siciline başvurması ve ticaret sicili müdür veya memurunun da her nasılsa bu eksikliği gözden kaçırarak şirketi tescil etmesi düşük de olsa ihtimal dâhilindedir. Bu durumda, her ne kadar tescilin onarıcı etkisi sayesinde şirket tescil edilmekle geçerli bir biçimde tüzel kişilik kazanacaksa da, bahsi geçen onarıcı etkinin sermaye taahhütleri üzerinde bir etkisi yoktur.

Bu konuda bizim benimsediğimiz "noksanlık" görüşü uyarınca ayni sermaye taahhüdü bu eksikliğe rağmen geçerli bir hukuki işlem olarak doğacak ancak tamamlayıcı işlemler gerçekleşmediği için işlem hüküm ifade etmeyecek, bir başka deyişle tamamlayıcı unsur gerçekleşene veya gerçekleşmeyeceği kesinleşene kadar işlem askıda kalacaktır. Bu eksikliğe rağmen şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra taşınmazlar ve kendi özel sicilleri bulunan diğer mal ve haklar bakımından ortaklık lehine tescil yapılır, taşınırlar bakımından da zilyetlik ortaklığa nakledilir ve böylece ayni sermaye taahhüdüne konu malvarlığı unsurları ortaklığa kazandırılırsa, bir başka deyişle başlangıçtaki eksiklik sonradan giderilirse ayni sermaye taahhüdü/sözleşmesi de sağlıklı bir hukuki işlem gibi hükümlerini doğuracaktır. Buna karşılık örneğin sermaye taahhüdüne konu olan ancak hakkında TK m. 128/2'nin öngördüğü şerh işlemi yapılmayan bir taşınmaz şirketin tescilinden sonra üçüncü bir kişiye devredilir ve tapuda bu yönde tescil yapılırsa tamamlayıcı unsurun kesin olarak gerçekleşmeyeceği belli olacak ve bu durumda da ayni sermaye

[213] Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku,** s. 92.

[214] Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku,** s. 594; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 175, 185; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.,** s. 198.

taahhüdü/sözleşmesi kesin olarak hükümsüz hale gelecektir[215]. Bu ihtimalde iştirak taahhüdü kural olarak söz konusu geçersizlikten etkilenmeyecek ancak ayni ifa anlaşması geçersiz olduğu için sermaye borcu nakden ifa edilmek gerekecektir.

Görüldüğü üzere noksanlık görüşü, şerh, kayıt veya tevdi yapılmamış olmasına rağmen şirketin tescil edilmiş olması halinde menfaatler dengesi bakımından da uygun bir çözüm sunmaktadır. Hâlbuki örneğin burada bahsedilen hükümsüzlüğün butlan olarak yorumlanması ihtimalinde, ayni sermaye taahhüdü baştan itibaren geçersiz kabul edilecek ve dahası bu eksikliğe rağmen şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra ayni sermaye konusu varlığın sorunsuz bir şekilde ortaklığın malvarlığına kazandırılması da geçersizlik sonucunu değiştirmeyecekti. Oysa şerh, kayıt ve tevdi yükümlülüklerinin amacı ayni sermaye konusu varlıkların sorunsuz bir biçimde ortaklığa kazandırılması olduğuna göre, bu sonuç gerçekleşmesine rağmen ayni sermaye taahhüdünün geçersiz olduğunu kabul etmek yerinde bir tutum olmayacaktır. Kısacası amaca uygunluk bakımından da TK m. 128/2'de bahsedilen "ayni sermaye olarak kabul olunmama"nın hükümsüzlük halleri arasında "noksanlık" halini ifade ettiği kabul edilmelidir.

V. KURUCULAR BEYANI

A. Genel Olarak

Anonim ortaklıkların kuruluşuna özgü olarak TK'nın hukukumuza getirdiği bir yenilik de 349. maddede düzenlenen kurucular beyanıdır. Söz konusu beyanın esasen hem nakdi hem de mevsuf kuruluş hallerinde "kuruluşa ilişkin" olarak tanzim edilmesi öngörüldüğünden, bu hükmün bütünüyle mevsuf kuruluş ve bu arada kuruluşta ayni sermaye taahhüdü hallerine özgü olmadığı belirtilmelidir[216]. Ancak bünyesinde ayın taahhüdünün yer aldığı kuruluşlara atfedilen hususi riskler dolayısıyla, bu riskleri azaltıcı bir araç olarak kurucular beyanına da özel bir önem verildiği ve fonksiyon yüklendiği bizzat madde metninden anlaşılmaktadır. Nitekim

[215] Bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 221; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 381.

[216] Nitekim madde gerekçesinde bu husus *"Kuruluş ister nakdî ister aynî nitelikte olsun kurucular kuruluş beyanı vermekle yükümlüdür"* şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Aynı yönde Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 173.

TK m. 349/1 c.1'de beyanın içerik ve usulüne ilişkin genel çerçeve ortaya konduktan sonra ikinci cümlede ayni sermaye taahhüdü (ve ayni devralma) durumunda beyanda yer alması gereken bilgilerin ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duyulmuştur.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Anonim ortaklığın kuruluşu aşamasında kurucular tarafından bir açıklama/beyan hazırlanması fikri ve buna yönelik kanuni düzenleme Alman ve İsviçre hukuklarında da benimsenmiştir. Ancak gerek İsviçre ve Almanya'daki pozitif hukuk metinlerine "kuruluş beyanı" kenar başlığıyla yansıyan düzenlemeler (İsvBK m. 635; AktG § 32), gerekse TK m. 349'daki taze hüküm, bu ortak yanlarının dışında birbirlerinden önemli ölçüde farklılaşmaktadırlar. Dolayısıyla kuruluş/kurucular beyanının kurum olarak ulusal sınırları aşan ancak ilgili hükümlerin muhtevaları itibariyle kanun koyucular tarafından büyük oranda millileştirilmiş hükümler olduğu söylenebilir.

Bu bakımdan İsvBK m. 635'te yer alan kuruluş beyanı, uygulama alanı itibariyle olduğu kadar, içeriği itibariyle de en dar düzenleme olarak dikkat çekmektedir[217]. Zira burada kurucular beyanının Alman ve Türk düzenlemelerinin aksine her kuruluşta değil yalnızca maddede sayılan üç halde (ayni sermaye taahhüdü veya ayni devralma; sermaye borcunun takas yoluyla ifası; kurucular veya üçüncü kişiler yararına tanınan özel menfaatlerin varlığı) kaleme alınacağı düzenlenmiş, ayrıca beyanda yer alacak bilgilerin sınırları da kesin olarak çizilmiş, başka bir ifadeyle söz konusu bilgiler numerus clausus olarak zikredilmiştir.

AktG § 32'deki düzenleme ise İsviçre'deki akrabasına oranla hem uygulama alanı açısından çok daha geniş hem de içeriği itibariyle çok daha ayrıntılıdır. Bir kere kuruluş beyanının yalnızca belirli hallerde değil tüm kuruluşlarda –ayni, nakdi- uygulanacağı hükme bağlanmış (f. 1), burada kullanılan "kuruluşun gidişatına dair bir beyan" ibaresi ile beyanın içeriğinin genişliğine işaret edilmiştir. Nitekim doktrinde de kanun koyucunun bu tercihine bağlı olarak esas sözleşmede yer alıp

[217] Bu noktada Pulaşlı'nın TK m. 349'daki kurucular beyanının kaynak İsviçre hukukunda "kuruluş işlemi" (Errichtungsakt) olarak adlandırıldığı ve İsvBK m. 629'da düzenlendiği yönündeki açıklaması (Pulaşlı, **a.g.e.,** § 27/53) yerinde değildir. Zira TK m. 339'un İsviçre hukukundaki muadili İsvBK m. 635'teki "kuruluş beyanı" (Gründungsbericht) düzenlemesidir.

almadığına bakılmaksızın, ortaklığın kuruluşu açısından önem arzeden her türlü hususun kuruluş beyanında yer alması gerektiği ifade edilmektedir[218]. Bu genel düzenlemenin ardından ikinci fıkrada ayni sermaye taahhüdü ve ayni devralma hallerinde bunlar için ödenen karşılığın uygun olup olmadığını değerlendirmek bakımından önem arzeden hususların ve bu kapsamda özellikle aynı fıkrada üç bent halinde sıralanan bilgilerin kuruluş beyanına yazılması gerekliliği hükme bağlanmıştır. Buna göre ayni kuruluş veya ayni devralma durumlarında diğer bilgilerin yanı sıra (1) ilgili aynın ortaklığa devrine tekaddüm eden hukuki işlemler; (2) son iki yıla ait alım ve/veya imalat maliyetleri; (3) bir işletmenin devralınması halinde söz konusu işletmenin son iki yıla ait işletme kârı bilgilerinin mutlaka kuruluş beyanında yer alması gerekir. Nihayet son fıkrada bir yönetim veya gözetim kurulu üyesi hesabına pay taahhüt edilmesi veya kuruluş aşamasında bunlar lehine ödeme veya prim (Entschädigung oder Belohnung) öngörülmesi hallerinde bunlara ilişkin bilgilerin kuruluş beyanında yer alması zorunluluğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere hem ilk fıkradaki genel düzenleme hem de takip eden iki fıkradaki özel durumlarda istenen bilgiler İsvBK'daki muadil düzenlemeye oranla oldukça geniş ve ayrıntılıdır.

Türk hukukundaki düzenleme ise özellikle kapsamı itibariyle Alman hukukundaki düzenleme ile paraleldir; bu bağlamda İsviçre'de olduğu gibi yalnızca mevsuf kuruluş hallerine özgülenmiş bir kurucular beyanı söz konusu değildir. Ayni sermayeye özgü olarak kurucular beyanından beklenen fonksiyon ise esasen her üç ülke hukukunda da birbirine paraleldir. Gerçekten ilgili hükümlerin ayni sermaye taahhüdü ve ayni devralmaya ilişkin kısımlarında istenen şey, kurucular beyanının bu değerler için verilen karşılığın uygunluğunu/eşdeğerliğini (Angemessenheit/Gleichwertigkeit) ortaya koymasıdır.

Bununla birlikte kurucular beyanından beklenen bu fonksiyonun ifası bakımından gerekli olduğu düşünülen bilgilere ilişkin beklenti yine her üç kanunda farklılaşmaktadır. İsvBK m. 635'te kuruluş beyanında ayni sermaye veya ayni devralmaya konu olan şey ve türü ile değerlemenin uygunluğunun belirtilmesi istenmiş ancak bu sonuncusunun nasıl ortaya konacağına ilişkin açık bir belirleme

[218] Röhricht, **a.g.e.,** § 32/7; Pentz, **a.g.e.,** § 32/12; Hüffer, **a.g.e.,** § 32/3.

yapılmamıştır. Ancak doktrinde kurucuların değerlemeyi yaparken göz önünde bulundurdukları ve kendilerini değerlemenin uygun olduğu yönünde düşünmeye sevkeden mülahazaların belirtilmesi[219] ve değerlemenin gerekçelendirilmesi[220] gerektiği, bu kapsamda örneğin değerleme metodunun[221] veya ayni sermaye konusu varlığın liste fiyatının, orijinal fiyatının ve gerekli amortismanların belirtilmesinin uygun olacağı[222] ifade edilmiştir.

AktG § 32'deki düzenleme ise nispeten daha somuttur. Bir kere yalnızca "değerlemenin uygunluğu"na ilişkin hesap verilmesinden bahsedilmemiş, "ayni sermaye veya devralınan ayni kıymet için verilen karşılığın uygunluğunun kendilerine bağlı olduğu hususların" belirtilmesi şeklinde bir ifade kullanılmış, dahası hem bu hususların neler olduğu konusunda bir fikir veren hem de her halükarda kuruluş beyanında yer alması gereken bazı hususlar ayrıca ve açıkça zikredilmiştir. Nitekim bu sayılan hususlar dışında da ayni sermaye veya ayni devralma halinde hangi bilgilerin kuruluş beyanında yer alması gerektiği hususunda Alman doktrininin üzerinde uzlaştığı bir listeden daha rahatlıkla bahsedilebilir[223].

Ayni sermaye taahhüdü söz konusu olduğunda muadilleri arasında en ayrıntılı ve kapsamlı bilgi isteyen düzenlemenin ise TK m. 349 olduğu söylenebilir[224]. Zira hükümde diğer iki maddeden farklı olarak yalnızca ayni sermayeye verilecek karşılığın uygunluğuna değil ayrıca bu tür sermayenin "gerekliliğine" ve şirkete olan "yararlarına" ilişkin açıklamalar yapılması istenmiştir. Bahsi geçen iki husus da TK'ya özgüdür. Buna karşılık kurucular beyanında yer alması istenen bilgilerin içeriğine ilişkin somutluğun, İsviçre'de olduğu gibi Alman düzenlemesinin gerisinde olduğu söylenebilir. Dahası özellikle son derece karmaşık ve iç içe geçmiş bir ifade içeren birinci fıkranın dördüncü cümlesinin, bu açıdan Türk düzenlemesini oldukça

[219] Böckli, **a.g.e.,** § 1/399.

[220] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15/42.

[221] Böckli, **a.g.e.,** §1/400; Schenker, **a.g.e.,** § 635/3.

[222] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 15/42, dn. 25.

[223] Bu yönde örn. Pentz, **a.g.e.,** § 32/16; Solveen, **a.g.e.,** 32/5.

[224] Kurucular beyanının kapsamı itibariyle Alman hukukundaki "Gründungsbericht"i dahi aştığı yönünde bkz. Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 178, dn. 100.

muğlak bir hale getirdiği belirtilmelidir[225]. Bu cümlenin ayrı bir fıkra olarak kaleme alınmamış olması, burada yer verilen düzenlemenin ayni sermaye taahhüdü bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda tereddüt uyandıracak mahiyettedir.

C. Hükmün Amacı

TK m. 349 hükmünün ve dolayısıyla kurucular beyanının amacı madde gerekçesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre beyanın amacı *"...kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını (Genel Gerekçe 57 ve 66 numaralı paragraf) sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır"*. Kanun koyucunun bu müesseseden beklediği amacın karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımla paralel olduğu görülmektedir. Özellikle Alman doktrininde kuruluş beyanının (1) eksik ve hileli kuruluşlara karşı ortaklığın korunması veya mevcut koruma rejiminin güçlendirilmesi (2) –ilk amaçla da bağlantılı olarak- kuruluş denetimi için temel oluşturması, ayrıca tescil esnasında kuruluşun usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının kontrol edilmesini kolaylaştırması ve (3) kamunun aydınlatılması olmak üzere üç temel amaca yönelmiş olduğu belirtilmektedir[226].

Kurucular beyanının kuruluşun denetlenmesine temel olacak bir belge teşkil edeceği madde gerekçesinin yukarıda alıntıladığımız kısmında zikredilmiş, ayrıca yine aynı yerde kurucular beyanının öncelikle denetçiye verileceğinden de bahsedilmiştir. Ancak TK'nın getirdiği önemli yeniliklerden bir tanesi olan ve kuruluşun işlem denetçisi tarafından denetlenmesini hükme bağlayan TK m. 351'in – ve bir bütün olarak işlem denetçisi kurumunun- 6335 sayılı kanunla ilga edilmesi sonrasında kurucular beyanının zikredilen bu fonksiyonunun kadük hale geldiği

[225] TK m. 349/1'in oldukça karışık bir şekilde kaleme alınmış olduğu yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 235.

[226] Röhricht, **a.g.e.,** § 32/2; Pentz, **a.g.e.,** § 32/3, 4; Solveen, 32/2; Polley 32/1; ayrıca kuruluş beyanının kuruluş denetiminin temellerinden biri olduğu yönünde bkz. Schmidt, **Gesellschaftsrecht,** s. 794.

belirtilmelidir[227]. Dolayısıyla mevcut durumda kurucular beyanının hileli kuruluşların engellenmesi ve kamuyu aydınlatma fonksiyonlarının öne çıktığı söylenebilir.

D. Ayni Sermaye Taahhüdü Özelinde Kurucular Beyanının İçeriği

Yukarıda belirttiğimiz üzere kurucular beyanının –İsviçre'de olduğu gibi- yalnız mevsuf kuruluş hallerine veya ayni kuruluşa özgülenmemiş olması karşısında kurucular beyanının ayni sermaye ile ilgili bilgilerin yanı sıra pek çok açıklamayı içereceği şüphesizdir. Bu bakımdan kurucular beyanının içeriğinin bir bütün olarak değerlendirilmesi bu tezin ilgi alanının dışında kalmaktadır. Dolayısıyla biz bu başlık altında ancak ayni sermaye taahhüdü ihtimalini ilgilendirdiği ölçüde kurucular beyanının içeriği üzerinde durmaya çalışacağız.

TK m. 349'un ayni sermayeye özgü olan kısmı ilk fıkranın üçüncü cümlesidir. Burada ortaklığın kuruluşunda ayni sermaye taahhüt edilmiş olması halinde kurucular beyanının üç kalem açıklama içermesi aranmıştır. Buna göre (1) taahhüt edilen ayın için verilecek karşılığın uygun olduğu; (2) bu tür sermayenin gerekli olduğu; (3) bu sermayenin şirket için yararlı olduğu "belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar" ile ortaya konulmalıdır. Bu bakımdan hükümde hem kurucular beyanının içeriğine hem de kaleme alınış biçimine/üslubuna ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür.

1. Taahhüt Edilen Ayın İçin Verilecek Karşılığın Uygunluğu

Yukarıda karşılaştırmalı hukukta kurucular/kuruluş beyanını incelediğimiz bölümde kuruluş beyanının İsviçre ve Almanya'da ayni sermaye taahhüdü bakımından verilen karşılığın uygunluğu/eşdeğerliği üzerinde durduğundan bahsetmiştik. TK m 349/1 c.2'de istenilen, karşılığın uygunluğuna yönelik açıklama da bu bakımdan karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımın Türk hukukuna yansıması olarak değerlendirilebilir. Ancak özellikle hükmün mehazı niteliğinde olan ve karşılaştırmaya konu olan bu iki ülke hukuku ile Türk hukuku arasındaki farklılıklar,

[227] Tekinalp buna rağmen kurucular beyanının şikayet veya teftiş bağlamında Gümrük ve Ticaret Bakanlığı elemanlarınca denetlenebileceğini belirtmektedir, **Sermaye Ortaklıkları,** s. 150.

bu bağlamda özellikle ayni sermayeye değer biçilmesi prosedürü noktasında Türk hukukunun -öteden beri benimsediği- kendine özgü düzenleme biçimi, kanaatimizce kurucular beyanının söz konusu hukuklara paralel bir biçimde "ayni sermaye için verilecek karşılığın uygunluğuna" ilişkin bir açıklamayı içermesinin anlamını ve gerekliliğini tartışmaya açık hale getirmektedir.

Bu bakımdan İsvBK m. 635 ve AlmPOK m. 32'nin bu yöndeki tercihleri aynı kanunların benimsedikleri kuruluş sistemi ile de tutarlıdır. Zira her iki kanunun sisteminde de ayni sermaye olarak getirilmesi planlanan varlıklara öncelikle kurucular tarafından bir değer biçilmekte ve bu çerçevede esas sözleşmeye İsvBK m. 628/1 uyarınca ayni sermaye kaleminin değeri, AktG § 27/1 uyarınca da söz konusu varlık karşılığında verilecek olan payların itibari değeri veya miktarı kurucular tarafından tespit edilerek yazılacaktır. Daha sonraki aşamada kurucular, kurucular/kuruluş beyanında İsvBK m. 635 uyarınca bizzat kendilerinin yapmış olduğu bu değerlemenin uygunluğunu açıklayacaklar; AktG § 32/2 uyarınca da ayni sermaye için yine bizzat kurucuların takdir ettiği karşılığın uygunluğunu ortaya koyan önemli bilgiler paylaşılacaktır. Nihayet kurucuların bu konudaki takdirlerinin yerinde olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılan kuruluş denetiminde de söz konusu kurucular/kuruluş beyanı esas alınacak ve İsvBK m. 635a uyarınca denetçi kuruluş beyanını denetleyerek bunun tamlığını ve doğruluğunu inceleyecek; AktG § 34/1, b.2 uyarınca da ayni sermaye olarak getirilen varlıkların değerinin bunlar için verilen karşılığa erişip erişmediği denetlenecektir. Kısacası İsviçre ve Alman hukuklarında kurucular beyanında kurucuların bizzat kendilerinin tespit ettiği değerin yahut karşılığın uygunluğunu/yerindeliğini ortaya koymaya çalışmaları ve yaptıkları değerlemeyi kurucular beyanında gerekçelendirmeleri anlamlıdır.

Buna karşılık Türk kanun koyucusu bu konuda farklı bir hukuk politikası izlemiş ve taahhüt edilen ayni sermaye kalemlerinin kurucular değil bir bilirkişi tarafından değerleneceğini hükme bağlamıştır[228]. eTK dönemindeki bu tercih TK'da

[228] eTK döneminde ortaklığın tedrici kuruluş yoluyla kurulması halinde bu bilirkişinin kuruluş genel kurulu tarafından ve nakdi sermayenin en az üçte ikisini temsil eden pay sahiplerinin toplantıda hazır olmaları şartıyla, toplantıda bulunanların ekseriyeti ile seçileceği, ancak toplantı nisabının sağlanamaması halinde bilirkişinin kurucuların talebi üzerine mahkemece tayin olunacağı hükme bağlanmıştı (eTK m. 293).

da devam ettirilmiş, üstelik tedrici kuruluşun tamamen kaldırılması sonrasında tüm anonim ortaklık kuruluşlarında bilirkişinin mahkeme tarafından atanacağı kesinleşmiş, ayrıca değer biçme işleminin yöntem ve içeriği TK m. 343'te eski kanuna göre çok daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş, kısacası eTK dönemindeki rejim yeni TK'da üstelik tahkim edilerek korunmuştur. Dolayısıyla Türk hukukunda ayni sermayenin değeri kurucular tarafından takdir edilmemekte, henüz kuruluşun başlangıcında mahkemenin atadığı bilirkişilerce değerleme yapılmakta ve uygulamada da büyük bir çoğunlukla bilirkişinin biçtiği değer esas sözleşmeye yazılmaktadır.

Şu halde bütünüyle kendilerinin hâkimiyet alanlarının ve inisiyatiflerinin dışında gerçekleşen değer biçme prosedürü ile ilgili olarak kurucuların kurucular beyanında söz konusu değerlemenin uygunluğuna ilişkin bir açıklamada bulunmalarının beklenmesi kural olarak anlamlı değildir. Üstelik eTK'dan farklı olarak TK m. 343'te bu rapora kurucuların ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği ancak bu sürecin sonunda mahkemenin onayladığı bilirkişi raporunun "kesinleşeceği" hükme bağlanmıştır. Şu halde TK m. 343 ve 349 bir arada değerlendirildiğinde, örneğin kurucuların mahkemece atanan bilirkişi tarafından yapılan değerlemeyi düşük bularak memnun olmamaları ancak buna rağmen TK m. 349 uyarınca söz konusu değerleme raporunda ayın için verilen karşılığın uygunluğunu gerekçelendirmeye çalışmaları gibi garip bir durum ortaya çıkabilecektir.

Gerçi yukarıda ayrıca tartıştığımız ve yine orada belirttiğimiz üzere kesinleşen rapordaki değer ayni sermaye için esas sözleşmede gösterilecek değerin üst sınırını teşkil edecekse de, kurucuların bilirkişinin biçtiği değerin yüksek olduğunu tespit etmeleri halinde, ileride aşırı değerleme sebebiyle doğabilecek sorumluluklarını da dikkate alarak, bundan daha düşük bir değeri esas sözleşmeye yazmaları mümkündür[229]. İşte bu ihtimalde, yine yukarıda belirttiğimiz üzere,

---

eTK döneminde uygulamada asıl olarak başvurulan ani kuruluş durumunda ise bilirkişi mutlak olarak mahkeme tarafından tayin edilmekteydi (eTK m. 303/2, c.2). Dolayısıyla pratikte bilirkişilerin hemen daima mahkeme tarafından atanan ve bu bakımdan "bağımsızlık" nitelikleri ön planda olan kimseler olduğu açıktır.

[229] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, II, G.

kurucular beyanında bu değer indiriminin hangi gerekçelerle yapıldığı belirtilmelidir. Dolayısıyla çok fazla karşılaşılmayacak olan bu ihtimale özgü olarak kurucuların kurucular beyanında değerlemeye ilişkin bir açıklama yapmaları anlamlı olabilir. Buna karşılık, uygulamada çoğunlukla olduğu üzere kurucuların bağımsız bilirkişinin belirlediği değere –üstelik bunun mahkemece onanmak suretiyle "kesin" bir hal alması dolayısıyla haklı olarak- itibar etmeleri halinde, ayrıca bilirkişinin yaptığı bu değerlemenin yerindeliğini, üstelik TK m. 349'un ifadesiyle "belgeli" ve "gerekçeli" olarak ortaya koymakla uğraşmalarının yerinde olmadığı, zaten zahmetli olan mevsuf kuruluş sürecini daha da katlanılmaz bir hale getireceği söylenmelidir.

Üstelik yine TK m. 343'te değerleme raporunun içeriği ayrıntılı olarak belirlenmiş ve değer biçme raporunda yer alacak bilgilerin "tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre" açıklanacağı hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan TK m. 349'un kurucular beyanında yer almasını istediği ayni sermaye için verilen karşılığın uygunluğuna ilişkin bilgiler –üstelik fazlasıyla- değerleme raporunda mevcuttur. Değerleme raporunun da TK m. 336'da kuruluş belgeleri arasında sayılmış olması ve yine aynı hüküm uyarınca ortaklığın sicil dosyasına konulacak ve ayrıca ortaklık tarafından da beş yıl süre ile saklanacak olması karşısında[230] kamunun aydınlatılması bakımından da bu bilgilerin kurucular beyanında ayrıca yer almasının sağlayacağı fazladan bir faydadan bahsedilemez. Tüm bu açıklamalar karşısında TK m. 349'un her durumda kurucular beyanının içeriğinde "taahhüt edilen ayınlar için verilecek karşılığın uygunluğu"nun da belirtilmiş olmasını aramasının üzerinde çok iyi düşünülmüş bir düzenleme olmadığı ifade edilmelidir[231].

[230] Dahası TK m. 354/3'te de bilirkişi raporunun ticaret sicili müdürlüğüne tevdi edileceğinden ayrıca bahsedilmiştir. Bu hükmün 6335 sayılı kanunla değişmeden önceki halinde raporun ticaret siciline tescil ve ilanı düzenlenmişti.

[231] Ancak bu tespite rağmen TK m. 349'un bu açık emri karşısında uygulamada ayni sermaye için bilirkişi raporunda tespit edilen karşılığın uygun olduğuna dair bir ibarenin kurucular beyanında yer almasının aranacağı, buna ilişkin bir eksikliğin ticaret sicili müdürlükleri tarafından bir tescil engeli olarak nitelendirilebileceği tahmin edilebilir. Dolayısıyla bu yöndeki bir açıklamadan imtina edilebilmesi pratik olarak mümkün görünmemektedir. Nitekim yine uygulamada büyük ölçüde standart bir metin olarak dikkate alınacağı kolayca öngörülebilecek olan, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yayınladığı örnek "Kurucular Beyanı"nda bu yönde ibarelere de yer verilmiştir. Anılan metinde örneğin ayni sermaye olarak taşınmazların taahhüdü halinde *"Bilirkişi tarafından belirlenen tutar (Ticaret/Sanayi/Ticaret ve Sanayi Odası/Emlakçılar Esnaf Odası/İlgili Belediye vb.) tarafından verilen rayiç değerlere (Ek:) uygundur"*; bir ticari işletmenin veya anonim şirket hisselerinin taahhüdü

2. Taahhüt Edilen Aynın Şirket İçin Gerekli ve Yararlı Olması

TK m. 349'daki kurucular beyanına ilişkin düzenlemenin yabancı hukuklardaki benzerlerine göre önemli bir farklılığı da, ayni sermaye taahhüdü durumunda yalnızca verilecek karşılığın uygunluğunun belirtilmesi ile yetinmemesi, bunun dışında söz konusu ayni kıymetin ortaklık için hem gerekli hem de yararlı olduğunun ortaya konulmasını istemesidir. Bu itibarla sermayenin korunması ilkesi bakımından formel/rakamsal denetimin yanı sıra oldukça orijinal olarak nitelendirilebilecek bir de içeriksel denetime imkan tanınmıştır. Ancak bu noktada kuruculara/yönetim kurulu üyelerine geniş bir takdir hakkı tanınmasının uygun olacağı, gereklilik ve yararlılık konusunda bunların telakkilerinin kural olarak esas alınması gerektiği, dolayısıyla gereklilik ve yararlılık denetiminin mümkün olduğunca geniş bir biçimde anlaşılmasının yerinde olacağı söylenebilir.

E. Kurucular Beyanının Eksik veya Hatalı Olması

TK m. 336 gereğince kuruluş belgeleri arasında yer alan ve bu sebeple şirketin sicil dosyasına da konması gereken, yine TSY m. 69/1-b uyarınca kuruluşun tesciline ilişkin başvuruda yer alması icap eden kurucular beyanının eksik olması şirketin ticaret siciline tescili aşamasında bir tescil engeli teşkil eder. Dolayısıyla bu beyanın hiç yapılmadığını veya kanunun bu beyanın içeriğinde yer almasını istediği hususlarda eksiklik bulunduğunu yahut beyanda yer alan bazı bilgilerin açıkça gerçeğe aykırı olduğunu farkeden ticaret sicili müdürünün şirketin tescilinden kaçınması gerekir[232]. Ancak böyle bir eksikliğe veya hataya rağmen şirketin tescil edilmiş olması halinde dahi şirket geçerli bir biçimde kurulmuş sayılacaktır[233].

---

halinde *"Bilirkişi tarafından belirlenen tutar, işletmenin hesapları çerçevesinde incelendiğinde uygun bulunmuştur (Ek:)"*; bir taşınırın taahhüdü halinde ise *"Bilirkişi tarafından belirlenen tutar, Ticaret/Ticaret ve Sanayi Odasından alınan yazıdan anlaşıldığı üzere rayiç fiyatların ……olduğu (Ek:) dikkate alındığında uygun bulunmuştur"* gibi formülasyonlar kullanılmıştır.

[232] Alman hukukunda bu yönde Röhricht, **a.g.e.,** § 32/27; Pentz, **a.g.e.,** § 32/38, 39; Hüffer, **a.g.e.,** § 32/2; Solveen, **a.g.e.,** § 32/13; Polley, **a.g.e.,** § 32/10; kanuna ve amaca uygun olmayan bir kurucular beyanının ticaret sicili müdürünce reddedilebileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** § 10-33.

[233] Röhricht, **a.g.e.,** § 32/27; Hüffer, **a.g.e.,** § 32/2; Pentz, **a.g.e.,** § 32/38, 39; Solveen, **a.g.e.,** § 32/13; Polley, **a.g.e.,** § 32/10.

Öte yandan kurucular beyanının içeriğindeki gerçeğe aykırılıklar veya eksiklikler aynı zamanda hukuki ve cezai sonuçlara da yol açar[234]. TK m. 549'dan kaynaklanan hukuki sorumluluğun yanı sıra TK m. 562/5-a'da kurucuların TK'nın "349 uncu maddesine aykırı beyanda" bulunmaları üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasını gerektiren bir suç olarak tanzim edilmiştir. TK m. 349'a aykırı beyanın kapsamına bu maddenin aradığı asgari içeriğin kurucular beyanında yer almamasının yanı sıra buradaki bilgilerin gerçeğe aykırı olması hali de girer.

Madde metninde sarih bir biçimde ifade edilmemiş olmakla birlikte kurucular beyanının bir hesap verme tarafının olduğu maddenin kaleme alınış biçiminden ve madde gerekçesinden tahriç edilebilmektedir[235]. Gerçekten maddede yer verilen "dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesi", "belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar", "emsalleriyle karşılaştırılarak açıklanma" gibi ibareler söz konusu metni salt bir durum açıklaması olmaktan çıkarmakta ve kurucuların yaptıkları işlemlerin ve verdikleri kararların altındaki saiklerin/sübjektif telakkilerin de izhar edilmesini istemektedir. Madde gerekçesinde de "bilgiyi ve hesabı dürüst bir şekilde verme ilkesine" atıf yapılmış olması kurucular beyanının hesap verme cephesine işaret etmektedir. Bu sebeple beyanın içeriğindeki hata veya eksikliklerin bizatihi hukuki veya cezai sorumluluk sonucu doğurmasının yanı sıra kuruluştan doğan sorumluluk çerçevesinde açılacak herhangi bir davada da bu beyandaki açıklamaların davalı kurucuları bağlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir[236]. Bu açıdan kurucular beyanının belki de "davadan önce davalı olma" psikolojisi ile yazılması ve böylece kurucuların henüz ortaklığın doğumu aşamasında uzun vadeli ve dikkatle düşünmeleri, ileride karşılaşabilecekleri bir sorumluluk davasında kendilerini savunurmuş gibi hareket etmeleri istenmektedir.

---

[234] Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 235; Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 176.

[235] Kurucular beyanının hesap verme fonksiyonuna dikkat çeken bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** § 10-33; Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 174.

İsvBK m. 635'teki kuruluş beyanına ilişkin düzenlemede beyanın bu cephesi kanun metninde de açıkça zikredilmiştir. Maddede kurucuların yazılı bir beyanla yine maddede sayılan hususlarda "hesap verecekleri" (Rechenschaft geben) belirtilmiştir. Kuruluş beyanının hesap verme niteliği hakkında bkz. Böckli, **a.g.e.,** §1/398.

[236] Paslı, **AO Hükümlerinin Tanıtılması II,** s. 176.

BEŞİNCİ BÖLÜM

AYNİ SERMAYE BORCUNUN İFASI

I. GİRİŞ

Borçlar hukuku sistemimizin benimsediği taahhüt işlemi/tasarruf işlemi ayırımının bir gereği olarak anonim ortaklığa ayni sermaye getirilmesi durumunda da sermayenin taahhüdü ve bunun ortaklığa geçirilmesine yönelik tasarruf işlemi birbirinden ayrı iki aşamayı teşkil etmektedir. Bu bakımdan, daha önceki bölümde üzerinde durduğumuz taahhüt aşamasını takiben incelenmesi gereken, söz konusu taahhütlerin ifasına yönelik işlemlerin gerçekleştiği tasarruf aşamasıdır[1].

Belirtelim ki ortaklıklar hukukunun ve özellikle de sermaye ortaklıkları hukukunun kendine özgü ihtiyaçları ve bu kapsamda alacaklıların yegâne güvencesinin ortaklık malvarlığı olması dolayısıyla ortaya çıkan sermayenin tedariki/teşekkülü ilkesi, taahhüde konu ayni sermaye kalemlerinin ortaklığa geçirilmesi (tasarruf işlemi) noktasında da genel hükümlere istisnalar getirilmesine yol açmıştır. Bu istisnaların mahiyetinin ve derecesinin ne olduğu –özellikle taşınmazlar bakımından- eTK döneminde yoğun bir tartışmanın konusu olmuş, ancak nihayetinde gerek mahkeme içtihadının bir istikrar kazanması, gerekse doktrinde ağırlığın belirli bir yönde toplanması sonucunda bu konuda oluşan tartışma da önemli ölçüde çözüme kavuşturulmuştur.

İlginç olan nokta, geçmişte yaşanmış tartışmaları kesin bir sonuca ulaştırması beklenebilecek olan yeni TK'nın da yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra,

[1] Tasarruf işlemleri genellikle borçlandırıcı bir işlem dolayısıyla yüklenilmiş olan borcun yerine getirilmesi için yapılırlar ve bu bakımdan "ifa" anlamını taşırlar (von Tuhr, **a.g.e.,** s. 190; Ayiter, Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri,** Ankara 1953, s. 87, 90; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.,** s. 160). Türk Hukuk Lügati'nin "tasarruf" maddesinde yer verilen "Taahhütler tasarruflarla ifa edilir" şeklindeki ilkesel ifade de aynı gerçeği ortaya koymaktadır, bkz. **Türk Hukuk Lügatı,** s. 323. Dolayısıyla genel bir söyleyişle ifanın kural olarak bir tasarruf işlemi şeklinde ortaya çıkacağı söylenebilir. Bununla birlikte yine de her tasarruf işleminin ifayı tazammun etmediği, yine her ifanın da tasarruf işlemi şeklinde gerçekleşmediği belirtilmelidir. Gerçekten de örneğin alacağın temliki daima bir tasarruf işlemi niteliğinde olmasına rağmen, alacak mutlaka bir borcun ifası amacıyla devredilmediği gibi, yine iş görme edimi doğuran bir borç ilişkisinde de ifa fiili tasarruf işlemi niteliğinde değildir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 46).

aşağıda ayrıntılarına değineceğimiz benzer tartışmaların gündeme gelmesine yol açmış olmasıdır. Bu bakımdan ayni sermaye kalemlerinin ortaklık malvarlığına kazandırılması aşaması yeni TK döneminde de üzerinde kalem oynatılmasını gerektirecek bir alan olarak tebarüz etmiştir.

Şüphesiz ki ayni sermaye taahhüdünden/anlaşmasından doğan borcun ifası, anonim ortaklık bakımından bu ilişkinin en kritik safhasını teşkil eder. Zira ayni sermaye taahhüdü ile başlayan sürecin nihai amacı, taahhüde konu ayni sermaye kaleminin ortaklığın malvarlığına intikal etmesidir. Bu sonuç ise söz konusu taahhütten/sözleşmeden doğan edimin "ifa"sı ile meydana gelecektir. Şu halde her bir ayni sermaye kalemi bakımından ifa fiilinin ne olduğunun tespiti oldukça önemlidir. Zira ancak bu ifa fiilinin ne olduğunun tespiti sayesindedir ki, ifanın ne zaman talep edilebilir olduğu (muacceliyet) da belirlenebilecek, ayni sermaye borcunun hangi halde ifa edilmiş veya hangi halde ifa edilmemiş olduğu söylenebilecek ve nihayet bu borç bakımından temerrüdün ne zaman gündeme geleceği belirlenebilecektir. Yalnızca bu açıklamalardan dahi, bir anonim ortaklığın kuruluşunda yahut sermaye artırımında ayni sermaye taahhüdü söz konusu olduğu vakit, ortaklık ile iştirak müteahhidi arasındaki en çetin uyuşmazlıkların ifa aşamasında gündeme geleceği tahmin edilebilir. Dolayısıyla ayni sermaye kalemlerinin her biri açısından "ifa"nın ne suretle ve ne zaman gerçekleşeceğinin tespiti son derece önemlidir. Biz de aşağıda belli başlı ayni sermaye kalemleri bakımından ayrı başlıklar altında ifa meselesini incelemeye çalışacağız.

II. AYNİ SERMAYE BORCUNUN MUACCELİYET VE İFA ZAMANI KONUSUNDA TK'DAKİ SİSTEME GENEL BAKIŞ

Her bir ayni sermaye kalemi bakımından ifa fiilinin ve anonim ortaklığın sermaye konusu ayni kıymet üzerinde mülkiyet hakkını ne zaman kazandığının tespitine geçmeden önce değerlendirmek istediğimiz husus, TK m. 128'in anonim ortaklıkta ayni sermaye taahhüdünün muacceliyeti ve özellikle de ifa anına ilişkin bir sistem değişikliğine gidip gitmediği meselesidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ifa anının belirlenmesi konusunda hangi yorumun benimseneceği pratik sonuçları bakımından da önem arzedeceği için, bu konuda bir sistem değişikliğinin varlığı ihtimali de değerlendirilmek gerekir.

eTK döneminde doktrinde benimsenen kanaat gerek muacceliyetin gerekse ifanın en erken tescille birlikte gündeme geleceği yönünde idi. Gerçekten de bu dönemde –şirketin tescille kurulacağı ilkesinin varlığı karşısında- ayni sermaye borcunun tescille birlikte muaccel olacağı kabul edildiği gibi[2], ifanın da en erken şirketin tescili ile gerçekleşebileceği konusunda bir tereddüt bulunmamakta[3], ancak özellikle taşınırlar ve taşınmazlar bakımından şirketin tescili ile ifanın da gerçekleşmiş olup olmayacağı bir mesele olarak tartışılmaktaydı. Kısacası bu dönemde şirketin tescilinden önce bir adi ortaklık ilişkisinin varlığı kabul edilse de, ifanın tescilden önce gerçekleşmesi bahis konusu edilmiş değildi.

Buna karşılık yeni dönemde TK m. 335 ile "anonim şirket"in kuruluş anının açıkça tescilden önceki dönemde esas sözleşmenin tanzim ve imzası anına çekilmiş ve "tüzel kişiliği bulunmayan anonim ortaklık" kavramının kanunen mümkün hale gelmiş olması karşısında, TK bakımından tescilden önce ifa ilkesinin söz konusu olup olmadığının tartışılabileceği uygun bir teorik zeminin inşa edilmiş olduğu söylenebilir. Esasen doktrinde bu yönde ilkesel bir değişikliğin mevcudiyetine başta işaret edilmemişse de, Akdağ-Güney/Gümüş, seri olarak yayınladıkları ve anonim ortaklığa taşınmaz ve taşınırların sermaye olarak getirilmesini konu alan iki makalelerinde yeni TK bakımından bir yandan anonim ortaklıkta ayni sermaye borcunun şirketin tescilinden evvel şirket sözleşmesindeki imzaların noterce onaylanması ile doğacağını ve doğmakla muaccel olacağını belirttikleri gibi, ifanın da yine şirketin tescilinden önce gerçekleşeceğini, nitekim TK m. 128/2'de düzenlenen şerh/tevdi/kayıt yükümlülüklerinin yalnızca birer koruma tedbiri değil esasen "ifa edimi" olduğunu belirtmişler ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sermaye borcunun ifa edilmiş olduğu anlamına geleceği görüşünü savunmuşlardır[4]. Yazarlara göre şerh/tevdi/kayıt işlemleri ifa edimini teşkil etmekte ve böylece bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile birlikte sermaye borcu sona ermekte ancak ayni sermaye konusu malvarlığının mülkiyeti taahhüt eden kimsede kalmaya devam

[2] Bu konuda bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1025.

[3] Genel olarak bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 64; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1028 vd.; Ansay, **a.g.e.,** s. 77; İmregün, **a.g.e.,** s. 287.

[4] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 36 vd.; Akdağ Güney, Necla/Gümüş, Mustafa Alper, "Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", **Regesta,** C. 3, S. 3, 2013/3, s. 16 vd.; aynı yönde bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 114-115, 115 vd.

etmektedir. Bununla birlikte yine TK m. 128/2 ile kanun koyucu bu edimlere ikinci bir etki daha tanımış ve bunların yerine getirilmesi ile birlikte malik olmaya devam eden iştirak müteahhidinin malvarlığı kalemi üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkacağını da kabul etmiştir[5].

Aşağıda her bir ayni sermaye kalemi bakımından konuyu ayrıntılı olarak ayrıca inceleyecek olmakla birlikte şimdiden belirtelim ki biz, yeni TK'nın ayni sermaye taahhüdünün muacceliyeti ve ifa zamanı konusunda selefinden ayrılmak yönünde bir iradeyi içermediği, dolayısıyla özellikle TK m. 128/2'nin bu konuda sistem değişikliği anlamına gelecek şekilde yorumlanmasının da doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu başlık altında kanaatimizi dayandırdığımız çeşitli gerekçeleri, ayrıntısına aşağıda çeşitli kalemlere ilişkin başlıklar altında ayrıca girmek üzere, genel hatlarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

Her şeyden önce TK m. 128/2'nin lafzı ne şirketin tescilinden önce ifayı ne de "malik kalmaya devam eden" iştirak müteahhidinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını tazammun eder şekilde yorumlanmaya müsaade edecek bir işaret içermektedir. Anılan görüşün özellikle dayandığı TK m. 128/2, c. 1'in *"...takdirde ayni sermaye olarak kabul olunur."* şeklindeki ifadesi bilakis daha açık bir biçimde sermayenin taahhüdü aşamasına işaret etmekte ve taahhüt aşamasında riayet edilmesi gereken, üstelik –bizim anladığımız şekliyle- geçerlilik şartı dahi teşkil etmeyen bir hüküm getirmektedir. Öte yandan bu ifadede şerh/tevdi/kayıt yükümlülüklerinin ilgili malvarlığı kalemleri bakımından tasarruf yetkisi kısıtlaması sonucu doğuracakları yorumunu haklı kılacak en ufak bir ipucu da mevcut değildir. Kanun koyucunun bu derece önemli bir sistem değişikliğini bu kadar uzak bir ifade biçimiyle dile getirmiş olması akla yakın gözükmemektedir. Hatta madde gerekçesinde de böyle bir sonucu –hiç değilse ima eden- bir ifade yer almamaktadır. Aksine bizzat TK m. 128'in bütünü göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun bir sistem değişikliğini

[5] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 39, yazarlar TK m. 128/2 gereği yapılacak şerh/kayıt/tevdiye sermaye taahhüdünü ifa sonucu bağlanmış olduğundan, tasarruf yetkisi sınırlamasının da "örtülü olarak" bu sonuca bağlanan bir yan sonuç olarak kabul edilmesi gerektiğini, aksi halde örneğin taşınırlarda taahhüt edenin koruduğu tasarruf yetkisi ile söz konusu taşınırlar üzerinde tasarrufta bulunabileceği sonucunun çıkacağını, halbuki taahhüt edenin borcundan kurtulmasının kurtulduğu borçla ilgili sermaye unsurları üzerindeki tasarruf yetkisinin de ortadan kalkmasını gerekli kıldığını belirtmektedirler; **Taşınırlar,** s. 20-21.

arzu etmediği, böyle bir düşünce ile yola çıkmadığı sonucuna ulaşılabilir. Örneğin TK m. 128/7 eski sistemin devamının bir göstergesi şeklinde yorumlanmaya müsait olduğu gibi, TK m. 128/8'de ifanın güvence altına alınabilmesine yönelik ihtiyati tedbirlerden bahsedilmiş olması da, belki daha açık bir biçimde, kanun koyucunun bir sistem değişikliği iradesine sahip olmadığını, TK m. 128/2'deki tedbirlerin hiçbir şekilde ifa edimi olarak düşünülmediğini ortaya koymaktadır[6].

Öte yandan TK m. 335'in ön anonim şirket müessesine işaret etmiş olması da bu konuda varılacak sonuçta bir değişikliğe yol açmaz. Bir kere bizde ön anonim şirketin mahiyeti ve bununla ilgili olarak uygulanacak hükümler konusunda, ayrıntılara kadar inen istikrarlı bir uygulama ya da uzun yıllara dayalı bir öğreti yahut içtihat birikimi söz konusu olmadığı, bu konuda ancak genel bir takım ilkelere işaret edildiği için, bu aşamadaki şirketin ne tür bir hukuki varlığı bulunduğu, malvarlığı, ehliyeti vs. konularda da sistem değişikliğini haklı kılacak bir açıklık mevcut değildir. Kaldı ki hukukumuzda mevsuf kuruluş halinde dahi, nispeten uzun sürebilecek olan değerleme sürecinin de esas sözleşmenin tanziminden önce yapıldığı düşünülürse, kuruluşun uzamasına ve dolayısıyla ön şirket aşamasının kayda değer bir önem taşımasına yol açacak hükümler yer almadığından, TK m. 355'ten bahisle sermaye borçlarının ifasına ilişkin mevcut sistemden ayrılmayı haklılaştıracak bir ihtiyaçtan bahsedilemez. Üstelik TK m. 335 gereği şirketin kurulması ile ifa muaccel ve TK m. 128/2'deki şerh/tevdi/kayıt ile ifa gerçekleşmiş olmakta ise, aynı dönemde mülkiyetin neden ön anonim ortaklığa geçmediği ve iştirak müteahhidinde kaldığı sorusu da cevaplandırılmalıdır.

Yine ifanın şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce şerh/tevdi/kayıt ile gerçekleştiğini savunan görüş, bu fikri savunmak adına ifa konusunda özel hukukun temel prensiplerini zorlamakta ve sisteme aykırı bir yorum ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre tescilden önce ifa gerçekleşmekte ancak ifaya rağmen ayni sermaye konusu varlığın mülkiyeti iştirak müteahhidinde kalmaya devam etmektedir. Hâlbuki

[6] Akdağ Güney/Gümüş ise tüzel kişilik kazanıldıktan sonra anonim şirket tarafından taşınıra ilişkin borcun ifası talebinde bulunulmasının veya TK m. 128/8'de öngörülen ihtiyati tedbir müessesesine başvurulmasının esasen söz konusu olmadığını, zira ortada ifa edilecek bir borcun bulunmadığını belirterek, benimsedikleri yorum biçimine aykırı olan bu kanun hükmünü eleştirmektedirler, **Taşınırlar,** s. 19-20.

bilindiği üzere ifa "borçlanılan edimin yerine getirilmesidir"[7]; nitekim bu tanım ifanın edime uygun olması prensibinin de bir yansımasıdır. Ayni sermaye taahhüdünün konusu ise esas sözleşmede belirtilen varlığın anonim ortaklığın hâkimiyetine sunulmasıdır[8]. Dolayısıyla örneğin sermaye olarak bir taşınırın mülkiyetinin ortaklığa getirilmesi borçlanılmışsa, bu sermaye borcunun ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için kural olarak ifa fiilinin ifa sonucunu gerçekleştirmesi ve dolayısıyla öncelikle taşınır üzerindeki mülkiyeti ortaklığa geçirmesi icap eder. Bir yandan ayni sermaye taahhüdünün ifa edildiğinden, diğer yandan ise bu taahhüdünün konusunun gerçekleşmediğinden bahsedilmesi teorik olarak ancak bir istisnadır[9] ve bu bakımdan açık bir biçimde düzenlenmesi icap eder[10]. Dolayısıyla ortaklık sermaye konusu şeyin fiili hâkimiyeti bir yana, hukuken mülkiyetini dahi devralmamışken, sermaye borcunun ifa edilmiş olduğu sonucuna nasıl varıldığı izaha muhtaçtır[11].

---

[7] Bu tarif için bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 458; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 257.

[8] Bu konuda bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III.

[9] Nitekim Akdağ Güney/Gümüş de kısmen bu durumu ifade eder biçimde *"Taşınır bir edimin (?) ifasından bahsedebilmek için kural olarak zilyetliğin yanı sıra mülkiyetin de geçirilmesi gerekli"* olduğunu belirtmişler, ancak devamında *"...burada şirket henüz tüzel kişilik kazanmadığından mülkiyet geçişi yasal olarak mümkün değildir"* diyerek istisnayı gerekçelendirmişlerdir (Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 22). Ancak biz bu gerekçenin de yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira anonim ortaklığın kuruluş aşamasında tüzel kişiliği olmaması, mutlak olarak mülkiyet iktisabını engelleyen bir husus değildir. Bu durumda ön anonim ortaklığın mevcudiyeti dolayısıyla iç ilişkide anonim ortaklığa ilişkin kuralların uygulanacağı ve dolayısıyla ortaklığın bir malvarlığının bulunacağı söylenebileceği gibi, salt adi ortaklık kurallarının uygulanması halinde dahi pay sahiplerinin sermaye olarak getirilen şeye elbirliği ile malik olmaları pekâlâ mümkündür. Öte yandan hukukumuzda adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen, ortaklarının malvarlığından ayrı bir malvarlığının bulunabileceği de kabul edilmektedir (bkz. Şener, **Adi Ortaklık,** s. 179). Dolayısıyla ön anonim ortaklığa malvarlığı bakımından adi ortaklık hükümleri uygulandığında dahi, tüzel kişiliğin bulunmamasının ortaklığın bir taşınırın mülkiyetini iktisap etmesine engel bir husus olarak kabulü yerinde değildir.

[10] İfa fiili gerçekleşmesine rağmen ifa sonucunun gerçekleşmediği tipik hal mülkiyeti muhafaza kaydıyla satıştır. Gerçekten de bu durumda taşınırın zilyedliği alıcıya devredilmiş ve dolayısıyla ifa fiili gerçekleştirilmiş olmasına rağmen tarafların anlaşması uyarınca tasarruf işlemi geciktirici şarta bağlanmış olduğundan, geciktirici şart -genellikle satış bedelinin ödenmesi- teşkil eden olgu gerçekleşmediği sürece mülkiyet de intikal etmemekte, başka bir ifadeyle ifa sonucu doğmamaktadır. Ancak tam da bu istisnai yapısına uygun bir biçimde mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış taşınırlar bakımından MK m. 764'te özel olarak ve açıkça düzenlendiği gibi, ayrıca söz konusu hükümde bu sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılması ve özel siciline (mülkiyeti muhafaza sicili) kaydedilmesi şartına bağlanmıştır. Yine bu tür bir işlemin istisnai niteliği de dikkate alınarak taşınmazlar (BK m. 243/2) ve taşınır niteliğinde olmasına rağmen hayvanlar bakımından (MK m. 764/2) mülkiyetin muhafazası yoluyla satış imkânı tanınmamıştır.

[11] Hâlbuki bunun aksi, yani mülkiyet geçmiş olmasına rağmen sermaye borcunun ifa edilmemiş olmasını izah etmek hem sermaye taahhüdünün konusu bakımından mümkün, hem de bizzat kanun

Şirketin tescilinden önce şerh/tevdi/kayıt yoluyla ifa görüşünün bir başka zayıf noktası da bunun esas itibariyle kuruluş safhası dikkate alınarak ileri sürülmüş olması, buna mukabil kuruluşta ayni sermaye taahhüdüne ilişkin kuralların ayrıca uygulama alanı bulacağı sermaye artırımı ihtimali bakımından sağlamasının yapılmamış olmasıdır. Gerçekten de sermaye artırımı ihtimali açısından yapılacak bir değerlendirme, bu görüşün teorik izahını bir kat daha zorlaştıracaktır. Nitekim TK m. 459/3'te sermaye artırımında ayni sermaye konulmasına ilişkin TK m. 342'nin de kıyasen uygulanacağı belirtilmiş, TK m. 342/2 ise TK m. 128'i özel olarak saklı tutmuştur. TSY m. 73/1-g'de de sermaye artırımının tescili için ticaret siciline başvuru aşamasında ibrazı gereken belgeler arasında *"ayni sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge*[12]*"*nin de sunulması gerektiği ifade edilmiş ve böylece özellikle TK m. 128/2'nin sermaye artırımı bakımından da uygulama alanı bulacağı teyid edilmiştir. Bu hale göre nakit dışındaki varlıkların anonim ortaklığa sermaye artırımı çerçevesinde taahhüdü söz konusu olduğu takdirde bunların sermaye artırımına ilişkin kararın tescilinden önce şerh/tevdi/kayıt edilmiş olmaları icap eder.

Ancak bu sonuç kabul edilince ortaya teorik olarak izahı iyiden iyiye zor bir durum çıkmaktadır. Gerçekten de madem ki şerh/tevdi/kayıt birer ifa eylemidir, o halde bu işlemlerin yapıldığı anda ifası gereken bir borcun da mevcudiyetine ihtiyaç vardır. Hâlbuki kuruluştan farklı olarak sermaye artırımında bu işlemlerin gerçekleştiği aşamada "sermaye borcu" bir tarafa, "sermaye" dahi oluşmuş değildir. Kuruluş aşamasında hiç değilse içeriğinde esas sermaye miktarının ve ortakların taahhütlerinin de yer aldığı esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalarının noterce onaylanması ile sermaye oluşmakta ve sermaye borcu da doğmaktadır; bu aşamayı

---

koyucunun TK'da alacaklar bakımından açıkça öngördüğü bir ihtimaldir. Aşağıda taşınırlarda sermaye borcunun ifasını incelerken belirteceğimiz ve doktrinde ilk kez Moroğlu'nun isabetle vurguladığı üzere, taşınırlarda sermaye borcunun ifası şirketin tescili ve mülkiyetin nakli ile değil, ortaklığın taşınır üzerinde fiilen hâkimiyet kurması ile gerçekleşir. Bu sonuç sermaye taahhüdünün yukarıda ifade ettiğimiz konusu ile de uyum içindedir. Aynı şekilde şirket tüzel kişilik kazanmakla birlikte sermaye olarak konan alacakların mülkiyetini TK m. 128/4 gereğince iktisap edecekse de, TK m. 130/1 uyarınca bu alacak tahsil edilmiş, yani fiilen ortaklığın hâkimiyetine geçmiş olmadıkça sermaye borcu ifa edilmiş olmayacaktır. Dolayısıyla mülkiyetin geçmiş olmasına rağmen sermaye borcunun ifa edilmemiş sayılması, bizzat kanun koyucunun mümkün gördüğü bir hukuki tasarımdır.

[12] Burada taşınırlara ilişkin tevdi yükümlülüğünden bahsedilmemiş olmasının hükmün kaleme alınışındaki ihmalden kaynaklandığı kabul edilmelidir.

takiben yapılacak şerh/tevdi/kaydın ifa olarak nitelenmesi nispeten daha kolaydır. Oysa sermaye artırımında artırımın konusunu teşkil eden sermayenin oluşması için sermaye artırımı kararının tescili şarttır (TK m. 456/5, 455)[13]. Dolayısıyla tescilden önce sermaye ve paylar oluşmadığı için, tescil aşamasından önce yapılması gereken şerh/tevdi/kayıt işlemlerine ifa edimi denecekse, henüz doğmamış bir borcun ifasından bahsetmek gibi garip bir sonuç daha gündeme gelecektir[14].

Nihayet belki de bu noktada benimsenecek yorum bakımından en önemli mesele, ifanın şirketin tüzel kişilik kazanmadığı bir aşamada yapıldığının kabul edilmesinin pratik sonuçları bakımından hangi faydaları sağlayacağıdır. Gerçekten de bu yöndeki bir yorum şayet tüm istisnai ve ilkeden sapan yanlarına rağmen şayet ortaklık bakımından daha elverişli sonuçlara yol açacaksa, amaçsal bir bakış açısıyla bu sonuca varmanın imkânı üzerinde düşünmeye değebilir.

Bu açıdan da biz bahsi geçen fikrin sağlayacağı özel bir faydanın bulunmadığı kanaatindeyiz. Hatta aksine bu görüş nihayetinde ortaklığın ve sermayenin tedariki/teşekkülü ilkesinin değil olsa olsa iştirak müteahhidinin korunmasına hizmet eder. Zira örneğin taşınırlar bakımından düşünüldüğünde şayet iştirak müteahhidinin sermaye borcunu tevdi işlemi ile birlikte ifa ettiği kabul edilecekse, bu durumda tevdi ile ortaklığın taahhüt konusu taşınırı fiilen hâkimiyetine aldığı an arasında üçüncü kişilerin taşınırı güvenilir kişiden iyi niyetle

---

[13] Esas sermaye artırımı bakımından da uygulama alanı bulacağı bizzat TK m. 456/5'te belirtilen TK m. 455'in son fıkrasında *"Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez."* denilmek suretiyle bu sonuç ifade edilmiştir. Bu arada hemen belirtelim ki söz konusu cümlede *"üçüncü kişilere karşı…hüküm ifade etmez"* denmiş olması dolayısıyla, bu defa iç ilişki bakımından sermayenin oluştuğundan da kesinlikle bahsedilemez. Nitekim eTK döneminde, TK m. 455'e karşılık gelen eTK m. 390'ın, üçüncü kişiler bakımından bir ayırıma gitmeyen *"Değiştirme kararı tescilden önce hüküm ifade etmez"* şeklindeki son cümlesini değerlendiren ve bu ifadenin mutlak olarak yorumlanmaması gerektiğini, artırım kararının ortaklar arasındaki iç ilişkide bir takım sonuçlar doğuracağının kabulünün zorunlu olduğunu ifade eden Moroğlu da (**Esas Sermaye Artırımı,** s. 74-75, 100), her halükarda sermaye artırımının gerek iç gerekse dış ilişkide ancak tescille tekemmül edeceğini, sermaye artırımının tescilinin her iki durumda da kurucu nitelikte olduğunu açıkça ifade etmiştir (**Esas Sermaye Artırımı,** s. 75, 100).

[14] Gerçi bu noktada şarta bağlı borçların şartın gerçekleşmesinden ve dolayısıyla borcun doğumundan önce ifasının mümkün olduğu ve hatta bu durumda ifada bulunanın kural olarak verdiğini geri isteyemeyeceği (BK m. 78/1; bu konuda ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **C. II,** s. 508), sermaye artırımında da sermaye artırımının tescili şartına bağlı bir borcun ifasının söz konusu olduğu söylenebilir. Ancak bu halde dahi hukuki tasarımın istisnai niteliği açıktır ve dolayısıyla anılan görüşün kuraldan saptığı/marjinalleştiği bir başka örnek olarak bu hal de zikredilebilir.

iktisap etmeleri halinde[15], taşınırın ortaklığın hâkimiyetine sunulması imkânsız hale gelmiş ve dolayısıyla sermaye esasen tam olarak teşekkül etmemiş olmasına rağmen sermaye koyma borcunun ifa edildiği, pay sahibinin de sermaye borcundan kurtulduğu sonucuna varılması kaçınılmaz hale gelecektir[16]. Hatta güvenilir kişi olarak bizzat taşınırı sermaye olarak taahhüt eden iştirak müteahhidinin seçilmesi halinde bu kimsenin iyi niyetli üçüncü kişilere söz konusu taşınırı devretmesi durumunda bu iktisaplar da korunacak, buna rağmen "tevdi" ifa fiili olarak kabul edildiğinden tamamen kötü niyetle hareket eden iştirak müteahhidinin sermaye borcunu ifa ettiği sonucuna varılmak mecburiyeti doğacaktır. Üstelik ortaklık her ne kadar iştirak müteahhidinin/pay sahibinin kötü niyeti dolayısıyla ona karşı uğradığı zararın tazmini için sözleşmeye aykırılık dolayısıyla dava açabilecekse de, bir kere sermaye borcu ifa edilmiş kabul edileceğinden, böyle bir ortakla yollarını ayırmak için yegâne imkân durumundaki ıskat yaptırımına da başvuramayacaktır. Yine taşınmazlar dışında kendi özel sicilleri bulunan ayni kıymetlere ilişkin kayda tanınan iyi niyeti kaldırıcı etki de şirketin tescilinden (mülkiyetin geçmesinden) önce üçüncü kişilerin bu kıymetler üzerinde yapacakları iktisapları kesinlikle etkilemeyeceği için[17, 18], bu ihtimalde de "kayıt" işlemi ifa olarak değerlendirildiği takdirde aynı sonuç doğacaktır.

---

[15] Güvenilir kişinin bu anlamda emin sıfatıyla zilyed olduğu yönünde bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, C, 1, d.

[16] Anılan görüş şerh/tevdi/kayıt ile iştirak müteahhidinin sermaye konusu şey üzerindeki tasarruf yetkisinin de kalkacağını kabul etmekte ise de, bu sonucun kabulü dahi tasarruf yetkisi bulunmayan kimseden iyi niyetle yapılan iktisapların geçerliliğine halel getirmeyeceğinden, belirttiğimiz sonucun doğması pekâlâ mümkündür.

[17] Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, C, 1, c.

[18] Akdağ Güney/Gümüş bu halde yapılacak kaydın da malikin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedirler, bkz., **Taşınmazlar,** s. 39. Buna göre bu kayıt karşısında ilgili sicillerde malikin talebi ile üçüncü kişiler lehine tasarrufta bulunulması mümkün değildir. Hâlbuki TK m. 128/2 lafzi olarak ifayı tazammun eden hiçbir işaret taşımadığı gibi, aynı şekilde özel sicillere yapılacak kaydın tasarruf yetkisi kısıtlaması anlamına geldiğini gösterecek herhangi bir iz de yoktur. SAİT m. 4/6 düzenlemesi de TK m. 128/2'nin uygulamada tasarruf yetkisi kısıtlaması sonucu doğurmayacağını ortaya koymaktadır.

Oysa ki hakkın sahibinin tasarruf yetkisine de sahip olması kural, bunun aksi, yani hak sahibinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması ise istisnadır (Ayiter, **Tasarruf Muameleleri,** s. 133, 135). Şu halde kanun koyucu şayet bir kimsenin hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamak istiyorsa bunu istisnai düzenlemenin ruhuna uyguna olarak "açıkça" yapması icap eder. TK m. 128/2'nin ifa sonucu bakımından olmadığı gibi, tasarruf yetkisi kısıtlaması bakımından da böyle bir açıklığı içermediği bizce şüphesizdir.

Benzer bir sakınca hasarın kimin üzerinde olduğu sorunu bakımından da söz konusudur. Zira şayet sermaye borcunun şerh/tevdi/kayıt ile ifa edildiği sonucuna varılırsa, artık sermaye konusu şeye ilişkin hasarın ne zaman ortaklığa geçtiği tartışması dahi gündeme gelmeyecek, ifanın şerh/tevdi/kayıt ile gerçekleşmiş olması dolayısıyla bu andan itibaren sermaye konusu şeyin ortaklığa fiilen intikalini imkânsızlaştıracak olan "hasar"a şirket katlanmak durumunda kalacaktır. Hâlbuki alelade bir satım sözleşmesinde dahi BK m. 208/1 uyarınca satılanın yarar ve hasarı taşınırlarda zilyedliğin devri, taşınmazlarda ise tescilin gerçekleşmesi ile birlikte alıcıya intikal etmektedir. Oysa "alıcı" konumundaki kişinin daha ziyade korunması gereken ihtimal, anonim ortaklığa ayni sermaye taahhüdü halidir; bu durumda sermayenin tedariki/teşekkülü ilkesi ve anonim ortaklıklar hukukunun kamu menfaatini ilgilendiren cephesi, hiç şüphe yok ki hasarın geçmesi noktasında anonim şirketin alelade bir satım sözleşmesinin alıcısından daha çok korunmasını gerektirir. İfanın şerh/tevdi/kayıt ile gerçekleşeceği yönündeki görüş ise satım sözleşmesindeki korumayı dahi ortaklığa sağlamamaktadır[19].

Hâlbuki kanun koyucu alacaklarda TK m. 128/4 gereği şirketin tescili ile mülkiyetin geçeceğini kabul etmiş, buna rağmen ifanın ancak tahsil ile gerçekleşeceğini düzenleyerek (TK m. 130), alacaklar bakımından ortaklığa iştirak müteahhidi aleyhine böylesine avantajlı bir konum sağlamışken, diğer ayni sermaye kalemleri bakımından şirket-iştirak müteahhidi arasında iştirak müteahhidinden yana bir tutumun sergilenmiş olmasının nedenini izah etmek güçtür[20]. Dolayısıyla böyle bir farklılığın doğmasını engellemek ve böylece her türlü ayni sermaye kalemi bakımından ortaklığın menfaatlerini ve dolayısıyla sermayenin tedarikini/teşekkülünü öncelemek adına, ifa fiilinin şerh/tevdi/kayıt dışındaki bir anda aranması kanımızca zaruridir.

[19] Bu noktada bir an için Akdağ-Güney/Gümüş'ün benimsediği şekilde şerh/tevdi/kayıt fiilleri ile ifa eyleminin gerçekleştiği ancak ifa sonucunun doğmadığı kabul edilse dahi ulaşılan sonuç değişmeyecektir. Zira bu halde de satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması durumunda ifa fiilinin gerçekleşmesi hasarın geçişi için yeterli olacak, ayrıca ifa sonucunun gerçekleşmesi aranmayacaktır (bu konuda bkz. Yavuz /Acar /Özen, **a.g.e.,** s. 71; Nomer/Engin, **a.g.e.,** s. 65). Dolayısıyla bu görüşün kabulü halinde de hasar, ifa fiili niteliğindeki şerh/tevdi/kayıt ile ortaklığa intikal etmiş olacaktır.

[20] Alacaklar bakımından benimsenen bu sonucun diğer ayni değerler bakımından da kabulü gerektiği yönünde Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 50.

III. AYNİ SERMAYE BORCU BAKIMINDAN İFA KAVRAMI

İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir[21]. Bu tanıma nazaran ayni sermaye borcunun ifa edilip edilmediğinin belirlenebilmesi yahut farklı bir ifadeyle ayni sermaye borcu bakımından "ifa"nın ne olduğunun tespiti için, ayni sermaye borcunda "borçlanılan edim"in ne olduğunun öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekir.

Ayni sermaye anlaşması kapsamında borçlanılan edim çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Genel bir çerçeve çizildiğinde daha ziyade ayni sermaye sözleşmesi kapsamında ya bir temlik borcunun (örn. taşınır, taşınmaz veya bir hak üzerinde mülkiyetin veya intifa hakkının devri) yahut kullandırma borcunun (taşınır, taşınmaz veya hakkın kullanımının ortaklığa bırakılması) gündeme geleceği tespit edilebilir. Hatta uygulamada ayni sermaye taahhüdünden bahsedildiğinde çoğu defa bir aynın (ve genellikle de bir taşınmazın) mülkiyetinin ortaklığa geçirilmesinin borçlandığı görülmektedir[22].

TK'da ayni sermaye sözleşmesinden kaynaklanan edimin tam olarak neye tekabül ettiği, ifanın ne şekilde gerçekleşeceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu durumda ifanın ne olduğunu belirlerken özellikle kanun koyucunun sermaye taahhüdünün ifasından beklentisinin ne olduğu tespit edilmeye çalışılmalıdır. Anonim ortaklıkta esas sermaye sistemi ve bununla bağlantılı olarak ortakların şirket borçlarından sorumlu olmamaları yönündeki ilke, sermayenin eksiksiz ve tartışmasız bir biçimde teşekkül etmesini zaruri kılar. Dolayısıyla sermayeyi oluşturan kalemlerin de hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaklığın hâkimiyetine sunulmuş olması gerekir. Anonim ortaklık sermayesinin eksiksiz bir şekilde oluşması konusunda kanun koyucunun gösterdiği hassasiyet, ifanın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağını tespit ederken de gösterilmek zorundadır.

Bu çerçevede genel bir formül olarak, ayni sermaye taahhüdünün ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için şirketin taahhüt konusu şey üzerinde serbestçe

[21] İfanın bu tanımı için bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 458; Oğuzman/Öz, **a.g.e.,** s. 257.

[22] Nitekim kanun koyucunun düzenleme biçimi de ayni sermaye taahhüdü kapsamında daha ziyade temlik borcu doğuran edimlerin söz konusu olduğu düşünülerek vazedilmiş gibidir. Örneğin TK m. 128/3, 4 ve 5'in kaleme alınış tarzı bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

tasarruf edebilecek bir konuma kavuşmuş olması gerektiği söylenebilir. Şirkete ayni sermaye taahhüdü kapsamında nasıl ve ne tür bir "hak" vaad edilmişse, şirket o hak üzerinde bu vaade uygun bir biçimde tasarruf etme imkânına tam olarak sahip olduğu anda ifanın da gerçekleştiğinden söz edilebilir. Bu konum ona tam olarak sağlanmış olmadığı müddetçe ortada bir "ifa" da yoktur. Bu husus tespit edilirken sermayenin tedariki/teşekkülü ilkesinin icapları göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla örneğin ayni sermaye sözleşmesi kapsamında nakit dışı bir varlığın anonim ortaklığa üzerindeki mülkiyet hakkı ile birlikte getirilmesi borçlanılmışsa, hukuken söz konusu varlık üzerindeki mülkiyetin intikal etmiş olması mutlaka ifanın da mevcut olduğu anlamına gelmeyebilir. Anonim ortaklıklar hukuku anlamında ifadan bahsedebilmek için belirttiğimiz üzere ortaklığa bu malvarlığı kalemi üzerinde serbestçe tasarruf imkânının fiilen de sağlanması, taahhüt konusunun *"hukuken iktisabedilme(si) yanında fiilen de ortaklığın malvarlığına dâhil olma(sı)"* [23] gerekir. Böylece sermaye konusu malvarlığı değeri hukuken ortaklığa intikal ettikten ancak fiilen hâkimiyeti altına girmeden önce örneğin iyi niyetli üçüncü kişilerce iktisap edilmiş veya başka bir şekilde şirketin bu şeyden faydalanma imkânı ortadan kalkmış ise sermaye borcunun sona ermediği söylenebilecek, böylece kanun koyucunun üzerinde hassasiyetle durduğu sermayenin eksiksiz bir biçimde oluşmasına yönelik menfaatin korunması da mümkün olacaktır.

Aşağıda her bir sermaye kalemine ilişkin açıklamalar kapsamında ifanın ne zaman gerçekleştiği belirlenirken de bu husus dikkate alınacak ve ifa sonucunun ancak sermayenin teşekkülünü mümkün kılacak nitelikteki eylemler için tanınmasına dikkat edilecektir.

[23] Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 50. Doktrinde bu ayırım üzerinde ilk kez dikkatle duran ve özellikle taşınmazlar dışındaki kıymetler bakımından mülkiyetin nakli ile sermaye taahhüdünün ifasının birbirinden ayırılması gerektiğine vurgu yapan Moroğlu'dur. Yazarın özellikle taşınırlara ilişkin bu yöndeki açıklamaları aşağıda ilgili başlık altında tekrar değerlendirilecektir.

IV. TAŞINMAZLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET VEYA DİĞER AYNİ HAKLAR

A. TK'nın Konuyu Düzenleyiş Biçimi ve Doktrinde Ortaya Çıkan Yaklaşımlar

Taşınmazlar üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunda ifanın ne zaman ve ne şekilde gerçekleşeceği ile ilgili temel düzenleme tüm ticaret şirketleri bakımından genel nitelikteki TK m. 128'de yer almaktadır. Bahsi geçen hükmün 5. fıkrasında *"Taşınmaz mülkiyetinin veya diğer ayni bir hakkın sermaye olarak konulması halinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir"* dendikten sonra 6. fıkrada da *"Mülkiyet ve diğer ayni hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı istemde bulunabilme hakkı saklıdır"* denilerek bir bakıma beşinci fıkra tamamlanmıştır. Bu genel hüküm dışında –eTK'dan farklı olarak- anonim ortaklıklara özgü bir düzenleme TK'da yer almamaktadır[24].

İlk bakışta TK m. 128/5'in taşınmazlar üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin taahhüt edilmiş olması durumunda bunların ne zaman ve hangi işlem neticesinde ortaklığa intikal edeceklerini açık bir biçimde ortaya koyduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında hükmün çağrıştırdığı ilk düşünce, yeni TK'nın açık bir biçimde tescilsiz iktisap sonucunu reddettiği, eTK döneminde doktrin ve içtihadın benimsediği genel yaklaşıma[25] paralel olarak taşınmazlar üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların

[24] TK'nın konu ile ilgili olarak yer verdiği düzenleme öncelikle kanun tekniği açısından selefinden farklıdır. Nitekim eTK'da TK m. 128/5 ve 6'nın karşılığı yoktur. Konu anonim ortaklıklara özgü olarak bunlara ilişkin dördüncü fasılda eTK m. 285/2 kapsamında ele alınmış, fıkranın ikinci kısmında taşınmazlar üzerindeki mülkiyet veya sair ayni hakların anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesinin *"bu hakların şirketin hükmi şahsiyet kazanmasiyle beraber tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması"* anlamına geleceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan içerik itibariyle de özellikle TK m. 128/6 c.1 ile getirilen ticaret sicili müdürünün tapu sicilinde re'sen tescil isteme yetkisi/görevi tamamen yeni bir düzenlemedir.

[25] eTK m. 285/2'de bir tescilsiz iktisap halinin düzenlenmediği yönünde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 202; Moroğlu, Erdoğan, "Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayni Hakkın Konulması Taahhüdü", **Makaleler I,** 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2006, s. 37 vd.; Ansay, **a.g.e.,** s. 78-79; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1029; Değirmenci, Cenker, **Anonim**

ancak tapu sicilinde yapılacak bir tescil ile (ne şekilde?) ve ancak tescili takiben (ne zaman?) ortaklık malvarlığına intikal edeceğidir[26].

Bununla birlikte doktrinde ilk olarak Kendigelen, -hükmün çağrıştırdığı bu ilk sonuca uygun olarak yorumlanması gerektiği yönündeki kanaatini de belirttikten sonra- TK m. 128/5'in kullandığı *"...şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir"* şeklindeki ifadenin, bir ticaret şirketine sermaye olarak taahhüt edilen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılması bakımından tescilin kurucu bir rol oynamayacağı, yalnızca söz konusu taşınmaz üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılmasını mümkün hale getireceği şeklindeki yorumlara da dayanak teşkil edebileceğine işaret etmiştir[27].

Nitekim doktrinde yeni TK ile ilgili olarak yayınlanan çeşitli eserlerde de taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların sermaye olarak taahhüdü halinde ortaklığın ancak tapu sicilinde gerçekleşecek tescilden sonra ilgili ayni hakkı iktisap edeceği kanaati serdedilmiş ve bu konuda en azından ticaret hukuku öğretisinde farklı bir görüşe bir süre rastlanmamışken[28], daha sonra özellikle eşya hukuku doktrininde ticaret şirketlerine sermaye olarak taahhüt edilen ayni değerlerin ortaklığın ticaret siciline tescili ile beraber şirkete intikal edeceği ve böylece yeni bir tescilsiz iktisap halinin daha ihdas edildiği yönünde görüşler belirtilmiş[29], takiben

---

Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006, s. 30; Yargıtay'ın aynı yöndeki görüşü için bkz. Yargıtay İİD, 07.11.1967, 9022/9735; 11. HD, 18.04.1989, 88-2888/2366; HGK, 10.04.1991, 15-80/196 sayılı kararlar; tescilsiz iktisap görüşünde bkz. İmregün, **a.g.e.,** s. 287.

[26] Nitekim TK Tasarısına ilişkin değerlendirmesi kapsamında, TK m. 128/5 ile eTK dönemindeki tartışmalara nokta konduğu ve tescille iktisap görüşünün benimsendiği yönünde Özdamar, **a.g.m.,** s. 111.

[27] Kendigelen, **İlk Tespitler,** 1. Bası, s. 103, dn. 8; 2. Bası, s. 125 dn. 8; takiben aynı yöndeki tereddütlerini dile getiren ancak yine de böyle bir yorumun fazlaca lafzi olacağını belirterek, hükmün amacına, genel hükümlere ve öğretideki baskın görüşe uygun olarak TK m. 128/5'te tescile dayalı bir iktisap halinin öngörüldüğü yönündeki kanaatini belirten Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri,** s. 3900 ve dn. 33; Kendigelen'i takiben aynı yönde Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 337; Poroy/Tekinalp, Kendigelen'in yorumunun ilgi çekici olduğunu ve sorunun tartışılması gerektiğini ifade ettikten sonra, yine de sonuç olarak hükmün amacının bir kez daha tescil ilkesini vurgulamak olduğu yönünde görüş belirtmiştir, Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I,** N. 128a.

[28] Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları,** §10-53, 54; Pulaşlı, **a.g.e.,** § 5/77; Karahan/Giray, **a.g.e.,** s. 119; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 355-356.

[29] Sirmen, A. Lale, **Eşya Hukuku,** 2. Bası, Ankara 2014, s. 396; Ayan, **C. I,** s. 326, yazar yalnızca anonim ortaklıklar sermaye olarak taşınmaz konulması halinden bahsetmekte ise de TK m. 128'in tüm ticaret şirketlerine uygulanacak bir hüküm olduğuna dikkat edilmelidir; tescille iktisap görüşünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 417 ve s. 199, dn. 613.

2013 yılında yayınlanan ortak makalelerinde Akdağ Güney/Gümüş, TK m. 128/5 ile MK m. 705/2 arasındaki ifade paralelliğini merkeze almak ve ayrıca diğer gerekçelerle desteklemek suretiyle aynı görüşü ayrıntılı bir biçimde savunmuşlardır[30].

B. TK m. 128/5 Hükmünün Yorumlanması

TK m. 128/5'in tercih ettiği ifadenin MK m. 705/2 c. 2'nin tescilden önce kazanılan mülkiyet hakkının hükümlerini düzenlerken kullandığı ifadeye paralel olması, TK m. 128/5'in yeni bir tescilsiz iktisap halini düzenlediği görüşünün savunulmasını mümkün kılan lafzi gerekçeyi teşkil etmektedir. Ancak doktrinde tescilsiz iktisap görüşünü savunan yazarlar şüphesiz başka gerekçelere de dayanmışlar ve bu bakımdan tescilsiz iktisabın hem kanun koyucunun amacına hem de menfaatler dengesine uygun bir çözüm yolu teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Biz özellikle lafızlar arasındaki bu benzerliğe rağmen, TK m. 128/5'in bir tescilsiz iktisap hali oluşturmadığı, bu bakımdan eTK döneminde benimsenen çözümün yeni dönem bakımından da uygun bir hal tarzı teşkil ettiği kanaatindeyiz. Aşağıda bu görüşümüzü dayandırdığımız gerekçeleri ortaya koymaya çalışacağız.

1. Tescilsiz İktisap Görüşünün Hukuk Teorisi Bakımından Ortaya Koyduğu Açmazlar

Tescille iktisap görüşü bakımından olduğu gibi, tescilsiz iktisap görüşünün kabul edilmesi halinde de öncelikle cevaplanması gereken soru –yukarıda da ifade ettiğimiz üzere- ifa ediminin ne olduğudur. Zira şayet ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilen taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya sair ayni haklar tescil işleminden önce şirketin malvarlığına intikal ediyor ise, bu durumda sermaye borçlusunun bu borcunu tescille değilse ne zaman ve hangi işlemle kazandığının açıklanması ve böylece bu kabulün teorik temelinin kurulması icap eder.

Nitekim doktrinde yeni dönemde tescilsiz iktisap görüşünü gerekçeleri ile birlikte savunan Akdağ Güney/Gümüş de bu hususa değinmişler ve sermaye borcunun ifası sonucunu doğuran işlemin TK m. 128/2'de düzenlenen "şerh" olduğu

[30] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 33 vd.; aynı yönde Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 122, 124 vd.

sonucuna varmışlardır. Yazarlara göre iştirak müteahhidi, esas sözleşmede taşınmazın sermaye olarak taahhüt edilmesini ve mahkemece değerinin belirlenmesini sağladıktan sonra söz konusu taşınmaz hakkında TK m. 128/2 gereğince tapuya şerh verdiği takdirde edimini ifa etmiş olmaktadır. Yazarlar bu noktada "şerh işlemi"nin ifa edimi olarak ortaya çıktığını açıkça belirtmektedirler[31]. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak bir yandan iştirak müteahhidinin sermaye koyma borcu şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce sona ermiş olacak, ancak öte yandan yine aynı kimse ayni sermaye koyma borcunu ifa etmiş olmasına rağmen "hak sahibi olmaya" devam edecek, nihayet borcun ifa edilmesi sonucunu doğuran şerh işlemi "örtülü olarak" iştirak müteahhidinin tasarruf yetkisini de sınırlayacağı için taahhüt edenin hak sahibi olmaya devam etmesinin doğurabileceği sakıncalar da önlenmiş olacaktır[32].

Tescilsiz iktisap görüşünün teorik bir temele oturtulabilmesi için ifa ediminin tapuda gerçekleşecek tescilden önceki bir aşamada bulunması zorunluğundan kaynaklanan böyle bir yorumun, çeşitli açılardan elverişsiz ve ayrıca özel hukuk teorisi bakımından da izahının güç olduğu kanaatindeyiz. TK m. 128/2 şerh işlemini, sermaye olarak taahhüt edilen nakit dışı değerlerin ayni sermaye olarak "kabul edilebilme"sinin[33] şartı olarak değerlendirmiştir. Böylece şerh işlemi, ayni sermaye koyma borcunun konusunun (ayni sermaye) geçerli bir biçimde oluşmasını sağlayacak bir ön şart haline getirilmiştir; bu bakımdan anılan işlem borcun ifası/tasarruf aşamasına değil borcun doğumu/taahhüt aşamasına ilişkin bir görev üstlenmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce taahhüt aşamasına ilişkin bir kurala tasarruf aşamasına ilişkin bir etki atfedilmesi yerinde değildir.

Dahası amaçsal bir değerlendirme yapıldığında da şerh işlemine, kanunun öngördüğü fonksiyonun ötesine geçilerek ifa sonucunun bağlanması, esasen yeni dönemde TK m. 128/2 uyarınca tapu siciline yapılacak şerhin varlığı karşısında gereksiz bir önlemdir. Gerçekten de TK m. 128/2 gereğince yapılacak şerh ister – bizim benimsediğimiz üzere- kişisel hakkı güçlendirici bir şerh, isterse bir tasarruf

[31] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 38.

[32] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 39.

[33] Bunun ne anlama geldiği hususunda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, C, 3.

yetkisi kısıtlamasının şerhi olarak kabul edilsin, her halükarda şerhin yapılmasından sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin iyi niyetle ayni hak iktisap etmelerine engel olacak, böylece ortaklığı iştirak müteahhidinden ve üçüncü kişilerden kaynaklanacak tehlikelere karşı koruyacaktır. Bu bakımdan söz konusu düzenleme ile sermayenin eksiksiz bir biçimde teşekkülü bakımından ihtiyaç duyulan tedbir alınmıştır. Ortaklığa böyle bir koruma sağlandıktan sonra, şirketin henüz tüzel kişilik kazanmadığı bir sırada ifanın gerçekleştiğinden veya "şerh" işleminin ifa sonucunu doğurduğundan bahsetmek, gereksiz yere hukuk teorisini zorlamak anlamına geleceği gibi, yine bu korumaya rağmen istisnai nitelikteki tescilsiz iktisap hallerine bir yenisini eklemeye ihtiyaç olup olmadığı hayli şüphelidir[34].

Yine aynı hukuki çerçevenin bir sonucu olarak Akdağ Güney/Gümüş'ün, ifa edimi niteliğindeki şerh işlemine rağmen taahhüt edenin hak sahibi olmaya devam etmesinden[35] veya farklı bir ifade ile şerh işlemi neticesinde taahhüt edenin *"mülkiyetinde olan bir malvarlığı unsuru malvarlığından çıkmış olmadan borcundan kurtul"*acağından[36] bahsetmeleri de şerh işlemine tanıdıkları sonuç ile TK m. 128/2 düzenlemesinin telif edilmesi gayretinden kaynaklanmaktadır. Bu tasarıma göre ayni sermaye taahhüdüne ilişkin ifa öyle bir ifa edimidir ki, bunun neticesinde ifanın konusu olan malvarlığı unsuru ifadan sonra dahi ifayı gerçekleştirenin malvarlığında kalmaya devam etmektedir. Başka bir deyişle burada tasarruf işlemi niteliğinde olmayan bir ifa ediminden söz edilmektedir. Hâlbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere kural olarak "ifa" tasarruf işlemi niteliğindedir[37]. Yine daha önce aktardığımız üzere ifanın tasarruf işlemi niteliği arzetmediği haller mevcutsa da, bu haller esas itibariyle

[34] Nitekim Akdağ Güney/Gümüş, TK m. 128/2'deki şerhe tanıdıkları ifaya bağlı olarak tasarruf yetkisini kaldırma işlevinin, şerhin üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırıcı işlevini çoğu zaman işlevsiz bırakacağını belirtmekte, iyi niyeti ortadan kaldırıcı etkinin önem kazanacağı istisnai bir hal olarak ise şerhe rağmen iştirak müteahhidi ile kazandırıcı bir tasarrufi işlem yapan kişiden daha sonra diğer üçüncü kişilerin iktisapta bulunması ihtimalini zikretmektedirler. Yazarlara göre bu durumda ilk iktisap sonrasında müktesip adına yapılacak tescil, şerhin tasarruf yetkisini kaldıran işlevi nedeniyle yolsuz hale gelecek, daha sonraki üçüncü kişilerin TK m. 1023'e dayalı iyiniyetle iktisapları ise şerhin iyi niyeti kaldırıcı etkisi sayesinde engellenecek, dolayısıyla bu son halde TK m. 128/2 c. 2'de anılan etki önem kazanacaktır (**Taşınmazlar,** s. 41-42).

Bu noktada TK m. 128/2, c.2 düzenlemesinin şerhin hükmünü düzenlemek bakımından bir anlamı olup olmadığı konusundaki görüşümüz için bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, C, 1, a.

[35] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 39.

[36] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 41.

[37] Bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, I.

malvarlıksal nitelik taşımayan edimlere ilişkindir; bu kapsamda örneğin bir hizmet ediminin ifası[38] veya bir yapmama ediminin ifası tasarruf işlemi niteliği taşımayabilir. Hâlbuki, taşınmazın ayni sermaye olarak taahhüdü halinde olduğu gibi, malvarlıksal nitelik taşıyan bir edimin ifa edilmesinin söz konusu malvarlığı üzerinde bir etkisi olmayacağını, bir başka ifadeyle bu durumda ifanın bir tasarruf işlemi niteliği taşımayacağını düşünmek gerçekten de zordur[39]. Sistemi bu derece zorlayacak bir tasarımı tercih etmek konusunda çekingen davranmak, hele böyle bir zorlamaya gitmeksizin de ortaklığın menfaatlerini korumak mümkünken, herhalde tercih edilmesi gereken yoldur.

Özetle bize göre TK m. 128/2'deki şerh müessesesinin yukarıda da belirttiğimiz üzere ayni sermaye taahhüdü aşamasına ilişkin bir husus olduğu, şerhin kişisel hakkı kuvvetlendirerek taahhüt ile ifa arasındaki dönemde üçüncü kişiler lehine yapılabilecek tasarruflar karşısında ortaklığa koruma sağlayacağı ve nihayet -kuralı gereksiz yere zorlamaksızın- ifa fiili olarak taşınmazlara ilişkin genel kurala uygun bir biçimde tescilin kabul edilmesi halinde bu tür teorik izah güçlükleri ile karşılaşılmayacağı açıktır.

2. Genel Olarak Tescilsiz İktisap Halleri Karşısında Ayni Sermaye Taahhüdünün Durumu

a. Lafız Bakımından

Hukukumuzda taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tescilsiz iktisap edildiği hallere ilişkin toplu bir düzenleme MK m. 705/2'de yer almaktadır. Bu fıkrada miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hallerinin yanı sıra "kanunda öngörülen diğer hallerde" mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı hükme bağlanmış, dolayısıyla tescilsiz iktisap halleri bakımından sınırlayıcı olmayan bir sayım yapılmıştır. Buna göre gerek MK'da gerek farklı kanunlarda bunlar dışında da tescilsiz iktisap hallerinin yer alması mümkündür.

[38] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 46.

[39] İfa ediminin ifa sonucunu doğurmaması halinin de bir istisna teşkil ettiği yönünde bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, I.

Bu bakımdan TK m. 128/5 hükmü ile yeni bir tescilsiz iktisap halinin ihdas edilmesinin önünde kural olarak bir engel yoktur; MK m. 705/2'nin açık düzenlemesi gereği kanun koyucunun böyle bir tasarrufta bulunması pekâlâ mümkündür.

Bununla birlikte yine MK m. 705/2'nin belirttiği gibi tescilsiz iktisap halinin varlığı sonucuna varılmasının şartı kanunda bunun öngörülmüş olmasıdır. Kanunun bir tescilsiz iktisap hali öngörmüş olduğunun kabul edilebilmesi için kullanılması gereken standart bir ifade tarzından bahsedilemez; bu itibarla tescilsiz iktisap sonucunu ortaya koymaya müsait olmak kaydıyla nispeten açık veya daha az açık ifadelerle bu hususun düzenlenmesi mümkündür. Nitekim örneğin MK m. 105'in *"Özgülenen malların mülkiyeti ile haklar, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçer"* şeklindeki hükmüyle açık bir biçimde tescilsiz iktisap hali düzenlendiği gibi, MK m. 54'ün *"Tüzel kişiliğin malvarlığı, kanunda veya kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça ya da yetkili organı başka türlü karar vermedikçe, en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçer"* şeklinde nispeten daha az açık bir ifadenin de bir tescilsiz iktisap halini hükme bağladığı hususunda ittifak vardır. Kısacası tescilsiz iktisap halinin var olduğundan söz edilebilmesi için mutlak olarak aranan bir ifade yok ise de eşya hukuku bakımından temel bir ilke olan, taşınmazlarda mülkiyetin tescille kazanılması kuralının istisnasını teşkil eden bu hallerin muhtemel tereddütleri önleyecek tarzda kaleme alınmalarının gerektiği söylenebilir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde MK m. 705/2 c. 2'nin tescilsiz iktisabın hukuki sonucunu düzenlerken istimal ettiği ifadeye, aynı şekilde TK m. 128/5 metninde de yer verilmiş olması, TK m. 128/5'in hiç değilse lafzı itibariyle tescilsiz iktisap hali olmaya elverişli olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak az önce ifade ettiğimiz gibi çok temel bir kuraldan sapma anlamına gelecek bir düzenlemenin yalnızca izlenim uyandıran bir ifadeye dayalı olarak kabulüne tereddütle yaklaşmak gerekir. Üstelik dikkat edilirse bu ifade iktisabın ne şekilde ve ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bir kural getirmemekte, yalnızca yeni malikin tasarruf yetkisinin doğum anını ortaya koymaktadır. Bu düzenlemeye rağmen yeni malikin tasarruf yetkisini kazandığı an ile mülkiyeti kazandığı anın aynı olması (tescil anı)

pekâlâ mümkündür. Nitekim böyle bir tereddüte yol açmamak için MK m. 705/2'nin ilk cümlesinde ayrıca ve son derece açıkça, anılan hallerde *"mülkiyet tescilden önce kazanılır"* denilmiştir. Hâlbuki TK m. 128/5'te yalnızca tasarruf yetkisinin kazanılma anı belirtilmiş, buna mukabil mülkiyetin kazanılma anına ilişkin açık bir tespite yer verilmemiştir. Üstelik aynı maddenin dördüncü fıkrasında taşınırlar bakımından teslimsiz iktisap istisnası düzenlenirken açıkça *"tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde* ***malik sıfatıyla*** *doğrudan tasarruf edebilir"* denmişken, bir sonraki fıkrada taşınmazlar bakımından da tescilsiz iktisap düzenlenmek istenmiş ise neden benzer bir açıklığa yer verilmediğini izah etmek güçtür. Aynı madde içerisindeki bu lafız farklılığına bir anlam yüklemek gerektiği kanısındayız. Bu bakımdan salt lafza yönelik bir değerlendirmede dahi TK m. 128/5'ten tescilsiz iktisap sonucunun çıkarılması bizce mümkün değildir.

b. Tescilsiz İktisap Hallerinin Genel Karakteri Bakımından

Öte yandan tescilsiz iktisap hallerine genel bir bakış da taşınmazın sermaye olarak taahhüdünün bir tescilsiz iktisap hali olarak düzenlenmesinin sistemin geneli ile uyumlu bir tercih olmayacağını ortaya koymaktadır. Bu noktada kanunun hangi hallerde tescilsiz iktisaba hükmettiğinin, başka bir ifadeyle hangi ortak özelliklerin görüldüğü durumlarda tescilsiz iktisap sonucunu düzenlediğinin belirlenmesi önem taşır.

Bu açıdan bakıldığında tescilsiz iktisap hallerinin esas itibariyle hukuki bir işleme dayanmayan iktisaplar bakımından gündeme geldiği görülecektir[40]. Gerçekten örneğin MK m. 705/2'de düzenlenen miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma veya bu madde dışında tescilsiz iktisap halleri olarak kabul gören kişiliği sona eren bir tüzel kişinin mallarının kamu kurum ve kuruluşuna geçmesi (MK m. 54), MK m. 708 uyarınca yeni oluşan arazinin devlete ait olması gibi hallerin tamamında taşınmazın iktisabı bir hukuki işleme dayanmaksızın gerçekleşmekte, bu hallerin bir kısmında malikin rızası hilafına iktisap gerçekleşirken, bir kısmında ise iktisap için rızasına başvurulabilecek bir kimse bulunmamaktadır. Öte yandan Tekinay'ın belirttiği üzere tescilli iktisapların ortak

[40] Bu hususa dikkat çeken Moroğlu, **Sermaye Olarak Taşınmaz Mal,** s. 38.

sebebi de *"mülkiyeti geçirme yükümünü doğuran hukuki işlemler"*dir[41]. Tüm bu verilerin ortaya koyduğu manzara dikkate alındığında, tereddüt edilen hallerde tescilli ve tescilsiz iktisap durumlarını birbirinden ayırmak için, söz konusu iktisabın bir hukuki işleme dayanıp dayanmadığına dikkat edilmesinin önem taşıdığı söylenebilir.

Şu halde bir hukuki muameleye dayalı olarak gerçekleşen devirlerde aslolan, gayrimenkul mülkiyetinin tescil ile iktisap edilmesidir[42]. Bütünüyle tarafların rızası ile akdedilen bir şirket sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen bir taahhüt bakımından mülkiyetin tescilsiz iktisap edileceği sonucuna varılması, tescilsiz iktisap hallerinin ortak mahiyetleri dikkate alındığında kolay olmasa gerektir. Bu bakımdan salt madde lafzının yaptığı çağrışımla, genel kuralın bir istisnası olduğu şüphesiz olan tescilsiz iktisap sonucuna varılabilmesi, ayni sermaye sözleşmesinin tescilsiz iktisabın öngörüldüğü diğer hallerle olan yapısal farklılığı da dikkate alındığında kanımızca mümkün değildir.

3. Sermayenin Teşekkülü/Tedariki İlkesi Bakımından

Kanımızca, özellikle TK ile ihdas edilen yeni tedbirler sonrasında, tescilsiz iktisap görüşünün kabul edilmemesi sermayenin teşekkülü/tedariki ilkesi bakımından da kayda değer bir olumsuzluk oluşturmayacaktır.

Nitekim tescilsiz iktisap görüşünü savunan yazarların da bu bakımdan zikredebildikleri yegâne olumsuzluk, tescilli iktisap görüşünün kabulü halinde şirketin, tüzel kişilik kazanması ile tapuda tescilin yapılması arasında geçen sürede taşınmazın mülkiyetini kazanamayacak ve üzerinde tapusal nitelik taşımayan tasarruflarda dahi bulunamayacak oluşudur[43].

---

[41] Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 655.

[42] Bu bakımdan Moroğlu kanun koyucunun tescilsiz iktisap hallerini kabul ederken, tapu kütüğüne tescil ile sağlanan aleniyetin az çok gerçekleştiği tipik halleri seçtiğini, -yazarın aynı makalede ortaya koyduğu, ticaret ortaklıklarına sermaye olarak taşınmaz mal konulmasına ilişkin taahhütlerin satış sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü ile bağlantılı olarak- bunun ötesinde tescilsiz iktisap imkânının satım sözleşmelerine kadar genişletilmesinin hem bu hallerin ihdasının altında yatan fikre, hem istisnaların dar yorumlanması prensibine, hem de tapu kütüğü esasının benimsendiği MK sistemine aykırı düşeceğini belirtmektedir, bkz. Moroğlu, **Sermaye Olarak Taşınmaz Mal,** s. 38.

[43] Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınmazlar,** s. 51.

Ancak kanımızca bahsi geçen bu olumsuzluk da tescille iktisap kuralından ayrılmayı gerektirecek önemde değildir. TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürünün şirketin ticaret siciline tescili ile birlikte taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer ayni hakların da tapu siciline tescili için "resen ve hemen" yapacağı, ayrıca aynı fıkrada şirketin tek taraflı talepte bulunma hakkının da muhafaza edildiği düşünüldüğünde, şirketin tüzel kişilik kazanması ile tapuda gerekli tescilin yapılması arasında geçecek sürenin çok kısa olacağı veya taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen şirket yönetiminin bunu tek taraflı tescil talebi sonrasında kolayca gerçekleştirebileceği söylenebilir. Üstelik daha önce taşınmaz malikinin şirket esas sözleşmesinde yer alan ve TK m. 128/3 gereği resmi şekil şartının yerine geçen taahhüdüne istinaden tapu sicilinde şirket lehine TK m. 128/2'deki şerhin de yapılmış olduğu dikkate alındığında, normal temliklerde dahi çok uzun bir süre gerektirmeyen tapudaki tescil işleminin, ayni sermaye taahhüdü halinde çok daha kısa bir sürede halledileceği rahatlıkla söylenebilir. Yine TK'nın benimsediği sistem uyarınca anonim şirketin kuruluşu oldukça kısa bir sürede bitirilebileceği için, şerh ile tescil arasında geçecek süre de muhtemelen kısa olacak ve dolayısıyla bu kısa süre içerisinde şirketin taşınmaz üzerinde tasarruflarda bulunamayacak olmasının önemli bir sorun teşkil etmeyeceği de rahatlıkla söylenebilecektir. Netice itibariyle şirket bakımından kesinlikle tahammül edilemez bir yük anlamına gelmeyecek olan bu sürenin, tescille iktisap prensibinden ve bu prensibin koruduğu menfaatlerden vazgeçmeyi gerektirecek mahiyette bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, TK m. 128/2 ile getirilen şerh müessesesinin tapuda şirket adına tescil gerçekleşene kadar üçüncü kişilerin muhtemel iyi niyetli iktisaplarına (MK m. 1023) karşı şirketi koruyacağı, dolayısıyla örneğin eTK döneminden farklı olarak şirket adına tapuda tescilin yapılmamış olmasının bu sebebe dayalı olarak şirketin zarara uğramasına yol açmayacağı, bu bakımdan da tescilsiz iktisap görüşünün savunulmasının şirketin korunması bakımından bir fark yaratmayacağı belirtilmelidir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde özellikle yeni TK'nın getirdiği koruma tedbirleri sonrasında, bu koruma tedbirlerinin mevcut olmadığı eTK döneminde dahi

rağbet görmeyen tescilsiz iktisap görüşünün savunulmasını gerektirecek bir şirket menfaatinin bulunmadığı kanaatindeyiz.

4. Tescilsiz İktisabın İstisnai Niteliği

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının ve sınırlı ayni hakların kazanılmasının kural olarak tapu sicilinde gerçekleşecek tescile bağlı olduğu (MK m. 705/1), kanunda ayrıca ve açıkça belirtilmek kaydıyla tescilsiz iktisabın mümkün olduğu hallerin ise istisnayı teşkil ettiği tartışmasızdır.

Bu bakımdan kanunlarda yer alan bir hükmün tescilsiz iktisabı düzenleyip düzenlemediğine ilişkin bir değerlendirme yapılırken de bu hususun göz önünde bulundurulması ve istisnaların mahalline maksur olarak yorumlanacağı ilkesinin dikkate alınması gerekir. Şu halde TK m. 128/5 hakkında aynı yönde yapılacak bir yorumda da diğerlerinin yanı sıra istisna-kural ilişkisinin de değerlendirmede rol oynayacak bir faktör olduğu şüphesizdir. Bu açıdan bakıldığında esasen hukuki işlem dışı iktisaplar bakımından gündeme gelen tescilsiz iktisap müessesesinin, bu nitelikte olmayan ayni sermaye taahhütleri bakımından da uygulanması, tescilsiz iktisabın istisnai niteliğiyle bağdaşmayacaktır[44].

C. Tasarrufi Muamelelere İlişkin Öngörülen Özel Usul (TK m. 128/6)

1. Tapu Sicilinde Tescil Talebinde Bulunmaya Yetkili Kimseler

TK m. 128/6, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların ticaret şirketlerine sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde tasarruf işleminin bir an evvel gerçekleştirilmesini ve böylece ortaklığın söz konusu değerler üzerinde tasarruf edebilmesini sağlamak üzere istisnai nitelikte bazı düzenlemelere yer vermiştir.

Hükmün ilk cümlesi eTK'da yer almayan tamamen yeni bir düzenlemedir. Buna göre *"Mülkiyet ve diğer ayni hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili*

[44] Moroğlu, **Sermaye Olarak Taşınmaz Mal,** s. 38.

sicile resen ve hemen yapılır". Madde gerekçesinde de ifadesini bulduğu üzere bu düzenleme ile eTK döneminde rastlanan, şirketin ticaret siciline tesciline rağmen sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın uzun süre tapuda iştirak müteahhidi adına kayıtlı kalması şeklindeki sorunun önüne geçilmesi hedeflenmiştir[45].

TK m. 128/6 c.2'de ayrıca eTK döneminde de m. 285/2 ile sağlanan ve şirketin bizzat tapu siciline başvurarak, esas sözleşme ile sermaye olarak taahhüt edilen gayrimenkulün kendi adına tescilini talep imkânı muhafaza edilmiş, hatta bu imkân gayrimenkuller dışında sicili bulunan diğer kıymetler bakımından da uygulanacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla pek çok durumda ticaret sicili müdürünün ilk cümle gereği ilgili sicile –taşınmazlar bakımından tapu siciline- yapacağı bildirim ikinci cümlenin uygulanmasına gerek bırakmayacak ise de bir ihmal dolayısıyla ortaklığın zarara uğramaması bakımından söz konusu imkâna başvurulması da mümkündür.

Bu noktada ayrıca benimsediğimiz tescille iktisap görüşünün bir sonucu olarak şirket adına tapu sicilinde tescil yapılıncaya kadar taşınmazın maliki kalmaya devam eden iştirak müteahhidinin de bu tescilin yapılması amacıyla tapu siciline başvurmasının mümkün olup olmadığı akla gelebilir. Kanımızca iştirak müteahhidi halen malik sıfatını uhdesinde tuttuğuna ve ayrıca TK m. 128/6 şirket lehine fazladan bir imkân getirdiğine göre, TK m. 128/6 ile ulaşılmak istenen sonucun malikin

[45] Gerçekten de uygulamada rastlanan ve Yargıtay kararlarına da yansıyan uyuşmazlıklarda ortak/ortaklar şirket sözleşmesinde bir taşınmazı anonim şirket lehine ayni sermaye olarak taahhüt etmekte, taahhüt edilen taşınmaz fiilen de ortaklığın kullanımına tahsis edilmekte, ancak taşınmaz malikinin aynı zamanda şirketin yönetiminde bulunmasına da bağlı olarak tapuda ortaklık adına tescil gerçekleştirilmemektedir. Bu şekilde fiilen ve nizasız olarak uzun yıllar ortaklığın kullanımında kalan taşınmazın sonradan tescili noktasında yaşanan ihtilaflar dolayısıyla açılan "tescil davası" niteliğindeki davalarda Yargıtay ilk zamanlarda MK m. 716/eMK m. 642 kapsamındaki bu davalardan kaynaklanan şahsi talep haklarının da BK m. 147/b. 4-BK m. 126/b. 4 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu, ancak uzun süren fiili durum ve özellikle taşınmazın alacaklıya teslim edilmiş olması karşısında "taahhüdün ifa edileceği hususunda alacaklıda haklı bir güven duygusu" yaratılmış olduğu gerekçesiyle bu durumda zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini belirterek ortaklık lehine sonuca ulaşmış (bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD, 18.04.1989, 88-2888/2366); daha yakın tarihli kararında ise Moroğlu'nun bu yöndeki görüşüne atıf yapmak suretiyle anonim ortaklığa ait tescili talep hakkının bir borçlanma işlemi değil tasarruf işlemi olduğunu, bu sebeple borçlanma işlemlerine uygulanabilecek zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin eTK m. 285/2'ye dayalı tescili talep haklarının kullanımında gözetilemeyeceğini içtihat etmiştir (Yargıtay 11. HD, 11.04.2002, 706/3409). Böylece Yargıtay, eTK'nın bıraktığı boşluktan kaynaklanan sorunları ihtilafın ortaya çıkması sonrasında hakkaniyeti gözeten bir yorumla aşmaya çalışmıştır. TK m. 128/6'da ticaret sicili müdürüne getirilen bildirim yükümlülüğü ile amaçlanan, meseleyi salt pay sahibinin veya ortaklığın inisiyatifine terketmeksizin, daha baştan bu tip ihtilafların çıkmasına mani olmaktır.

beyanı ile gerçekleşmesini engellemenin de haklı bir gerekçesi olamaz. Bu bakımdan TK m. 128/6 *"Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır"* diyen MK m. 1013/1'in uygulanmasını engelleyen değil, sermaye taahhüdünün alacaklısı yararına bu hükme ek bazı imkânlar tanıyan bir düzenleme olarak yorumlanmalıdır. Üstelik tescil gerçekleşmediği sürece sermaye borcu ifa edilmiş olmayacağından, tescilin gerçekleşmesinde taşınmazın maliki olan iştirak müteahhidinin de menfaatinin bulunduğu şüphesizdir. Tüm bu sebeplerle ticaret sicili müdürü ve şirketin yanı sıra iştirak müteahhidinin de şirket lehine tescil talebinde bulunmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz[46].

2. Tapu Siciline Yapılacak Bildirimin Zamanı

TK m. 128/6'da ticaret sicili müdürünün bu bildirimi "resen ve hemen" yapacağı belirtilmiş ise de, hangi anda yapacağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak işin doğası gereği şirket ile ticaret sicil müdürünün ilk olarak kurucuların şirketin ticaret siciline tescili talebi ile ticaret sicili müdürlüğüne başvurmaları anında karşılaşacakları dikkate alındığında, ticaret sicil müdürünün yapacağı bildirimin de bu aşamadan önce gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu bakımdan hükmün lafzı açıkça bildirim anını belirtmiyor ise de fiilen kurucuların şirketi ticaret siciline tescil için yapacakları başvurudan önce ticaret sicilinin TK m. 128/6 anlamında bildirimde bulunması da gündeme gelmeyecek, dolayısıyla örneğin ön şirket adına bir tescil bildiriminin yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmasına gitmeye yer olmayacaktır. Nitekim örneğin TK m. 128/4'te taşınırlar ve diğer değerler bakımından mülkiyetin geçiş anının şirketin tüzel kişilik kazanma anı olduğu dikkate alındığında, TK'nın sistemi içerisinde kural olarak tüzel kişiliğin kazanılmasından önce sermaye borcunun ifasının beklenmediği, kanun koyucunun öngörüsünün bu olmadığı söylenebilir. Ayrıca zaten TK m.128/2 gereği yapılacak şerh ile kuruluş sürecinde şirkete yeterli koruma sağlanmış bulunduğu da düşünülürse, esasen tescilden önceki bir aşamada ifanın gerçekleşmesine ihtiyaç bulunmadığı da söylenebilir.

[46] Nitekim SAİT m. 6/2'de de tebliğin -kendi düzenleme tarzı içinde dahi hatalı olan- tabiri ile "eski hak sahiplerinin" yalnızca "yeni hak sahipleri aleyhine" sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapılmayacağını düzenlemiş olması da bu yorumu desteklemektedir.

Nitekim bu konuyla ilgili olarak Bakanlığın yayınladığı SAİT m. 4/5'te ticaret sicili müdürünün, şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasından sonra bu bildirimi yapacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu fıkrada şirketi tescil eden ticaret sicili müdürlüğünün "şirketin tescili ile eş zamanlı olarak" aynı tebliğin 5. maddesinde düzenlenen hususları bildireceği hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan hukuken mümkün olduğu düşünülse bile, ticaret sicili uygulamasının da şirketin tescilinden önce yapılacak böyle bir bildirimden kaçınacağı tahmin edilebilir.

3. Tapu Sicilindeki Kaydın Ortaklık Lehine Tadili

a. Genel Olarak

TK m. 128/6 düzenlemesinin açık hükmü gereği ticaret sicili müdürlüğünün bildirimini alan ilgili tapu sicil müdürlüğünün, tapu sicilinde şirket lehine gereken değişikliği yapması icap eder. Bu sonuç TK m. 128/6'nın geçmiş dönemde yaşanan sıkıntıların yeni dönemde yaşanmamasını temin etmek amacıyla vazedilmiş olması ile de uyumludur. Tapudaki sicil kaydının, iştirak müteahhidinin veya şirket yönetiminin harekete geçmesinden bağımsız olarak, ticaret sicili müdürünün bildirimi ile ortaklık lehine değiştirilmesi neticesinde şirket taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının veya diğer bir ayni hakkın sahibi konumuna gelecek, başka bir deyişle bu andan itibaren taşınmaz üzerindeki mülkiyet veya diğer sınırlı ayni hak ortaklık tarafından iktisap edilmiş olacaktır.

Ancak kanunun esasen herhangi bir tereddüte yer vermeyen bu düzenlemesi, konuyla ilgili ikincil mevzuat eliyle büyük ölçüde farklı bir noktaya taşınmış görünmektedir. İkincil mevzuatın, kanunla açıkça çeliştiği durumlarda bile, uygulamaya yön vermek bakımından ülkemizde sahip olduğu etki dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelere daha yakından bakılması elzemdir.

b. SAİT m. 6/1, c. 1 ile Getirilen Düzenleme:

Nitekim SAİT m. 6/1 ile getirilen düzenleme TK m. 128/6'nın şartsız bir biçimde tanıdığı imkânı şarta bağlamış ve ticaret sicili müdürlüğünün bildirimini alan ilgili sicili tutan kurumun *"kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine*

imkân tanıyan durumlarda" mal ve hakları yeni sahipleri adına tescil edeceği hükmünü getirmiştir. Böylece tebliğe göre TK m. 128/6'nın kullandığı ifadenin aksine ticaret sicili müdürünün bildirimi üzerine her durumda değil, ancak ilgili sicilin kendi kayıtlarında resen tescil yapabildiği durumlarda sicilde değişiklik yapılacaktır. Diğer hallerde ise yine SAİT m. 6/1, c. 2 uyarınca ticaret sicili müdürlüğünün bildirimi üzerine ilgili sicil kendi kayıtlarına *"mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh"* koyacak ve bu aşamadan sonra *"ilgililerin"* başvurusu üzerine tescil gerçekleştirilecektir.

Söz konusu hüküm her şeyden önce kanunun herhangi bir şarta tabi kılmadığı bir uygulamayı kayıtlaması bakımından sorunludur. Ayrıca burada bahsi geçen şart ile tam olarak neyin ifade edildiği, *"Kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkân tanıyan durumlarda"* ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği açık değildir. Kural olarak tapu sicilinin talep üzerine işlem yapılan bir sicil olduğu düşünüldüğünde (MK m. 1013/1; TapuST m. 16/1), bu ibarenin ticaret sicili müdürünün bildirimi üzerine tapu sicilinde ortaklık lehine gereken değişikliğin yapılmasına engel olup olmayacağı akla gelen ilk sorudur.

Nitekim SAİT'in 31.10.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasından kısa bir süre sonra Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı, 06.02.2013 tarihinde bu düzenlemeyi de dikkate alan bir Genelge[47] yayınlayarak, söz konusu soruyu, tapu sicili özelinde açık kanun hükmünün hilafına olarak cevaplamıştır. Anılan genelgenin "C-Ayni Sermaye Konulması" başlıklı kısmının ikinci maddesinde tapu müdürlüğünün ticaret sicili müdürünün bildirimini aldığı anda SAİT m. 6/1'de bahsedilen şerh işlemini gerçekleştireceği belirtilmiş, devamında ise aynen *"İdaremizce taşınmazların aynî sermaye olarak konulmasının re'sen tescili mümkün olmadığı için, ilgililerin başvurusu üzerine şirketin harç bağışıklığı yoksa gerekli harç ve döner sermaye ücreti alındıktan sonra taşınmaz ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılabilir."* denilerek TK m. 128/6 uyarınca

[47] 2013/7 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı Genelgesi.

yapılacak bildirimin tapu sicilinde ortaklık lehine gerekli değişikliğin yapılması için yeterli olmayacağı, "ilgililer"in talebinin ayrıca bekleneceği ifade edilmiştir[48].

SAİT m. 6/1 ve onu takiben yayınlanan 2013/7 sayılı genelgenin bu hükmü anlama biçimi açıkça kanuna aykırıdır. TK m. 128/6 tapu sicili özelinde ele alındığında MK m. 1013/1'in vazettiği tescilin taşınmaz malikinin talebi üzerine yapılması kuralına şirketler hukuku özelinde bir istisna getirmiş ve malikin yanı sıra şirkete de tescili talep yetkisi verdiği gibi, dahası ticaret sicili müdürüne de taahhüde konu taşınmazın tapudaki kaydının şirket lehine değiştirilmesi konusunda hiçbir şüpheye yer vermeyecek derecede açık bir biçimde hem yetki ve hem de görev vermiştir. Çok açık bir biçimde TK m. 128'in gerekçesinde de zikredildiği üzere bu istisnanın tanınmasının amacı, eTK döneminde uygulamada rastlanan ve tapuda ortaklık lehine gerekli değişikliklerin uzun süre yapılmamasından kaynaklanan sorunların önüne geçmektir. Hâlbuki SAİT m. 6 ve anılan genelgenin onu yorumlayış biçimi, kanun koyucunun bu yöndeki açık iradesini yok sayarak, fiiliyatta benzer problemlerin yeni dönemde de yaşanmasına ve özellikle tapuda şirket lehine yapılması gereken değişikliğin uzun süre ihmal edilmesine yol açabilecek niteliktedir.

Öte yandan her ne kadar genel olarak SAİT ve özelde m. 6'nın TK m. 128 ile uyumsuz olduğu açık ise de, kanımızca SAİT m. 6/1, c. 1'de kullanılan *"kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda"* ibaresinin, ticaret sicili müdürünün bildirimi üzerine tapu sicilinde ortaklık lehine icap eden değişikliğin yapılmasını engelleyecek bir şart olarak anlaşılması da zorunlu değildir. Bu bakımdan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün de anılan maddeyi pekâlâ TK m. 128 ile uyumlu bir şekilde yorumlaması mümkün ve hatta gereklidir. Zira her şeyden önce TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürünün yapacağı bildirim

[48] Karaman Coşgun, -genelgeyi de zikretmediği dikkate alınırsa- daha erken tarihli bildirisinde *"Tapu sicili resen işlem yapılabilmesine imkân tanınan bir sicil değildir. Bu sebeple tapu memuru tapuda şirket adına tescil yapamayacak, ticaret sicil müdürünün bildirimini aldığı anda tapu siciline şirketin kuruluş işleminin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh koyacaktır. Tapuda şirket adına tescil işlemi ise, tüzel kişilik kazanan anonim şirketin temsilcilerinin talebi üzerine, gerekli harç ve giderler ödendikten sonra yapılacaktır"* demek suretiyle aynı sonuca varmıştır, s. 337. Yazar açıklamalarının ilerleyen kısmında ancak olması gereken hukuk bakımından, TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürünün yapacağı bildirimin tapuya yöneltilen tescil talebi olarak kabul edilmesinin ve bu bildirim üzerine başkaca bir talebe gerek kalmaksızın tapu sicilinde şirket lehine gerekli değişikliğin yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir, **a.g.m.,** s. 338.

üzerine tapu sicilinde yapılacak kaydın, 2013/7 sayılı genelgede ifade edildiği üzere "re'sen tescil" olarak kabul edilmesi değildir. Dikkat edilirse tapu sicili bu durumda re'sen değil, resmi bir kurumun bildirimi üzerine, yani yine "talep" üzerine işlem yapmaktadır, yalnızca talebin öznesi değişmektedir. Nitekim MK m. 1013/1'de tescil talebinin kural olarak taşınmaz maliki tarafından yapılacağı düzenlenmişse de, kanunun açıkça aksini öngörmesi ve bazı durumlarda başka kimselere de talep yetkisi tanıması mümkündür (açıkça bu yönde bkz. TapuST m. 17/1). Örneğin akdi veya kanuni temsil hükümleri uyarınca temsilcinin tescil talebinde bulunması mümkün olduğu gibi, tescilsiz iktisap hallerinde de kütük dışı malikin yanı sıra resmi bir makamın da tescil talebinde bulunması kanunla düzenlenmiş olabilir (örnek olarak bkz. cebri açık artırmada mülkiyet İİK m. 134/1 uyarınca tescilden önce kazanılmasına rağmen[49] tescil talebinin icra memuru tarafından yapılacağını öngören İİK m. 135/1). Yahut rızai açık artırmada olduğu üzere açık artırmanın konusunun bir taşınmaz olması halinde bunun mülkiyeti genel kurala uygun olarak tescille alıcıya intikal etmesine rağmen (BK m. 279/1, c. 2), tapuya yönelik tescil isteminin artırma görevlisi tarafından yapılması hükme bağlanmış olabilir (BK m. 279/2). Benzer biçimde ticaret sicili müdürüne de TK m. 128/6'nın açık hükmü ile tescili talep yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde tescil talebinin mevcut olmadığı tespiti kesinlikle hatalıdır, tam aksine tescil yine talep üzerine yapılacak, yalnızca tescil talebini yapanın sıfatı kanun gereği farklı olacaktır. Şu halde bu durumda tapu sicilinde resen tescilin mümkün olmadığından bahisle, ticaret sicili müdürünün bildirimine rağmen taşınmaza ilişkin kaydın düzeltilmemesi hiçbir şekilde kabul edilebilir bir yorum değildir[50, 51].

[49] Açıkça bu yönde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.,** s. 255; bu konuda bir açıklık olmadığını belirten ancak yine de yorum yoluyla aynı sonuca ulaşan Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.** (9. Bası), s. 542; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise BK m. 279/3'ün cebri artırma sonucu yapılan ihalelerde mülkiyetin geçmesine ilişkin özel hükümleri saklı tuttuğunu belirtmekte, çok açık olmamakla birlikte aynı hususa işaret etmektedir, **a.g.e.,** s. 741.

[50] Kaldı ki tescilin talebe bağlı olduğu kuralının (talep ilkesinin) dahi kanunun (ve hatta tüzüğün) aksine bir istisnayı öngördüğü durumlarda geçerli olmayacağını söyleyen TapuST m. 16/1 karşısında, TK m. 128/6'nın uygulanmasını, tapu sicilinde re'sen işlem yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle engellemek, mümkün olmamalıdır. Nitekim örneğin Kadastro Kanunu'nda, taşınmaza tapuda sahife açılması aşamasında re'sen tescil imkânı veren düzenlemeler yer almaktadır (bkz. m. 13, 19, 22), bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 196. Buna karşılık Esener/Güven'in talep ilkesinin bir istisnası olarak zikrettikleri Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13 kanımızca yerinde bir örnek değildir (**a.g.e.,** s. 126, dn. 1). Anılan maddenin birinci fıkrasında, kat

c. SAİT m. 6/1, c. 2 ile İhdas Edilen "Şerh":

Öte yandan Tebliğ m. 6/1 c.2 ile getirilen "şerh"in ne gayeyle ihdas edildiği de izaha muhtaçtır. TK m. 128/2'de zaten bir şerh yükümlülüğü getirildiğine ve bu şerh şirket adına tapu sicilinde tescil gerçekleşene kadar koruma fonksiyonunu ifa edeceğine göre, SAİT m. 6/1'in ihdas ettiği şerhin ne şirketi korumak ne de yine SAİT m. 6/1'de bahsedilen "ilgililer"in kim olduğunu belirlemek bakımından herhangi bir önemi ve işlevi yoktur[52]. Şu halde şerhe ilişkin bu düzenlemenin tamamen gereksiz olduğu açıktır[53].

Yine bu şerh ile ilgili olarak SAİT m. 6/2'de yer alan düzenlemeye göre ticaret sicili müdürlüğünden bildirimi alan ve aynı hükmün ilk fıkrası gereği tescili

---

mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmenin, aynı zamanda tescil istemi sayılacağı düzenlenmiştir. Dikkat edilirse bu düzenleme talep ilkesinden ayrılmamakta, yalnızca resmi sözleşmenin aynı zamanda tescil talebi olduğu konusunda bir faraziye getirmekte, ancak farazi de olsa yine de tescil talebine bağlı olarak tescil imkânı tanımaktadır.

[51] SAİT'te ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 2013/7 sayılı genelgesinde TK m. 128/2'nin açık düzenlemesine aykırı bir yorumun tercih edilmesinde, başka sebeplerin yanında tapuda gerçekleşecek işlemlerden elde edilecek gelirlerin azalmasını engelleme çabasının yattığı da tahmin edilebilir. Harçlar Kanunu m. 57 uyarınca tapu ve kadastro işlemlerinden aynı kanuna bağlı 4 sayılı tarifede yazılı olanlar, tapu ve kadastro harçlarına tabidir. Gerçi aynı kanunun 123. maddesinde *"Anonim, eshamlı komandit ve limited şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nev'i değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemler"*in bu kanunda yazılı harçlardan muaf tutulduğu hükme bağlanmış ve böylece Türkiye'de kurulan şirketlerin çok büyük bir kısmının limited ve anonim şirket olduğu düşünüldüğünde bunlara ayni sermaye olarak getirilen taşınmazlardan sağlanabilecek gelir kanun eliyle ortadan kaldırılmıştır.

Bununla birlikte Genel Müdürlüğü ilgilendiren bir başka gelir kalemi, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (TKGK) m. 8 uyarınca kurulan döner sermaye işletmesine aktarılan "döner sermaye ücreti"dir. Nitekim 2013/7 sayılı Genelge m. C-5'te harçlardan muafiyete ilişkin Harçlar Kanunu m. 123 zikredilmiş ancak ayrıca tüm şirketlerin aynı maddede bahsi geçen işlemler için döner sermaye ücreti vermelerinin gerekli olduğunun belirtilmesine de ihtiyaç duyulmuştur. Böylece SAİT ve 2013/7 sayılı genelgenin kurduğu yeni düzende ayni sermaye konusu taşınmazların ortaklık lehine tescili için her halükarda tapu siciline "ilgililer"in talepte bulunması ve böylece bahsi geçen döner sermaye ücretinin doğrudan ve kolayca tahsil edilebileceği bir muhatabın bulunabilmesi sağlanmış olmaktadır.

[52] SAİT'in getirdiği tescilin pratik bir anlamı olmadığı yönünde bkz. Gürbüz Usluel, Aslı E., "Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları", **İÜHFM,** 2013, C. LXXI, S. 2 (Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan), s. 158. Yazar Tebliğ m. 6/1'i TK m. 128/2'ye aykırılığı bakımından değerlendirdikten sonra ayrıca, şerh kurumundan ancak kanunda öngörülen hallerde yararlanılabileceğini, bu bakımdan da tebliğ ile şerh verilmesi imkânı düzenlenemeyeceği için Tebliğ m. 6/1 hükmünün hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir, s. 157-158.

[53] Üstelik Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı'nın 2013/7 sayılı genelgesinde, taahhüt aşamasında yapılacak olan ve TK m. 128/2'de "şerh" olduğu açıkça belirtilen işlem "beyan" olarak nitelendiği gibi, SAİT m. 6/1, c. 2 uyarınca yapılacak "şerh" için de genelgede "beyan" tabiri kullanılmıştır.

gerçekleştiremediği için yine birinci fıkra ile getirilen şerhi yapmakla yetinen ilgili sicil, bildirim konusu mal ve haklar üzerinde bildirimi aldığı tarihten itibaren "eski hak sahibi"nin "yeni hak sahibi" aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapamayacaktır. Böylece SAİT m. 4/6'da bahsedilen ve TK m. 128/2'deki adaşına tekabül eden "şerh" yine SAİT m. 4/6'dan anlaşıldığı kadarıyla tapu kütüğünü tasarruflara kapatmayacaksa da, SAİT m. 6/1, c. 2'nin ihdas ettiği "şerh" tapu kaydını kilitleyici bir etki göstermektedir[54].

Bu fıkra da tıpkı ilk fıkra bakımından olduğu gibi tamamen gereksiz ve yine TK m. 128 ile uyumsuz bir hükümdür. Bir kere TK m. 128/2 gereği şirket lehine yapılan şerh ister bir kişisel hakkın şerhi isterse tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin bir şerh olarak kabul edilsin, bu şerhin varlığı karşısında SAİT m. 6/2'nin ortaklık bakımından sağlayacağı herhangi bir fazladan koruyucu etki mevcut değildir. Bu bakımdan söz konusu hükümle şayet şirket –tebliğin deyimi ile- "eski hak sahiplerinin" tasarruflarına karşı korunmak isteniyorsa bu koruma zaten TK m. 128/2'nin getirdiği şerh müessesesi ile sağlanmıştır; söz konusu şerh kişisel hakkı kuvvetlendirici bir şerh olarak anlaşılsa dahi ortaklığı korumak bakımından yeterlidir. Bu çerçevede SAİT m. 6/2'ye bürokrasiyi çoğaltmak ve TK m. 128/2'deki şerhin yanına –yetkisini aşmak suretiyle- yeni bir şerh ekleyerek uyumsuzluk oluşturmak dışında herhangi bir fonksiyon veya anlam izafe edilebilmesi mümkün görünmemektedir.

[54] Nitekim 2013/7 sayılı genelge uyarınca SAİT m. 6/1, c. 1 anlamındaki şerh (genelgenin tabiriyle beyan) yapıldığı takdirde, daha önce sermaye taahhüdü aşamasında yapılmış olan şerh (genelgenin tabiriyle beyan) terkin edilecektir. Ancak yine gariptir ki anılan genelgenin C-6 maddesinde bu ikinci şerhe SAİT m. 6/2 ile tanınan tapu kütüğünü tasarruflara kapatıcı etkiden bahsedilmemiş, yalnızca SAİT m. 4/6 ile taahhüt aşamasında yapılacak şerh için bağlanan sonuç kısmen aktarılarak, sermaye konusu taşınmaz ve haklar tapu sicilinde ortaklık lehine tescil ettirilene kadar bunların başkalarına devredilmesi veya üzerinde ayni bir sınırlama getirilmesi halinde durumun derhal ilgili ticaret sicili müdürlüğüne bildirileceği belirtilmiştir. Bu örnek, gerek SAİT'in gerekse genelgenin TK ile uyumsuzluğu bir yana, kendi aralarında dahi ahenkli ve paralel düzenlemeler olmadığını çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

V. TAŞINIRLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKI

A. Mülkiyetin İktisabı Anına İlişkin eTK Dönemindeki Tartışma

Taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkının ayni sermaye olarak taahhüdü halinde eTK'dan farklı olarak TK'da anonim ortaklıklara ilişkin kısımda özel bir hükme yer verilmemiş, bu husus tüm ticaret şirketleri bakımından ortak bir biçimde TK m. 128/4'te *"...bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir"* denilerek düzenlenmiştir.

Hâlbuki eTK'da ticaret şirketlerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki eTK m. 140'da taşınırların sermaye olarak konulmasının hükmüne ilişkin bir düzenleme yer almamış, ancak TK m. 128/4'e benzer bir düzenlemeye eTK m. 285/2'de anonim ortaklıklara özgü olarak yer verilmişti. Bahsi geçen fıkranın ilk kısmında *"sermaye olarak...menkul mal konulması taahhüdü, şirketin hükmi şahsiyet kazandığı tarihten itibaren onlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceğinin...kabul edilmiş olması demektir"* denmekteydi.

eTK'nın bu hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği ve özellikle bu düzenleme ile taşınırlar bakımından bir "teslimsiz iktisap" halinin kabul edilip edilmediği meselesi o dönemde bir tartışma konusu teşkil etmiş, neticede azınlıkta kalan görüş bu düzenlemenin anonim ortaklığın tescilden itibaren malik olacağını belirtmediğini, yalnızca taşınır mülkiyetinin taahhüdünün hangi anlamı ifade ettiğini düzenlediğini, hüküm uyarınca kuruluşta kurucuların ve sermaye artırımında da yönetim kurulunun taahhüt konusu taşınırların tescilden sonra malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceği tarzda anonim ortaklığa sağlanmasını istemeleri gerektiğini kabul etmiş[55]; buna karşılık hâkim doktrin eTK m. 285/2'nin taşınırlar bakımından zilyetliğin devrine gerek kalmaksızın iktisabı mümkün kıldığı, bu bakımdan anonim

[55] Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1028; ilave gerekçelerle aynı görüşte Değirmenci, **a.g.e.,** s. 28 vd.

ortaklığın ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanması ile birlikte "teslimsiz" biçimde malik sıfatını da kazanacağı sonucuna varmıştır[56].

B. TK m. 128/4 Bakımından Değerlendirme

TK m. 128/4 hükmü de doktrinde genel olarak eTK m. 285/2'deki hükmün yeni dönemde tüm ticaret şirketleri için genişletilmesi olarak yorumlanmış ve daha ziyade iki hükmün birbirine paralelliğine vurgu yapılmış[57], neticede konu ile ilgili olarak görüş belirten yazarlar TK m. 128/4'te bir teslimsiz iktisap halinin düzenlendiğini ifade etmişlerdir[58].

Bu noktada biz de eTK m. 285/2 ve TK m. 128/4 düzenlemeleri arasında lafızları itibariyle tam bir paralellik bulunmadığı, bu bakımdan TK m. 128/4 hükmünün selefiyle kıyaslandığında daha açık bir biçimde şirketin tescili ile birlikte mülkiyetin de kazanıldığı sonucunu işaret ettiği yönündeki görüşe katılıyoruz[59]. eTK m. 285/2'in kaleme alınış tarzı, hükmün amacının bir teslimsiz iktisap hali düzenlemek olup olmadığı noktasında tereddüt uyandıracak nitelikteydi ve dolayısıyla doktrindeki azınlık görüşü de özellikle lafza dikkat çekmekteydi. Nitekim Tekinalp bu görüşü savunurken eTK m. 285/2'de anonim ortaklığın tescilden itibaren "malik" olacağının belirtilmediğini, hükümle taahhüdün ne anlam ifade ettiğine ilişkin bir varsayıma yer verildiğini, oysa bir anlamın kanuni bir varsayımla kabulünün taşınırlarda teslimsiz iktisabı mümkün kılmayacağını belirtmekteydi. Gerçekten de eTK m. 285/2 tescille birlikte şirketin malik olacağını değil sermaye

---

[56] Arslanlı, **C. I,** s. 202-203; Ansay, **a.g.e.,** s. 77; Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 49; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 196-197; Kendigelen, Abuzer, "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Makalelerim,** C. I: 1986-2001, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 194.

[57] Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 126; Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku,** Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2014, s. 51, yazar ayrıca geçmiş dönemdeki tartışmanın TK m. 128/4 yönünden de süreceğinin söylenebileceğini, ancak TK m. 128/2 ile getirilen taşınır malların güvenilir bir kişiye tevdii zorunluluğunun tartışmanın pratik önemini azaltacağını belirtmektedir, a.e. s. 52.

[58] Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 126; Pulaşlı, **a.g.e.,** § 38/29; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku,** s. 51; Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 338; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 356; karş. taşınırlarda sermaye borcunun ifasının tevdi işlemi ile gerçekleştiği, buna rağmen iştirak müteahhidinde kalmaya devam eden mülkiyetin ise şirketin tescili ile birlikte ortaklığa intikal edeceği yönünde bkz. Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 23; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 119.

[59] Bu görüş için bkz. Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 23; Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 119.

olarak taşınır mülkiyetinin getirilmesi taahhüdünün şirketin tescilden itibaren *"onlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruf edebileceğinin…kabul edilmiş olması"* anlamına geleceğini düzenlemişti. Hâlbuki TK m. 128/4'te benzer bir tartışmaya mahal bırakmayacak derecede açık bir biçimde, böyle bir taahhüdün varlığı halinde şirketin *"tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde **malik sıfatıyla** doğrudan tasarruf edebileceği"* ifade edilmiş, eTK m. 285/2'nin aksine taahhüdün mahiyeti değil, şirketin tescilinin neticesi hükme bağlanmıştır. Kanımızca lafızlar arasındaki farklılık eTK m. 285/2 ile TK m. 128/4'ün doğuracağı hükümler yorumlanırken göz ardı edilemeyecek derecede açıktır. Bu sebeple eski dönemdeki tartışmaların, en azından lafzi bir gerekçeyle yeni dönemde gündeme gelmesi bize mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla özellikle lafızlar arasındaki bu fark dikkate alındığında şirketin tescili ile birlikte sermaye taahhüdüne konu olan taşınırın da ortaklığın mülkiyetine intikal edeceği açıktır. Ancak dahası, kanımızca bu durumda mülkiyet "teslimsiz" veya zilyetlik devredilmeksizin değil, aksine zilyedliğin havalesi yoluyla geçmektedir. Bu bakımdan TK m. 128/4'te düzenlenen ihtimal, taşınırlarda mülkiyetin zilyedliğin devri yoluyla intikal ettiğine ilişkin kuralın bir istisnası niteliği taşımaz. Gerçekten de bu halde, TK m. 128/2 uyarınca yapılan tevdi neticesinde sermaye taahhüdünde bulunan kimsenin doğrudan zilyedliğinden çıkarak güvenilir kişinin doğrudan zilyedliğine geçen bir taşınır, kuruluşta ön ortaklığın, sermaye artırımında ise şirketin rıza gösterdiği ve şirketin/sermaye artırımının tescili geciktirici şartına bağlı bir zilyedliğin havalesi işlemine bağlı olarak, şartın gerçekleşmesi neticesinde ortaklığın mülkiyetine intikal etmektedir[60]. Burada zilyedliğin havalesi halinin tipik unsurları mevcuttur; bir üçüncü kişi (güvenilir kişi) özel bir hukuki ilişkiye dayanarak (vedia/saklama sözleşmesi) zilyet olmakta devam etmekte (MK m. 979/1) ve iştirak müteahhidinin sahip olduğu dolaylı zilyetlik taraflar arasındaki (zımni) anlaşma neticesinde şirketin veya sermaye artırımının tescili ile ortaklığa geçmektedir. Böylece şirket tescille birlikte asli dolaylı zilyed

[60] Bununla birlikte taşınırın tevdi edildiği güvenilir kişinin aynı zamanda şirketin yönetim kurulu üyesi olması ve tüzel kişilik adına zilyed olma yetkisi bulunması halinde şirketin kısa elden teslim yolu ile tek başına zilyed olacağına işaret eden Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 24.

sıfatını kazanmış olmaktadır[61]. Tipik bir zilyedliğin havalesi haliyle kıyaslandığında farklılık arzeden yegâne husus, iştirak müteahhidinin taşınırın dolaysız zilyedliğini, ortaklıkla mülkiyetin devrini tazammun eden sözleşmeyi yaptıktan sonra üçüncü kişiye geçirmesidir. Bu noktada oluşan istisnai manzara ise tamamen iştirak taahhüdüne ilişkin aşamaların kanuni sıralaması ile ilgilidir ve kesinlikle zilyedliğin havalesi sonucunun doğmasını engelleyecek nitelikte değildir. Dolayısıyla biz de hâkim görüşün savunduğu, şirketin taşınır üzerindeki mülkiyeti tescille kazandığı fikrine iştirak ediyor, ancak bu iktisabın zilyetlik devredilmeden gerçekleşen bir iktisap olmadığını, aksine mülkiyetin geçişinin kanunun açıkça bir zilyedliğin devri hali olarak düzenlediği zilyedliğin havalesi uyarınca gerçekleştiğini kabul ediyoruz. Bu görüşe göre taşınmazlar bakımından olduğu gibi, taşınırlar bakımından da mülkiyetin ortaklığa geçişi, genel kurallara nazaran bir istisna teşkil etmemekte, mülkiyetin taşınmazlarda tescil, taşınırlarda ise zilyetliğin devri ile gerçekleştiğine ilişkin temel kurallardan feragat edilmesine gerek kalmamaktadır. Böylece TK m. 128/4 gereği şirketin tüzel kişilik kazanması/sermayenin artırılması kararının tescili ile birlikte zilyedliğin havalesine ilişkin anlaşmanın tabi kılındığı şart gerçekleşmekte ve şirket esas sözleşmesi ile taahhüt edilen taşınırların mülkiyeti, zilyedliğin havalesi yoluyla şirkete intikal etmektedir.

C. Mülkiyetin Geçiş Anı ile Sermaye Borcunun İfa Anının Birbirinden Ayrılması

Yukarıda ortaklığın/sermaye artırımının tescili ile sermaye olarak taahhüt edilen taşınırların mülkiyetinin de ortaklığa intikal edeceği ifade edildi. Ancak ortaklığın taşınırın mülkiyetini iktisap etmesi anı ile sermaye borcunun ifa edildiği an birbirinden ayrılmalıdır. İfanın gerçekleştiğinin söylenebilmesi için taşınırın fiilen ortaklığın hâkimiyet sahasına girmiş olması, başka bir ifadeyle söz konusu taşınırın

[61] Tüzel kişilik kazanmakla birlikte şirketin taşınırlar üzerinde asli zilyedliği de kazanmış olacağı yönünde bkz. Pulaşlı, **a.g.e.,** § 5/80; benzer biçimde şirketin tüzel kişilik kazanmakla asli dolaylı zilyed konumuna geleceği yönünde bkz. Akdağ Güney/Gümüş, **Taşınırlar,** s. 20, 23, ancak yazarlar ayrıca anonim şirketin tescil ile birlikte taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkını kendiliğinden, *"yani ayrıca ayni akde dayalı veya dayanmayan bir zilyetliğin devri işlemine gerek olmaksızın"* iktisap edeceğini belirtmişlerdir, **Taşınırlar,** s. 22.

"doğrudan zilyedliği"nin ortaklığa sağlanması gerekir[62]. Bu husus sermayenin tedariki ilkesinin doğal bir gereğidir. Taşınırın bu anlamda "ortaklığın hâkimiyetine sunulması" ortaklığın taşınırın dolaylı zilyedliğini iktisap etmesinden farklı bir olgudur.

Şüphesiz zilyedliğin en temel unsuru fiili hâkimiyettir (corpus); dolayısıyla zilyedliğe sahip olan kimse şu ya da bu ölçüde eşya üzerinde bir hâkimiyete de sahip olmuş demektir. Ancak zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kanun koyucuyu zilyedliğin varlığı için aradığı "fiili hâkimiyet" unsurundan bazı noktalarda fedakârlık yapmak zorunda bırakmıştır[63]. Bu bakımdan Roma hukukunda kural olarak zilyedlik ancak malike veya malik olma kastı taşıyan kişiye ve tek başına ona tanındığı halde[64], bu konuda MK'yı da etkileyen Cermen hukukunda zilyetlik daha ziyade fiili bir faydalanma olarak anlaşılmış ve aynı şeyden birden çok kimsenin farklı sıfatlarla faydalanabileceği göz önünde bulundurularak dereceli zilyetlik sistemi benimsenmiştir[65]. Buna göre malik sıfatıyla zilyed olan kimsenin yanı sıra ve onunla birlikte, eşyayı mülkiyet dışında bir ayni hakka veya şahsi hakka dayanarak elinde bulunduran kimseye de zilyed sıfatı tanınmıştır[66]. Buna bağlı olarak asli zilyed olan kimsenin eşya ile arasındaki maddi bağ çok zayıf olmasına rağmen[67], bu kimse de zilyed kabul edilmektedir. Aynı şekilde modern hukukta kabul edilen zilyedliğin teslimsiz devri hallerinde (zilyedliğin havalesi, hükmen teslim), müktesip ile eşya arasındaki fiili hâkimiyet olgusu iyiden iyiye silikleşmesine karşın, yine de zilyedlik kazanılmış olmaktadır[68]. Kısacası zilyedlik sıfatının iktisap edildiği her durumda zilyed ile eşya arasındaki hâkimiyet ilişkisi, sermayenin tedariki ilkesinin aradığı anlamda ve derecede olmayabilir. Bu sebeple her ne kadar ortaklığın/sermaye

[62] Taşınırlarda mülkiyetin geçiş anı ile sermaye borcunun ifası arasındaki bu farka dikkat çeken Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 49.

[63] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 41, 74.

[64] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 52; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.,** s. 74; Roma hukukunda zilyetliğin anlaşılma biçimi hakkında ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 42-43; Roma hukuku ve Cermen hukukunda zilyedliğin anlaşılma biçimine ilişkin bir karşılaştırma için ayrıca bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.,** s. 73 vd.

[65] Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.,** s. 74-75.

[66] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 52.

[67] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 41.

[68] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 74.

artırımının tescili ile birlikte şirket taşınır üzerinde mülkiyetin yanı sıra zilyedliği de iktisap edecekse de, zilyedliğin havalesi yolu ile edinilen bu "asli/dolaylı zilyetlik" konumu, sermaye taahhüdüne konu taşınır ile ortaklık arasında sermayenin tedariki ilkesinin aradığı anlamda ve derecede bir hâkimiyet ilişkisi/yakınlık sağlamayacağı için, ifanın gerçekleştiğinin kabulü bakımından da bu sıfat yeterli değildir[69].

Şu halde şirketin yahut sermaye artırımının tescili ile birlikte şirket, sermaye konusu taşınır üzerindeki mülkiyeti zilyedliğin havalesi yoluyla elde etmiş olacaksa da bu durum tek başına sermaye borcunun ifası sonucunu doğurmayacak, bu borcun ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için ayrıca şirketin söz konusu taşınır üzerinde doğrudan zilyedliği/fiili hâkimiyeti de elde etmiş olması aranacaktır[70]. Bu bakımdan

[69] Nitekim zilyedliğin devri ile teslim arasında bu yönde bir fark taşınır satımı bakımından da gözetilmektedir. Gerçi taşınır satışına ilişkin BK m. 210'da satıcının satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla "zilyetliğini" alıcıya devretmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Ancak gerek eBK m. 182/1'de, gerekse eBK m. 185'in kenar başlığında BK'dan farklı olarak satıcının "teslim" borcundan bahsedilmişti. Bu farka rağmen doktrinde eBK'daki kullanımın bir maksada mebni olduğu, satış sözleşmesinin niteliği gereği satıcının borcunun satılanın aynen ve vasıtasız olarak alıcının eline geçmesini sağlamak olduğu, dolayısıyla alıcı kabul etmedikçe zilyedliğin teslim dışında bir yolla devrini kabule zorlanmaması gerektiği, dolayısıyla BK m. 207/1 ve 210'daki "zilyetliğin devri" ifadesine rağmen yeni BK bakımından da satıcının kural olarak satış konusunu "teslim etme" borcu altında bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.,** s. 87). Taşınır satımında alacaklının satış konusu taşınır üzerinde fiili hakimiyeti elde etmesi konusunda gösterilen özenin taşınırın bir anonim ortaklığa sermaye olarak konması halinde evleviyetle gösterilmesi gerektiği çok açıktır.

[70] Hemen belirtelim ki ortaklığın kuruluşta veya sermaye artırımında TK m. 128/2'nin emri uyarınca yapılması icap eden tevdi işlemi çerçevesinde zilyedliğin havalesine rıza göstermiş/göstermek durumunda kalmış olması da iştirak müteahhidinin doğrudan zilyedliği sağlama borcunu ortadan kaldırmayacaktır. Hatta satım sözleşmesi bakımından dahi tek başına zilyedliğin havalesine rıza gösterilmesinin böyle bir etkisi yoktur. Nitekim Nomer/Engin, satıcının zilyedliğin devri borcunun ifa edilmiş sayılması için, alıcının satılanın doğrudan zilyedliğini elde etmiş olması gerektiğini belirtmekte ve bu noktada özellikle alıcının dolaylı zilyedliğin devrine rıza göstermiş olmasının tek başına satıcının zilyedliği devir borcunun sona erdiği anlamına gelmeyeceğine, bu şekilde alıcının kabulü ile dolaylı zilyedlik –ve hatta mülkiyet- devredilmiş olsa bile satıcının satılanın dolaysız zilyedliğini sağlama borcunun kural olarak devam edeceğine vurgu yapmaktadır (**a.g.e.,** s. 46-47, 84). Yazarların ifadesi ile *"Örneğin bir kişi üçüncü kişiye kiralamış veya rehin olarak vermiş olduğu malı bir başka kişiye satıp zilyetliğin havalesi yoluyla mülkiyetini alıcıya devretmiştir. Böyle bir durumda, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, satıcının doğrudan zilyetliği sağlama borcu ertelenmiş olur. Vakti geldiğinde alıcı malın kendisine teslim edilmemesinden dolayı aralarındaki satış sözleşmesine göre satıcıyı sorumlu tutabileceği gibi, mülkiyet hakkına dayalı olarak üçüncü kişiden istihkak talebinde bulunabilir (üçüncü kişinin defi hakları saklıdır; TMK 979 III) veya kira örneğinde mülkiyetin devri ile birlikte tarafı olduğu kira sözleşmesine dayalı olarak (TBK 310 I) malın iadesini isteyebilir (TBK 334 I)"* (**a.g.e.,** s. 47). Satım sözleşmesi bakımından işaret edilen bu sonucun, emredici bir hüküm (TK m. 128/2) uyarınca yapılan tevdi neticesinde ortaklığın vermiş kabul edileceği rıza için uygulanmaması yerinde olmayacaktır.

şüphesiz ilk akla gelen ihtimal "maddi teslim"dir[71]. Bununla birlikte taşınırın teslimi yerine onun üzerinde hâkimiyet sağlamaya yarayan araçların teslimi suretiyle de fiili hâkimiyetin kazanılması mümkündür. Bu bakımdan örneğin sermaye olarak taahhüt edilen bir otomobilin anahtarlarının teslimi de sermaye taahhüdünün ifası anlamında fiili hâkimiyeti sağlamak bakımından yeterlidir[72].

Sermaye taahhüdüne konu taşınırın güvenilir kişi sıfatı ile tevdi edildiği kişinin aynı zamanda şirketin organı/organ üyesi sıfatını taşıyan bir kimse olması halinde ise artık mülkiyetin geçtiği an ile sermaye borcunun ifa edilmiş olduğu an birleşecektir. Gerçekten de bu halde kuruluşun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte TK m. 128/4 uyarınca mülkiyet ortaklığa geçeceği gibi, taşınır üzerindeki fiili hâkimiyet de yine bu anda "kısa elden teslim" suretiyle ortaklığa intikal etmiş olacaktır. Bu bakımdan tüzel kişilerin dış dünya ile organları eliyle münasebet kurdukları dikkate alındığında, taşınırın güvenilir kişi sıfatı ile organa tesliminin şirkete teslim ile eş anlamlı olduğunu kabul etmek doğru olacaktır[73].

D. Şirketin Tescili ile Birlikte Zilyedliğin ve Mülkiyetin İktisap Edilmesinin Pratik Sonuçları

Taşınırın mülkiyetinin ve zilyedliğinin şirketin tescili ile intikal ettiği görüşünün kabulü kanımızca pratik sonuçları bakımından da gerek teslimsiz/zilyetlik devredilmeksizin iktisap görüşüne, gerekse mülkiyetin şirketin tescili ile değil teslimle iktisap edileceği görüşüne kıyasla ortaklık için daha elverişlidir[74].

Bu görüş kabul edilince, ortaklık tescil edildiği anda hem malik hem de dolaylı/asli zilyed sıfatlarını iktisap edeceği için, kanunun her iki sıfat için sağladığı

---

[71] Arslanlı'nın ifadesiyle "teslim demek, mebii alıcının iktidar muhitine geçirmek demektir", **Ticari Bey,** s. 50.

[72] Ancak araçların teslimi suretiyle yapılacak ifa bakımından zilyedliğin kazanılması için başka bir engel bulunmaması, aracın tesliminin tek başına fiili hakimiyeti sağlamak bakımınından yeterli olması şarttır, bu hususta bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 68 ve dn. 79.

[73] Daha önce de belirttiğimiz üzere bizce de organın zilyedliği başkası için zilyedlik niteliği arzeder; bunlar zilyedliği kendileri için değil tüzel kişi için kullanırlar. Bu bakımdan söz konusu mallar üzerindeki zilyed, bizzat tüzel kişidir (İsviçre hukukunda hâkim olan bu görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 64).

[74] Karş. eTK döneminde Değirmenci, taşınırların mülkiyetinin ortaklığın tescili ile kazanıldığı fikrinin pratik bir öneminin bulunmadığı kanaatini savunmuştur, **a.g.e.,** s. 29.

dava haklarından da yararlanma imkânına kavuşacaktır. Bu çerçevede ortaklık bir yandan zilyetlik sıfatı dolayısıyla zilyetlik ve taşınır davaları ile, diğer yandan malik sıfatı dolayısıyla istihkak davası ile mücehhez hale gelecektir. Bu dava imkânları, ortaklığın faaliyeti için özel önem taşıyan menkullerin ortaklığa intikali açısından kritik bir rol oynayabilir.

Nitekim bu noktada karşılaşılabilecek ilk ihtimal, taşınırın TK m. 128/2 uyarınca tevdi edildiği güvenilir kişinin, şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra kendisine yöneltilen iade talebine rağmen tevdi konusu taşınırı vermekten kaçınmasıdır[75]. Şayet ortaklığın tescille bu mal üzerinde mülkiyeti ve zilyedliği kazanmadığı, mülkiyetin ancak tevdi edilen malın sonradan teslimi veya başka bir surette zilyedliğinin geçirilmesi suretiyle intikal edeceği kabul edilirse, ortaklığın iadeden kaçınan güvenilir kişiye karşı ileri sürebileceği herhangi bir talep söz konusu olmayacak, bu taşınırın ortaklığa kazandırılabilmesi için ancak dolaylı olarak iştirak taahhüdü/pay sahibinin harekete geçmesi teşvik edilmek veya beklenmek durumunda kalacaktır[76]. Öte yandan tescille birlikte ortaklığın salt mülkiyet hakkını iktisap ettiği yönündeki "teslimsiz iktisap" görüşü benimsenirse ortaklık yalnızca malik sıfatına dayalı olarak istihkak davası açabilecek, buna karşılık zilyede tanınan dava haklarından mahrum kalacaktır[77]. Hâlbuki taşınırların iadesi bakımından zilyedliğe dayalı davalar ve özellikle taşınır davası, istihkak davasına oranla davacı açısından daha elverişlidir[78]. Bizim benimsediğimiz görüş uyarınca ise şirket tüzel kişilik kazanmakla hem –zilyedliğin havalesi yoluyla- asli/dolaylı zilyedliği hem de mülkiyeti iktisap ettiği için, iade talebine rağmen taşınırı vermekten kaçınan güvenilir kişiye karşı bizzat ortaklık hem zilyedlik sıfatına istinaden MK m. 982

[75] Doktrinde Bahtiyar bu ihtimale dikkat çekmekte ve bu halde eTK dönemindeki teslimli/teslimsiz iktisap tartışmasının yeniden pratik bir önem kazanacağına işaret etmektedir, Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku,** s. 52.

[76] Bu ihtimalde ortaklığın iştirak müteahhidi/pay sahibine karşı ifa davası açması düşünülebilirse de, doğrudan doğruya tevdi edilen taşınırı elde etmek isteyen ortaklık açısından bu çözüm yolunun her durumda istenen sonucu sağlamayacağı açıktır.

[77] Nitekim bir şeye zilyed olmaksızın mülkiyeti kazanan kimsenin taşınır davası açamayacağı, ancak mülkiyet hakkını iktisap ederek mülkiyete dayanan istihkak davasını açabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 105-106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 200.

[78] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 481, yazarlar bu bakımdan istihkak davasının öneminin menkullerde gayrimenkullere oranla daha da az olduğunu belirtmektedirler.

uyarınca gasp dolayısıyla[79] zilyetlik davası veya MK m. 989 uyarınca taşınır davası hem de malik sıfatına dayanarak istihkak davası açabilecek, böylece şartlara göre hangi davanın daha elverişli olduğu kanaatindeyse[80] ona başvurmak suretiyle taşınırı aynen elde etmek imkânına sahip olacaktır.

İkinci olarak ortaklığın sermaye konusu taşınırı üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek tehlikelere karşı koruyabilmesi bakımından da benimsediğimiz görüş ortaklığın menfaatlerini en iyi biçimde muhafaza etmeye imkân vermektedir. Bu bakımdan örneğin sermaye konusu taşınırın güvenilir kişinin uhdesinde bulunduğu sırada çalınması durumunda şirket malı çalan kimseye (MK m. 989/1, 991/1) ve hatta MK m. 989/2 uyarınca bu taşınırı "açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyi niyetle" elde etmiş olan kimseye karşı[81], zilyed sıfatına dayanarak bizzat bir taşınır davası açmak yoluna gidebileceği gibi[82], malik sıfatına dayanarak açacağı bir istihkak davası (MK m. 683/2) ile de hakkını arayabilecektir. Hâlbuki taşınırlarda mülkiyetin şirketin tescili ile birlikte intikali kabul edilmediği takdirde ortaklığın kendisi için önem taşıyan bir taşınırı elde edebilmek adına bizzat harekete geçmesi mümkün olmayacak, şirket en iyi ihtimalde pay sahibinin göstereceği çabaya bel bağlamakla yetinecektir.

---

[79] Esasen malikten bir malı onun rızası ile alan kimsenin, bu malı iade etmediği takdirde gasıp olarak nitelendirileceği hâkim görüştür. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir fer'i zilyedin malı kendisine veren asli zilyedin zilyedliğini tanımadığı an bu asli zilyedliği gasbetmiş olacağı, dolayısıyla MK m. 982'den doğan dava hakkının hırsızlıkta olduğu kadar emniyeti suiistimal halinde de uygulanabileceği kanaatindedirler, **a.g.e.,** s. 86; Ünal/Başpınar, **a.g.e.,** s. 227-228; Ayan, **a.g.e.,** s. 88; aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD, 25.10.1965 tarih, 6357/5324 sayılı kararında (karar için bkz. Karahasan, Mustafa Reşit, **Gayrımenkul Hukuk Davaları,** Yenilenmiş Genişletilmiş ve En Son İçtihatlarla Donatılmış Baskı, İstanbul 1974, s. 355-356) hizmet sözleşmesi uyarınca ikamet ettiği kapıcı dairesini, mal sahibinin sözleşmenin feshine yönelik ihbarına rağmen tahliye etmeyen kapıcıyı gasıp olarak nitelemiştir; aksi görüşteki Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop anılan kararda varılan bu sonucu eleştirmektedirler, **Eşya Hukuku,** s. 113, dn. 10a.

Bununla birlikte TK m. 128/4'ün düzenlediği ihtimalde tevdi konusu taşınırın maliki şirketin tescili ile birlikte değiştiği için, yeni malik/şirket karşısında güvenilir kişinin "taşınırı malikin rızası ile alan kimse" olarak nitelenmesi mümkün değildir. Bu sebeple ortaklığın iade talebine rağmen bundan kaçınan güvenilir kişi de kanımızca gaspeden durumundadır.

[80] Anılan davalara ilişkin bir karşılaştırma için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 105 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku,** s. 197 vd.

[81] Ancak bu durumda da MK m. 989/2'nin uygulama alanı bulacağı ve istihkak davasının ancak iyi niyetli zilyedin daha önce ödediği bedelin kendisine geri verilmesi şartıyla etkili olacağı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 277.

[82] Nitekim sona erdirilen zilyedliğin dolaylı zilyedlik olmasının taşınır davasının açılmasına engel olmayacağı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.,** s. 99.

Bununla birlikte iyi niyetli üçüncü kişilerin doğrudan doğruya güvenilir kişi ile, bir başka deyişle MK m. 988 anlamında emin sıfatıyla zilyed ile yapacakları işlemler neticesinde sermaye taahhüdüne konu taşınır üzerinde ayni hak iktisabında bulunmaları mümkündür. Bu halde ortaklığın veya sermaye artırımının tescilinden sonra, şirket güvenilir kişiye iade talebinde bulunmuş olsa bile, oluşan hukuki görünüş/emin sıfatıyla zilyedlik konumu dolayısıyla böyle bir tehlike mevcuttur. Bu bakımdan Değirmenci'nin, eTK döneminde ileri sürdüğü, tescille mülkiyetin kazanılması görüşünün, taşınırın iyi niyetle iktisabına engel olmadığı yönündeki tespiti yerinde ise de, buna bağlı olarak tescille iktisap görüşünün pratik bir öneminin bulunmadığı yönünde ulaştığı sonuç[83], yukarıda belirttiğimiz gerekçeler dolayısıyla kanımızca yerinde değildir[84].

VI. SINAİ HAKLAR

A. Devir Halinde

1. Genel Olarak Sınai Haklar Bakımından

TK m. 128/4 taşınırlar bakımından olduğu gibi, para dışındaki diğer ekonomik değerlerle ilgili olarak da eTK m. 140'da yer almayan bir hüküm vazetmiş ve tıpkı taşınırlarda olduğu gibi şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanması ile birlikte bunlar üzerinde de mülkiyet hakkını iktisap edeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin kaynağının da anonim ortaklıklara özgü bir hüküm olan eTK m. 285 olduğu söylenebilir. Ancak taşınırlar bakımından ifade ettiğimiz üzere, bu hükmün revize edilerek genel hükümler arasına alınması neticesinde hükmün uygulama alanı ticaret şirketlerinin tamamına şamil hale geldiği gibi, daha da önemlisi eTK m. 285/2'nin anlamı ile ilgili olarak geçmiş dönemde doktrinde yaşanan tartışmaları engelleyecek biçimde hükmün lafzı da netleştirilmiş ve şirketin tescili ile birlikte mülkiyetin intikal edeceği vurgulanmıştır.

---

[83] Değirmenci, **a.g.e.,** s. 29.

[84] Sermaye konusu taşınırın güvenilir kişinin uhdesinde bulunduğu sırada iyi niyetli üçüncü kişilerce iktisabı halinde, ifanın teslimle gerçekleşeceği yönündeki görüşümüz çerçevesinde sermaye borcunun ifasının da imkânsızlaştığı sonucuna varılacaktır. Bu durumda doğacak hukuki sonuçlarla ilgili olarak bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III.

Sınai mülkiyet haklarının sermaye olarak getirilmesi ile ilgili olarak ne genel hükümlerde ne de anonim ortaklığa ilişkin kısımda farklı bir hüküm bulunmaması karşısında bu düzenlemenin para dışındaki diğer ekonomik değerler çatısı altında sınai hakları da kapsadığı sonucuna ulaşılabilir.

Hukukumuzda sınai hakların devri konusunda yazılılık şartı benimsenmiştir. Buna göre marka, patent veya endüstriyel tasarımın devri için adi yazılı şekil şartı aranmaktadır (MarkaKHK m. 16/3; PatentKHK m. 86/2; EndTasKHK m. 39/3). Bu sözleşmenin yanı sıra ayrıca TPE nezdinde tutulan ilgili sicilde de devralan adına gerekli değişikliğin yapılması gerekecektir. Bununla birlikte devir sözleşmesini takiben gerçekleşecek tescil kurucu değil açıklayıcıdır[85]. Tasarruf işlemi ise bizatihi devre ilişkin yazılı sözleşmedir[86]. Dolayısıyla yazılı sözleşmenin yapılması ile birlikte marka, patent veya endüstriyel tasarım üzerindeki hak devralana intikal etmekte, tescil ise kural olarak açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır[87].

Sınai mülkiyet haklarının devri bakımından taraflar arasında yapılacak adi yazılı sözleşmenin tasarruf işlemi niteliği dolayısıyla esasen taşınmazlar bakımından yaşanan tescilli/tescilsiz iktisap tartışması, sınai hakların da sicile kaydı söz konusu olmasına rağmen gündeme gelmeyecektir. Yukarıda savunduğumuz görüş uyarınca[88] her ne kadar eTK m. 140/3 hükmünün muadili TK'da yer almamışsa da, kanunen devri şekle tabi olan değerler bakımından esas sözleşmede yer alan kayıt şekil şartının yerini tutacağı için, sınai hakların devri için de esas sözleşme dışında ayrıca bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek kalmayacak, başka bir ifadeyle esas sözleşme adi yazılı şekil şartının yerini tutacak ve sınai haklar üzerindeki mülkiyet hakkı TK m. 128/4 gereği şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte ortaklığa intikal edecektir.

---

[85] Marka bakımından. Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 184-185; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 28/10; Kaya, **Marka Hukuku,** s. 210; patent bakımından Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 38/31; endüstriyel tasarım bakımından Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 47/6.

[86] Marka bakımından bkz. Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 180; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** § 28, 9; Kaya, **Marka Hukuku,** s. 209, 212.

[87] Ancak marka, patent veya endüstriyel tasarımdan doğan hakların iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmeleri için sicile tescil edilmeleri gerekir, MarkaKHK m. 16/7; PatentKHK m. 92/3; EndTasKHK m. 39/4.

[88] Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, III, A.

Ancak acaba sermaye borcunun ifası da şirketin tescili ile birlikte gerçekleşmekte midir, yoksa taşınırlarda olduğu gibi tescille birlikte mülkiyet geçmekte, ifa ise daha sonra ilgili sicil kaydında şirket lehine yapılacak değişiklikle birlikte mi vuku bulmaktadır? Daha önce ifade ettiğimiz üzere sınai hakların devri bakımından da sermaye borcunun konusu, ortaklığın sınai hak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek hale gelmesidir. Dolayısıyla bu borca uygun bir ifadan bahsedebilmek için ortaklık ifa edimi ile birlikte sınai hak üzerinde serbestçe tasarruf imkânına kavuşmalı ve üçüncü kişilerden gelecek tehlikeler karşısında da yeterli koruma tedbirine sahip olmalıdır.

Bu bakımdan esasen ilk bakışta şirketin tescili ve sınai hak üzerindeki mülkiyet hakkının TK m 128/4 uyarınca şirkete intikali ile birlikte ortaklığın üçüncü kişilerden gelebilecek tehlikelere karşı korunduğu söylenebilir. Gerçekten de TK m. 128/2 uyarınca ilgili sicile yapılacak kayıt üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf edeceğine göre, ticaret siciline tescille birlikte ortaklığın mülkiyetine geçen sınai hakkı sicil yoluyla iktisap etmek isteyen üçüncü kişiler, bu kaydın varlığı karşısında iyi niyet iddiasında bulunamayacaklardır. Esasen daha önce de ilgili bölümde belirttiğimiz üzere, sınai haklara ilişkin sicillerdeki kayıtlara güvenerek hak iktisabı mümkün değildir; dolayısıyla TK m. 128/2'deki kayıt yükümlülüğü ve buna bağlanan iyi niyeti kaldırıcı etki söz konusu olmasaydı dahi, şirketin tüzel kişiliği ve dolayısıyla mülkiyeti kazanmasından sonra üçüncü kişilerin zaten sicildeki kayda güvenerek ortaklık aleyhine bir hak iktisap edebilmeleri söz konusu olmayacaktı. Ayrıca bu aşamadan sonra sicil dışı devirler bakımından da ortaklığın özel bir korumaya ihtiyacı yoktur; mülkiyet ortaklığa geçtiği andan itibaren sicil dışında da üçüncü kişilerin tasarruf yetkisi bulunmayan kişiden iyi niyetle yapacakları iktisaplar korunmamıştır. Kısacası ortaklığın tescili ile birlikte ortaklık gerek eski malik olan iştirak müteahhidinden/pay sahibinden gerekse onunla bağlantılı olarak iyi niyetli üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek hak kayıplarına karşı yeter derecede korunmuştur.

Ancak sınai haklara ilişkin mevzuatta devir dolayısıyla ilgili sicile yapılacak kaydın etkisine ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, aynı sonuca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı tereddüt uyandırmaktadır. MarkaKHK m. 16/7, PatentKHK

m. 92/3 ve EndTasKHK m. 39/4'te yer alan birbirine benzer düzenlemelerde, sınai haktan kaynaklanan "haklar"ın veya "yetkiler"in tescilden önce üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Gerçi örneğin MarkaKHK m. 16/7'de "iyi niyetli üçüncü kişiler"den bahsedilmiş olması dolayısıyla bir problem çıkmayacağı, TK m. 128/2'deki kayıt iyi niyeti ortadan kaldıracağı için zaten kimsenin iyi niyetli olduğundan bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla devir olgusunun da ortaklık tarafından herkese karşı ileri sürülebileceği söylenebilir. Buna karşılık örneğin PatentKHK m. 92/3'te yalnızca "üçüncü kişiler"den bahsedildiği gibi, MarkaKHK m. 16/7'deki ifadenin de mehaz Topluluk Yönergesi'ne uygun olmadığı, burada da mehaza uygun şekilde "iyi niyet" hiç zikredilmeksizin yalnızca "üçüncü kişiler"den bahsedilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir[89]. Dolayısıyla bu son düzenleme veya yorumlama biçimi uyarınca sınai haklara ilişkin devirler sicile işlenmedikçe bunların iyi niyetli-kötü niyetli ayırımı yapılmaksızın kimseye karşı ileri sürülemeyeceği de söylenebilir[90].

Hatta sınai hakkın yalnızca iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilse bile, TK m. 128/2'deki kayda tanınan iyi niyeti kaldırıcı etkinin sınai haklara ilişkin mevzuatta bahsedilen iyi niyeti kaldırmak bakımından da etki gösterip göstermeyeceği, yoksa TK m. 128/2'de kanun koyucunun -hükmün amacına da uygun olarak- yalnızca iyi niyetle iktisap tehlikesini mi önlemek istediği tartışılabilir. Bu bakımdan acaba ilgili sicilde ortaklık lehine tescilin gerçekleşmediği dönemde devredenden lisans hakkı alan ve devirden/ortaklığın tüzel kişilik kazandığından haberdar olmayan kimseler lisans ücretini devreden/iştirak müteahhidi/pay sahibine ödediği takdirde borcundan kurtulmuş olacak mıdır? Yahut yine bu dönemde marka hakkına yönelen bir tecavüz karşısında ortaklık mı yoksa sicilde hakkın sahibi olarak görünen kimse mi dava açacaktır? Yine TPE, sınai hakkın sahibi olarak sicilde kayıtlı görünen iştirak müteahhidini mi dikkate alacak, yoksa ayrıca şirketin sicile tescil edilip edilmediğini araştırmak zorunda mı

[89] Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 185-186. Endüstriyel tasarımlar bakımından da patentlere benzer biçimde iyi niyetten bahsedilmemiş ancak burada farklı olarak üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etme anı olarak tescil tarihi değil yayın tarihi esas alınmıştır, bkz. EndTasKHK m. 39/4.

[90] Nitekim MarkaKHK'da iyi niyetli üçüncü kişilerden bahsedilmiş olmasına rağmen, hükmü kaynak Topluluk Tüzüğü'ndeki gibi yorumlayan Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 186.

olacaktır? Yahut sınai hakla ilgili hükümsüzlük davası sicilde hak sahibi olarak görünen pay sahibine mi yoksa ortaklığa karşı mı açılacaktır[91]?

Kanımızca TK m. 128/2'de sicildeki kayda tanınan etkinin tüm bu soruları net bir şekilde cevaplamak bakımından yeterli olduğu söylenemez. TK m. 128/2 bizce asıl olarak iyi niyetli üçüncü kişilerin hak iktisaplarını engelleme saikiyle kaleme alınmıştır[92] ve dolayısıyla yukarıda saydığımız örneklerde veya bunlara benzer hallerde üçüncü kişilerin sınai hakkın sahibi olarak mutlaka ortaklığı dikkate almalarını sağlamak bakımından yeterliliği tartışmalı bir düzenlemedir. Dolayısıyla her ne kadar iyi niyetli üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek hak kaybı tehlikesi söz konusu değilse de, şirketin gerçek anlamda hak sahibi sıfatını kullanabilmesi ve üçüncü kişiler nazarında da böyle telakki edilebilmesi, başka bir deyişle sermaye borcunun hakkıyla ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için her halükarda tescilin gerçekleşmesine ihtiyaç olduğu söylenebilir. Bu bakımdan biz, sınai hakkın serbestçe tasarruf edebileceği şekilde ortaklığa sunulduğunun ve dolayısıyla ifanın gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için yine de sicile kaydın gerekli olduğu kanısındayız.

Hemen belirtelim ki tescil bildirimine ilişkin TK m. 128/6'nın "diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler" derken herhangi bir ayırıma gitmemiş olması karşısında, sınai haklar bakımından da bu hükmün uygulanacağı sonucuna varılmalıdır. Nitekim TK m. 128/6'nın uygulanması ile ilgili bir düzenleme olan SAİT'te de ayni sermaye konulması neticesinde "fikri mülkiyete ilişkin sicillerde" kayıtlı bulunan hakların sahipliklerinde meydana gelecek değişikliklerin ilgili sicillere bildirilmesinin usul ve esaslarının düzenlenmesinin tebliğin amaçları arasında olduğu belirtilmiş (m. 1); ayrıca tanımlara ilişkin üçüncü maddede "ilgili siciller" kapsamında "fikri mülkiyete ilişkin siciller"in de bulunduğu düzenlenmiştir. TK m. 128/6 ile şirketin tüzel kişilik kazanması sonrasında ilgili sicillerde derhal tescilin yapılmasını sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmış olması, ifa eylemi olan tescilin gecikmesini önleyecek ve bu bakımdan ifanın gerçekleşmemiş olması

[91] Tüm bu örnekler için bkz. Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 184 vd.

[92] Nitekim madde gerekçesi açıkça bunu ortaya koymaktadır.

dolayısıyla gerek ortaklık gerekse iştirak müteahhidi aleyhine doğabilecek olumsuzlukları da asgariye indirecektir.

2. Ortak Marka ve Garanti Markası Bakımından

Bu başlık altında son olarak ortak marka ve garanti markasının özel durumlarına da değinilmelidir. Diğer sınai hakların devirlerinden farklı olarak ortak marka ve garanti markasının devri bakımından marka sicilinde gerçekleştirilecek tescile kurucu bir fonksiyon tanınmıştır. Gerçekten MarkaKHK m. 60'a göre *"Garanti markasının veya ortak markanın devri veya bir ortak markada lisans verilmesi, Marka Siciline kayıt halinde geçerlidir"*. Dolayısıyla garanti markası veya ortak markanın devri söz konusu olduğunda adi yazılı şekil marka üzerindeki hakkın intikali sonucunu doğurmak bakımından yeterli olmayacak, bu netice ancak marka sicilinde gerçekleşecek tescile bağlı olarak ortaya çıkacaktır.

Bu farklılık dolayısıyla söz konusu marka türlerinin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüdü durumunda bunların ortaklığa ne zaman intikal edeceği sorusu da ayrıca incelenmek gerekir. TK m. 128/4'ün kullandığı ibarenin (paradan başka ekonomik bir değer) genişliği, bu fıkra hükmünün (şirketin tescili ile ayni sermayenin ortaklığa intikali) ortak marka ve garanti markası bakımından da uygulanacağı yorumuna bir dayanak teşkil edebilir. Buna karşılık ortak marka ve garanti markasının devrinin diğer marka türlerinden ve hatta sınai mülkiyet haklarından farklı bir rejime tabi tutulmasının altında yatan gerekçe dikkate alındığında da tam aksi sonuca ulaşılması yerinde görülebilir. Doktrinde bu farklılığın sebebi olarak bu tür markaların fonksiyonları icabı diğer marka türlerine göre daha fazla aleniyeti gerektirmesi ve bu bakımdan her zaman marka siciline bakılarak marka sahibinin kim olduğunun kolayca saptanmasını sağlamak ihtiyacı gösterilmiştir[93]. Sınai haklar üzerindeki mülkiyetin ortaklık tarafından tescilsiz olarak iktisabını düzenleyen TK m. 128/4 ile MarkaKHK m. 60 arasında bir çatışma bulunduğu açıktır.

Bu çatışmanın çözümü noktasında şüphesiz menfaatler dengesini gözeten bir yorum tercih edilmelidir. Şayet TK m. 128/4 hilafına MarkaKHK m. 60'a üstünlük

[93] Arkan, **Marka Hukuku II,** s. 181.

tanınır ve şirket tüzel kişilik kazanmasına rağmen malik sıfatını kazanmazsa, bu durumda garanti markası veya ortak markanın şirket lehine tescili gerçekleşene kadar üçüncü kişilerin söz konusu markaları iktisap etmeleri ve ortaklığın sermaye konusu markayı edinememesi söz konusu olabilecektir. Üstelik bu durumda bir iyi niyetle iktisap meselesi de bahis konusu değildir; zira sicildeki kayıt kurucu olduğundan şirket lehine sicil kaydı değiştirilene kadar üçüncü kişi sicilde kayıtlı olan ve tasarruf yetkisi bulunduğu kuşkusuz olan gerçek hak sahibi ile işlem yapabilir ve markayı geçerli bir biçimde iktisap edebilir. TK m. 128/2, c. 2 ile sicilde ortaklık lehine yapılmış olan kayda tanınan iyi niyeti kaldırıcı etki bu durumda hiçbir fonksiyon ifa etmeyecek, üçüncü kişi markanın sahibi ile ortaklık arasında ayni sermaye sözleşmesine bu şekilde vâkıf olsa dahi bu durum iktisabının geçerliliğini kesinlikle etkilemeyecektir. Şu halde şirketin tescili ile mülkiyetin de ortaklığa intikali sonucu kabul edilmezse, sermayenin tedariki ilkesi bakımından istenmeyen sonuçların doğmasına kapı açılmış olacaktır.

Bu sebeple kanımızca TK m. 128/4'ün MarkaKHK m. 60 karşısında "özel ve sonraki tarihli" bir düzenleme olarak değerlendirilmesi ve bu sebeple ortak marka ve garanti markasının sermaye olarak getirilmesi durumunda da TK m. 128/4'ün uygulanması kanımızca yerinde olacaktır. Bu sonuca göre ortak marka veya garanti markasının anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konulması halinde de tıpkı diğer sınai haklar bakımından olduğu gibi, şirket TK m. 128/4 gereği tescilsiz olarak mülkiyeti kazanacak, TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürü şirketin tescilinden sonra hemen markalar siciline MarkaKHK m. 60'ın aradığı tescilin yapılması için bildirimde bulunacak, sermaye borcunun ifası da bu tescille gerçekleşmiş olacaktır.

B. Lisans Halinde

Hemen belirtelim ki sınai haklar üzerinde verilecek lisanslar bakımından da tıpkı devirde olduğu gibi adi yazılı şekil şartı aranmış (MarkaKHK m. 15/2; PatentKHK m. 86/2; EndTasKHK m. 39/3, 41/7), bunun yanı sıra lisans sözleşmesinin ilgili sicile tescili de öngörülmüştür. Bununla birlikte yine devir sözleşmelerinde olduğu gibi lisans sözleşmelerinde de söz konusu tescile yalnızca

açıklayıcı bir işlev tanınmış[94] ve tescilin işlevinin lisans alanın sahip olduğu hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesini sağlamak olduğu hükme bağlanmıştır (MarkaKHK m. 21/10; PatentKHK m. 92/2). Şu halde sınai haklar üzerinde tesis edilecek lisans haklarının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde de, bu hakların devrinin sermaye olarak taahhüdüne ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Buna göre esas sözleşmede bunlarla ilgili olarak yer alacak kayıt sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerinin geçerliliği için aranan adi yazılı şekil şartını gerçekleştirmiş olacak, lisans sözleşmesinin lehdarı olan ortaklık tüzel kişilik kazanır kazanmaz TK m. 128/4 uyarınca söz konusu hakkı iktisap edecek, bu haklara ilişkin açıklayıcı nitelikteki tescillere yönelik bildirimler TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürü tarafından ilgili sicillere resen ve hemen yapılacak, tescilin gerçekleşmesi ile birlikte sermaye borcu da ifa edilmiş olacaktır.

VII. ÖZEL SİCİLLERİ BULUNAN DİĞER KIYMETLER

A. Genel Olarak

Kendi özel sicilleri bulunan ve bu sebeple TK m. 128/2 uyarınca anonim ortaklığa ayni sermaye olarak kabul edilebilmeleri için sicillerine bu hususta kayıt düşülmesi gereken diğer kıymetler de TK m. 128/4'teki isimlendirme ile "paradan başka ekonomik…değer" sınıfına dahil oldukları için aynı fıkra uyarınca ortaklık tüzel kişilik kazandığı anda bunlar üzerinde mülkiyet hakkını iktisap edecektir.

B. Motorlu Kara Taşıtları

Bu kapsamda yer alan motorlu kara taşıtlarının üzerindeki mülkiyetin devri bakımından KTK m. 20/d/1 uyarınca noter tarafından yapılan bir devir sözleşmesine ihtiyaç vardır; aynı hükmün ikinci fıkrasında öngörülen tescil yükümlülüğü ise mülkiyetin geçişi bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir[95]. Mülkiyetin devri

---

[94] Markalar bakımından bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** §28/33; patentler bakımından bkz. a.e., §38/31; endüstriyel tasarımlar bakımından bkz. a.e., §47/18.

[95] *"2918 Sayılı ktk, nun 20/d maddesi hükmünce, noterlerce gerçekleştirilen devir işlemleri araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik tesciline alıcı adına tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir. Tescil işlemi idari bir tasarruf olup, yaptırılmaması ayrı bir yaptırıma tabidir ve mülkiyetin devri için kurucu nitelik taşımaz. Bunun sonucu olarak da, trafik kayıtları mülkiyeti gösteren sicillerden olmakla birlikte, bu karine kesin değildir."* (Yarg. 17. HD, 31.10.2011, 9864/10092); aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, 23.02.2012, 1420/2767.

sonucunun doğması için noter tarafından yapılacak sözleşmenin yanı sıra ayrıca zilyetliğin de alıcıya geçirilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu tartışmada tercih edilecek görüş ne olursa olsun, bir motorlu kara taşıtının ticaret şirketine sermaye olarak taahhüt edilmiş olması halinde bu araç üzerindeki mülkiyet ilk görüş bakımından noter huzurundaki sözleşme bulunmaksızın[96], ikinci görüş bakımından ise sözleşmenin yanı sıra zilyetliğin geçirilmesi de gerekmeksizin TK m. 128/4 uyarınca ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte şirkete intikal edecektir. Ancak aracın teslimi mülkiyetin intikali bakımından değilse de sermaye borcunun ifası bakımından gereklidir. Böylece şirket motorlu kara taşıtını teslim almak suretiyle bunun üzerinde fiilen hâkimiyet kurduğu anda sermaye borcu da ifa edilmiş olacaktır. Bu arada trafik sicilindeki kayıt mülkiyet hakkı bakımından açıklayıcı olmasına ve ayrıca bu sicildeki kayda güvenerek hak iktisabı mümkün bulunmamasına rağmen, kanımızca bu halde dahi şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte ticaret sicili müdürü trafik sicilinde ortaklık lehine tadilin gerçekleştirilmesi için gereken bildirimi yapmalıdır (TK m. 128/6). Bu hareket tarzı, hem sicil kayıtlarındaki farklılık dolayısıyla ileride şirketle işlem yapmak isteyecek kimselerin tereddüde düşmemeleri, hem de Yargıtay'ın trafik sicilindeki kayıtlara –kanımızca hatalı olarak- tanıdığı[97] iyi niyeti kaldırıcı etkinin sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

C. Gemiler

Türk gemi sicilinde kayıtlı bulunan gemiler ile sicile kayıtlı olmamakla birlikte MÖHUK m. 22 uyarınca bağlama limanı Türkiye'de olduğu için üzerindeki ayni hakların menşe ülke sıfatı dolayısıyla Türk hukukuna tabi olduğu gemilere ilişkin mülkiyet hakkının ne surette devredileceği TK'nın deniz ticaretine ilişkin 5. kitabında düzenlenmiştir.

TK 996 vd. maddelerde özel hukuk hükümlerine göre ve bir hukuki muameleye istinaden gerçekleşecek devirler sicile kayıtlı olan ve olmayan gemiler

[96] Zira savunduğumuz görüş uyarınca esas sözleşmede yer alan kayıt noter tarafından yapılması gereken sözleşmenin yerini tutacağından taahhüt aşamasında da bu şekilde akdedilmiş bir sözleşmeye ihtiyaç kalmayacak, böylece araç üzerindeki mülkiyet hiçbir aşamada "notere uğramaksızın" ortaklığa intikal edecektir.

[97] Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, IV, B, 4.

bakımından iki farklı rejim altında ele alınmıştır. Bu çerçevede TK m. 997 Türk gemi siciline kayıtlı olmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklara MK'nın taşınırlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlediğinden, böyle bir geminin ticaret şirketlerine ayni sermaye olarak taahhüt edilmiş olması halinde mülkiyetin geçiş anı yine TK m. 128/4'e göre şirketin tüzel kişilik kazandığı an olacak, ancak sermaye borcunun ifasından söz edebilmek için geminin fiilen şirketin hâkimiyetine sunulmuş olması aranacaktır. Bu halde devir öncesinde taahhüt konusu gemi, Türk gemi siciline kayıtlı olmadığına ve bu şekilde ayrı bir rejime tabi tutulduğuna göre, TK m. 128/2 uyarınca özel sicile kayıt söz konusu olmadığı gibi, mülkiyetin intikali sonrasında da kanımızca TK m. 128/6 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Zira bu takdirde ticaret sicili müdürünün sicile kayıtlı olmayan ve ortaklığın da bu şekilde iktisap ettiği bir geminin tescilini istemesi yetkisini aşması anlamına gelir. Bununla birlikte ticaret siciline tescille birlikte geminin mülkiyetini kazanan ortaklığın, bu yönde bir iradesi oluştuğu takdirde bizzat gemi siciline başvurarak tescili sağlayabileceği şüphesizdir.

Gemi siciline kayıtlı gemilerin devri ise TK m. 1001'de eTK'ya oranla önemli farklılıklar içerecek şekilde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında gemi siciline kayıtlı bir geminin devri için tarafların mülkiyetin devri hususunda anlaşmaları ve ayrıca geminin zilyetliğinin geçirilmesinin şart olduğu belirtildikten, dolayısıyla esasen MK'nın taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin temel kuralının sicile kayıtlı gemiler bakımından da cari olduğu kurala bağlandıktan sonra ikinci fıkrada ise ilk fıkrada öngörülen devre ilişkin anlaşmanın geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve imzaların noterce onaylanmasına bağlanmıştır[98]. Devre ilişkin anlaşmaya esas sözleşmede yer verildiği takdirde bu kayıt TK m. 1001/2'deki şekil şartının yerini tutacaktır. Bu maddede devrin geçerliliği için ayrıca gemi sicilinde devralan lehine bir tescil gerçekleştirilmesi şartına yer verilmemiştir. Nitekim

[98] Sicile kayıtlı gemilerin devrine ilişkin eTK m. 868'de de devir için tarafların mülkiyetin nakli konusunda anlaşmış olmaları gerektiği belirtilmiş ancak TK m. 1001'den farklı olarak bu sözleşme herhangi bir şekle tabi kılınmadığı gibi, geminin zilyetliğinin geçirilmesi şartı da zikredilmemişti.

TK m. 1001 ile getirilen zilyetliğin devri şartının eleştirisi için bkz. Kender, Rayegân/Çetingil, Ergon/Yazıcıoğlu, Emine, **Deniz Ticareti Hukuku-Temel Bilgiler,** C. I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014, **a.g.e.,** s. 71-72.

doktrinde de mülkiyetin nakli ile ilgili olarak sicilde gerçekleştirilecek tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir[99].

Şu halde gemi siciline kayıtlı bir gemi üzerindeki mülkiyet hakkı TK m. 128/4 uyarınca şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte geçerli bir biçimde iktisap edilmiş olacaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere TK m. 1001/1 uyarınca sicile kayıtlı bir geminin devri –devir anlaşmasının şekli dışında- taşınırların devrine ilişkin kurallara tabi olduğundan, bu halde dahi taşınırın ayni sermaye olarak konması halinde yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır. Buna göre her ne kadar gemi üzerindeki mülkiyet hakkı tescille birlikte ortaklığa intikal edecekse de, sermaye borcunun ifa edildiğinden söz edebilmek için gemi üzerindeki fiili hâkimiyetin de ortaklığa devrine ihtiyaç vardır.

D. Türk Sivil Hava Araçları

Türk sivil hava araçlarının[100] üzerindeki mülkiyet veya diğer ayni hakların ne şekilde devredileceği meselesi TSHK m. 66 vd.nda düzenlenmiştir. Bu konudaki ilkeyi ortaya koyan TSHK m. 66/1'de *"Hava aracının tamamı veya bir payının üzerinde mülkiyet ve diğer ayni hakların tesisi, devri ve temlik için yazılı sözleşme yapılması lazım ve kafidir. Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça muteber değildir"* denilerek Türk sivil hava araçlarının devri bakımından adi yazılı şekil şartı getirilmiştir[101]. Tescile tabi hava araçları bakımından sicile yapılacak kaydın etkisi ise açıkça TSHK m. 66/2'de düzenlenmiş ve bu fıkrada *"Sözleşmeler*

[99] Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, **a.g.e.,** s. 56, yazarlar gemi sicilindeki kayıtların gemi üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması bakımından açıklayıcı olduğu, dolayısıyla mülkiyetin devrinin sicil dışında gerçekleştiğini belirtmektedirler.

[100] Türk sivil hava aracı kavramı TSHK m. 49'da tanımlanmıştır.

[101] Bu maddede de motorlu kara taşıtları bakımından değindiğimiz, mülkiyetin intikali için ayrıca zilyetliğin devrine de gerek olup olmadığı sorusu açıkta bırakılmış gözükmektedir. Kanımızca TSHK m. 67'nin *"Tescile tabi olmayan hava aracı veya payının temlikinde akitler mülkiyetin temellük edene teslimden önce intikalini kararlaştırabilirler"* denilerek, zımnen tescile tabi hava araçları bakımından taşınırların (hava araçlarının kural olarak menkul mal hükümlerine tabi olduğu hakkında bkz. TSHK m. 65) devrinde hâkim olan zilyetliğin devri şartının muhafaza edildiği ifade olunmuştur. Zaten zilyetliğin geçirilmesi menkul mülkiyetinin naklinde kural olduğuna göre TSHK m. 67 hükmü bulunmasaydı bile bu kuralın bertaraf edilebilmesi için TK m. 66'da bu yönde bir açıklığın bulunması gerekirdi. Sonuç olarak tescile tabi hava araçları bakımından adi yazılı şekilde akdedilecek devir sözleşmesinin yanı sıra zilyetliğin geçirilmesinin de gerekli olduğu, tescile tabi olmayan hava araçları bakımından ise tarafların anlaşması şartı ile zilyetlik geçirilmeden mülkiyetin kazanılmasına imkân tanındığı belirtilebilir.

uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez." denilerek tescilin etkisinin açıklayıcı olduğu ifade edilmiştir.

Bir hava aracının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde esas sözleşmeye bu konuda dercedilecek kayıt TSHK m. 66'nın aradığı şekil şartını karşılamış olacak ve yine TSHK m. 65 uyarınca kural olarak taşınır mal hükümlerine tabi olan hava araçları TK m. 128/4 uyarınca ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte TSHK m. 66/2'nin aradığı tescil şartına bağlı olmaksızın iktisap edilmiş olacaktır. Ancak tıpkı sınai haklar bakımından belirttiğimiz üzere, ortaklığın hava aracı üzerinde eksiksiz bir tasarruf imkânına kavuşması için uçak siciline de ayrıca tescilin gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla sermaye borcunun ifa anı olarak da uçak siciline yapılacak tescil anı kabul edilmelidir. Bu bakımdan şirketin ticaret siciline tescilini müteakip ticaret sicili müdürü tıpkı motorlu kara taşıtları veya gemi siciline kayıtlı gemiler bakımından olduğu gibi TK m. 128/6 uyarınca re'sen ve hemen ilgili sicillere bildirimde bulunarak, bu sicillerde ortaklık lehine gerekli değişikliklerin yapılmasını temin edecek ve ifanın gecikmesini önleyecektir.

E. Maden Ruhsatı ve Buluculuk Hakkı

Maden ruhsatının ve buluculuk hakkının devredilebilir nitelikte olduğu MadenK m. 5/2'de ifade edilmiştir. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında devir keyfiyetinin maden siciline şerh edileceği belirtilmiş, devrin de bu şerh ile tamamlanacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu fıkranın kaleme alınış biçiminin hukuk tekniği bakımından isabetli olmadığı açıktır. Bununla birlikte burada ayrıntısına girmeksizin fıkrada kullanılan "şerh" tabirinin "tescil" olarak anlaşılması gerektiği, "tamam olmak" ibaresi ile de teknik olarak "hüküm ifade etmek" veya "geçerli olmak" şeklinde ifade edilebilecek bir neticeye işaret olunduğu söylenebilir[102]. Böylece söz konusu düzenleme ile maden sicilinde yapılacak tescilin kurucu olduğu ifade edilmek istenmiştir.

Bu düzenleme şirketler hukukuna ilişkin hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, maden ruhsatının ve buluculuk hakkının anonim ortaklığa ayni

[102] Nitekim yine MadenK m. 38/2'de maden haklarının devrinin maden siciline işleneceği belirtildikten sonra 4. fıkrada *"Madenler üzerine iktisap edilecek haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez."* denilerek, bu sonuç daha özenli bir terminoloji seçimi ile ifade edilmiştir.

sermaye olarak taahhüdü halinde TK m. 128/4 dolayısıyla ortaklık tüzel kişilik kazandığı anda tescilsiz olarak bu hakları iktisap edeceği, ancak yine TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürünün bunların tescili amacıyla maden siciline re'sen ve derhal bildirimde bulunacağı, söz konusu tescille birlikte sermaye borcunun da ifa edilmiş olacağı söylenebilir.

VIII. ALACAK HAKLARI

A. TK'nın Düzenleme Tarzına Genel Bir Bakış

Alacak haklarının bir ticaret şirketine sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde bunların ortaklığa intikalinin tabi olacağı rejime ilişkin TK m. 130 hükmü, eTK m. 142'nin ifadeye ilişkin farklılıklar dışında aynısıdır. Bu bakımdan esasen bu mevzuda ticaret ortaklıkları bakımından uygulama alanı bulacak hükümde bir değişiklik olmamıştır.

Bununla birlikte TK ile anonim ortaklıklar özelinde getirilen esaslı farklılık, TK m. 342/1 uyarınca yeni dönemde vadesi gelmemiş (müeccel) alacakların, anonim ortaklıklara (ve TK m. 581 /1 uyarınca limited ortaklıklara) sermaye olarak taahhüt edilemeyecek olmalarıdır. İlgili bölümde kanun koyucunun bu tercihine yönelttiğimiz eleştiriler ve olması gereken hukuk bakımından yaptığımız yorumlar bir tarafa bırakılırsa[103], bu yasaklayıcı norm dolayısıyla müeccel alacakların anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüdü haline özgü olarak eTK döneminde yapılan tartışmaların, mevcut durumda TK bakımından gündeme gelmeyeceği şimdiden söylenmelidir.

B. Sermaye Olarak Taahhüt Edilen Alacak Haklarının İntikali-Teorik Yapı

Bir ticaret şirketine ve dolayısıyla anonim şirkete alacak hakkının ayni sermaye olarak taahhüdü halinde, bu alacağın ortaklığa intikalinin ne şekilde gerçekleşeceği, başka bir deyişle intikal sürecinin teorik zemini, diğer ayni sermaye kalemlerinden farklı olarak TK'da müstakil bir maddede düzenleme altına alınmıştır. Konuyla ilgili TK m. 130/1'de kanun koyucu *"Sermaye olarak şirkete alacaklarını*

[103] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, B.

devretmiş olan bir ortak, alacaklar şirketçe tahsil edilmiş olmadıkça sermaye koyma borcundan kurtulmaz" demektedir. Söz konusu fıkrada yalnızca sermaye borcunun ifa anına ilişkin bir düzenleme yer almışsa da bu hükmün TK m. 128/4 ile birlikte ele alınması zaruridir. Böylece TK m. 128/4 anlamında "paradan başka ekonomik bir değer" niteliğindeki alacak hakkı şirketin tescili ile ortaklığa intikal edecek, buna karşılık TK m. 130/1 uyarınca ifa ise tahsille birlikte gerçekleşecektir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında muaccel bir alacağın *"esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde"* şirketçe tahsilinden bahsedildiğine göre, hüküm öncelikle ortaklığın tahsil yetkisine sahip olduğunu varsaymaktadır. Bu yetki ise kural olarak alacaklıya aittir. Dolayısıyla muaccel bir alacak anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edildiği takdirde "esas sözleşme tarihinden itibaren" taahhüt konusu alacak ortaklığa intikal etmekte[104], ortaklık da "alacaklı" sıfatına binaen alacağın tahsilini borçludan talep edebilmektedir. Kısacası bu düzenleme şekli "alacağın ortaklığa intikali" ile "ifa"yı açık bir biçimde birbirinden ayırmaktadır[105].

Daha önce de zikrettiğimiz ve doktrinde bu açıklıkla ilk defa Moroğlu tarafından ortaya konulduğu üzere[106], esasen TK m. 130'daki bu düzenleme biçimi "paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınır"ın sermaye olarak taahhüdü halinde, bu borcun ifasına ilişkin genel kuralın alacak hakkı özelinde kanun hükmü haline dönüşmüş biçimi olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla esasen TK m. 130'daki durum bir istisna değil söz konusu ayni kıymetler bakımından genel kuralın bir görünümüdür[107]. Sermayenin eksiksiz bir biçimde tedarikini sağlamak

---

[104] Sermaye olarak taahhüt edilen alacağın mevcut olmaması ihtimalinde ise TK m. 130 yine uygulama alanı bulacak, ancak bu durumda doğal olarak mevcut olmayan alacağın ortaklığa intikali hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktır, bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 125-126.

[105] Bu görüş için bkz. Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 50; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 125; aksi görüş için bkz. Değirmenci, **a.g.e.,** s. 30-31, yazar alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüdünün alacağın temliki hükmünde olduğunu ve dolayısıyla şirket kurulduğu/tüzel kişilik kazandığı anda alacak hakkını iktisap edeceğini, pay sahibinin de sermaye koyma borcunu ortaklığın kurulması ile birlikte ifa ettiği sonucuna varılması gerektiğini, aksinin kabulünün alacağın temlikinin tasarruf işlemi niteliği ile bağdaşmayacağını belirtmektedir.

[106] Moroğlu, **İştirak Taahhütleri,** s. 50.

[107] Bu noktada mülkiyetin geçişi ile ifa arasındaki ayırımın örneğin taşınırlardan farklı olarak alacaklar özelinde neden bu şekilde açık bir kanun hükmüyle düzenlenmiş olduğu sorulabilir. Kanımızca diğer ayni sermaye kalemlerinden farklı olarak alacak hakkının sermaye olarak konması durumunda ifanın pay sahibine değil de şirketin belki de hiç tanımadığı bir üçüncü kişiye bağlı olması, kanun koyucunun bu konuda özel bir hassasiyet göstermesine sebep olmuştur. Gerçekten de diğer ayni sermaye türlerinde ifa ilişkisi ortaklık ile pay sahibi arasındadır, dolayısıyla hukuki manzara

bakımından ihtiyaç duyulduğu takdirde, TK m. 130'daki mülkiyetin intikali-ifa ayırımının alacaklar dışındaki diğer ekonomik kıymetler bakımından da uygulanması bir imkândan çok zarurettir ve işin doğası gereğidir.

Böylece alacak hakkının ayni sermaye olarak taahhüdü halinde ortaklığın korunmasına yönelik özel rejim gereğince, bir yandan ortaklığın sermaye olarak taahhüt edilen alacağı gecikmeksizin iktisap etmesi sağlanmakta, öte taraftan da alacak ortaklıkça iktisap edilmiş olmasına rağmen sermaye borçlusu bakımından ifa sonucu doğmamaktadır. Böylece TK m. 130/3'te öngörülen "tahsil edilememe" ihtimali gerçekleştiği takdirde ortaklığın, devraldığı alacağın borçlusu yerine doğrudan doğruya alacağı sermaye olarak getiren pay sahibine müracaat etmesi teorik olarak da mümkün hale getirilmiştir.

C. TK m. 130 ile Sağlanan Koruma Sistemi ve Hukuki Niteliği

1. TK m. 130'daki Düzenlemenin Hukuki Niteliği/Garanti Sorumluluğu Görüşünün Reddi

Türk doktrininde TK m. 130/eTK m. 142 ile getirilen koruma rejiminin hukuki niteliği üzerinde pek fazla durulmadığı söylenebilir. Genel itibariyle bu hükmün sağladığı koruma sisteminin ayrıntıları tartışma konusu edilmediği gibi, bununla bağlantılı olarak hukuki nitelik meselesi de fazla ilgi çekmemiş görünmektedir. Bu dönemde eTK m. 142'nin hukuki niteliği ile ilgili olarak yalnızca dolaylı bazı ifadelere rastlanabilmektedir. Bu kapsamda örneğin Arslanlı eTK m.142'nin özel bir garanti sorumluluğu düzenlediğini açıkça ifade etmemişse de, konu ile ilgili açıklamaları sırasında eBK m. 169/2'ye atıfla şirket sözleşmesinde bir

belirgindir. İfanın gerçekleşmemesi halinde ortaklık doğrudan doğruya pay sahibine başvuracak ve ifayı ondan talep edecek, ifanın gerçekleşmemesi durumunda ıskata kadar giden çözüm yollarını kullanabilecektir.

Oysa alacak hakkının sermaye olarak taahhüdünde bu ilişki üç taraflı hale gelmektedir: Bir tarafta ortaklık, bir tarafta pay sahibi, bir tarafta ise ortaklığa temlik edilen alacağın borçlusu. Ortaklık ifa için pay sahibini değil üçüncü bir kişiyi takip etmektedir. Bu durumda şayet kanun koyucu tarafların konum ve yükümlülüklerini açıkça düzenlememiş olsaydı örneğin pay sahibinin ifa için kendisine başvuran ortaklığa öncelikle temlike konu alacağın borçlusunu takip etmesi, gerekli hukuki yollar tüketilmesine rağmen ifa gerçekleşmemişse ancak bu durumda kendisine başvurması şeklinde bir savunma yapmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilirdi. Bu yolun zahmeti bir tarafa, özellikle üçüncü kişinin ifayı gerçekleştirmemekte direnmesi durumunda uzun süre boyunca ortaklığın eksik sermaye ile faaliyet göstermesi ve bu eksiklik dolayısıyla örneğin dış kaynaklardan sermaye artırımının yine uzun süre mümkün olmaması tehlikeleri gündeme gelebilirdi.

alacağı temlik eden kimsenin borçlunun aczinden de sorumlu olacağını belirterek, iki kurum arasında bağlantı kurmuştur[108]. Benzer biçimde Domaniç de madde ile ilgili olarak yaptığı açıklamalarda bir ihtimal olarak TK m. 142 ile eBK m. 169'un birlikte değerlendirilmesinden bahsederek dolaylı bir biçimde eTK m. 142'nin eBK m. 169'da düzenlenen garanti sorumluluğunun bir yansıması olabileceğini ifade etmiştir[109].

Bununla birlikte meseleyi monografik bir inceleme içerisinde ilk kez ayrıntılı bir biçimde ele alan Arıcı, söz konusu hükmün sağladığı hukuki korumanın niteliği ile ilgili olarak da önemli tespitler yapmış ve bu çerçevede açık bir biçimde eTK m. 142 ile getirilen düzenlemenin anonim ortaklıklar hukukuna özgü olarak, kusura dayanmayan ve emredici nitelikte olan bir garanti sorumluluğunu hükme bağladığını belirtmiştir. Buna göre eTK m. 142/2'de belirtilen süreler içerisinde alacağın *"her ne sebeple olursa olsun"* tahsil edilememesi halinde, yine aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca sermaye müteahhidinin garanti sorumluluğu ve bu kapsamda tazmin borcu gündeme gelecektir. Böylece bir kimse alacağı anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt ettiği anda TK m. 130/eTK 142'deki garanti yükümlülüğü doğmakta, bir aylık sürenin sonunda alacağın ortaklıkça tahsil edilememesi halinde ise bu yükümlülük bir garanti sorumluluğuna dönüşmekte ve iştirak müteahhidinin tazminat borcu doğmaktadır[110]. Bu andan itibaren ise sermaye borcunun ifa edilmesi, söz konusu tazmin borcunun ifa edilmesi yoluyla gerçekleştirilebilecektir[111].

Biz TK m. 130'un şirketler hukukuna özgü bir garanti sorumluluğunu düzenlediği kanaatinde değiliz. Bir kere TK m. 130/eTK 142'nin lafzı, bu hükümden bir garanti yükümlülüğü çıkarılmasına ve giderek temlik edilen alacağın tahsil edilememesi halinde pay sahibinin borcunun bir tazminat borcuna dönüşeceği sonucuna ulaşılmasına engeldir. Her şeyden önce TK m. 130/1-eTK 142/1 açıkça alacakların şirketçe tahsil edilememiş olması halinde ortağın sermaye koyma borcundan kurtulmuş olmayacağını ifade etmektedir. Bu ifadeden doğrudan doğruya

[108] Arslanlı, **C. I,** s. 206.

[109] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 183.

[110] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 136 vd.

[111] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 121 vd. ve özellikle s.125; eTK m. 142'de düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk hali teşkil etmesi ve emredici niteliği hakkında bkz. **a.e.,** s. 126 vd.

ulaşılabilecek netice, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından alacağın fiilen tahsili gerçekleşinceye kadar ortağın sermaye borcunun mevcut olduğu ve devam ettiğidir. Dolayısıyla anılan maddede TK m. 130/2'deki bir aylık sürenin ne öncesi ne de sonrasında ortağın sermaye borcunun başka bir sorumluluğa veya yükümlülüğe dönüştüğüne/dönüşeceğine dair herhangi bir ipucu yer almamakta, aksine birinci fıkra pay sahibinin yegâne sorumluluğu olarak devam eden sermaye koyma borcunu zikretmektedir.

İkinci olarak özellikle Arıcı'nın görüşünü ortaya koyarken sıklıkla dayandığı[112] TK m. 130/3-eTK m. 142/3'ün de varılan bu sonucu haklı kılacak bir içerikte olmadığı kanaatindeyiz. Anılan fıkra *"Her ne sebeple olursa olsun, bu süre içinde tahsil edilemediği takdirde, gecikmeden dolayı şirketin tazminat hakkına halel gelmemek şartıyla, ortak, sürenin bitiminden itibaren geçecek günlerin temerrüt faizini de öder"* şeklindedir. Esasında bu düzenleme birinci fıkrada ortaya konulan hükmün doğal bir sonucu niteliğindedir ve bu bakımdan hem ticaret şirketlerinde sermaye borcunun ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen TK m. 128/7 ve TK m. 129 hem de anonim ortaklıkta sermaye borcunun ifasında temerrüde düşülmesinin neticelerine ilişkin TK m. 482 ile arzettiği paralelliğe dikkat edilmelidir. TK m. 130/3'te de tıpkı TK m. 128/7, TK m. 129 veya TK m. 482/1 ve 4'te olduğu gibi süresi içerisinde sermaye koyma borcunu ifa etmeyen ortağın temerrüt faizi ödemekle yükümlü bulunduğu ve ayrıca şirketin gecikmeden kaynaklanan zararlarına ilişkin tazminat hakkının da saklı olduğu belirtilmektedir. Bu paralellik, alacak haklarının bir ticaret şirketine sermaye olarak getirilmesi halinde, olası bir ifa edilmeme halinde ortaklığın esasen sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde cari olan hükümler çerçevesinde korunmak istendiğini ortaya koymaktadır. O halde neden ayrıca TK m. 130'a ihtiyaç duyulduğu sorulabilir. Bizce bu sorunun cevabı açıktır: Alacağın sermaye olarak konulması bir ayni sermaye taahhüdüdür. Ancak kanun koyucunun TK m. 130'da benimsediği rejim uyarınca taahhüt konusu alacak bir ay içerisinde tahsil edilemediği takdirde, aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız üzere[113], ayni sermaye borcu nakdi sermaye borcuna dönüşmektedir. İşte bu

[112] Bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 125; s. 136 vd.

[113] Bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, VIII, C, 2.

dönüşümü vurgulamak ve olası tereddütleri gidermek üzere TK m. 130/3'te para borcuna özgü temerrüt faizi ve nakdi sermaye borcunun yerine getirilmemesinin diğer sonuçları zikredilmiştir.

Hükmün gözettiği amaç bakımından da benimsediğimiz yorumun daha elverişli olduğunu zannediyoruz. Aşağıda ilgili başlık altında[114] daha ayrıntılı olarak açıklanacaksa da şimdiden belirtelim ki TK m. 130/3'teki "her ne sebeple olursa olsun" ibaresinin nasıl yorumlanacağı ve yine burada varılacak sonuca göre şirketin ihmalinden kaynaklanan bir sebeple alacak hakkının bir aylık süre içerisinde tahsil edilememiş olması durumunda ortaya çıkacak sorunların nasıl çözüleceği gibi problemli konularda savunduğumuz görüş, hükmün özellikle sermayenin tedarikini sağlama amacı bakımından daha elverişlidir.

Öte yandan TK m. 130 hükmünde bir garanti sorumluluğunun düzenlendiği kabul edildiğinde, bu garanti sorumluluğundan kaynaklanan tazminat borcunun kapsamının ne şekilde belirleneceği de önemli bir meseledir. Zira TK m. 130 ve özellikle 3. fıkra hükmü, -bizce bu amaçla kaleme alınmamış olmasının doğal bir sonucu olarak- garanti sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir düzenleme ortaya koymamaktadır[115]. Dolayısıyla bu hükümden garanti sorumluluğunun ve bunun devamında bir tazminat borcunun çıkarılması ister istemez hükmün lafzının ve çerçevesinin zorlanması ihtiyacını doğurmaktadır. Oysa ki TK m. 130'daki koruma rejiminin genel olarak nakdi sermaye borcunun ifa edilmemesi halinde ticaret şirketleri bakımından gündeme gelen koruma rejimi olduğu kabul edildiğinde, özellikle üçüncü fıkranın anlaşılması ve borcun kapsamını tespit kolaylaşmaktadır.

---

[114] Bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, VIII, C, 4.

[115] Nitekim Arıcı da bu konu ile ilgili yaptığı açıklamalarda önemli ölçüde TK m. 130/3-eTK m. 142/3 düzenlemesinden bazı ipuçları tespit etmekte ve bunları takip etmek suretiyle sonuca ulaşmakta, bu kapsamda örneğin eTK m. 142/1'in sermaye olarak konulan alacak tahsil edilmedikçe sermaye borcunun devam edeceği şeklindeki düzenlemesinden alacağı sermaye koyanın garanti sorumluluğunun alacağın gerçek değeri üzerinden olduğunu belirtmekte; benzer biçimde birinci fıkrada alacağın tahsil edilmesi zorunluluğunun alacağın tamamına yönelik olduğu açıkça ifade edilmemiş ise de son fıkra dikkate alındığında alacağın ancak tamamının tahsil edilmiş olmasına sermaye borcunun ifası ve garanti sorumluluğunun sona ermesi sonucunun bağlandığının anlaşıldığını belirtmekte; nihayet tüm bu çıkarımlara dayalı olarak eTK m. 142'deki özel garanti sorumluluğunun kapsamının eBK m. 171'in aksine yalnızca menfi zarardan ibaret olmadığını, hükümle müspet zarardan sorumluluk esasının benimsendiği sonucuna varmaktadır, bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 138-139.

Ayrıca TK m. 130'daki düzenlemenin özel bir garanti sorumluluğu olarak anlaşılması, alacağın temlikinde devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme ile karşılaştırıldığında çok kolay değildir. Şüphesiz bir alacağın sermaye olarak konulması durumunda da temelde bir alacağın temliki işleminin yattığı, bu nedenle alacağın temlikinin bir yan sonucu olan temlik edenin garanti borcunun ortaklıklar hukukuna TK m. 130 ile uyarlandığı düşünülebilir. Bununla birlikte ortaklıklar hukukunun kuralları dikkate alındığında, burada gerçekleşen işlemin BK'da düzenlenen alacağın temlikinden farklı bir niteliğinin bulunduğu dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda alacağın sermaye olarak konulması durumunda söz konusu alacak bu hususun esas sözleşmeye yazılması anında/iradi olarak değil şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte/kanuni olarak intikal etmektedir (TK m. 128/4). Hâlbuki alacağın temlikinde temlik edenin garanti sorumluluğunu düzenleyen hükümler iradi devirlere özgüdür[116]. Nitekim BK m. 191/2'de alacağın kanun gereği başkasına intikali halinde devredenin alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacağı, başka bir deyişle garanti sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme karşısında TK m. 130'un yine de özel bir garanti sorumluluğu tesis ettiği sonucuna ulaşmak yerine, özellikle anonim ortaklıklar hukukunda sermaye borcunun ifa edilmemesine ilişkin genel düzenleme ile daha uyumlu bir yorumun kabulü kanımızca yerinde bir tercih olacaktır.

Son olarak belirtelim ki, eTK m. 142 hükmü yeni kanunun 130. maddesine aynen aktarılmış olmasına rağmen, bu düzenleme yukarıda da değindiğimiz üzere anonim ortaklıklara özgü bütünüyle yeni bir hüküm olan TK m. 342/1 c. 2 ile birlikte ele alındığında, TK m. 130/2'de müeccel alacaklar için öngörülen düzenlemenin anonim ortaklıklar özelinde artık uygulama imkânının bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Bu yeni yaklaşım tarzı, kanun koyucunun taahhüt edilen alacakların bir an önce ortaklık malvarlığına dâhil edilmesine yönelik politikasının eTK'ya kıyasla iyiden iyiye kuvvetlendiğini ortaya koymaktadır[117]. Gerçekten de TK m. 130 ile

[116] Nitekim bizzat Arıcı da bu hususa işaret etmektedir, **a.g.e.,** s. 123.

[117] eTK döneminde Tekinalp, müeccel alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak konulmasının esasen tescil ile muacceliyet ilkesi ile bağdaşmadığını, eTK bakımından müeccel alacakların ancak eTK m. 1461'e göre hesaplanacak faiz indirildikten sonraki miktarları ile sermaye olarak konulmaları şeklinde bir çözümün tercih edilebileceğini, ancak her halükarda ilkeye daha uygun düşen çözümün yalnızca muaccel alacağın sermaye olarak konması olduğunu belirtmekteydi (bkz. Tekinalp

anonim ortaklık lehine tesis edilen ve ortaklığa olası bir tahsil edememe ihtimalinde çok güçlü bir konum sağlayan koruma rejiminin muhafaza edilmiş olmasına rağmen, müeccel alacakların anonim ortaklık özelinde sermaye olarak kabul edilmemesinin gerekçesi ancak ortaklığın taahhüt edilen sermayeye "bir an evvel" kavuşması amacı olabilir. Yoksa TK m. 130'un varlığı, sermayenin tam olarak teşekkül etmemesi riskini muaccel alacaklar bakımından ne oranda ortadan kaldırıyorsa müeccel alacaklar bakımından da aynı oranda ortadan kaldırmaktadır. Nakdi sermaye borcunun ¼'lük kısmının peşinen ödenmesinden sonra anonim ortaklığın kalan kısmı edinmesini 2 yıl gibi uzun bir sürenin sonuna ertelemeye imkân veren kanun koyucunun, buna karşılık söz gelimi birkaç ay vadeli bir borcun sermaye olarak konulmasını –üstelik TK m. 130'un sağladığı son derece etkili koruma sistemine rağmen- engellemiş olması, salt bir hukuk politikası tercihi olarak dahi sorgulanabilir[118].

2. Pay Sahibinin Devam Eden Sermaye Borcunun Niteliği- Ayni Sermaye Borcunun Nakdi Sermaye Borcuna Dönüşmesi

TK m. 130/1 gereği pay sahibinin sermaye koyma borcunun devam ettiği kabul edildiğinde bu sermaye borcunun niteliğinin ne olduğunun da ayrıca tespit edilmesi gerekir.

Alacak hakkının sermaye olarak taahhüdü halinde ortada bir ayni sermaye taahhüdünün mevcut bulunduğu tartışmasızdır. Ancak TK m. 130/3'te, para borçlarında temerrüt haline özgü bir sonuç olan "temerrüt faizi"nden bahsedilmektedir[119]. Bu hükümden anlaşılmaktadır ki, ortaklık TK m. 130/3'te belirtilen bir aylık süre içerisinde muaccel alacağı tahsil edemediği takdirde, başlangıçta "ayni sermaye" niteliğinde olan taahhüdün en azından hükümlerinde bir değişiklik husule gelmektedir. Şu halde tespiti gereken husus bu değişikliğin ne olduğudur.

(Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1031). Yeni düzenleme ile bu görüşün bir pozitif hüküm haline getirildiği anlaşılmaktadır.

[118] Vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesine yönelik düzenlemenin eleştirisi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, B.

[119] Bu konuda bkz. Helvacı, Mehmet, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı,** İstanbul 2000, s. 44 vd.

Kanımızca kanun koyucu sermaye olarak bir alacağı temlik eden pay sahibinin ayni sermaye borcunun alacağın şirketçe tahsiline kadar devam edeceğini belirtmiş (TK m. 130/1), ancak TK m. 130/3'te "temerrüt faizi"nden bahsetmek suretiyle zımnen işaret ettiği gibi, alacağın bir aylık süre içerisinde tahsil edilememesi halinde şirketin pay sahibine nakdi sermaye borcunda temerrüt hükümleri uyarınca gidebileceğini ortaya koymuştur. Böylece tahsil edilememe olgusu ile birlikte, pay sahibinin ayni sermaye taahhüdü ile örtülmüş olan asli nitelikteki nakdi sermaye koyma borcu tekrar gün ışığına çıkmakta ve ortaklık pay sahibine bu asli nitelikteki nakdi sermaye borcu dolayısıyla müracaat edebilmektedir.

Bu düzenleme biçiminin benimsenmesi aslında alacak hakkının sermaye olarak getirilmesinin arzettiği kendine özgü hususiyetlerin bir gereğidir. Yukarıda da değindiğimiz üzere klasik bir ayni sermaye taahhüdünden farklı olarak alacak hakkının ayni sermaye olarak konulması durumunda şirketin tescilinden itibaren devreye pay sahibinin dışında üçüncü bir kişi olarak temlik edilen alacağın borçlusu girmektedir. Dolayısıyla sermaye koyma taahhüdünde bulunan kimsenin bu borcunun ifa edilmiş kabul edilebilmesi, bir başka kimsenin borcunu ifa etmesine bağlıdır; farklı bir söyleyişle diğer ayni sermaye kalemlerinden farklı olarak şirketin tescili ve alacağın ortaklığa intikalinden itibaren sermaye borcunun ifası pay sahibinin inisiyatifinden bağımsız hale gelmektedir. Taşınmazlar dışındaki diğer ayni sermaye türlerinde de ortaklık tescil ile beraber mülkiyeti iktisap etmektedir. Ancak farklı olarak sermaye borcunun ifa edilebilmesi üçüncü kişinin eylemine bağlı değildir. Bu hallerde ortaklık ifada bir aksaklık olması durumunda pay sahibine başvuracak ve örneğin sermaye olarak koyduğu taşınırı tevdi edildiği mahalden şirketin haberi olmaksızın alan pay sahibi bu taşınırın zilyetliğini ortaklığa devretmeye/aynen ifaya zorlanabilecektir. Buna karşılık yine örnek olmak üzere sermaye olarak konan alacak hakkının bir aylık süre içerisinde ortaklıkça tahsil edilememesi halinde ortaklığın ifanın aynen gerçekleşebilmesi için pay sahibini zorlama imkânı yoktur. Aksinin kabulü şirketin gereksiz ve boş yere pay sahibinden bir daha ayni ifayı talep etmesi sonucunu doğurur ki, sermayenin tedariki ilkesi karşısında kanun koyucunun böyle anlamsız bir tercihte bulunması beklenemez. Dolayısıyla TK m. 130/2 uyarınca bir aylık sürede alacağı tahsil edemeyen ortaklık,

TK m. 130/3 uyarınca asli nitelikteki nakdi sermaye borcu tekrar canlanan/çözülen ortağa gidecek ve ondan bu borcu ödemesini isteyecek, ayrıca TK m. 130'un açık hükmü gereği ayni sermaye borcunda gündeme gelmesi söz konusu olmayan temerrüt faizi avantajından da faydalanmış olacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki pay sahibinin başlangıçtaki ayni sermaye borcu da, bir aylık sürede tahsilin gerçekleşmemesi halinde kanımızca kendiliğinden ortadan kalkmaz. Aksine pay sahibinin asli nitelikteki nakdi sermaye borcunun arkasında ikincil nitelikte bir borç olarak varlığını devam ettirir. Buna göre ortaklık artık ikincil nitelikteki ayni sermaye borcunun tahsili ile uğraşmak zorunda değildir, ona daha elverişli olan birincil nitelikteki nakdi sermaye borcu için pay sahibine başvurma imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte ortaklık yönetimi, alacağın konusunun özellikle para dışında bir şey olduğu hallerde bunun şirket malvarlığına kazandırılmasını önemseyebilir ve kendisine tanınan imkânı kullanmak yerine ayni sermaye borcunun tahsilinde ısrarcı olabilir[120, 121]. Yahut şirket nakdi sermaye borcunun tahsili için pay sahibine başvurduğu aşamada bir aylık süre geçmiş olmasına rağmen alacağın borçlusu bunu ifa etmek isteyebilir. İşte başlangıçtaki ayni sermaye borcu da ikincil bir borç olarak varlığını devam ettirdiği için, bu borcun ifası da yönetim kurulunca kabul edildiği takdirde[122] geçerlidir ve sermaye borcunu sona erdirir. Buna göre pay sahibinin nakdi sermaye borcunu ifa etmesi ikincil nitelikteki

[120] Bununla birlikte yönetim kurulunun bu tercihi yapmak noktasında dikkatli olması gerekir. Zira örneğin alacağın tahsiline yönelik çabanın sonuçsuz kalacağının veya çok büyük bir zaman yahut masraf gerektireceğinin önceden kestirilebilmesi halinde, kanunun tanıdığı imkânı kullanarak doğrudan pay sahibinden nakdi sermaye borcunun ifasını talep etmeyen yönetim kurulu, şirketin uğradığı zarar dolayısıyla sorumluluk davasına muhatap olabilir.

[121] Yönetim kurulunun böyle bir tercih yapması halinde temerrüt faizinin büyümesi riskini üstlenmek istemeyen pay sahibi de şirkete nakdi sermaye borcunun ifasını önerebilmeli, kabul edilmediği takdirde kanunun tanıdığı tevdi imkânını (BK m. 107) kullanarak temerrüt faizi yükünden kurtulabilmelidir.

[122] Bir aylık sürenin geçmesinden ve pay sahibinin nakdi sermaye borcunun tekrar canlanmasından sonra şirket yönetim kurulu ayni sermaye borcunun konusu olan alacağın ifası teklifini kabul etmek zorunda değildir. Burada şirket yönetim kurulu bir değerlendirme yaparak şirket için avantajlı olan yolu seçmekte serbesttir. Bununla birlikte iştirak müteahhidi/pay sahibinin alacakla birlikte gecikme yüzünden sorumlu olduğu tazminatı da alacaklı şirkete arzetmesi halinde artık nakdi sermaye borcu bakımından da temerrüt olgusunun sona erdiği kabul edilmelidir (borçlu temerrüdü bakımından genel olarak bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 482). Bu andan sonra şirket pay sahibine nakdi sermaye borcunun ödenmesi için gitse bile teklifin yapıldığı andan sonrası için temerrüt faizi talep edememelidir.

ayni sermaye borcunu sona erdireceği gibi, ikincil nitelikteki ayni sermaye borcunun ifası da nakdi sermaye borcunu sona erdirecektir.

3. Bir Aylık Sürenin Anlamı, Niteliği ve Fonksiyonları

a. Bir Aylık Sürenin Başlangıç Anı

TK m. 130/2, tıpkı selefi eTK m. 142/2'de olduğu gibi, muaccel alacakların tahsili için ortaklığın beklemek durumunda olduğu süreyi *"esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay"* olarak belirlemiştir[123].

Hükmün yer verdiği ifadede dikkati çeken ilk husus bir aylık sürenin başlangıcının "esas sözleşme tarihi" olarak kabul edilmiş olmasıdır. Arıcı, eTK m. 140/2'nin paralel ifadesi ile ilgili olarak burada kullanılan "şirket mukavelesi tarihi"nin ortaklığın tescil tarihi şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir[124].

Bu noktada TK bakımından anonim ortaklıklarda esas sözleşmenin TK m. 339 uyarınca akdedilmesi anında şirketin kurulacağının düzenlenmiş olması karşısında (TK m. 335/1), TK'nın da benimsediği "esas sözleşme tarihinden itibaren" ifadesinin yeni dönemde lafzen yorumlanarak, böylece aslında bir aylık sürenin ön anonim şirketin kurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağının ileri sürülmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılabilir.

Kanımızca bir kere ön şirketin mevcut olacağı sürenin TK'nın diğer hükümleri (örneğin TK m. 345/2; 354/1) ve ülkemiz uygulaması ile birlikte değerlendirildiğinde fiilen oldukça kısa olacağı da göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir yorumun örneğin ortaklık bakımından ekonomik bir fayda sağlayacak nitelikte olduğu, dolayısıyla en azından bu sebeple tercihe şayan olduğu söylenemez. Öte yandan anonim (ve limited) ortaklıklar özelinde ön şirket kabul edilmiş olsa da,

---

[123] İki hüküm arasında bu noktada zikredilebilecek yegâne fark eTK m. 140/2'de kullanılan *"şirket mukavelesi tarihinden itibaren"* ifadesinin yerini yeni düzenlemede *"şirket sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren"* ifadesinin almış olmasıdır. Bu tercihin ise eTK m. 140/2'de kullanılan "şirket sözleşmesi" tabirinin anonim ortaklık esas sözleşmesini de kapsayan genel bir kavram olduğunun tartışma konusu bile yapılmamış olduğu dikkate alındığında, yalnızca malumun ilamı olarak bir anlam ifade ettiği söylenebilir.

[124] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 138; yeni TK bakımından de lege ferenda şirket sözleşmesinin tarihi yerine tüzel kişiliğin doğduğu tarihin (tescil gününün) esas alınmasının düşünülebileceğini belirten Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku,** s. 50.

TK m. 130'un tüm ticaret şirketleri bakımından uygulanacak bir hüküm olduğu, hâlbuki kollektif ve komandit şirketler bakımından ön şirket müessesesinin kanun koyucu tarafından benzer bir biçimde düzenlenmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Yine TK m. 128 genel olarak göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun ticaret ortaklıklarına sermaye olarak konan taşınırlar ve para dışındaki ekonomik değerlerin ortaklığa geçişi anını şirketin tüzel kişilik kazanması anı olarak belirlediği (TK m. 128/4), diğer bazı hallerde ise ortaklığın iktisap anının tüzel kişiliği kazanma anından bile daha ileriye atılmış olduğu (örneğin taşınmazlar bakımından tapuda yapılacak tescil) belirtilmelidir[125]. Dolayısıyla bir aylık sürenin de alacağın intikal ettiği şirketin tescili tarihinden önce başlaması anlamlı değildir.

Netice itibariyle biz, yeni dönemde anonim ortaklıklar bakımından cari olan ön şirket uygulamasına rağmen TK m. 130/2'de yer alan "esas sözleşme tarihinden itibaren" ifadesinin bilinçli bir tercihi yansıtmadığı, eTK hükmünün aynen aktarılmasından kaynaklanan bir kullanım olduğu, Arıcı'nın eTK bakımından ortaya koyduğu kanaatin yeni TK bakımından da haklı olduğu düşüncesindeyiz.

b. Bir Aylık Sürenin Mutlak Niteliği:

TK m. 130/2'de yer alan sürenin *"aksi kararlaştırılmış olmadıkça"* bir ay olduğu yönündeki ifade, eTK döneminde bazı yazarlarca gerek müeccel gerekse muaccel alacakları kapsayacak şekilde yorumlanmış, bu kapsamda söz konusu ifade uyarınca her iki halde de bir aylık sürenin aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir[126].

Ancak kanımızca söz konusu fıkranın, 1926 tarihli eTK m. 129'dan bugüne değişmeyen ifadesi bu konuda farklı bir yorum yapılmasına müsaade etmeyecek bir

[125] Hatta malvarlığının tescille oluşumu ilkesinin nakdi sermaye bakımından dahi benimsendiği, bu bakımdan TK m. 345 uyarınca "kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba" yatırılan ¼'lük nakdi sermaye tediyelerinin de ancak bankaya şirketin tüzel kişilik kazandığını bildiren bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması halinde şirkete ödeneceği, dolayısıyla bu tarihten önce ön şirketin dahi bu yatırılan meblağ üzerinde tasarruf edemeyeceği söylenebilir.

[126] Bu yönde bkz. Toksal, **a.g.e.,** s. 1308; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 137-138, ancak Arıcı ayrıca burada bahsi geçen imkânın yalnızca sürenin kısaltılması yönünde olabileceğini, söz konusu hükmün özellikle eTK m. 142/3'ün "mutlak ifadesi ile birlikte düşünüldüğünde" bir aylık sürenin anlaşma ile uzatılmasına müsaade eder şekilde anlaşılamayacağını belirtmektedir.

yapıdadır. Gerçekten TK m. 130/2'de de "aksi kararlaştırılmış olmadıkça" terkibinin *"vadesi gelmemiş ise"* kısmından önce değil de sonra kullanılmış olması gelişigüzel veya tesadüfi olarak anlaşılmaya müsait değildir[127]. Kaldı ki fıkradaki bu ifadenin muaccel alacakları da kapsayacak şekilde anlaşılması ve böylece bir aylık sürenin taraflarca anlaşmak suretiyle değiştirilmesine imkân verilmesi halinde, TK m. 342'nin vadeli alacakların anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüdünü yasaklamakla gözettiği gayenin fiiliyatta önemli ölçüde anlamsızlaşması söz konusu olabilir. Zira şayet bir aylık sürenin değiştirilmesi mümkünse bunun neden sadece kısaltma yönünde olacağını açıklamak güçtür; hükmün lafzının böyle açık bir sınırlama içermemesi karşısında bir aylık sürenin pekâlâ uzatılmasının da mümkün olduğu söylenebilir ki, bu durumda sermayenin tedariki amacıyla pay sahibine başvurabilmek için beklenmesi gereken süre ölçüsüzce uzatılarak TK m. 342 bütünüyle saf dışı edilebilecektir. Tüm bu sebeplerle TK m. 130/2'deki "aksi kararlaştırılmış olmadıkça" ifadesinin yalnızca müeccel alacaklar bakımından hüküm doğuracağı sonucuna varılmalıdır.

c. Bir Aylık Sürenin Fonksiyonları

TK m.130/2'de belirlenen bir aylık süre her şeyden önce alacağı sermaye olarak vaz'eden pay sahibinin bu süre sonunda nakde dönüşecek sermaye borcunun muacceliyet anını belirlemektedir. Bilindiği üzere muacceliyet alacaklının borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkânının başladığı anı ifade eder[128]. TK m. 130/2 ortaklığa temlik edilen muaccel alacağın esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmesi gerektiğini hükme bağlamış, zımnen bu bir aylık sürede sermayenin tamamlanması konusunda ortaklığın muhatabının pay sahibi değil, alacağın borçlusu olduğunu da ortaya koymuştur. Fıkra gereği ortaklık

[127] Kaldı ki yine yukarıda zikrettiğimiz görüşün aksine biz, *"aksi kararlaştırılmış olmadıkça"* ifadesinin "bir aylık süre"ye değil söz konusu bir aylık sürenin başlangıç tarihine işaret ettiği kanaatindeyiz. Gerçekten de fıkranın *"Alacak, vadesi gelmemiş ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, vade gününden…"* şeklindeki ifadesi açıkça üzerinde tasarrufta bulunulabilecek olan şeyin "bir ay" değil, bir aylık sürenin başlangıcı, yani müeccel alacaklarda vade tarihi olduğunu belirtmektedir. Buna göre müeccel alacaklarda taraflar anlaşarak bir aylık sürenin vadede değil daha ileri bir tarihte başlayacağı konusunda da anlaşabilirler. Bununla birlikte müeccel alacakların TK m. 342 uyarınca anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edilmesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla tartıştığımız bu meselenin esasen konumuz bağlamında bir önemi bulunmadığını belirtelim.

[128] Bu tanım için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 320.

tescilden itibaren öncelikle bu bir aylık süre içinde temlik edilen alacağı tahsil etmeye çalışacaktır. Dolayısıyla bu süre içerisinde ortaklığın temlik edilen alacağın borçlusundan vazgeçerek pay sahibine müracaat etmesi, sermaye borcunun ifasını istemesi mümkün değildir.

Bu bir aylık süre içerisinde pay sahibinin alacağın tahsilini beklemeksizin, bizzat ödeme yaparak sermaye borcunu ifa etmesinin mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilebilir. BK m. 96 uyarınca kural olarak vadeye bağlı borçlarda alacaklı vadeden önce ifa talep edemezse de borçlu borcunu vadeden önce ifa yetkisini haizdir. Bununla birlikte yine aynı hükümde *"sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri"* anlaşılıyorsa borçlunun vadeden önce ifa yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir. Kanımızca ayni sermaye sözleşmesinin *"özelliği"*, alacağın konusunun para dışında bir değer olması durumunda BK m. 96 anlamında borçlunun/pay sahibinin vadeden önce ifada bulunma yetkisini ortadan kaldırır. Zira her ne kadar temlike konu alacağın bir para borcu içermesi durumunda ortaklık bakımından ifayı bu alacağın borçlusunun mu yoksa pay sahibinin mi yaptığı önem arzetmeyecekse de, alacağın konusunun para dışında bir edim olduğu durumlarda ortaklığın öncelikli menfaati, bu alacağın aynen ifasındadır[129]. Zira daha başlangıçta kurucular pay sahibinin bu ayni edimini sermaye olarak ortaklık bünyesinde görmeyi arzu etmişler, bu sebeple onu nakdi sermaye borcu ile yükümlü kılmak yerine alacağın konusu olan edimin ortaklığa kazandırılmasını önemsemişlerdir. Şu halde hiç değilse bir aylık süre içerisinde kurucuların bu iradelerinin gerçekleşmesini beklemek gerekir. Ancak bu sürenin geçmesinden sonradır ki kanun koyucu sermaye taahhüdünün daha fazla gecikmesine müsaade etmek istememiş ve bu sürenin bitiminden itibaren ortağın yapacağı nakdi ödemeye sermaye borcunu sona erdirme etkisi tanımıştır.

Dolayısıyla alacağın konusunun paradan başka bir şey olması durumunda bir aylık süre geçmeden önce pay sahibinin nakden ifada bulunmasının mümkün olmadığı, böyle bir ödemenin pay sahibinin sermaye borcunu sona erdirmeyeceği, bir

[129] Nitekim borçlunun vadeden önce borcu ödeyebilme imkânının altında, vadenin borçlu lehine konulduğu fikrinin yattığı, dolayısıyla özellikle vadenin alacaklı lehine de olduğu anlaşılıyorsa tarafların vadeden önce borcun ifa edilmemesini kararlaştırdıklarının söylenebileceği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 322-323.

aylık süre içerisinde pay sahibinin yapacağı ödemeden sonra ortaklığın alacağı tahsil etmesi halinde ancak bu anda sermaye borcunun sona ermiş sayılması gerektiği, bu halde pay sahibinin yaptığı ödemenin de ortaklık bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte bir aylık süre içerisinde alacağın tahsil edilememesi durumunda pay sahibinin önceden yaptığı bu ödemenin sermaye borcunu sona erdirici etkisinin ortaya çıkacağı ve artık bu aşamadan sonra söz konusu tediyenin sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği savunulabilir.

Buna karşılık alacağın konusunun para olması durumunda şirket yönetiminin bir aylık süre içerisinde pay sahibi tarafından yapılacak olan ödemeyi kabul etmesi kanımızca mümkündür ve böyle bir ödeme sermaye borcunu sona erdirecektir. Gerçi esas sözleşmede pay sahibinin ayni sermaye taahhüdünde bulunduğu, dolayısıyla sermaye borcunu bir aylık sürenin geçmesinden önce nakden ifa etmesinin esas sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Ancak ayni sermaye taahhüdü ile ilgili olarak kanun koyucunun vaz'ettiği kuralların esasen sermayenin eksiksiz bir biçimde teşekkülünü amaçladığı, bir aylık süreden önce pay sahibinin esas sözleşmede yazılı meblağı nakden ödemesinin ise bu gayeyi zedelemediği, aksine ortaklığın daha kısa sürede sermaye konusu meblağı elde etmesini sağladığı dikkate alınırsa, kanımızca böyle bir uygulamanın kanun koyucunun iradesine de aykırı düşmeyeceği söylenebilir.

Bir aylık sürenin bir başka fonksiyonu da TK m. 130/3'te düzenlenmiştir. Buna göre her ne sebeple olursa olsun bu süre içerisinde alacağın tahsil edilememesi durumunda pay sahibi "sürenin bitiminden itibaren" temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Şu halde bir aylık sürenin bitimi aynı zamanda pay sahibinin sermaye borcu bakımından temerrüde düştüğü anı da belirlemektedir. Buna göre bir aylık sürenin sona ermesi ile bir yandan pay sahibinin nakdi sermaye borcu muaccel hale gelirken aynı anda da TK m. 130/3 uyarınca pay sahibi ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit duruma düşecektir.

4. "Her Ne Sebeple Olursa Olsun Tahsil Edilememe" Şartı

a. Genel Olarak

TK m. 130/3, ikinci fıkrada belirtilen bir aylık süre içerisinde ortaklığın *"her ne sebeple olursa olsun"* kendisine sermaye olarak taahhüt edilmiş bulunan alacağı tahsil edememiş olması halinde iştirak müteahhidinin de sermaye borcundan kurtulmuş olamayacağını belirtmektedir. Fıkrada kullanılan "her ne sebeple olursa olsun" ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği meselesi pay sahibinin sorumluluğunun belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

b. eTK Döneminde Doktrinde Ortaya Konan Görüşler

eTK döneminde konu ile ilgili olarak görüş belirten yazarlardan Domaniç, para alacağının da bir ayni sermaye türü olduğunu ispat sadedinde yaptığı açıklamalarda, bir aylık sürede alacağın tahsil edilememesi halinde şirketin alacağı tahsil etmekten vazgeçip ortağa müracaat edebileceğinin şüpheli olduğunu, ancak bir ihtimalle eTK m. 140/1 ve eBK m. 169'un birlikte değerlendirilmesi neticesinde bu imkân kabul edilse dahi şirketin bir takım defilerle karşılaşmasının ve bu sebeple alacağı tahsil edememesinin veya geç yahut noksan tahsil etmesinin söz konusu olabileceğini belirttikten sonra örnek olmak üzere bir bononun alacak olarak ortaklığa getirilmesi halini göstermekte, bu bononun zamanında borçluya ibraz edilmemiş veya protesto edilmeyerek müracaat hakkının kaybedilmiş, senedin zamanaşımına uğramış, şekil veya başka sebeplerle hükümsüz kalmış olması gibi sebeplerin varlığı halinde sermaye olarak bonoyu ciro etmiş ortağın defiler ileri sürmesinin ve bu sebeple şirketin alacağı geç ve güç tahsil etmesinin veya hiç tahsil edememesinin mümkün olduğunu; yine bunun gibi ortağın senette sadece mütemerrit bono borçlusunun değil başka ciranta ve kefillerin de sorumlu bulunduğunu, şirketin alacağı bunlardan da istemesi gerektiğini ileri sürmesinin ve yine sermaye alacağını sürüncemede bırakmasının muhtemel olduğunu belirtmiş, böylece eTK m. 142'nin koruma alanının dışında kaldığını düşündüğü bazı halleri zikretmiştir. Yazar dolaylı olarak meseleye değindiği bu satırlarda, eTK m. 142'deki sorumluluğun hangi

hallerde doğmayacağına ilişkin sistematik bir açıklama yapmamışsa da değerlendirme yapmaya müsait çeşitli örnekleri zikretmiştir[130].

Yine bu dönemde meseleye değinen Toksal fıkrada kullanılan ifade biçiminin şirketin tahsilden kaçındığı halleri de kapsayacak genişlikte olduğunu, bununla birlikte hükmün alacağın borçlusundan tahsil edilememesine özgü olarak anlaşılması gerektiğini, dolayısıyla ancak şirketin gereken girişimleri yaptığı ve buna rağmen alacağın tahsilinin mümkün olmadığı hallerin fıkra kapsamına girdiğini belirtmiştir[131]. Böylece yazarın genel olarak ortaklığın ihmalinden veya tahsil için üzerine düşeni yapmamasından kaynaklanan tahsil edilememe hallerini TK m. 130 kapsamında değerlendirmediği sonucuna varılabilir.

eTK döneminde konuyu ayrıntılı olarak ele alan Arıcı ise, meseleyi daha sistematik biçimde incelemiş ve muhtemel tahsil edilmeme sebeplerini üç başlık altında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bu çerçevede yazara göre (1) alacağın hukuki varlığında eksiklik oluşturan sebepler ile (2) borçlunun fiili durumundan kaynaklanan olgular (3) bizatihi ortaklıktan kaynaklanan sebeplerden ayrılmalı ve ilk iki halde her halükarda ortağın garanti sorumluluğunun doğacağı, tahsil edilememenin bizatihi şirketten kaynaklandığı hallerde ise bu sorumluluğun gündeme gelmeyeceği sonucuna varılmalıdır[132].

Bu anlamda yazar alacağın hukuki varlığında eksiklik oluşturan sebepleri (1) ortaklığın borçluyu hukuken ifaya zorlayamadığı haller olarak tanımladıktan sonra alacağın mevcut olmaması, başkasına ait olması, alacağa ilişkin bir temlik engelinin bulunması nedeniyle ortaklıkça iktisap edilememesi gibi hallerin yanı sıra daha geniş anlamda borçlunun bazı def'iler ileri sürerek tahsili engellemesinin de bu kapsamda olduğunu belirtmektedir. Borçlunun fiili durumundan dolayı alacağın tahsil edilememesi sonucunu doğuran olgular (2) ise borçlunun ödeme güçsüzlüğü veya ödememe niyeti olarak sayılmıştır. Buna karşılık yazar eTK m. 142/2'deki bir aylık sürenin dolmasına kadar tamamen ortaklıktan kaynaklanan bir sebepten (3) dolayı alacağın tahsil edilememiş olması halinde garanti sorumluluğunun doğmayacağını,

[130] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 182-183.

[131] Toksal, **a.g.e.,** s. 1306, aynı yönde s. 1308.

[132] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 129 vd.

bu kapsamda örnek olarak aranılacak borçlarda ortaklığın alacağı talep etmeye yönelik gereği gibi girişimde bulunmamış olması veya kıymetli evraka bağlı alacaklarda ortaklığın kıymetli evrakı tabi olduğu kurallar gereğince ibraz etmemiş olması dolayısıyla borcun ödenmemesi gibi halleri göstermiştir. Buna karşılık ortaklığın alacağın talebine yönelik girişimde bulunma yükümü bulunmasına rağmen bu yükümün ortaklığın bir aylık süre içerisinde alacağı elde etmek için borçluya mutlaka dava açması veya icra takibi yapması veya bu yollara başvurulmasının sonuçsuz kalması gerektiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir[133].

Bu şekildeki bir tasnif, esasen TK m. 130'un bir garanti sorumluluğu olarak nitelendirilmiş olmasının sonucudur. Gerçekten de BK m. 191/eBK m. 169 çerçevesinde alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun kapsamı düzenlenirken değerlendirme konusu yapılan iki husus "alacağın varlığı" ve "borçlunun ödeme gücü/borçlunun aczi" başlıklarıdır. Arslanlı da benzer bir biçimde eTK m. 142 kapsamında alacağı sermaye olarak getiren pay sahibinin borçlunun aczinden de sorumlu olduğunu belirtirken[134], temelde BK'daki tasnifi benimsediğini ve bunun eTK m. 142 bakımından da uygulanabilir olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu tür bir tasnif ancak TK m. 130 özel bir garanti sorumluluğu olarak nitelendirildiği takdirde anlamlıdır.

c. Görüşümüz

Biz, yukarıda ortaya koyduğumuz görüş çerçevesinde BK'da alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu bakımından yapılan tasnifin TK m. 130'un incelenmesinde ve özellikle de üçüncü fıkradaki "her ne sebeple olursa olsun" ifadesinin kapsamının belirlenmesinde dikkate alınamayacağı kanaatindeyiz.

Kanımızca kanun koyucu TK m. 130'da BK'daki kuruma paralel bir biçimde ortaklıklar hukukuna özgü bir garanti sorumluluğu düzenlemek isteseydi, bunun kapsamını belirlemek amacıyla TK m. 130'un lafzında da tıpkı BK m. 191'de olduğu gibi açıkça hangi hallerin garanti sorumluluğunu gündeme getireceğini belirtmesi ve bu arada özellikle borçlunun aczinin de sorumluluğun kapsamına dâhil olduğunu

[133] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 129 vd.

[134] Arslanlı, **C. I,** s. 206.

zikretmesi veya en azından bu konuda genel hüküm niteliğindeki BK hükmüne gönderme yapması beklenirdi[135]. Garanti sorumluluğunun kapsamını açık bir biçimde tespit etmeye imkân veren bir lafız taşımamasına rağmen TK m. 130'dan bu tasnife dayalı olarak bazı çıkarımlar yapılmaya çalışılması ise bir yorum faaliyetini gerektirmektedir. Bu bakımdan örneğin alacağın mevcudiyeti ve borçlunun ödeme gücü TK m. 130 kapsamında garanti sorumluluğunun içeriğine dâhil ise bu olguların garanti edildiği an devir anı mıdır yoksa örneğin devirden sonraki aşamada ortaya çıkan aciz halleri de garanti sorumluluğunun kapsamında değerlendirilecek midir?[136] Hükmün lafzı bu konularda en ufak bir açıklık içermemektedir. Buna karşılık doktrinde "her ne sebeple olursa olsun" ifadesi ile sağlanan genişliğin bu halleri hem temlik anı için hem de temlikten sonrası için garanti sorumluluğuna dâhil ettiği yorumu yapılmıştır[137]. Hâlbuki şayet TK m. 130, BK'daki garanti sorumluluğunun şirketler hukukuna özgü bir versiyonu ise öncelikle iki hükmün lafızları arasında garanti sorumluluğunun kapsamı bakımından da bir paralelliğin sağlanmış olması gerekirdi. Bu bakımdan BK m. 191'in TK'ya özgü bir versiyonunda pekâlâ ilkine paralel bir biçimde alacağın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde alacağın varlığının ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunun garanti edilmiş olacağı, ancak BK m. 191'den farklı olarak ve istisnaen bu hususların yalnızca "devir sırasında" değil devirden sonrası için de garanti edilmiş olduğu belirtilebilirdi.

Biz bu bakımdan "her ne sebeple olursa olsun" ifadesinin BK'daki düzenlemeden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda savunduğumuz, TK m. 130'un bir garanti sorumluluğu hali olarak nitelendirilemeyeceği görüşünün doğal bir sonucu olarak garanti sorumluluğuna özgü tasnifler de bizce TK m. 130 bakımından kural olarak dikkate alınmamalıdır. Kanımızca kanun koyucunun olabilecek en mutlak ifadeyi kullanmak suretiyle

[135] Alacağın temlikinde temlik edenin garanti borcuna ilişkin BK m. 191'in mevcut hali böyle bir atıf durumunda en azından temlik anında alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücünün garanti edilmiş sayılması açısından yeterli olabilirdi. Ancak eTK döneminde tek başına böyle bir atıf eBK m. 169'un BK m. 191'den farklı düzenlemesi dolayısıyla temlik anında dahi -taraflar arasında açıkça kararlaştırılmadığı sürece- borçlunun ödeme gücünün garanti edilmesi bakımından yeterli olmayacaktı.

[136] BK m. 191 ise açıkça bu hususların yalnız temlik anı için garanti edilmiş olacağı hükmünü içermektedir.

[137] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 134 vd.

yaptığı açık tercihe göre, TK m. 130'daki süre içerisinde alacağın tahsil edilememiş olması hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca pay sahibinin sermaye koyma borcunun devam ettiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan yalnızca alacağın mevcudiyeti veya borçlunun ödeme gücü veya isteğine ilişkin hususlar değil, bizatihi ortaklıktan kaynaklanan, örneğin ortaklığın alacağı tahsil etmek için üzerine düşeni yapmaması, aranılacak bir borcu aramaması dolayısıyla bir ay içinde fiilen tahsilin gerçekleşmemiş olması halinde de birinci fıkrada öngörülen sonucun doğacağı kabul edilmelidir[138].

(1) Ortaklıktan Kaynaklanan Sebeplerle Tahsilin Gerçekleşmemesi

Kanun koyucu ortaklığın sermayenin tedarikine yönelik menfaatini her halükarda korumak konusunda açık bir tercih yapmış ve TK m. 130/3'te kullandığı *"her ne sebeple olursa olsun"* ibaresi ile bu genel menfaat ile pay sahibinin şahsi menfaatinin çatıştığı hallerde ortaklığın menfaatini önceliğini ortaya koymuştur[139]. Dolayısıyla örneğin yönetim kurulunun ihmali dolayısıyla ortaklığa temlik edilen alacağın tahsil edilememiş olması durumunda dahi alacağı sermaye olarak getiren ortağın sermaye borcu sona ermiş olmayacak, birinci fıkra uyarınca ortağa –devam eden sermaye borcuna istinaden- müracaat edilebilecektir[140]. Bu noktada *"her ne sebeple olursa olsun"* ibaresi hiçbir kayıtlamaya yer bırakmayacak derecede mutlaktır.

Tahsilin gerçekleşmemesinin bizatihi anonim ortaklıktan kaynaklandığı haller çok çeşitli olabilir. Bu noktada bir değerlendirme yapılırken öncelikle ifa yeri bakımından ne tür bir borcun mevcut olduğu önem taşır. Ortaklığa temlik edilen alacak şayet aranılacak bir borç içeriyorsa, farklı söyleyişle borçlunun ikametgâhında

---

[138] Aksi görüş için bkz. Toksal, **a.g.e.,** s. 1306-1308; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 135; 150, yazar, alacağın elde edilememiş olmasını doğuran olgu eğer anonim ortaklığın bu konuda üzerine düşen girişimde bulunma yükümünü yerine getirmemesinden kaynaklanıyorsa, alacağı sermaye koyan pay sahibinin eTK m. 142 uyarınca garanti sorumluluğunun doğmayacağını, anonim ortaklığın ayrıca sermaye taahhüdüne ve ortaksal ilişkiye dayanarak pay sahibine başvurmasının da kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

[139] Bu hususun genel bir kural olarak ifadesi için bkz. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye m. 26: *"Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hass ihtiyar olunur."*

[140] Aksi yönde bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 151.

veya malın bulunduğu yerde ifa edilmesi gereken bir borç söz konusu ise borcun mahiyeti gereği ortaklık yetkilisinin bu alacağı söz konusu yere giderek tahsil etmesi gerekir. Buna göre gerek tarafların anlaşması dolayısıyla, gerekse ifa yerine ilişkin özel bir anlaşmanın var olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacak olan BK m. 89/1 b.2 ve 3 uyarınca bir parça borcunun veya para borcu dışındaki bir borcun varlığı halinde alacağın tahsili için kural olarak öncelikle ortaklığın bir eylemine ihtiyaç vardır. Bu bakımdan bir kimsenin para alacağı dışındaki bir alacağını örneğin üçüncü bir kişiye karşı sahip olduğu satım sözleşmesi dolayısıyla bir otomobilin, makinanın veya başka bir taşınır eşyanın kendisine teslim edilmesine yahut tapu siciline kayıtlı bir arazi, bina yahut bağımsız bölümle ilgili olarak tapuda kendisi lehine ferağ işleminin yapılmasına yönelik alacağını; bir kira sözleşmesi dolayısıyla sahip olduğu ve konusu bir taşınırın ya da taşınmazın kullanılması olan alacağını anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt etmesi halinde anonim ortaklığın alacağın ifası amacıyla –taraflar arasında ifa yeri ile ilgili olarak farklı bir anlaşma yoksa- borcun konusunun parça veya nevi borcu olmasına bağlı olarak akdin kurulduğu esnada eşyanın bulunduğu yere veya borçlunun ikametgâhına giderek ödeme istemek yükümü altındadır.

Benzer biçimde götürülecek bir borcun, bu kapsamda özellikle bir para alacağının söz konusu olması durumunda da her ne kadar borç "alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde" ifa edilecek, dolayısıyla aranılacak borçlardan farklı olarak bu durumda alacağı temlik alan ortaklığın değil, bizzat borçlunun harekete geçerek ortaklığa tediyeyi gerçekleştirmesi söz konusu olacak ise de, bu durumda da ortaklık yetkililerinin kendilerine usulüne uygun olarak teklif edilen tediyeyi haklı bir sebep olmaksızın reddetmeleri ve böylece ortaklığın alacaklı temerrüdüne düşmesine sebep olmaları mümkündür. Bu halde de yine doğrudan doğruya ortaklıktan kaynaklanan bir sebeple alacak tahsil edilememiş olacaktır.

Alacağı temlik ederek üzerine düşeni yapan pay sahibinin salt ortaklıktan kaynaklanan bir ihmal dolayısıyla sermaye koyma borcundan kurtulamamış olması bir açıdan bakıldığında hakkaniyete aykırı görülebilir. Bununla birlikte kanun koyucu bu düzenlemede terazinin bir kefesine ortağın bu haklı itirazını, diğer kefeye ise yöneticilerin ihmali veya basiretsizliği dolayısıyla ortaklığın zarara uğraması

tehlikesini koymuştur. Tahsil edilememe olgusunun ortaklıktan/ortaklık yöneticilerinden kaynaklanması halinde pay sahibinin sermaye koyma borcunun da artık sona ermiş sayılacağı kabul edilirse, doğacak zarar ortaklığa yüklenmiş olmaktadır. Şu halde kanun koyucu iki menfaat arasında bir tercih yapmak durumundadır; temelde ortaklık temsilcilerinin fiilinden kaynaklanan bu zarara -en azından ilk anda- ya ortağın ya da şirketin katlanması gereklidir. İşte bu tercih aşamasında kanun koyucu tavrını ortaklık lehine koymuş ve şirketi temsil ve ilzama yetkili kimselerin eylemleri dolayısıyla sermaye borcuna karşılık olarak ortaklığa temlik edilen alacak tahsil edilememiş olmasına rağmen ortağın sermaye koyma borcunun devam edeceğini belirtmiş (TK m. 130/1), böylece şirketin devam eden bu sermaye borcu dolayısıyla ortağa gitmesine müsaade etmiştir.

Yukarıda bu tercihin yerinde olduğunu belirtmiştik. Hemen belirtelim ki ortaya çıkacak zarar ilk anda kimin üzerinde bırakılırsa bırakılsın, bu zararın şirket temsilcilerinin eyleminden kaynaklandığı dikkate alındığında, nihai aşamada zarara uğrayan kimsenin bunların sorumluluğuna giderek zararını tazmin ettirmesi mümkündür[141]. Ancak ilk anda zararın ortaklığın malvarlığı üzerinde bırakılması, her şeyden önce tüm pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da dolaylı olarak zarara muhatap kılınması anlamına gelecektir. Hâlbuki bu dönemdeki zarara alacağı sermaye olarak taahhüt eden pay sahibinin katlanması halinde ortaklığa nispetle tekil bir menfaate dokunulmuş olacak, dolayısıyla etkileri bakımından daha "özel bir zarar (zarar-ı hass)" söz konusu olacaktır. Esasen bu sonucun, anonim ortaklığın pay sahiplerine sağladığı, "şirketin borçlarından sorumlu olmama" avantajı karşısında "gülün dikeni" olarak kabul edilmesi de pekâlâ mümkündür.

Öte yandan eğer ortaklıktan kaynaklanan bir sebeple tahsilin gerçekleşmemiş olması halinde TK m. 130'un uygulama alanı bulmayacağı kabul edilirse, bu defa da alacağı sermaye olarak koyan pay sahibinin sermaye taahhüdünü ifa etmiş sayılıp sayılmayacağı tespit edilmek gerekecektir. Mesele özellikle pay sahipliği haklarından

[141] Pay sahibinin doğrudan doğruya uğradığı zarar dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmesi hakkında bkz. Çamoğlu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2007, s. 140 vd.; Helvacı, Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu,** 2. Bası, İstanbul 2001, s. 151-152.

faydalanma ve sermaye artırımı bakımından pratik önemi haizdir. Zira pay sahibi kâr payına ve tasfiye bakiyesine katılma haklarını sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak kullanabileceği gibi (TK m. 508/1; 543/1), TK m. 435 uyarınca oy hakkının doğumu da pay için kanun veya esas sözleşme ile belirlenen asgari miktarın ödenmesi şartına bağlanmıştır. Yine TK m. 456/1 uyarınca dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılabilmesi için de kural olarak pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerekir[142]. Ancak ortaklıktan kaynaklanan bir sebeple tahsilin gerçekleşmemiş olması halinde TK m. 130'un uygulanmayacağı kabul edilecekse, bu soruya hangi yönde cevap verilirse verilsin ortaya çıkacak durum adalet hissi bakımından tatminkâr olmayacaktır.

İlk olarak şayet ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle alacağın tahsil edilememesi halinde pay sahibinin sermaye koyma borcunun ortadan kalktığı kabul edilirse, bu durumda pay sahibi hem mali haklardan sermaye borcunun tamamı ödenmişçesine tamamen yararlanacak, hem oy hakkı doğmuş olacak, hem de dış kaynaklardan esas sermaye artırımı yapılması açısından bu durum bir engel teşkil etmeyecektir. Hâlbuki ortak sermaye borcunu ifa etmiş kabul edilse dahi durum son derece açıktır: Ortaklık sermayesi henüz tam olarak teşekkül etmemiştir. Buna rağmen şirket bu gerçeğe gözlerini kapamakta ve fiilen ortaklığa kazandırılmamış bir sermaye karşılığında pay sahibine tam olarak mali hakları sunmakta, ayrıca yine sermaye –belki de büyük ölçüde- eksik olmasına rağmen TK m. 456/1 hilafına dış kaynaklardan artırım yapılabilmektedir.

İkinci ihtimal bu durumda tahsil edilmeyen alacak dolayısıyla pay sahibinin sermaye borcunun da ifa edilmemiş olacağı sonucuna varılmasıdır. Nitekim Arıcı bu ihtimalde garanti yükümlülüğü sona ermiş olsa da alacak fiilen ortaklığa sağlanmış

---

[142] TK m. 456'da eTK m. 391'den farklı olarak *"...payların **nakdi bedelleri** tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamaz"* denilerek, bu kuralın yalnızca nakit karşılığı çıkarılan paylar bakımından uygulama alanı bulacağı şeklinde yorumlanmaya müsait bir değişikliğe gidilmiştir. Bu hüküm kaleme alanların zihinlerinde, ayni sermaye borcu bakımından böyle bir "ödenmeme" ihtimalinin zaten söz konusu olmayacağı fikrinin yattığı anlaşılmaktadır. Kanımızca bu fikir gibi, buna göre kaleme alınmış olan düzenleme de yerinde değildir. Bu bakımdan bahsi geçen hükmün amaca uygun olarak yorumlanması ve ayni sermaye borcunun yerine getirilmediği halleri de kapsayacak biçimde anlaşılması zaruridir.

Benzer bir hata oy hakkının doğumunu düzenleyen TK m. 435 bakımından da varittir. Orada kullanılan ifade de yalnızca nakdi sermaye ihtimali nazara alınarak kullanılmıştır.

olmadıkça pay sahibinin sermaye borcunu ifa etmiş sayılamayacağı, bu halde ancak yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebileceği, alacağın sermaye olarak taahhüdünden kaynaklanan borcun da ancak yönetim kurulunun tazminat borcunu yerine getirmesi ile ifa edilmiş sayılacağı yönünde görüş belirtmiştir[143]. Bu görüşün kabulü halinde ise bu defa da pay sahibinin, sermaye borcunu ifa etmiş sayılabilmesi ve buna bağlı haklardan yararlanabilmesi için yönetim kurulunun tazminat ödemesini beklemesi gerekeceği gibi, bu gerçekleşene kadar ortaklık da dış kaynaklardan esas sermaye artırımı yapamayacaktır.

Hâlbuki bizim benimsediğimiz görüş uyarınca öncelikle şirket TK m. 130/1'in açık hükmü uyarınca devam eden sermaye borcu dolayısıyla ortağı takip edebilecek, dolayısıyla sermayenin tedariki için en elverişli imkândan mahrum kalmamış olacaktır. Böylece ortaklık, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak bir sorumluluk davasını beklemek yerine doğrudan doğruya pay sahibine müracaat edebilecek, ayrıca bir aylık sürenin sona ermesinden itibaren işleyecek temerrüt faizinin yanı sıra şartları varsa gecikmeden doğan zararının tazminini de isteyebilecek, nihayet TK m. 483'te gösterilen usule riayet edilmek şartıyla ıskat yaptırımına gitmek ve bu yolla açık kalan sermayeyi -üstelik en etkili ve çabuk bir biçimde- tamamlamak mümkün olabilecektir. Böylece sermaye bir an evvel tamamlanmış ve özellikle sermaye artırımı bakımından oluşan engel bertaraf edilmiş olacaktır.

Diğer taraftan pay sahibi de sermaye borcunun ifa edilmiş sayılması için yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davasının sonuçlanmasını beklemek zorunda kalmayacak ve sermaye borcunu nakden ödemek suretiyle ifa edebilecektir. Böylece mali haklardan tam olarak yararlanabileceği gibi, oy hakkının doğumu bakımından da gecikmeksizin sonuca ulaşacaktır. Bu yaklaşım tarzı sermaye borcunun ifası konusunda inisiyatifi pay sahibine vermekte ve onu eli kolu bağlı bir biçimde ifayı beklemekten kurtarmaktadır. Öte yandan bu defa ortaklık değil pay sahibi zarara uğramış olduğu için yönetim kurulu aleyhine açılacak sorumluluk davasının davacı tarafı değişecek ve pay sahibi, şirket yetkilisinin ihmali dolayısıyla uğradığı doğrudan zararların tazminini talep edebilecektir.

[143] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 151-153.

Bu çözüm yolu yukarıda da değindiğimiz üzere menfaatler dengesi gözetildiğinde kanımızca yerinde olan çözümdür. Sermayenin tedariki ilkesinin anonim ortaklıklarda arzettiği önem, pay sahibinin bireysel menfaati karşısında bu tercihi zorunlu kılar. Alacak hakkının sermaye olarak taahhüdü durumunda ortaklığın doğrudan doğruya pay sahibi ile değil de üçüncü kişi ile muhatap olması ve dolayısıyla sermaye borcunun tahsili için tanınan ıskat gibi bir imkândan faydalanamayacak olması karşısında kanun koyucu bu fazladan risk faktörünü gidermek için özel bir hüküm sevketmiştir. Şüphesiz alacağını sermaye olarak koyan ortak da bu düzenlemenin ve bir aylık sürede tahsilin gerçekleşmemesi durumunda karşılaşabileceği sonuçların farkındadır. Üstelik en son aşamada uğradığı zararın tazminini yönetim kurulundan talep etmesi mümkündür. Dolayısıyla iki çözüm tarzı arasında bir seçim yapılması gerektiğinde riskin ortaklıktan alınarak pay sahibine yüklenmesi kanımızca yerinde olan tercihtir.

(2) Diğer Haller

Ortaklıktan kaynaklanan sebeplerle tahsilin gerçekleşmemesi ihtimalinde dahi pay sahibinin sermaye koyma borcunun devam edeceği kabul edilince, tahsil edilememe sonucunu doğuran diğer hallerin de evleviyetle TK m. 130 kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla diğer hallerde de pay sahibinin sermaye koyma borcunun –nakdi sermaye borcuna dönüşmek suretiyle- devam edeceği sonucuna ulaşılması tabiidir.

Esasen alacağın mevcut olmaması, başkasına ait olması, alacağa ilişkin bir temlik engelinin bulunması gibi hallerin, anonim ortaklıklar bakımından zaten pek çok halde gündeme gelmeyeceği belirtilmelidir. Zira TK m. 343'ün getirdiği ve eTK'da aynı kapsamda ve ayrıntıda bir karşılığı bulunmayan düzenleme uyarınca alacağın anonim ortaklığa ayni sermaye olarak vaz edilmesi halinde mahkemece atanacak olan bilirkişi değerleme raporunda, söz konusu alacağın TK m. 342'ye uygunluğunun yanı sıra *"gerçekliğinin ve geçerliliğinin…belirlendiğini"* de açıklamak zorundadır. Şu halde bu madde çerçevesinde yapılan bir değerleme esnasında şayet alacağın mevcut veya kanunun tercih ettiği terimle "gerçek"

olmadığı[144] tespit edilmişse, bilirkişinin TK m. 343'te belirtilen içerikte bir rapor hazırlaması mümkün olmayacak veya en azından bilirkişinin kaleme aldığı değerleme raporunda bu hususu belirtmesi ortaklığın tesciline engel olacaktır[145].

Benzer bir biçimde alacağın bir başkasına ait olması veya bir temlik engeli ile malul olması halleri de TK m. 343 karşısında esasen değerleme prosedürü neticesinde ortaklığın kuruluşuna engel olacak ihtimallerdir. Zira söz konusu maddede alacakların *"tahsil edilebilirlikleri"*nin de değerleme raporunda tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şu halde bilirkişi, anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilen alacağın başkasına ait olduğunu veya üzerinde bir temlik engeli bulunduğunu tespit ettiği takdirde söz konusu alacağın tahsil edilemez nitelikte olduğunu da rapora yansıtacak ve dolayısıyla ortaklığın tescili mümkün olmayacaktır.

Sermaye olarak getirilen alacağın varlığına, alacaklıya aidiyetine veya devredilebilirliğine ilişkin bir problemin bulunmaması, buna karşılık borçlunun tahsili engelleyecek def'ilere sahip olması halinde de TK m. 130 uygulama alanı bulacaktır. Şüphesiz bu halde de bilirkişinin söz konusu def'ilerin varlığını tespit etmesi ve dolayısıyla alacağın tahsil edilebilir olmadığı yönünde bir rapor kaleme alması halinde bir tescil engeli gündeme gelecek ve dolayısıyla fiili olarak TK m. 130'un uygulanabileceği bir aşamaya geçilemeyecektir[146].

Yine borçlunun fiili durumundan dolayı alacağın tahsil edilemediği haller olarak zikredilen ödeme güçsüzlüğü veya ödememe niyeti/ödeme isteksizliği halleri

---

[144] Nitekim bu madde uyarınca alacağın var olup olmadığının inceleneceği gerek madde gerekçesinden gerekse Adalet Komisyonu raporundan açıkça anlaşılmaktadır.

[145] Esasen alacağın mevcut olmaması hali eTK bakımından da öncelikle bir tescil engeli teşkil etmekteydi. Zira eTK sisteminde de diğer ayni sermaye kalemleri ile birlikte alacaklar da değerlemeye tabi idi. Mevcut olmayan bir alacağın ayni sermaye olarak vaz'ı halinde ise böyle bir alacağa bir değer biçilebilmesi mümkün değildi. Bu halde eTK bakımından da bir tescil engeli gündeme gelmiş olacaktı.

[146] Bununla birlikte bilirkişinin borçlunun kullanabileceği bir def'inin varlığını tespit etmiş olmasının TK m. 343 anlamında "tahsil edilebilirlik" niteliğinin bulunmadığı manasına gelip gelmeyeceği de tartışılabilir. Zira bilindiği gibi bir savunma imkânı olarak def'inin kullanılması ihtiyaridir ve ayrıca hâkim de önüne gelen bir uyuşmazlıkta def'inin varlığını re'sen dikkate alamaz. Bu itibarla alacak bakımından da bir def'inin varlığı otomatik olarak tahsil imkânının bulunmadığı anlamına gelmez. Bununla birlikte tedbirli olmak adına bilirkişinin bu sonuca varmasının yerinde olacağı da söylenebilir.

de TK m. 130 kapsamında değerlendirilmelidir[147]. Özellikle ödeme isteksizliği olarak adlandırılan ve borçlunun ödeme gücü bulunmasına rağmen ödeme yapmaktan kaçınması şeklinde tanımlanabilecek olan[148] haller de TK m. 130'un mutlak ifadesinin kapsamı içerisinde değerlendirilecektir. Aksi yöndeki bir yaklaşım hükmün ortaklığa sağlamayı amaçladığı korumanın kolaylıkla bertaraf edilmesini mümkün kılar. Bu bakımdan örneğin bir kimsenin borcunu ödememek konusunda ısrarcı olan borçlusu ile daha fazla uğraşmamak amacıyla sermaye olarak ilgili alacağını taahhüt etmesi ve bu halde söz konusu borçlu ile ortaklığı başbaşa bırakması, böylece hem ortaklığa karşı garanti yükümlülüğünün doğmaması ve hem de sorunlu bir borçludan kurtulması şüphesiz TK m. 130'un altında yatan amaç ile bağdaşmayacaktır.

5. TK m. 130 Çerçevesinde Pay Sahibinin Sorumluluğunun Kapsamı

TK m. 130/2 ile belirlenen bir aylık süre içerisinde alacağın her ne sebeple olursa olsun ortaklık tarafından fiilen tahsil edilememesi halinde pay sahibi bakımından doğan sonuçlar, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ortaya konmuş ve bu fıkra uyarınca pay sahibinin sürenin bitiminden itibaren temerrüt faizi ödeyeceği, ayrıca şirketin gecikmeden dolayı tazminat hakkının da baki olduğu ifade edilmiştir.

Şu halde özellikle bu iki fıkra bir arada değerlendirildiğinde alacağı sermaye olarak getirmiş olan pay sahibinin sorumluluk kapsamı önemli ölçüde anlaşılabilir. Bunun yanı sıra söz konusu hükmün TK m. 482 ve 483 ile ilişkisinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Böylelikle pay sahibinin sorumluluğunun kapsamı netleştirilmiş olacaktır.

a. Alacağın Esas Sözleşmede Belirtilen Değeri

Yukarıda da belirttiğimiz üzere[149] ikinci fıkrada bahsedilen bir aylık süre içerisinde pay sahibinin nakdi sermaye borcu muaccel olmadığı ve dolayısıyla şirket pay sahibinden ifa talep edemeyeceği gibi; bu bir aylık sürede pay sahibi bakımından

[147] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 130.

[148] Kavram ve anlamı için bkz. Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 130

[149] Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, VIII, C, 3.

da borç ifa edilebilir durumda değildir. İşte ortağın bu bir aylık sürenin sona ermesinden sonra öncelikli olarak ödemekle yükümlü olduğu meblağ, sermaye olarak taahhüt edilen alacağa bilirkişi raporu ile biçilen ve esas sözleşmeye de yazılan parasal değerdir. Yine yukarıda ifade edildiği üzere bu durum pay sahibinin borcunun artık nakdi sermaye borcu niteliğinde olmasının doğal bir sonucudur. Şu halde ister bir para alacağı isterse para dışındaki bir alacak hakkı söz konusu olsun, ödenmesi gereken miktar bu alacağın esas sermaye içerisinde teşkil ettiği ve esas sözleşmede zikredilen parasal miktardır.

Bir aylık süre içerisinde alacak şirketçe tahsil edildiği takdirde pay sahibinin sermaye koyma borcu da sona ermiş olacaktır (TK m. 130/1). Bununla birlikte bir aylık sürenin dolmasına rağmen tahsil olgusu gerçekleşmemişse bir ihtimal olarak pay sahibinin esas sözleşmeye yansıyan meblağı bizzat ödemek yerine ortaklığa temlik ettiği alacağın borçlusunu ikna etmesi ve böylece ortaklık bakımından tahsil olgusunun gerçekleşmesini sağlaması da mümkün olabilir. Gerçekten bir aylık sürenin geçmesine rağmen ortaklık hala kendisine temlik edilen alacak hakkının sahibidir ve dolayısıyla bu süre geçmiş olmasına rağmen yapılacak ifa geçerli bir ifadır[150]. Nitekim bu sonuç daha önce belirtildiği üzere bir aylık süreden sonra doğan birincil nitelikteki nakdi sermaye borcunun yanı sıra ikincil nitelikteki ayni sermaye borcunun da ortadan kalkmadığı ve iki borcun birbiri ile yarıştığı yönündeki görüşümüzle de uyum içindedir.

Ancak bu durumda teklif edilen ayni sermaye borcuna ilişkin edimin mi kabul edileceği yoksa nakdi sermaye borcundan dolayı pay sahibine mi gidileceği konusunda karar verme yetkisinin yönetim kurulunda olduğunun kabul edilmesi yerinde olur. Burada yönetim kurulu bir değerlendirme yapacak ve örneğin konusu para olmayan bir alacağın ortaklığa kazandırılmasının şirket faaliyeti açısından önemli olduğuna karar verirse ayni sermaye taahhüdünün ifasını kabul edecek, buna karşılık örneğin bir para alacağının devri halinde sonradan ifası teklif edilen bu

[150] Ayrıca ortaklık bir yandan sahibi bulunduğu alacak hakkının tahsili için gereken hukuki imkânları kullanıp, bir yandan da devam eden sermaye borcu dolayısıyla pay sahibini takip edebilir. Bu yönde bkz. Toksal, **a.g.e.,** s. 1308, yazar giderek şirketin temlik edilen alacağın alacaklısı olması dolayısıyla sahip olduğu imkânları kullanmak zorunda olduğunu, aksi takdirde pay sahibinin borçlunun takibindeki eksiklik oranında borcundan kurtulmuş sayılacağını belirtmektedir; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 136.

alacağın yerine birikmiş temerrüt faizi ile birlikte pay sahibine başvurulmasını yerinde gördüğü takdirde bu yolu seçebilecektir. Ancak gecikmiş ayni sermaye borcunun kabulü halinde dahi TK m. 130/3 uyarınca pay sahibinin sermaye koyma borcu bakımından temerrüde düştüğü göz önünde bulundurulduğunda, ortaklığın pay sahibinden ayrıca gecikme tazminatı talep edebileceği, hatta bu tazminatın talep edilmemesinin yönetim kurulunun sorumluluğuna sebep olabileceği belirtilmelidir.

b. Temerrüt Faizi

TK m. 130/3'e göre ikinci fıkrada belirtilen bir aylık süre içerisinde temlik edilen alacak şirket tarafından tahsil edilemediği takdirde, pay sahibi bu sürenin bitiminden itibaren işleyecek temerrüt faizini de ödemekle yükümlü olacaktır. Daha önce belirttiğimiz üzere, diğer fıkralarla bir arada değerlendirildiğinde bir aylık sürenin sonunda hem pay sahibinin nakdi sermaye borcunun muaccel hale geleceği, hem de aynı zamanda bu tarih itibariyle ortağın sermaye koyma borcu bakımından temerrüde düşmüş sayılacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ayrıca temerrüt faizi borcu altına girmek istemeyen pay sahibi, bir aylık sürenin sonunda derhal nakdi sermaye borcunu ifa etme yolunu seçebilecektir.

Genel olarak faiz para borçlarına özgü fer'i bir borç olduğu gibi, temerrüt faizi de para borçlarında temerrüdün bir sonucudur (BK m. 120). Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, alacağını anonim ortaklığa sermaye olarak getiren pay sahibinin sermaye koyma borcu, tahsil olgusu gerçekleşmediği sürece devam edecek, bir aylık sürenin sonunda ise ayni sermaye koyma borcunun yanında bir de nakdi sermaye borcu doğacaktır. TK m. 130/3'te de işte pay sahibinin bu yeni doğan nakdi sermaye borcunun bir sonucu olarak temerrüt faizi bahis konusu edilmiştir.

Temerrüt faizinin borçlunun kusurundan bağımsız olduğu, dolayısıyla pay sahibinin temerrüde düşmede kusuru bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın temerrüt faizi ödemek yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmelidir. Alacaklı ortaklık açısından bakıldığında da şirketin TK m. 130/3 uyarınca temerrüt faizi isteyebilmesi için bir zararı bulunduğunu ispat etmesi gerekmeyecektir[151].

[151] Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 503.

c. Gecikme Tazminatı

TK m. 130/3'te pay sahibinin yapacağı temerrüt faizi ödemesinin "gecikmeden dolayı şirketin tazminat haklarına" halel getirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Esasen gecikme tazminatı borçların ifa edilmemesi bahsinde temerrüdün genel bir neticesidir. Temerrüt faizi para borçlarında temerrüt halinde gecikme tazminatının fonksiyonunu ifa eden götürü bir tazminat niteliğinde ise de[152], alacaklının zararının temerrüt faizi ile karşılanamadığı durumlarda oluşan munzam/aşkın zarar için gecikme tazminatı talep edilebileceği BK m. 122'de düzenlenmiştir. TK m. 130/3 düzenlemesi de BK m. 122'deki bu kuralın bir tekrarı niteliğindedir ve dolayısıyla BK m. 122'deki sorumluluk bakımından hâkim olan ilkeler TK m. 130 bakımından da uygulama alanı bulacaktır[153].

Bu bakımdan munzam gecikme tazminatı talep etmek isteyen ortaklık, temerrüt faizinden farklı olarak bu durumda öncelikle zararının temerrüt faizi ile karşılanmadığını ispat etmekle yükümlüdür[154]. Yine temerrüt faizinden farklı olarak borçlu pay sahibi de temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat ederek gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilir[155]. Özellikle temlik edilen alacağın şirketin ihmali dolayısıyla tahsil edilememiş olduğu durumlarda temerrüde düşmede ortağın sorumlu olmadığını kanıtlaması ve böylece şirketin munzam gecikme tazminatı talebini bertaraf etmesi mümkündür.

---

[152] Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 502, 511.

[153] Arslanlı, **C. I,** s. 194; Tekil, **a.g.e.,** s. 525; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1126; Göle, **a.g.e.,** s. 111; buna karşılık eTK m. 142/3'ün ifadesinin mutlak olması karşısında ortağın munzam zararlardan dahi kusursuz sorumlu olduğunun düşünülebileceğini belirten ancak yine de tazminat için ortağın kusurunun şart olduğu görüşünde bkz. İmregün, Oğuz, **Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar,** İstanbul 1989, s. 56; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 144.

Domaniç de eTK 140/4, 141 ve 142/3'ün karşılaştırılmasından ilk bakışta talep edilecek zarar ziyan karşılığının faizlerle bir ilgisi olmadığı dolayısıyla faizlerin fiili zarardan mahsup edilemeyeceği sonucu çıkarılabileceğini belirtmekte, ancak hakkaniyet icabı da olsa bu hükümlerin eBK m. 105 ile tamamlanması ve şirketin uğradığı fiili zarardan fazla bir talep ve iktisaba meydan verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır, bkz. Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1125.

[154] Genel olarak bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 511; anonim ortaklıkta sermaye koyma borcunda temerrüt özelinde bkz. Tekil, **a.g.e.,** s. 525; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1124-1125; Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 144.

[155] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 512-513.

Nihayet genel hüküm niteliğindeki TK m. 128/7 uyarınca ortaklıklar hukukunda BK düzenlemesinden farklı olarak gecikme sebebiyle uğranılan tazminatın talep edilebilmesi ihtar şartına bağlanmıştır. Bu özel düzenleme uyarınca TK m. 130/3'e göre istenecek gecikme tazminatının da ihtar şartına bağlı olduğu ve bir aylık sürenin geçmesi ile ortaklığın otomatik olarak gecikme tazminatına hak kazanamayacağı, bunun için ayrıca ihtara gerek olduğu belirtilmelidir[156]. Ancak söz konusu ihtar ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin gecikme tazminatı için dikkate alınacak gecikme/temerrüt anının yine TK m. 130/2'deki bir aylık sürenin bitimi olduğunu ifade edelim.

d. Cezai Şart

Her ne kadar ticaret şirketlerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TK m. 130'da alacak hakkının sermaye olarak getirilmesi halinde temerrüt dolayısıyla ortaklığın cezai şart talebi imkânı açık olarak düzenlenmediyse de, böyle bir alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde bu genel hükmün dışında ayrıca anonim ortaklıklara özgü hükümlerin de dikkate alınması gerektiği şüphesizdir.

İşte anonim ortaklıklarda sermaye borcunun ifa edilmemesinin sonuçlarının düzenlendiği TK m. 482'de, bu borcun ifasında temerrüde düşülmesi durumunda temerrüt faizi ve tazminat talep edilebileceği belirtildiği gibi (TK m. 482/1, 4), esas sözleşmede açıkça düzenlenmek kaydıyla cezai şart talebinin de mümkün olduğu hükme bağlanmıştır (TK m. 482/3). Alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde de bu fıkranın uygulama alanı bulacağı noktasında tereddüt edilmemelidir. Dolayısıyla esas sözleşmede kararlaştırılmış olma şartına riayet etmek kaydıyla, TK m 130/2'deki süre içerisinde ortaklığa getirdiği alacak tahsil edilememiş olan ve dolayısıyla temerrüde düşen pay sahibi de cezai şart ödemekle yükümlü olacaktır[157].

---

[156] Genel olarak bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 194; Göle, **a.g.e.,** s. 110; Tekil, **a.g.e.,** s. 525; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1126, 1127; alacak hakkının anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi özelinde Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 145.

[157] Öğretide sermaye borcunda temerrüde özgü cezai şart bakımından BK m. 179/1-eBK m. 158/1'in uygulanmayacağı, bu durumda BK m. 179/2-eBK m. 158/2 anlamında bir cezai şartın kararlaştırılmış olmasının kabulü gerektiği, böylece şirketin sermaye borcunun ifasının yanı sıra ve onunla birlikte

e. Iskat

TK m. 130/1 uyarınca sermaye borcu devam eden ortak bu borcunu ifa etmediği takdirde nihai bir yaptırım olarak anonim ortaklıklara özgü ıskat müeyyidesi ile de karşı karşıyadır. Bu ihtimalde ayni sermaye borcu bakımından ıskat yaptırımının uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışmasına da girmeye gerek yoktur. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere sermaye taahhüdü olarak alacak hakkının vaz'edilmesi durumunda bu alacak bir aylık sürede tahsil edilemezse, pay sahibinin ayni sermaye borcunun yanında nakdi sermaye borcu da canlanmaktadır. Dolayısıyla TK m. 483'teki ıskat usulüne uyulmuş olması kaydıyla, pay sahibinin işte bu nakdi sermaye borcu dolayısıyla ıskat edilebilmesi mümkündür. Böylece ne temlik edilen alacağın borçlusundan ne de pay sahibinden sermaye borcunun ifası ile ilgili –kısmen ya da tamamen- bir tahsil gerçekleştiremeyen ortaklık, son ve anonim ortaklığa özgü bir imkân olarak ıskat yoluyla açık kalan sermayeyi kapatabilecektir.

6. Sermaye Borcunun Alacağı Temlik Eden Pay Sahibi Tarafından Ödenmesi Halinde Alacak Hakkının Akıbeti

Bu başlık altında son olarak incelemek istediğimiz husus, sermaye olarak alacağını temlik eden pay sahibinin, bu alacağın şirketçe TK m. 130/2'deki bir aylık sürede tahsil edilmemiş olması dolayısıyla, TK m. 130/1 uyarınca devam eden sermaye borcunu bizzat ve nakden ödemesi halinde temlike konu alacağın akıbetinin ne olacağıdır. Zira bu durumda pay sahibi açısından bakıldığında, sermaye borcu için iki defa ifada bulunulduğu söylenebilir. Gerçekten de öncelikle şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte pay sahibinin alacağı ortaklığa intikal etmiş, ayrıca bu alacağın ortaklıkça tahsil edilememesi dolayısıyla pay sahibi bu kez de nakdi bir ödeme yapmıştır.

Tartıştığımız sorun bakımından pay sahibinin başvurabileceği hukuki yol sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde ortaklığa temlik ettiği alacağın

---

cezai şartı da isteyebileceği kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 194; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1058; Göle, **a.g.e.,** s. 111-112; Tekil, **a.g.e.,** s. 525-526.

kendisine iadesini talep etmektir. Bu durumda BK m. 77 vd. hükümleri uyarınca ortaklık temlik edilen alacağı geri vermekle yükümlüdür[158].

IX. TİCARİ İŞLETME

A. Ticari İşletmenin Devrine İlişkin Sözleşmenin Niteliği ve Devrin Tesciline Tanınan Fonksiyon

Bir ticari işletmenin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, bu işletme üzerindeki mülkiyetin ne zaman ortaklığa intikal edeceği meselesi TK m. 11/3'ün hukukumuza getirdiği bütünüyle yeni düzenleme sonrasında eTK döneminden tamamen farklı bir tartışma konusu haline gelmiştir. Gerçekten de eTK'nın ticari işletmenin bir bütün olarak devri ile ilgili olarak hem taahhüt ve hem de özellikle tasarruf aşamaları konusunda suskun kalmış olmasına mukabil, TK m. 11/3 açıkça *"Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir."* demek suretiyle eTK'nın benimsediği yaklaşımın tam aksine ticari işletmenin devrinde kısmi külli halefiyet ilkesini düzenlemiş ve tek bir işlemle ticari işletmeye dâhil olan birbirinden çok farklı çeşitli kalemlerin devralana intikaline imkân vermiştir.

Ancak böylesine kapsamlı bir değişikliğin ve önemli bir istisnanın tek bir fıkrada düzenlenmiş olmasının belki de doğal bir sonucu olarak, esasında bir pozitif düzenleme ile açıklığa kavuşturulması gereken çeşitli noktalar atlanmış ve bundan kaynaklanan meselelerin çözümü zorunlu olarak doktrin ve içtihadın yorum faaliyetine terkedilmiştir.

Öncelikli mesele ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin niteliği, daha açık bir söyleyişle bu sözleşmenin yalnızca bir taahhüt işlemi mi olduğu, yoksa bunun ötesinde bir tasarruf işlemi niteliği de taşıyıp taşımadığıdır. TK m. 11/3'ün son cümlesi *"Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir."* demekle yetinmiş, ancak sözleşmenin niteliği konusunda suskun kalmıştır. Hâlbuki bu

[158] Arıcı, **Alacak Hakkı,** s. 150.

sözleşmenin borçlandırıcı bir işlem mi yoksa bir tasarruf işlemi mi olduğunun tespiti, genel olarak ticari işletmenin ne zaman devralana intikal edeceğinin, ayni sermaye özelinde de ticari işletmenin ne zaman ortaklık malvarlığına dâhil olacağının belirlenmesi bakımından önem arzetmektedir.

Öte yandan bahsi geçen son cümlede ayrıca sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edileceğinden bahsedilmiş olması karşısında, söz konusu tescilin niteliğinin belirlenmesi de intikal anının tespiti bakımından önem taşıyan bir başka sorundur. Gerçekten, hem sözleşmenin hem de tescilin niteliği ile ilgili tartışmada benimsenecek yoruma göre çok farklı ihtimaller gündeme gelebilir. Örneğin sözleşmenin borçlandırıcı bir işlem olduğu ve tescilin kurucu nitelikte olduğu söylenebileceği gibi sözleşmenin tasarrufi bir işlem niteliğinde olduğu ve tescilin de açıklayıcı olduğu söylenebilir. Öte yandan sözleşme tasarrufi bir işlem olarak kabul edilmekle birlikte tescilin de yalnızca açıklayıcı nitelikte olmadığı, aksine tasarruf işleminin ancak tescille tamamlanabileceği, bu bakımdan adeta çift ayaklı bir tasarruf işleminden söz edilebileceği de savunulabilir.

Hemen belirtelim ki TK m. 11/3'ün hukuk hayatımıza girişinin üzerinden fazla zaman geçmeden doktrinde konu ile ilgili olarak birbirinden farklı görüşler ortaya konmuştur. Bu bağlamda bir görüş devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği tanırken[159], diğer bir görüş ise devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğunu, tasarruf işleminin ise tescil olduğunu belirtmiştir[160].

---

[159] Tekinalp, Ünal, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", **Batider,** Haziran 2008, C. XXIV, S. 3, s. 12, bununla birlikte yazar aynı zamanda tescilin kurucu nitelikte olduğunu da ifade etmektedir, bu yönde bkz. Tekinalp, **Ticari İşletme,** s. 13; **Sermaye Ortaklıkları,** § 10-65; Arkan, **Ticari İşletme,** s. 42; Poroy/Yasaman da Tekinalp gibi bir yandan devir sözleşmesinin tesciline kurucu nitelik tanımakta, öte yandan devir sözleşmesinin de tasarruf işlemi olduğunu belirtmektedir, **a.g.e.,** N. 61. Aynı yerde kullanılan *"Bu halde, yazılı söleşmenin tasarruf işlemi, ticaret siciline tescilin ise kazandırıcı işlem olduğu sonucuna varmak gerekir"* şeklindeki ifadenin ise, "tasarruf işlemi" ile "kazandırıcı işlem" kavramlarının eş anlamlı olması karşısında, hata eseri olduğunu zannediyoruz.

[160] TK metninin henüz tasarı aşamasında olduğu dönemde bu yönde bkz. Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 215; TK'nın kanunlaştığı ancak TSY'nin yürürlüğe girmediği dönemde bu yönde bkz. Aydın, **Ticari İşletme,** s. 18-19; Öz, Turgut, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", **Ersin Çamoğlu'na Armağan,** İstanbul 2013, s. 112; TSY'nin yürürlüğe girmesi sonrasında m. 133/3 hükmünün öğretideki tartışmaları sonuçlandırdığı ve tescilin kurucu nitelikte olduğunu ortaya koyduğu yönünde bkz. Erdem, Ercüment, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi,** C. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Özel Sayı 2013, s. 1001.

Bizce de tescile kurucu bir nitelik tanınması menfaatler dengesi bakımından en elverişli çözüm biçimidir. Esasen bu fikrin ikincil mevzuatın oluşturulması aşamasında da etkili olduğu TSY m. 133/3'te *"Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder."* denmiş olmasından anlaşılmaktadır. Bu düzenleme kanun metnine ilişkin bizim de katıldığımız yorumu destekler niteliktedir. Gerçi tescilin niteliğinin açıkça kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğu ve bunun yönetmelik eliyle çözüme kavuşturulmasının yerinde olmadığı söylenebilir. Hatta yönetmelik hükmüne rağmen kanun metninin farklı şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu dahi savunulabilir[161]. Ancak TSY'nin uygulamayı şekillendireceği şüphesiz olduğu gibi kanımızca –düzenlemenin normlar hiyerarşisini gözetmediği ihtirazi kaydı saklı olmak kaydıyla- bu düzenlemenin içerik itibariyle de yerinde olduğu söylenmelidir.

B. Ticari İşletmenin Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi Halinin Arzettiği Özellikler

Konu bir ticari işletmenin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi olduğunda, TK m. 11/3 ve TSY m. 133/3'ün yanı sıra bu ihtimale özgü olarak TK m. 128/4 hükmünün de dikkate alınması zorunluluğu vardır. Bahsi geçen fıkrada "paradan başka ekonomik bir değer"in sermaye olarak konması halinde, şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunun mülkiyetini iktisap edeceği düzenlenmiştir. Şu halde her ne kadar TSY m. 133/3'te işletmenin devri ile ilgili olarak ticaret siciline yapılacak tescile kurucu bir etki tanınmışsa da, ticari işletmenin devrinin bir ayni sermaye taahhüdünün konusunu teşkil ettiği ihtimalde TK m. 128/4 hükmü özel hüküm olarak dikkate alınacak ve bu işletmenin mülkiyetinin şirketin (veya sermaye artırımının) ticaret siciline tescili ile birlikte ortaklığa intikal edeceği sonucuna varılacaktır[162]. Kanun koyucu şirketin tüzel kişilik kazandığı anda taahhüt

[161] Nitekim Akdağ Güney ticari işletmenin devri bakımından tescilin açıklayıcı olduğunu, TSY m. 133/3'ün ise normlar hiyerarşisini altüst ettiğini belirterek, kanun gereği geçerli bir işlem yönetmelikle geçersiz sayılamayacağından yönetmelik ile getirilen düzenlemenin bir hüküm ifade etmeyeceği sonucuna varmaktadır, **a.g.e.,** s. 133.

[162] Şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte ticari işletmenin mülkiyetinin şirkete geçeceği yönünde Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), **a.g.e.,** s. 357; buna karşılık Karaman Coşgun bir taraftan TK m. 11/3'ün ticari işletmenin devrinde tescilsiz iktisabı kabul ettiğini belirtirken, diğer taraftan da ticari işletmenin sermaye olarak taahhüdü halinde ticari işletmeye dâhil taşınmazların ve diğer malvarlığı unsurlarının işletmenin ticaret sicilindeki kaydının TK m. 128/6 uyarınca yapılacak bildirim üzerine

edilen ayni sermaye kalemlerini de iktisap etmesi kuralından, yalnızca taşınmazlar bakımından ve TK m. 128/5'in açık hükmü ile ayrılmıştır. Ticari işletme bakımından benzer bir istisnaya yer verilmediğine göre, TK m. 128/4 ayni sermaye taahhüdüne ilişkin özel hüküm olarak kabul edilmeli ve öncelikli olarak uygulanmalıdır [163].

Bu çerçevede şirketin (veya sermaye artırımının) ticaret siciline tescili ile birlikte sermaye olarak taahhüt edilmiş olan ticari işletmenin mülkiyeti de TK m.

---

ortaklık lehine değiştirilmesi neticesinde şirkete ait olacağını ifade etmektedir (Karaman Coşgun, **a.g.m.,** s. 339). Kanımızca TK m. 128/4'ün açık düzenlemesi karşısında bu görüş kabul edilemez.

[163] Akdağ Güney TK m. 11/3'teki tescilin kurucu nitelikte olmadığını, dolayısıyla esasen devir sözleşmesini de içeren esas sözleşmenin imzalanması ile birlikte pay sahibinin de sermaye borcunu ifa etmiş sayılması gerektiğini, ancak bu sonucun kabulü halinde pay sahibi tasarruf yetkisini kaybetmiş olmasına rağmen şirket tescil edilene kadar işletmenin malvarlığı üzerindeki zilyedliğini devam ettireceği için, şirketin tesciline kadar geçecek süre zarfında tasarruf yetkisi olmasa dahi aktifte yer alan unsurları devredebileceğini ve bu unsurların iyi niyetle iktisabının engellenemeyeceğini belirtmektedir. Yazar bu sebeple şirketi korumak adına kendi görüşüne bir istisna getirmekte ve ticari işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde devir sözleşmesinin salt bir taahhüt işlemi olarak kabul edilebileceğini, böylece TK m. 128/2'deki şerh imkânından yararlanılabileceğini, böylece üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin bertaraf edilmiş olacağını, bu halde tasarruf aşamasının da şirketin tescili anında gerçekleşeceğini belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 133-134.

Biz yukarıda da belirttiğimiz üzere devir sözleşmesinin zaten tasarrufi bir nitelik taşıdığını düşünmüyoruz. Dolayısıyla bizim savunduğumuz görüş uyarınca özel olarak taahhüt ve tasarruf aşamalarını ayırmaya ihtiyaç yoktur. Ancak ayrıca şirketin iyi niyetli iktisaplar karşısında korunması bakımından TK m. 128/2'deki kayıt (Akdağ Güney "şerh"ten bahsetmişse de TK m. 128/2'de yalnızca taşınmazlar bakımından "şerh" öngörülmüş, kendi özel sicili bulunan diğer kıymetler bakımından ise "kayıt"tan söz edilmiştir) müessesine başvurmanın da bir faydası olacağı kanaatinde değiliz. Zira esas sözleşmenin imzalanmasından şirketin tüzel kişilik kazandığı ana kadar geçecek süre içerisinde pay sahibi ile şirket arasındaki hukuki ilişki nispi bir nitelik arzeder; şirketin devir taahhüdünden kaynaklanan kişisel hakkını ticaret siciline bir şekilde kayıt ettirmesinin ise şirketi koruyucu bir etkisinden bahsedilemez. Pay sahibi, şirket tüzel kişilik kazanıncaya kadar ticari işletmenin maliki kalmaya devam edeceği için üçüncü kişilerin onunla yapacağı tasarrufi muameleler geçerli bir biçimde sonuç doğuracaktır. Üçüncü kişilerin işletme üzerinde şirket lehine tanınan kişisel hakkın varlığını bilmeleri onların iktisaplarını geçersiz hale getirmeyeceği gibi, ticari işletmeyle ilgili olarak yapılacak kayda örneğin taşınmazlarda kişisel hakların şerhine kanunla tanınan ayni etki benzeri bir etki tanınmış olmadığı için şirket de tüzel kişilik kazandıktan sonra üçüncü kişiye karşı kişisel hakkın varlığını bildiği gerekçesiyle herhangi bir talep ileri süremeyecektir. Kısacası bu konuda TK m. 128/2 uyarınca yapılacak kaydın koruyucu bir fonksiyonundan bahsedilemez.

Öte yandan şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra fakat şirket lehine ticari işletmeye ilişkin sicil kaydının düzeltilmesinden önce, pay sahibinin sicil üzerinden yapacağı tasarruflara karşı şirketin ayrıca korunmasının çok büyük bir sorun teşkil etmediği kanaatindeyiz. Zira şirket, TK m. 128/4 gereği tüzel kişilik kazandığı anda ve devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilinden önce işletme üzerinde mülkiyeti kazanacaktır. Bu andan sonra ise üçüncü kişiler ticaret sicilindeki kayda güvenerek pay sahibi ile sermaye taahhüdüne konu ticari işletmeye ilişkin işlemler yapsalar bile bu işlemler dolayısıyla bir hak iktisap etmeleri kural olarak mümkün değildir. Zira istisnai haller dışında ticaret siciline güvenerek hak iktisabı söz konusu olmadığı için üçüncü kişi sicildeki kayda güvendiğini ve bu sebeple örneğin ticari işletmenin mülkiyetini iktisap ettiğini ileri süremeyecektir. Bununla birlikte ticari işletmeyi de ilgilendiren bir istisna olarak TİRK m. 5/4 düzenlemesine dikkat edilmeli ve dolayısıyla bu ara dönemde üçüncü kişilerin ticaret sicilindeki kayda güvenerek işletme üzerinde rehin hakkı kazanmalarının mümkün olduğuna işaret edilmelidir.

128/4 uyarınca ortaklığa intikal edecektir. Bununla birlikte yine TK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürü, sermaye konusu ticari işletme şayet şirketle aynı sicil bölgesinde ise ticari işletmeye ilişkin sicil kaydını re'sen düzeltecek, buna karşılık tescil edilen şirket ile sermaye konusu işletmenin farklı sicil çevrelerinde bulunması halinde ise yine aynı fıkra uyarınca derhal ilgili ticaret siciline bildirimde bulunarak ticari işletmeye ilişkin kaydın düzeltilmesini sağlayacaktır.

Ayrıca değinmek istediğimiz bir mesele de anonim ortaklığa ayni sermaye olarak konan ticari işletmenin malvarlığı içerisinde taşınmazların da bulunması halinde bunlar üzerindeki mülkiyetin intikalinin ticari işletme ile birlikte ortaklığın ticaret siciline tescili neticesinde mi, yoksa TK m. 128/5 ve taşınmazlara ilişkin genel kural uyarınca tapuda şirket lehine gerçekleşecek tescilden sonra mı vuku bulacağıdır. Hemen belirtelim ki TK m. 128'in ayni sermaye kalemleri üzerindeki mülkiyetin şirkete intikaline ilişkin düzenlemeleri, TK m 11/3 karşısında özel hüküm niteliği arzeder. Gerçekten de devrin başka vesilelerle gerçekleşmesi (satım, bağışlama vs.) halinde intikal konusunda genel hüküm niteliğindeki TK m. 11/3 istisnasız bir biçimde uygulanacak ise de, devrin ayni sermaye taahhüdü vesilesiyle yapıldığı hallerde TK m. 128'in şirketler hukukunun ve özellikle de anonim ortaklıklar hukukunun ihtiyaçlarına cevap veren özel bir düzenleme olarak öncelikle dikkate alınması zorunludur. Bu bakımdan yukarıda da belirttiğimiz üzere her şeyden önce intikal anı TK m. 11/3 ve TSY m. 133/3'e göre değil, ortaklıklar hukuku özelinde ayni sermaye kalemlerinin ortaklığa intikal anına ilişkin kuralı koyan TK m. 128/4 uyarınca belirlenecek ve dolayısıyla intikal anı bakımından devir sözleşmesi herhangi bir fonksiyon icra etmeyecektir.

Taşınmazlar bakımından da bu çerçevede bir yorum yapıldığında, bu defa da TK m. 128'in kendi içerisinde genel kuraldan ayrılan ve özel bir düzenleme niteliği arzeden TK m. 128/5'in uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Buna göre her ne kadar şirketin ticaret siciline tescili ile birlikte TK m. 128/4 uyarınca işletme ile birlikte bunun malvarlığına dâhil olan tüm unsurlar ortaklığa intikal edecekse de, TK m. 128/5 uyarınca ticari işletme bünyesindeki taşınmazlar bundan istisna tutulacak, bunların devri ancak tapuda şirket lehine yapılacak tescilden sonra gerçekleşecektir. Bu noktada tekrar belirtelim ki ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin tescili

ayni sermaye taahhüdü söz konusu olduğunda artık mülkiyetin intikali bakımından herhangi bir işleve sahip olmadığından, ticaret sicili müdürünün şirketin tescili sonrasında re'sen hareket etmesi veya TK m. 128/6 gereği yapacağı bildirim üzerine ticari işletme sicilinde ortaklık lehine yapılacak tescilin de taşınmazların intikali açısından bir rolü olmayacaktır. Dolayısıyla ticaret sicili müdürü, ayni sermaye olarak getirilen ticari işletme kapsamında taşınmazların da yer alıp almadığını incelemeli ve bu inceleme neticesinde olumlu sonuca vardığı takdirde yine TK m. 128/6 uyarınca ilgili tapu siciline işletmeye dâhil taşınmaz üzerinde şirket lehine gerekli değişikliği yapması amacıyla derhal bildirimde bulunmalıdır. Ticaret sicili müdürünün bildirimi üzerine yapılacak tescil üzerine taşınmazın mülkiyeti de ortaklığa intikal etmiş olacaktır.

Nihayet belirtmek gerekir ki ticari işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde özel hüküm niteliğindeki TK düzenlemelerinin yanı sıra ve bunları tamamlayacak şekilde genel hükümler de uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda BK m. 202 hükmüne özel olarak işaret edilmelidir. Her ne kadar ticari işletmenin anonim ortaklığa intikali hakkındaki TK m. 128/4'ün varlığı karşısında BK m. 202'nin pasiflerin geçişine ilişkin düzenlemesi konumuz bakımından özel bir önem taşımayacaksa da, aynı maddede yer alan, ticari işletmeyi devreden kimsenin devralanla birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmasına yönelik düzenleme, ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde de uygulanacaktır. Dolayısıyla işletmeyi sermaye olarak getiren kimse, bu hususun ilanından veya alacaklılara bildirilmesinden itibaren iki yıl boyunca şirketle birlikte işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu olacaktır.

ALTINCI BÖLÜM

AYNİ SERMAYE BORCUNUN İFA EDİLMEMESİ-KÖTÜ İFA

I. AYNİ SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN DOGMATİK YAPISI

Ayni sermaye taahhüdünün çeşitli sebeplerle sakatlanması halinde hukuki durumun ne olacağı üzerinde durmadan önce, ileride yapacağımız açıklamaların ve savunacağımız görüşlerin teorik alt yapısını oluşturmak amacıyla, ayni sermaye taahhüdünün dogmatik hukuki yapısının ne olduğu üzerinde kısaca durmakta fayda vardır.

Ayni sermaye taahhüdünün hukuki niteliği ve özellikle ayni sermaye taahhüdünün nakdi sermaye ile ilişkisi meselesi Türk doktrininde üzerinde özel olarak durulmuş bir konu değildir. Bu bakımdan Türk hukukunda bu konu ile ilgili yeterli teorik izaha rastlanmamaktadır. Türk hukukunda bu teorik sorun ile doğrudan bağlantılı olduğunu düşündüğümüz ayni sermaye taahhüdüne ilişkin hukuki sakatlıklar konusunda çeşitli tartışmalar mevcutsa da, doktrinde bu tartışmaların teorik zeminini kurmaya yönelik özel bir çaba göze çarpmamaktadır[1].

Buna karşılık özellikle Alman hukukunda bu konu önemsenmiş ve ayni sermaye taahhüdünün hukuki yapısının ortaya konabilmesi amacıyla teorik bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Alman doktrininde azınlıkta kalan görüşe göre birer kuruluş formu olarak nakdi ve ayni kuruluş birbirine eşdeğerde/muadil nitelikte olmak üzere yan yana bulunurlar. Şüphesiz esas sözleşmede açıkça aksi belirtilmediği sürece pay sahibi sermaye borcunu nakit olarak yerine getirmek durumundadır, ancak AktG § 27'deki şartlara riayet edilmek suretiyle esas sözleşmede bir ayni sermaye taahhüdünde bulunulmuşsa artık sermaye borcu ayni

[1] Bu noktada istisnai bir örnek olarak Alman hukukundaki yaklaşımı kısaca aktaran Arıcı, **İmkansızlık,** s. 110.

niteliktedir; bunun yanı sıra varlığını devam ettiren bir nakdi sermaye borcundan bahsedilemez[2].

Alman doktrininde hâkim olan görüşe göre ise pay sahibi asıl olarak nakdi sermaye getirmekle yükümlüdür. Ancak kanun koyucu esas sözleşmede yapılmasını öngördüğü kayıtlara riayet edilmesi halinde ayni sermaye getirilmesine de izin vermiştir. Böylece birincil/asli nitelikte olan nakdi sermaye borcu datio in solutum niteliğinde bir ifa anlaşması ile ayni değerler kullanılarak ifa edilebilecektir. Bu bakımdan nakdi sermaye borcu ile ayni sermaye borcu arasında birincillik-ikincillik/aslilik-talilik/kural-istisna ilişkisi vardır[3].

Kanımızca da nakdi sermaye borcunun ayni sermaye borcu karşısında asli nitelikte olduğu yönündeki hâkim görüş, özellikle ayni sermayeye ilişkin ifa engellerinin doğuracağı sonuçlar konusunda daha tatminkâr çözümler sunan bir altyapı teşkil etmektedir. Ancak nakdi sermaye borcu ile ayni sermaye borcu arasındaki ilişki birincillik-ikincillik/aslilik-talilik ilişkisi olarak nitelendirilirken dikkat edilmesi gereken bazı noktalar vurgulanmalıdır. Öncelikle nakdi sermaye borcunun asliliği, kanunun aradığı şartlara riayet etmek suretiyle usulüne uygun bir biçimde ayni sermaye borcunun doğduğu hallerde dahi, bu ayni sermaye borcunun yanında daima bir nakdi sermaye borcunun da mevcut olduğu, dolayısıyla pay sahibinin dilerse tali nitelikteki ayni sermaye borcunu ifa etmek yerine asli nitelikteki nakdi sermaye borcunu ifa etme yetkisini/seçim hakkını haiz olduğu şeklinde anlaşılamaz[4]. Aksine, esas sözleşmede kayıtlı bir ayni sermaye taahhüdünün varlığı halinde kural olarak pay sahibi sermaye borcunu ancak taahhüt ettiği ayni değeri ortaklığa getirmek suretiyle ifa edebilir[5]; farklı bir söyleyişle bu halde ortak ayni ifaya yalnızca yetkili değil aynı zamanda bununla yükümlüdür[6]. Dolayısıyla iki tür sermaye borcu arasındaki ilişki daha doğru bir biçimde "nakdi sermaye borcunun

[2] Pentz, **a.g.e.,** § 27/13; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/47-48.

[3] Lutter, **a.g.e.,** s. 269, orada dn. 231 ve 232'de anılan yazarlar; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/10; Arnold, **a.g.e.,** § 27/12; Solveen, **a.g.e.,** § 27/5; Heidel, **a.g.e.,** § 27/4-5; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/4; Hüffer, **a.g.e.,** § 27/2; Cavin, **a.g.e.,** s. 174.

[4] Hâkim görüşün böyle bir sonuca yol açacak tarzda anlaşılmasının hatalı olacağı yönünde bkz. Arnold, **a.g.e.,** § 27/12; Cavin, **a.g.e.,** s. 174.

[5] Arnold, **a.g.e.,** § 27/12.

[6] Cavin, **a.g.e.,** s. 174.

ayni sermaye taahhüdü ile kaplanması/örtülmesi"[7] veya "ayni sermaye taahhüdünün varlığı halinde nakdi sermaye borcunun yedekte beklemesi"[8] şeklinde ifade edilebilir. Böylece ayni sermaye taahhüdü geçerli bir biçimde varlığını sürdürdüğü müddetçe nakdi sermaye borcunun "üstünün örtüldüğü" veya "yedeğe alındığı" kabul edilecek, herhangi bir sebeple ve ölçüde taahhüdün sakatlanması durumunda bu örtüde oluşabilecek yırtıklar/delikler, altta yatan nakdi sermaye borcu ile kapatılacaktır.

Ayni sermaye ile nakdi sermaye arasındaki ilişkiyi teorik olarak bu şekilde izah etmek için TK'da yeterli pozitif gerekçe bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Nitekim Alman hukukundaki hâkim görüşün erken dönemdeki temsilcilerinden olan Lutter, Fransız, Belçika, Lüksemburg, Hollanda ve İtalyan hukukları ile karşılaştırmalı olarak yaptığı incelemede, bahsi geçen bu hukuk sistemlerinde ayni sermaye taahhüdünün müstakil bir sermaye türü olarak değerlendirildiğini belirttikten sonra, bu görüşünü gerekçelendirmek üzere eski eAktG § 20/2 c. 2'ye dayanmış ve burada diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak ayni sermaye taahhüdünün geçersizliği halinde pay sahibinin eksik kalan bedeli nakden ödemekle yükümlü olmaya devam edeceğinin açıkça belirtilmiş olması üzerinde durmuştur[9].

Hâlbuki kanımızca nakdi sermaye ile ayni sermaye arasındaki ilişkinin teorik olarak bu şekilde temellendirilmesi, bu konuda ilgili pozitif hukuk metinlerinde zorunlu olarak bir düzenleme bulunmasına bağlı değildir. Nitekim 2009 yılında AktG § 27'de yapılan kapsamlı değişiklikle birlikte önceki madde metninin üçüncü fıkrasında yer alan bu yöndeki düzenleme bütünüyle kanundan çıkarılmış olmasına rağmen söz konusu teorik izah biçimi doktrinde benimsenmeye devam edilmiştir. Bu teorik çerçeveyi gerekçelendirmek amacıyla mutlaka bir kanun düzenlemesine işaret edilecekse, ayni sermaye taahhüdünün hükümsüzlüğünün sonuçlarına ilişkin bir düzenleme yerine, ortaklığın kuruluşu/sermaye artırımı aşamasında ayni sermaye

[7] Bungeroth, Erhard, in **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. Auflage, Band 1, §§ 1-75, München 2008, § 54/6, 13.

[8] Wiedemann, Herbert, "Sacheinlagen in der GmbH", **Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch**: dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, Berlin 1968, s. 261; Märtens, **a.g.e.,** § 5/65.

[9] Lutter, **a.g.e.,** s. 269.

taahhüdünün kanun tarafından ne şekilde kabul gördüğüne ilişkin düzenlemelere referans verilmesi kanımızca daha yerinde olacaktır. Bu bakımdan Kara Avrupası hukukunun genelinde olduğu üzere TK'da da ayni değerlerin ortaklığa getirilmesinin sermaye taahhüdü olarak nitelenebilmesi için her şeyden önce kamuyu aydınlatmaya yönelik bazı özel düzenlemelere riayet edilmesi gerekmekte, bu amaçla da özellikle değerleme prosedürü gündeme gelmektedir. Ancak tüm bu şartların bir araya gelmesi durumunda ayni sermaye taahhüdü geçerli bir sermaye taahhüdü olarak kabul görmektedir. Bu açıdan ayni sermaye taahhüdünün tabiri caizse normal ve olağan olan halden bir sapma teşkil ettiği dahi söylenebilir. Nitekim ayni değerlerin sermaye olarak getirildiği kuruluş prosedürünün ayrı bir adla (mevsuf kuruluş) nitelendirilmiş olması da, bu halde aslolandan ayrılan bir taraf olduğuna işaret etmektedir. Kısacası nakdi sermaye ile ayni sermaye arasındaki ilişkinin kanun koyucu tarafından nasıl anlaşıldığı belirlenirken başlangıçta bu ilişkinin nasıl düzenlendiği üzerinde durulması daha doğru bir tercih olacaktır.

II. İRADE SAKATLIĞI HALLERİ

Pay sahibinin anonim ortaklığa sermaye olarak ayni bir değer getirmeye yönelik iradesi çeşitli sebeplerle sakat olabilir. Bu kapsamda örneğin pay sahibi sahip olduğu (A) marka bir otomobili ayni sermaye olarak taahhüt etmek isterken yanlışlıkla (B) marka otomobilini sermaye olarak göstermiş; sahip olduğu bir gayrimenkul üzerinde ortaklık lehine bir intifa hakkı tesis etmek isterken yanlışlıkla mülkiyet hakkını geçirmeyi borçlanmış; bir başka anonim ortaklıkta sahip olduğu hisselerden bin lotunu sermaye olarak getirmek isterken yanlışlıkla on bin lotunu getireceğini belirtmişse; kuruculardan birisi diğerlerinin yalan beyanları neticesinde şirketin elde edeceği gelirin bir kısmını hayır işlerinde kullanacağına güvenerek/inanarak şirkete ayni sermaye getirmişse; bir kimse tehdit sonucu ortaklığa katılmaya veya ayni sermaye niteliğinde bir malvarlığı değerini (örneğin sahip olduğu önemli bir patent) getirmeye zorlanmışsa ayni sermaye taahhüdüne ilişkin iradenin hata, hile veya ikrah gibi sebeplerle sakatlandığı açıktır. Acaba pay sahibi, irade sakatlığı gerekçesine dayanarak ve BK m. 39 uyarınca iptal hakkının bulunduğunu belirterek ayni sermaye sözleşmesini hükümsüz hale getirebilecek midir?

A. Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce

Şirket sözleşmesinin tescilinden önce bu konuda bir sonuca varılması nispeten kolaydır. Bir kere bu dönemde ayni sermaye sözleşmesine ilişkin irade sakatlığı aynı zamanda pay sahibinin ortaklığa katılım iradesini de etkileyen, ona da sirayet eden bir nitelikteyse, yani söz konusu irade sakatlığı dolayısıyla ayni sermaye sözleşmesinin yanı sıra iştirak taahhüdü de iptal edilebiliyorsa, pay sahibi iptal hakkını kullanarak hem ayni sermaye anlaşmasını hem de iştirak taahhüdünü baştan itibaren hükümsüz/batıl hale getirebilir[10]. Böylece anonim ortaklık kurmak isteyen kurucuların tekrar bir araya gelerek prosedürü yeni baştan işletmeleri ve bu kapsamda yeni bir esas sözleşme hazırlamaları icap edecektir.

Buna karşılık irade sakatlığının yalnızca ayni sermaye sözleşmesine ilişkin olması durumunda ise ortaklığa getirilmesi düşünülen ayni sermaye kaleminin önemi, varılacak sonuç açısından belirleyici olacaktır. Ayni sermayeye konu olan malvarlığı kalemi, ortaklık/diğer kurucular veya pay sahibi açısından özel bir önem arzedebilir. Gerçekten şayet söz konusu malvarlığı değeri ortaklığa sermaye olarak getirilmeyecek olsaydı o pay sahibinin de ortaklığa kabul edilmeyeceği söylenebilecekse ayni sermaye kaleminin ortaklık bakımından özel bir önemi olduğu sonucuna varılacaktır. Öte yandan şayet pay sahibinin de iptale konu ayni sermaye sözleşmesinin konusunu teşkil eden malvarlığı kalemini ortaklığa getirme imkânı olmadığı takdirde ortaklığa katılmayacağı söylenebiliyorsa pay sahibi bakımından özel önem arzeden bir ayni sermaye söz konusudur. Alman doktrininde bir görüş ayni sermayenin bu şekilde özel bir önem arzetmediği, dolayısıyla söz konusu ayni sermaye kalemi olmasaydı da pay sahibinin ortaklığa dâhil olacağı/edileceği durumlarda iptalin mümkün olduğunu; aksi durumda yani söz konusu malvarlığı kalemi olmasaydı iştirak müteahhidinin ortaklık ilişkisine dâhil olamayacağı durumlarda ise iptalin mümkün olmadığını kabul etmektedir[11]. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre iptal hakkının özellikle ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önceki safhada bu şekilde kısıtlanmasını haklı kılacak bir menfaat

[10] Genel olarak iştirak taahhüdünün şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce iradeyi sakatlayan sebeplerle iptal edilebileceği Türk hukukunda da kabul edilmektedir, bu yönde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 57; Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 88.

[11] Pentz, **a.g.e.,** § 27/49; Bayer, **a.g.e.,** § 27/45.

gösterilemez. Bu sebeple devre konu ayni sermaye kaleminin ortaklık bakımından özel bir önem arzettiği durumlarda da iştirak müteahhidinin irade fesadına dayanarak ayni sermaye sözleşmesini iptal etmesi mümkün olmalı ancak ayni sermayeye konu malvarlığı ile iştirak olgusu arasındaki sıkı bağ dolayısıyla ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin aynı zamanda iştirak taahhüdüne de sirayet ederek onu da hükümsüz hale getireceği kabul edilmelidir[12]. Ayni sermayenin böyle özel bir ehemmiyet taşımadığı durumlarda ise iştirak müteahhidi ayni sermaye taahhüdünü yine iptal edebilecek, ancak bu durumda iştirak taahhüdü iptalden etkilenmeyecek, yalnızca pay sahibinin asli nitelikteki nakdi sermaye borcu tekrar canlanacaktır[13].

B. Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Sonra

1. İştirak Taahhüdü Bakımından

Şirket esas sözleşmesinin tescili ile birlikte şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra irade sakatlığına istinaden ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olup olmadığı ise daha zorlu bir sorundur. Zira ortaklık tüzel kişilik kazanmakla birlikte esas itibariyle yalnızca tarafları arasında süren bir ilişki olmaktan çıkarak üçüncü kişilere karşı da görünürlük kazanmakta ve böylece üçüncü kişilerde esas sözleşmede gösterildiği şekilde teşekkül etmiş bir ortaklık bulunduğu inancı oluşturulmaktadır. Üstelik sermayenin teşkiline ilişkin tedbirlerin alındığı safha da geçilmiş olmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki bu tartışma kapsamında da iştirak taahhüdünün ve ayni sermaye sözleşmesinin iptal edilebilirliği konuları ayrı ayrı ele alınmalıdır. Türk hukukunda da konu daha ziyade iştirak taahhütlerinin rızayı ifsad eden sebeplerle iptalinin mümkün olup olmadığı ve bunun şirketin varlığına etkisi üzerinden tartışılmıştır. Arslanlı şirketin tesciline kadar iradeyi sakatlayan sebeplere dayanarak iştirak taahhüdünün iptalinin mümkün olduğunu, bununla birlikte tescilden sonra ancak eTK m. 299/5'de yazılı sebeplerle şirketin kurulmamış sayılmasının

[12] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/162; Arnold, **a.g.e.,** § 27/17.

[13] Her iki görüş bakımından da aynı yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/161; Pentz, **a.g.e.,** § 27/49; Arnold, **a.g.e.,** § 27/17; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/86; Bayer, **a.g.e.,** § 27/45.

istenebileceğini belirtmiş, buna karşılık bu andan itibaren iştirak taahhüdünden rücu imkânının kalmadığına işaret etmiştir[14].

Moroğlu da üçüncü kişilerin ve özellikle şirket alacaklılarının çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda BK'dan doğan fesih hakkının söz konusu olmaması gerektiğini, bu bakımdan sermaye artırımının tescili ile birlikte artık üçüncü kişilerin çıkarlarının da gündeme geleceğini belirtmiş, dolayısıyla bu aşamadan sonra iradeyi sakatlayan sebeplerle iptal imkânının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır[15]. Bununla birlikte yazar açıklamalarının ilerleyen kısmında ayrıca sermaye artırımının tescili sonrasında pay sahiplerinin veya üçüncü kişilerin bir kısmının katılma taahhütlerinin hata, hile veya ikrah nedeniyle mahkemece iptali halinde esas sermaye artırımının geçersiz hale gelmeyeceğini, yalnızca hükümsüz kalan katılma taahhütleri kadar esas sermaye azaltımına gidilmesinin zorunlu olacağını belirtmiş[16], böylece sermaye artırımının/kuruluşun tescilinden sonra katılma taahhütlerinin iptalinin mümkün olabileceği bir hali de zikretmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta da irade fesadı hallerinin iştirak taahhüdü üzerindeki etkisi konusunda benzer bir yaklaşım hâkimdir. Bu bakımdan Alman doktrininde konuyu değerlendiren yazarlar ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra, artık irade sakatlıklarının hiçbir şekilde katılım sözleşmesinin/iştirak taahhüdünün ve esas sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği görüşündedirler[17]. Yine konunun özel bir kanuni düzenleme altında ele alınmış olmadığı İsviçre hukukunda da irade fesadına ilişkin genel hükümlerde esas itibariyle yalnızca irade beyanında bulunan kimsenin menfaatinin ele alındığı, buna karşılık anonim ortaklık tüzel kişilik kazandığı andan itibaren ise alacaklıların ve diğer pay sahiplerinin menfaatlerinin gözetilmesi

[14] Arslanlı, **C. I,** s. 57.

[15] Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 88; sermaye azaltımı ile birlikte aynı anda ve ölçüde sermaye artırımı yapmak ve iradesi fesada uğrayan kişinin taahhütlerine karşılık oluşturan payların bu yolla el değiştirmesini sağlamanın bir çözüm olarak düşünülebileceğini, ancak bu yolun pratik olarak zor olduğunu ayrıca prosedürün tamamlanmasına kadar geçecek sürede belirsizliklere yol açacağını ifade eden, sonuçta Moroğlu'nun yaklaşım tarzına iştirak eden Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 83.

[16] Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 88-89.

[17] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/163, yazar haklı olarak iptale ilişkin beyanın ortaklığın tescilinden sonra ya da önce yapılmış olmasının da varılacak sonucu değiştirmeyeceğini belirtmektedir; aynı yönde bkz. Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/87.

gerektiği, dolayısıyla şirketin ticaret siciline tescilinden sonra iştirak taahhüdünün irade fesadı sebebiyle iptalinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir[18].

Bizce de şirketin tescilinden sonra artık iştirak taahhüdünün irade sakatlığı gerekçesi ile iptali herhangi bir şekilde mümkün değildir. Zira aksine bir sonucun kabulü alacaklıların yegâne güvencesi olan ortaklık esas sermayesinin karşılıksız kalması anlamına gelecektir ki bu sonuç sermayenin tedariki ilkesine aykırı olacağından kabul edilemez[19]. Bir anonim şirket tüzel kişilik kazandığı andan itibaren artık sadece kurucular arasındaki bir ilişki olmaktan çıkmakta ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkiler içine giren ve dolayısıyla onların da menfaatlerine dokunan bir yapıya dönüşmektedir. Bu aşamadan itibaren pay sahibinin iştirak taahhüdünün iptaline ilişkin bireysel menfaatinin karşısında, -diğer pay sahiplerinin menfaatleri bir yana- şirketin sayısı belirsiz alacaklılarının menfaati yer almaktadır. Anonim şirketin sağladığı sınırlı sorumluluk şemsiyesinin altında zaten çok büyük bir korumadan yararlanan pay sahibinin, alacaklıların zararına olmak üzere daha fazla korunması menfaatler dengesine aykırı olacaktır; bu durumda tercih hakkı pay sahibinin bireysel menfaatinden değil alacaklıların genel menfaatinden yana kullanılmalıdır. "Külfet nimete ve nimet külfete göredir[20]" ilkesinin bir görünümü olarak, anonim ortaklıkta pay sahibi olmanın getirdiği büyük nimet karşılığında, şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra alacaklıların korunması adına iştirak taahhüdü için iptal imkânından yararlanamama külfetinin yüklenilmesi ise ölçüsüz bir sonuç olmasa gerektir[21].

Bu bakımdan Moroğlu'nun işaret ettiği ihtimal de şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden sonra iştirak taahhüdünün iptal edilemeyeceği kuralına istisna teşkil eden bir hal değildir. Yazarın açıklamalarında şirketin/sermaye artırımının tescilinden sonra "mahkemece" iptal ihtimalinin nasıl ortaya çıkacağı açıkça ifade

[18] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 17/34-35; ticaret şirketlerinin teşkili bakımından hukuk güvenliğinin temini amacıyla irade fesadına dayalı iptal hallerinin sınırlanmış olduğu yönünde bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 279.

[19] Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 88.

[20] Mecelle, m. 88.

[21] Buna karşılık Yargıtay hata gerekçesiyle şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra dahi şirket esas sözleşmesinin iptalinin mümkün olduğu yönünde karar vermiştir, bkz. Yargıtay 11. HD, 15.4.2009, 08/6185 E., 4688 K. sayılı karar, karar için bkz. Batider, Haziran 2009, C. XXV, S. 2, s. 457 vd.

edilmemiştir. Bilindiği üzere bizim hukukumuzda iptal hakkının bir davayla kullanılması mecburiyeti söz konusu değildir; bu hakka sahip olan kimse herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın mahkeme dışı bir beyanla da hakkını kullanabilir[22]. Bununla birlikte karşı taraf şayet iptal hakkının varlığına yönelik bir itirazda bulunursa, iptal hakkının varlığının tespitine yönelik bir dava açılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla Moroğlu'nun da olsa olsa şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden önce yapılan bir iptal beyanına rağmen pay sahibinin iptal hakkına itiraz edilmiş olması ihtimaline işaret ettiğini zannediyoruz. Bu ihtimalde de dava neticesinde pay sahibinin iptal hakkının varlığı sonucuna ulaşıldığı takdirde iptal beyanı esas itibariyle şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden önce yapılmış olacağı için istisnai bir durumun bulunmadığı sonucuna varılabilir[23]. Ancak bunun dışında şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden sonra mahkeme kararı ile dahi iştirak taahhüdünün iptali kanımızca mümkün olmamak gerekir.

Bir an için özellikle ikrah gibi daha ağır durumlarda şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden sonra da iştirak taahhüdünün iptaline izin vermenin ve iptal halinde de sermaye azaltımına gidilmesinin tatmin edici bir çözüm olup olmadığı sorusu sorulabilir. Kanımızca böyle bir çözüm alacaklılar bakımından tatmin edici olmaz. Zira alacaklılar asıl olarak kuruluşta esas sözleşmeye yansıyan sermaye miktarına güvenerek hareket etmektedirler. Sonradan irade sakatlığı gerekçe gösterilerek iştirak taahhüdünün iptali ve sermayenin bu miktarda azaltılması ise, bu azaltımdan önce esas sözleşmede yazılı sermaye miktarına güvenerek şirketle ilişkiye giren kimseler bakımından kabul edilebilir bir sonuç olmaz. Özellikle ayni sermaye taahhüdünde bulunan ortağın şirkete getirdiği katılma payının şirket malvarlığının oransal olarak önemli bir parçasını oluşturduğu hallerde bu sonucun elverişsizliği açıktır. Şu halde kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte en azından

[22] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 122.

[23] Moroğlu'nun ifade ettiği üzere bu durumda bir esas sermaye azaltımına gidilmesi gerektiği şüphesizdir.

sermayenin tedariki ilkesine dayalı olarak, tescilin iştirak taahhüdüne ilişkin irade sakatlıklarını giderici bir etkisi bulunduğu söylenebilir[24].

2. Ayni Sermaye Sözleşmesi Bakımından

Tescilden sonra irade sakatlığı gerekçesiyle ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olup olmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur. Bu mesele Türk hukukunda görebildiğimiz kadarıyla özel olarak tartışılmış değildir.

Buna karşılık Alman doktrininde ileri sürülen hâkim görüşe göre, ortaklığın tescili ile birlikte iştirak taahhüdünün yanı sıra ayni sermaye sözleşmesinin de irade sakatlıklarına dayalı olarak iptali imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar esas olarak sermayenin korunması ilkesini gerekçe olarak göstermektedirler. Buna göre ayni sermaye sözleşmesinin tescilden sonra iptaline izin verilmesi sermayenin tedariki ilkesine aykırıdır, zira her ne kadar aksi görüş pay sahibinin ayni sermaye yerine geçen nakdi sermaye borcunu ödeyebilir durumda olması halinde iptale izin verilmesi gerektiğini söylüyorsa da[25], söz konusu pay sahibinin finansal durumunun iptalden sonra kötüleşmesi mümkündür ve böyle bir durumda da sermayenin teşkili ilkesi yeterince gözetilmemiş olacaktır[26]. Ayrıca iptale izin verilmesi, ortaklığın nakdi sermaye taahhüdü halinde tescilden önce ödenmesi gereken asgari miktar ödenmeden kurulması anlamına geleceği için de kabul edilemez[27].

Azınlıkta kalan aksi görüş ise kural olarak ortaklığın tescilinden sonra da ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olması gerektiğini, zira buna izin verilmesinin ne ortaklığın varlığını ne de sermayesini tehlikeye atmadığını, hükümsüz hale gelen ayni sermaye borcunun bıraktığı boşluğun aynı değerde nakdi sermaye borcu ile doldurulacağını belirtmekte, bu konuda mutlak ve genel bir yasaktan bahsedilemeyeceğini, özellikle ayni sermaye kaleminin ortaklık bakımından

[24] Olması gereken hukuk bakımından sermaye artırımının tesciline, katılma taahhütnamesindeki şekil noksanını ve irade bozukluklarını düzeltici bir etkinin kanunla tanınmasının yerinde olduğu yönünde bkz. Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 89.

[25] Bu görüş için bkz. Ulmer, Peter, in **Hachenburg GmbHG Grosskommentar,** Siebente, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin-New York 1975, § 5/80.

[26] Pentz, **a.g.e.,** § 27/49; Arnold, **a.g.e.,** § 27/18; Bayer, **a.g.e.,** § 27/46.

[27] Arnold, **a.g.e.,** § 27/18.

taşıdığı önem dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir[28].

Biz de Alman hukukunda azınlıkta kalan görüşe paralel bir şekilde şirketin tescilinden sonra ayni sermaye sözleşmesinin iptali imkânının mutlak olarak yasaklanmasının her durumda yerinde bir çözüm teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. İrade fesadı hallerinde şirketin tescilinden sonra ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirme, özünde ayni sermaye kaleminin şirkete getirilmesine yönelik şirket menfaati ile pay sahibinin iptale ilişkin menfaati arasında adil bir denge bulma arayışıdır. Bu bakımdan, ayni sermaye olarak getirilen kıymetin ortaklık açısından arzettiği önem dikkate alınarak her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirmeye gidilmesi ve şayet ayni sermaye kalemi ortaklığın faaliyeti için özel olarak önem arzediyorsa ortaklığın menfaatinin öncelenmesi, buna karşılık ayni sermaye olarak taahhüt edilen varlığın şirketin faaliyeti için bu derece "hayati" bir rol oynamadığı durumlarda pay sahibinin menfaatine üstünlük tanınması daha yerinde bir çözüm sunacaktır.

Bu noktada ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin otomatik olarak üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenmesine yol açacağı söylenemez[29]. Zira ayni sermaye sözleşmesinin iptali temelde ortaklığın sermayesine zarar getirecek bir tasarruf değildir; iptal sonucunda dahi pay sahibinin ayni sermaye borcu ortadan kalkmasına rağmen onun yerini asli nitelikteki nakdi sermaye borcu alacaktır[30]. Özellikle ayni sermaye kaleminin ortaklık faaliyeti açısından vazgeçilmez bir unsur niteliği arzetmediği, yahut misli mallarda olduğu üzere piyasadan yeniden kolaylıkla temin

[28] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/163-164, yazar genel olarak şirketin tescilinden sonra da irade fesadı dolayısıyla ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olduğu kanaatindeyse de, taahhüt edilen ayni sermaye kaleminin getirilmesinde ortaklığın korunmaya değer bir menfaatinin bulunması halinde farklı bir sonuca varılması gerektiğini, bu bakımdan örneğin ayni sermaye taahhüt eden pay sahibinin ortaklık ilişkisine dâhil edilmesinin yegâne gerekçesinin getirmesi planlanan ayni sermaye kalemi (örneğin bir patent) olduğu durumlarda irade fesadı halinin kuruluştan sonra ileri sürülememesi kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir; Ulmer bu şartın yanı sıra ayrıca pay sahibinin ayni sermaye yerine ikame olacak nakdi sermaye borcunu ödeyebilir durumda olması şartını da zikretmektedir, Ulmer, **a.g.e.,** § 5/80.

[29] Bu durumda nakdi sermaye borcunun ¼'ünün peşinen ödenmesi zorunluluğuna uyulmamış olması ise kanımızca ancak tali bir problem teşkil eder.

[30] Bu noktada ayni sermaye borcunun yerine nakdi sermaye borcunun geçmiş olmasının alacaklılar bakımından tercihe şayan olduğu dahi söylenebilir.

edilebilir nitelikte bulunduğu ihtimallerde, bizatihi ayni sermaye yerine nakdi karşılığının ortaklığa kazandırılması da ortaklık açısından yeterli olacaktır. Bu bakımdan sermaye olarak örneğin herhangi bir otomobilin yahut muadilini bulmak konusunda özel bir sıkıntı yaşanmayacak herhangi bir taşınmazın getirilmesi ihtimallerinde olduğu gibi, ayni sermayenin ortaklık faaliyeti bakımından böylesine "hayati" bir konumda bulunmadığı hallerde, pay sahibinin iptale ilişkin menfaati ile ortaklığın ayni sermayenin "zatına" duyduğu ihtiyaç tartıldığında pay sahibinin menfaatine üstünlük tanınması ve irade fesadı sebebiyle ayni sermaye sözleşmesinin iptaline müsaade edilmesi mümkün olabilmelidir. Bu durumda iptal ile birlikte pay sahibinin ortadan kalkan ayni sermaye borcunun yerini asli nitelikteki nakdi sermaye borcu alacak, şayet ayni sermaye konusu malvarlığı ortaklığın fiili hâkimiyetine girdiyse pay sahibi nakdi sermaye borcunu ödeyinceye kadar ortaklık da bu malvarlığı değeri üzerinde hapis hakkını kullanabilecektir[31].

Buna karşılık örneğin bir otel işletmek üzere kurulan anonim ortaklığa turistik açıdan çok değerli bir mevkideki arazinin ayni sermaye olarak getirilmesi, yahut ortaklardan birinin şirkete getirmeyi taahhüt ettiği bir marka üzerinden faaliyet yapmak üzere bir anonim ortaklık kurulması veya bir anonim ortaklığın faaliyetinin bütünüyle ortaklardan biri tarafından şirkete sermaye olarak getirilen bir patentin varlığına dayanması hallerinde ortaklığın ayni sermayeyi tedarik etmekteki menfaatinin ağır bastığı ve dolayısıyla pay sahibinin irade fesadı gerekçesiyle ayni sermaye sözleşmesini iptal etmesinin mümkün olmadığı söylenebilir[32].

Nihayet biz şirketin menfaati ile pay sahibinin menfaati arasında yapılacak tartımda çeşitli irade fesadı halleri arasında bir ayırıma gidilmesinin de yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu bakımdan iradenin hata sebebiyle ifsadı ile hile veya ikrah sebeplerinden biri ile ifsadı arasında bir mahiyet ve derece farkı olduğu açıktır. Bu sebeple, tartıştığımız konu özelinde bu üç durumu bütünüyle aynı şekilde değerlendirmek son tahlilde hakkaniyete aykırı düşen sonuçların doğmasına yol

[31] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/165.

[32] Ancak ayni sermaye sözleşmesi iptal edilemese dahi hileye veya ikraha maruz kalan pay sahibinin, zararının tazminini hileyi yapan veya ikrahta bulunmuş olan kimseden/kimselerden talep edebileceği muhakkaktır. Nitekim genel olarak akit hile veya ikrah sebebiyle iptal edilmemiş olsa dahi zararın tazmininin talep edilebileceği yönünde bkz. BK m. 39/2.

açabilir. Gerçekten de hata durumunda bir "kusur"dan bahsedilebilecekse bu kusur esasen bizzat hataya düşen kişinin üzerindedir; buna karşılık hilede –üçüncü kişinin hilesi söz konusu değilse- karşı tarafın kastı neticesinde diğer taraf hataya düşmektedir. Şu halde irade fesadına maruz kalan kimsenin ne ölçüde korunmaya değer olduğu noktasında bir karşılaştırma yapıldığında hata ve hile arasında açık bir farklılık olduğuna dikkat edilmelidir. İkrah durumunda da nihayetinde ortada bir irade olduğu kabul edilmektedir; ancak bu iradenin oluşumu konusunda gerçek bir irade oluşumu sürecinde olduğu gibi "serbest" bir iradeden bahsedilemez[33]. Bu itibarla hata ile ikrahın da konumuz özelinde yapılacak bir değerlendirmede eşdeğer görülmesi mümkün değildir.

Bu bakımdan genel olarak şirketle pay sahibi arasında yapılacak bir menfaatler tartımında, pay sahibinin hata dolayısıyla ayni sermaye sözleşmesini iptal etmek istemesi ihtimalinde ağırlığın ortaklığın kefesine konulması gerektiği söylenebilirse de, özellikle hile ve ikrah hallerinde korunmaya daha muhtaç olan menfaatin çoğu defa pay sahibinin menfaati olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira bu son iki halde pay sahibinin iradesi doğrudan doğruya karşı taraftan veya üçüncü bir kişiden kaynaklanan bir sebeple ifsad olmuştur. Bu kadar ağır bir sakatlığa rağmen pay sahibine iptal hakkı tanınmaması, zaten iştirak taahhüdünün iptali mümkün görülmemişken, üstelik iptal edilen ayni sermaye sözleşmesinin yerine nakdi sermaye borcunun da geçeceği kabul edilmişken, her durumda yerinde bir çözüm olarak görünmemektedir. Dolayısıyla her ne kadar ayni sermayenin şirket faaliyeti için mutlak olarak hayati bir nitelik arzettiği durumlarda artık hile veya ikrah nedeniyle dahi ayni sermaye sözleşmesinin iptalinin mümkün olmadığı kabul edilebilirse de, ayni sermayenin böyle bir nitelik arzetmediği durumlarda özellikle hile ve ikrahın varlığı halinde pay sahibine iptal hakkı tanınması somut olay adaletini

[33] Hata, hile ve ikrah arasındaki mahiyet farkı esasen BK tarafından da gözetilmiş ve bu haller kısmen ortak hükümlerle düzenlenmiş olmakla birlikte aralarında önemli sayılabilecek hüküm farklılıkları da ortaya çıkmıştır. Örneğin hatanın bir iptal sebebi teşkil edebilmesi için BK m. 30'da hatanın "esaslı" olması gerektiği hükme bağlanmış, buna karşılık BK m. 36/1'de hile neticesinde düşülen hata "esaslı olmasa bile" hilenin bir iptal sebebi teşkil edeceği düzenlenmiştir. Benzer biçimde üçüncü kişinin hilesinin akdin hükümsüzlüğüne yol açabilmesi için sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın hileyi bilmesi veya bilecek durumda bulunması gerekirken (BK m. 36/2), ikrah halinde üçüncü kişinin tehdidini bundan yararlanan karşı taraf bilmese veya bilmesi gerekmese bile işlemin hükümsüz olduğu ileri sürülebilecektir (BK m. 37/1; bu konuda ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 116).

sağlamak bakımından yerindedir. Buna karşılık hata halinde "kusur" olgusunun hataya düşenin üzerinde gerçekleşmesi karşısında ortaklığın menfaatlerinin gözetilmesi noktasında hile veya ikraha nispetle daha "müsamahasız" davranılması beklenebilir. Bu bakımdan bu defa yapılacak bir menfaatler tartımında ortaklığın kefesinin daha başlangıçta pay sahibininkinden daha ağır bastığı söylenmelidir. Dolayısıyla kanımızca ancak istisnai hallerde hata sebebiyle ayni sermaye sözleşmesinin iptaline imkân tanınmalı, buna karşılık kural olarak hatanın şirketin/esas sermaye artırımının tescilinden sonra ayni sermaye taahhüdünün iptaline yol açmayacağı kabul edilmelidir.

III. İMKÂNSIZLIK

A. Genel Olarak

Ayni sermaye anlaşması çerçevesinde ortaklığa getirilmesi taahhüt edilen edimin ifası imkânsız olabilir. Bu imkânsızlık henüz taahhüt anında objektif veya sübjektif bir imkânsızlık olabileceği gibi, esas sözleşmenin imzalanmasından veya şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık da olabilir. Yine ifa imkânsızlığına ilişkin hallerde imkânsızlığın müsebbibinin pay sahibi veya ortaklık olması veya daha yerinde bir söyleyişle pay sahibinin veya ortaklığın sorumlu olduğu bir ifa imkânsızlığının bulunması mümkündür.

Tüm bu hallerde BK'nın imkânsızlık ile ilgili olarak öngördüğü kuralların anonim ortaklıklar bakımından aynen uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı tartışılmak durumundadır. Bu imkân kabul edildiği takdirde örneğin daha taahhüt anında objektif olarak imkânsız bir edimin ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi durumunda BK'nın öngördüğü butlan sonucu uygulanacak olursa, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra dahi ayni sermaye anlaşmasının batıl olduğu (BK m. 27/1), batıl bir anlaşmayı bünyesinde bulunduran esas sözleşmenin de, şayet ayni sermaye getirme imkânı olmasaydı ortağın şirkete hiç katılmayacağı söylenebiliyorsa, ayni sermaye sözleşmesi ile birlikte batıl olduğu sonucuna varılabilecektir (BK m. 27/2)[34]. Yahut tescilden sonra ortaya çıkmakla birlikte

[34] Böyle bir ihtimalde şüphesiz TK m. 353/1'in anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemeyeceğine ilişkin hükmü de dikkate alınmak gerekirdi.

borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa imkânsızlığı durumunda borçlu pay sahibinin ayni sermaye koyma borcu sona ereceği gibi, ortaklıkla pay sahibi arasındaki hukuki ilişkinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilebildiği ölçüde pay sahibinin de pay sahipliği sıfatını ve bundan doğan hakları kaybedeceği (BK m. 136/2) veya burada bir sinallagma ilişkisi bulunmadığı kabul ediliyorsa pay sahibinin borcundan kurtulmuş olmasına rağmen pay sahipliği sıfatını ve bundan doğan hakları muhafaza edeceği de söylenebilir.

B. Doktrindeki Görüşler ve Benimsediğimiz Görüş

Ayni sermaye borcunun imkânsızlığı meselesi ayni sermaye ile ilgili diğer problemlere oranla Türk doktrininde erken tarihlerden itibaren ilgi çekmiştir. Doktrinde ilk olarak Arslanlı tarafından savunulan görüş, ayni sermaye borcunun imkânsızlaşması halinde bu borcun nakde tahvil olunmasının kabul edilemeyeceğini, anonim şirketin kurulduktan sonra nakdi veya ayni sermayeden feragat edemeyeceğini, hâlbuki nakde tahvil sonucunu kabul etmenin şirket esas sözleşmesinin kendiliğinden değişmesi anlamına geleceğini, netice itibariyle ayni sermaye taahhüdünün imkânsızlaşması halinde yegâne çözüm yolunun söz konusu ayni sermayeye isabet eden kısım kadar sermaye azaltımına gitmek olduğunu belirtmiştir[35].

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, pay sahibinin taahhüt ettiği ayni sermaye ediminin imkânsızlaşması ortağın sermaye borcunu sona erdirmez, diğer imkânların yanı sıra öncelikle bilirkişilerce bu sermaye kalemine biçilen ve esas sözleşmeye yazılan değerde nakdin pay sahibinden istenmesi mümkündür[36]. Bu görüş kabul edildiği takdirde imkânsızlığın BK'daki olağan sonuçları anonim ortaklık

[35] Arslanlı, **C. I,** s. 205-206; borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı özelinde aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 92-93. Yazar imkânsızlaşan edim yerine ortaktan aynı değerde başka bir şey istenmesinin edime uygun ifa ilkesine aykırı düşeceğini, her ne kadar tarafların anlaşması ile asıl edim dışında başka bir şeyin ifası kararlaştırılabilirse de ortaklık sözleşmelerinde böyle bir kararlaştırma için ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesinin zorunlu olduğunu, dolayısıyla sonuç olarak ayni sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin eBK m. 117/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulacağı gibi ortaklık haklarını da kaybetmiş olacağı sonucuna ulaşılabileceğini, daha sonra söz konusu ortağın taahhüdü kadar sermaye azaltımına gidilmesi gerekeceğini belirtmektedir.

[36] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1175; İmregün, **a.g.e.,** s. 288 ve dn. 29; imkânsızlaşan ayni sermaye ediminin nakde tahvil olacağı görüşünü ayrıntılı gerekçeleriyle birlikte savunan Arıcı, **İmkânsızlık,** özellikle s. 111 vd.; İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 17/37

bakımından uygulama alanı bulamayacak, imkânsızlığa rağmen pay sahibinin sermaye borcu devam edecek, ancak bu borç artık nakde dönüşmüş olacaktır.

Alman hukukunda da genel olarak kabul gören yaklaşım imkânsızlığın başlangıçta veya sonradan, objektif veya sübjektif olmasından bağımsız olarak ayni sermaye borcunun imkânsızlaşmasının özellikle sermayenin tedariki ilkesi dolayısıyla sermaye borcunu sona erdirmeyeceği, aksine pay sahibinin nakdi ödeme yapmakla yükümlü kalacağı yönündedir. Yine imkânsızlıktan pay sahibinin veya bizzat ortaklığın sorumlu olması da bu noktada varılacak sonucu değiştirmeyecek, başka bir deyişle imkânsızlıktan bizatihi ortaklığın sorumlu olması halinde dahi pay sahibinin ayni sermaye borcu nakdi sermayeye dönüşmüş olarak devam edecektir. Bununla birlikte imkânsızlığın pay sahibine yüklenebildiği durumlarda ayrıca ortaklığın nakdi sermaye miktarını aşan zararları için tazminat talep etme imkânı gündeme gelecektir. Buna karşılık şirketin sorumlu olduğu imkânsızlık durumunda Alman doktrini pay sahibinin şirketten tazminat talep etmesinin sermayenin tedariki ilkesine aykırı bir sonuç olacağını, bu sebeple böyle bir tazminat talebinin şirkete değil ancak kuruculara yöneltilebileceğini kabul etmektedir[37].

Biz de ayni sermaye taahhüdünün imkânsızlaşması halinde pay sahibinin sermaye borcunun sona ermeyeceği ve pay sahibinin nakdi sermaye borcu ile yükümlü kalmaya devam edeceği kanaatindeyiz. Esasen yukarıda bu bölümün başında yaptığımız teorik açıklamalar dikkate alındığında varılan bu sonucun BK'nın imkânsızlığa ilişkin düzenlemesinden de esaslı bir sapma teşkil etmediği söylenebilir. Gerçekten de ister kusurlu/borçlunun sorumlu olduğu isterse kusursuz/borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı söz konusu olsun bizim de katıldığımız görüşe göre imkânsızlık borcu sona erdirir[38]. Ancak dikkat edilirse

---

[37] Alman hukukunda hakim olan bu görüş için genel olarak bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/169-174; Arnold, **a.g.e.,** § 27/19-20; Pentz, **a.g.e.,** § 27/50-51; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/90-92; Bayer, **a.g.e.,** § 27/47; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/38; Märtens, **a.g.e.,** § 5/162-172; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/171-174.

[38] Bu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 462 vd. Buna karşılık hâkim görüş borçlunun kusurlu olduğu ifa imkânsızlığı hallerinde borcun sona ermeyeceği, yalnızca borcun içeriğinin değişerek imkânsızlaşan edimin yerine tazminat borcunun geçeceği yönündedir, bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 853-854; Serozan, Rona, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Üçüncü Cilt: İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 1998, § 16/1 vd.

konumuz özelinde sona eren borç pay sahibinin şirkete iştirak etmeye yönelik borcu değil, bu borcunu nasıl ifa edeceğine ilişkin ayni sermaye borcudur. Dolayısıyla imkânsızlık sebebiyle pay sahibinin ayni sermaye borcu sona erse de katılma sözleşmesi hükmünü devam ettirmektedir. Sona eren ayni sermaye borcunun yerini ise ayni sermaye örtüsünün altında varlığını devam ettiren nakdi sermaye borcu almaktadır[39].

C. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlık

Vardığımız bu sonuç bakımından imkânsızlığın bir butlan sebebi teşkil edecek şekilde başlangıçta objektif olarak mevcut olması ile ayni sermaye sözleşmesinin akdinden sonra ortaya çıkacak bir ifa imkânsızlığı niteliğinde olması arasında bir fark söz konusu değildir. Esasen bu iki imkânsızlık türü borçlar hukuku teorisi bakımından iki ayrı sonuca yol açar. Gerçekten de "konusu imkânsız olan sözleşmeler" BK m. 27 uyarınca butlan yaptırımı ile karşı karşıya kalır. Burada bahsi geçen imkânsızlık sözleşme kurulmadan önce mevcut olan objektif imkânsızlıktır[40].

Ayni sermaye sözleşmesinin de başlangıçta, yani esas sermayenin imzalanması suretiyle sermaye borcunun doğumundan önce bu şekilde objektif olarak imkânsız olmasının sonucu, sözleşmenin batıl olmasıdır. Ancak katılım sözleşmesi ile ayni sermaye sözleşmesi arasındaki ayırım göz önünde bulundurulduğunda bu halde yalnızca ayni sermaye sözleşmesinin batıl olduğu, buna

---

[39] Arıcı, esas olarak ayni sermaye taahhüdünün taahhüt edenin kusuru bulunsun bulunmasın imkânsızlık nedeniyle aynen ifa edilemediği hallerde sermaye taahhüdünün nakdi sermaye borcuna dönüşeceğini belirtmişse de (**İmkânsızlık,** s. 119), açıklamalarının ilerleyen kısmında ortaklığın ayrıca zararlarının tazminini talep hakkından bahsederken bu hakkın özellikle ortağın sorumlu olduğu imkânsızlık bakımından önem taşıdığını ifade ettikten sonra *"Zira bu olasılıkta nakit dışı sermaye anlaşması ortadan kalkmaz. Sadece anlaşmanın konusu olan nakit dışı sermaye borcu yerini olumlu zararları tazmin borcuna bırakır (BK m. 96)"* diyerek, en azından pay sahibinin sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı bakımından temelde savunduğu görüşten ayrılmış görünmektedir (**İmkânsızlık,** s. 120). Bu farklılığın temelinde borçlar hukuku doktrininde hâkim olan ve borçlunun kusurlu olduğu imkânsızlığın borcu sona erdirmeyip tazminat borcuna dönüştüreceği yönündeki görüşün yattığı anlaşılmaktadır.

Biz yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde bu yaklaşıma katılmıyoruz. Kanımızca imkânsızlığın pay sahibine yüklenebildiği durumlarda da hem BK uyarınca borç sona erecek, hem de anonim ortaklık özelinde pay sahibinin ayni sermaye borcu sona ererek nakdi sermaye borcu yeniden hayatiyet kazanacaktır.

[40] Bu konuda genel olarak bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.,** s. 78; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku,** s. 404.

karşılık katılım sözleşmesinin geçerliliğini muhafaza ettiği sonucuna varılmalıdır[41]. Gerçekten de ayni sermaye taahhüdü imkânsız olsa dahi pay sahibi ortaklığa iştirak etmeyi ve bunun için esas sözleşmede parasal olarak ifade edilen sermayeyi getirmeyi taahhüt ettiğine göre, her halükarda bu taahhüdü ile bağlıdır ve dolayısıyla asli nitelikteki nakdi sermaye borcunu ifa ile mükellef kalmaya devam eder. Ancak -şirketin tescilinden önceki dönemde- BK m. 27/2 c. 2 uyarınca ayni sermaye sözleşmesi mevcut olmasaydı, pay sahibinin ortaklığa katılmasının da söz konusu olmayacağının kabul edilebildiği hallerde ayni sermaye sözleşmesine ilişkin butlanın katılım sözleşmesini de batıl hale getireceği söylenebilecek, bu halde artık ortaklık sözleşmesi de batıl hale gelecektir[42]. Bu hükümsüzlük durumunu tespit eden ticaret sicili müdürünün de şirketin tescili talebini reddetmesi gerekir[43].

Bununla birlikte BK m. 27/2 c. 2 anlamında bir bağlantının bulunduğu durumlarda dahi ayni sermaye sözleşmesinin butlanının katılım sözleşmesinin de butlanına yol açması sonucu ancak şirketin tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasına kadar kabul edilebilir. Şirketin tescilinden sonra ise sermayenin tedariki ilkesi ve

---

[41] Alman hukukunda 2001 yılındaki BGB reformundan öncesi için bu yönde bkz. von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/6; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/169; Pentz, **a.g.e.,** § 27/50.

Reform sonrasında imkânsızlığın başlangıçta mevcut olması veya sonradan ortaya çıkması, objektif veya sübjektif nitelikte olması dolayısıyla meydana gelecek hüküm farklılıkları giderilmiş ve imkânsızlığın her halükarda borcu sona erdireceği ilkesi benimsenmiştir, bkz. BGB § 275/1. Bu durum tartışılan konu özelinde bir sonuç değişikliğine yol açmamıştır. Yeni düzenleme uyarınca her türlü imkânsızlık durumunda pay sahibinin ayni sermaye koyma borcunun sona ereceği, ancak sermayenin tedariki ilkesi uyarınca bunun yerine nakdi sermaye koyma borcunun geçeceği, ayrıca imkânsızlıktan pay sahibinin sorumlu olması halinde fazladan zararın da talep edilebileceği yönünde bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/51; Arnold, **a.g.e.,** § 27/19.

[42] Buna karşılık kanımızca salt ayni sermaye sözleşmesinin butlanı şirket esas sözleşmesinin butlanı sonucunu doğurmaz. Zira her şeyden önce ayni sermaye sözleşmesi esas sözleşmenin doğal bir parçası değildir. İlgili bölümde belirttiğimiz üzere ayni sermaye sözleşmesi özellikle kamuyu aydınlatma gerekçesi ile ve kanun koyucunun açık emri dolayısıyla esas sözleşmeye dercedilen ancak gerçek anlamda esas sözleşmenin bir parçası niteliğinde olmayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla BK m. 27/2'nin bu durumda uygulanabilmesi söz konusu değildir.

Dahası bir an için ayni sermaye sözleşmesinin esas sözleşmenin gerçek anlamda bir parçası olduğu kabul edilse dahi, BK m. 27/2'nin öngördüğü kural, sözleşme hükümlerinin bir kısmının butlanının sözleşmenin tamamının geçerliliğini etkilemeyeceğidir. Esas sözleşmenin tamamının batıl hale gelebilmesi için ayni sermaye sözleşmesi olmasaydı esas sözleşmenin de yapılmayacağının, bir başka deyişle ortaklığın da kurulmayacağının kabul edilebilmesi gerekirdi. Bu durumda da sonuç olarak yine ayni sermaye taahhüdü ile katılım sözleşmesi arasında ilkinin butlanının ikincisinin de butlanına yol açacak şekilde sıkı bir bağlantının olması önem taşıyacaktır.

[43] Arslanlı salt ayni sermaye taahhüdünün imkânsızlığının bir tescil engeli teşkil ettiği kanaatindedir, **C. I,** s. 205.

üçüncü kişilerin/alacaklıların menfaatlerinin öncelik kazanması karşısında katılım sözleşmesinin de butlanı kabul edilemez. Ayni sermaye anlaşması ile katılım sözleşmesi arasında ne kadar sıkı bir ilişki bulunursa bulunsun tescilden sonra ayni sermayenin butlanı gerekçesi ile katılım sözleşmesinin de batıl olduğu ileri sürülemeyecek, ancak başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle batıl olan ayni sermaye borcunun yerine nakdi sermaye borcu geçecektir.

Her iki halde de pay sahibi şayet edimin baştan itibaren objektif olarak imkânsız olduğunu biliyor idiyse ve buna rağmen ortaklığı durumdan haberdar etmeksizin ayni sermaye sözleşmesini akdetmişse, ortaklık culpa in contrahendo temelinde zararının tazminini de talep edebilir[44]. Şüphesiz böyle bir zarar talebi ancak batıl olan ayni sermaye borcu yerine kaim olan nakdi sermaye borcunu aşan bir zararın mevcudiyeti halinde önem taşıyacaktır.

D. İfa İmkânsızlığı

İmkânsızlığın -ister objektif ister sübjektif nitelikte olsun- akdin in'ikadından, anonim ortaklık bakımından düşünüldüğünde esas sözleşmenin imzalanması ile birlikte sermaye borcunun doğumundan sonra oluşması veya akdin kurulmasından önce mevcut olan imkânsızlığın sübjektif nitelikte olması halinde artık akdin geçerliliğini etkileyen bir imkânsızlıktan bahsedilemez[45]. Bu durumlarda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın aksine akdin konusu değil ifası imkânsızdır. İki kurum arasındaki bu farklılığa rağmen konumuz özelinde akdin konusundaki imkânsızlık ile ifa imkânsızlığının doğuracağı sonuçlar arasında büyük ölçüde paralellik mevcuttur.

---

[44] İmregün, **a.g.e.,** s. 288, dn. 29, yazar kural olarak ayni sermaye taahhüdünde taahhüdün yerine getirilmemesinin ortaklığa verdiği zararın bu sermayeye biçilen değerden ibaret olduğunu, ancak konulan sermayenin bir patent gibi ortaklığın bundan yoksun kalması halinde maksadının elde edilmesine engel olacak nitelikte bulunması halinde farklı bir sonuca varılabileceğini, bu durumda eTK m. 434/1, b.2'nin uygulanmasını gerektirecek bir durum yoksa tazminatın da gündeme gelebileceğini belirtmektedir; genel olarak bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 91.

Alman hukukunda 2001'deki reformdan önceki dönemde aynı sonuca culpa in contrahendo temelinde değil doğrudan doğruya BGB § 307'nin açık hükmüne dayalı olarak ulaşan Röhricht, **a.g.e.,** § 27/307.

[45] Bu anlamda ifa imkânsızlığı kavramı için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 568 vd.

1. İmkânsızlıktan Pay Sahibinin Sorumlu Olmaması

Şayet ayni sermaye borcu pay sahibinin sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşmışsa, bu kapsamda örneğin sermaye konusu olan deniz kenarındaki bir arazi henüz şirket tüzel kişilik kazanmadan veya tapuda şirket lehine tescil gerçekleşmeden önce toprak kayması neticesinde denize karışmış veya taşınırlar muhafaza edildikleri yerde çıkan yangın neticesinde kullanılamaz hale gelmişse, söz konusu borç sona erer (BK m. 136/1). Sona eren ayni sermaye borcunun yerini asli edim niteliğindeki nakdi sermaye borcu alır[46]. Şayet ayni sermaye getirme imkânı olmasaydı pay sahibinin ortaklık ilişkisine de katılmayacağı söylenebiliyorsa, bu durumda pay sahibi ile ortaklık arasındaki katılım sözleşmesi de imkânsızlık sebebiyle sona erer[47]. Bununla birlikte bu husus da yine ancak şirketin tüzel kişilik kazanması anına kadar ileri sürülebilir. Ancak şirketin tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasından sonra bu gerekçe ile katılım sözleşmesinin sona erdiğinden bahsedilemez. Bu aşamadan sonra, tescilden önce ortaya çıkmış olan ve pay sahibinin sorumlu olmadığı bir imkânsızlık bulunsa dahi katılım sözleşmesi hiçbir şekilde bu imkânsızlıktan etkilenmeyecek, yalnızca sona eren ayni sermaye borcunun yerini nakdi sermaye borcu alacaktır. Aksi bir sonuç sermayenin teşekkülü ilkesine aykırı olacağı için kabul edilemez[48].

---

[46] 2001'de gerçekleşen BGB reformu öncesi bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/171; reform sonrası aynı yönde Pentz, **a.g.e.,** § 27/51; Arnold, **a.g.e.,** § 27/19; Zeidler, **a.g.e.,** § 5/123; Märtens, **a.g.e.,** § 5/162, 164.

[47] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/171.

[48] Bununla birlikte ayni sermaye taahhüdünün ifasının imkansız hale gelmesi şirketin işletme konusu bakımından özel bir önem taşıyorsa ve söz konusu ayni sermaye kalemi olmaksızın işletme konusunun gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı söylenebiliyorsa bu durum TK m. 529/1-b uyarınca anonim ortaklık için bir sona erme sebebi teşkil edecektir, bkz. İmregün, **a.g.e.,** s. 288, dn. 29; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 92; İsviçre hukukunda bu yönde Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 17/37, dn. 14.

Akdağ Güney ise parça borcu niteliğindeki bir ayına ilişkin imkansızlığın ifadan sonra (yazarın savunduğu görüş uyarınca taşınmazlarda şerh ve taşınırlarda tevdi işleminin ardından) meydana gelmesi halinde hasarı şirketin taşıyacağını, ancak imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunan kimselere (güvenilir kişiye veya taşınmaza zarar veren kimseye) yönelik tazminat hakkının saklı olduğunu belirtmektedir, **a.g.e.,** s. 143. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere (bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, II) yazarın savunduğu tescilden önce ifa görüşünün önemli sakıncalarından biri, ifa ile birlikte hasarın da şirkete geçecek olması dolayısıyla, şirketin ifa imkansızlığı halinde oldukça korumasız bir durumda kalmasıdır. Hâlbuki yine ilgili bölümde belirttiğimiz üzere alelade bir satım sözleşmesinde bile alıcıya çok daha iyi bir konum sağlanmışken, sermayenin tedarikinin özel olarak önem arzettiği anonim ortaklıkta bu korumanın bile elde edilememesi yerinde değildir.

2. İmkânsızlıktan Pay Sahibinin Sorumlu Olması

Ayni sermaye borcunun ifası pay sahibine yüklenebilecek bir sebeple imkânsızlaştığı takdirde dahi imkânsızlığın genel sonuçları ile ilgili olarak benimsediğimiz görüşe uygun olarak ayni sermaye borcu sona erer[49]. Bu halde de pay sahibinin ayni sermaye getirme imkânı olmasaydı ortaklığa katılmayacağı söylenebiliyorsa katılım sözleşmesinin de sona erdiği söylenebilir[50]. Ancak bu halde de söz konusu imkân nihai olarak şirketin tüzel kişilik kazandığı ana kadar mevcut olacak, şirketin tescilinden sonra ise ayni sermaye sözleşmesinin sona ermesi katılım sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyecek, sona eren ayni sermaye borcunun yerine nakdi sermaye borcu geçecektir. Ayrıca pay sahibinin sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığından farklı olarak bu durumda imkânsızlıktan sorumlu olan pay sahibi BK m. 112 uyarınca *"kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe"* şirketin ifa anlaşmasına uyulmamış olması dolayısıyla -varsa- oluşan zararını da tazmin etmekle yükümlüdür[51].

3. İmkânsızlıktan Bizzat Ortaklığın Sorumlu Olması

Nihayet tartışılmaya değer bir ihtimal de ayni sermaye ediminin imkânsızlaşmasından bizzat alacaklı ortaklığın sorumlu olmasıdır. Örneğin şirkete

---

Nitekim Akdağ Güney de ilerleyen satırlarda ifa imkansızlığı neticesinde şirketin riske katlanmak zorunda kalmasının aslında sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmekte, bununla birlikte buradaki sorunun, Alman hukukunda AktG § 27/3 hükmü ile sağlandığı şekilde, ayni sermaye taahhüdünde edimin geçersiz olması halinde pay sahibini nakden ödeme yapmakla yükümlü kılan bir hükmün bulunmaması olduğu sonucuna ulaşmaktadır (**a.e.,** s. 144).

Bir kere yazarın atıf yaptığı düzenleme 2009 yılında yapılan değişiklik ile birlikte AktG § 27'den çıkarılmıştır; dolayısıyla böyle bir açık hüküm bugün için Alman hukukunda da mevcut değildir (nitekim bu konuda bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, I). Kaldı ki bu yönde açık bir hüküm bulunsaydı bile, yazarın yaptığı gibi "tescilden önce ifa" görüşü benimsendiği sürece değişen bir şey olmayacaktır. Zira sorun, ifa ile birlikte hasarın da geçmesidir; dolayısıyla ifa gerçekleştikten sonra imkânsızlık vuku bulduğu takdirde, böyle bir hükmün bulunması da bir fark yaratmayacaktır. Anılan hüküm ancak pay sahibinin sermaye borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu süre için bir anlam taşır; bu borç sona erdikten, başka bir deyişle ifa gerçekleştiken sonra ise böyle bir hükme dayalı olarak pay sahibinden nakden ödeme istemek –yani borcunu ifa etmiş olan kimseden bir daha ifa istemek- kesinlikle mümkün değildir ve hukuken izah edilemez. Dolayısıyla tekrar belirtmek gerekir ki sermayenin korunması bakımından elverişsiz bir sonucun doğmasına yol açan husus, bizatihi "tescilden önce ifa" görüşüdür.

[49] Azınlıkta kalan bu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 462 vd.

[50] Aksi görüşte Röhricht, **a.g.e.,** § 27/172.

[51] Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/172; Arnold, **a.g.e.,** § 27/19; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/91; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/38.

ayni sermaye olarak taahhüt edilen bir taşınırın, güvenilir bir kişi olarak taşınırı yedinde bulunduran ve ortaklığı temsile yetkili bir kurucunun yol açtığı bir kaza sonucunda kullanılamaz hale getirilmesi, yahut yine bir taşınırın güvenilir kişi olarak seçilen üçüncü kişiye ait depoya teslimi sırasında şirket organının/organ üyesinin sebebiyet verdiği bir yangında yok olması durumunda imkânsızlık olgusu bizzat şirkete atfedilebilecek niteliktedir.

Genel olarak imkânsızlığa bizzat alacaklının sebebiyet vermesi halinde[52] hukuki durumun ne olacağı BK'da dahi düzenlenmiş değildir[53]. Oysa bu ihtimalde hem alacaklı temerrüdünden hem de ifanın arzedilmediği diğer hallerden farklı bir ifa engeli söz konusu olduğu dikkate alındığında[54] özel bir kanuni düzenlemeye de ihtiyaç olduğu açıktır[55]. Nitekim örneğin Alman hukukunda BGB § 326/2'de bu ihtimalde hukuki sonucun ne olacağı açıkça düzenlenmiş ve kısaca ifa imkânsızlığına yol açan alacaklının alacağından yoksun kalacağı, buna karşılık kendisine terettüp eden karşı edimi ödemekle yükümlü olmaya devam edeceği, yalnızca borçlunun kendine düşen edimi yerine getirmekten kurtulmak suretiyle tasarruf etmiş olduğu meblağın veya emeğini başka suretle değerlendirerek elde ettiği veya kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazancın alacaklının karşı ediminden mahsup edileceği hükme bağlanmıştır[56]. İşte Türk hukukunda da BK'daki bu kanun boşluğunu[57] ele alan yazarlar, BGB'de açıkça düzenlenen sonucun hakkaniyete ve BK'nın ruhuna uygun olduğunu[58], aynı yaklaşım tarzına BK'nın başka hükümlerinde

[52] Hangi hallerde ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklanmış sayılacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, Halil, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları,** İstanbul 1996, s. 38 vd.

[53] von Tuhr, **a.g.e.,** s. 603; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 376; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 113 vd.; Dural, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık,** İstanbul 1976, s. 170; Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi**, s. 37.

[54] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 377; Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi,** s. 37.

[55] Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi,** s. 142.

[56] 2001 reformu öncesi metinde buna paralel bir hüküm eBGB § 324/1'de yer almaktaydı.

[57] Bu halde gerçek olmayan bir kanun boşluğu bulunduğu yönünde bkz. Dural, **a.g.e.,** s. 171.

[58] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 377; Dural, **a.g.e.,** s. 171; Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi,** s. 146.

rastlanabileceğini[59] ve dolayısıyla bu hükümlere kıyasla[60] aynı sonucun Türk hukuku bakımından da kabul edilebileceğini belirtmişlerdir[61].

Şu halde BGB § 326/2'de açıkça düzenlenen sonuç Türk doktrini tarafından da benimsendiğine göre, acaba ayni sermaye borcunun imkânsızlaşmasına bizzat ortaklığın yol açtığı hallerde de bu çözüm tarzı uygulama alanı bulacak mıdır[62]? Hemen belirtelim ki bu sonucun anonim ortaklıklar bakımından kabul edilebilmesi bizce mümkün değildir. Aksi takdirde yukarıda verdiğimiz örneklerde pay sahibi sermaye koyma borcundan kurtulmuş olacak, buna karşılık pay sahipliği sıfatı ve bundan kaynaklanan özellikle ekonomik nitelikli haklar, bu kapsamda örneğin kâr payı alma hakkı aynen devam edecektir. Bu sonucun kabulü ise şirketin henüz faaliyetinin başında sermaye açığı ile yola koyulması anlamına gelecektir.

Nitekim bu konuda genel hükümler kapsamında açık bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunan Alman hukukunda da BGB § 326/2'nin öngördüğü sonuçların ayni sermaye ediminin ortaklık yüzünden imkânsızlaşması halinde uygulama alanı bulamayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bu görüşteki yazarlar bir yandan mezkûr hükmün bizzat metninde de ifade edildiği üzere karşılıklı borç doğuran/sinallagmatik akitlere özgü olduğunu, hâlbuki ortaklık sözleşmesinin bu nitelikte olmadığını belirterek öncelikle bu gerekçe ile hükmün bu özel durumda uygulanamayacağı sonucuna ulaşmışlar[63], ayrıca BGB § 326/2'de öngörülen sonucun anonim ortaklıklara uygulanmasının sermayenin tedariki ilkesi ile de kabil-i telif olmadığına vurgu yapmışlardır[64].

---

[59] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 377, dn. 439; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 115; Dural, **a.g.e.,** s. 170-171; Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi,** s. 145-146.

[60] Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 115, yazar ayrıca çelişik davranış yasağının da bu sonuca ulaşmak bakımından destek olacağını belirtmektedir.

[61] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 377; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 115; Dural, **a.g.e.,** s. 170 vd.; Akkanat, **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi,** s. 145 vd.; aksi yöndeki ayrıksı görüş için bkz. Dural, **a.g.e.,** s. 175, dn. 48'deki İnan atfı.

[62] Konuyla ilgili olarak Arıcı ayrıntıya girmeksizin, ortaklığın sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı halinde de ayni sermaye borcunun nakde dönüşeceği ve böylece pay sahibinin sermaye koyma borcunun devam ettiği sonucuna ulaşmıştır, **İmkânsızlık,** s. 122.

[63] Pentz, **a.g.e.,** § 27/50; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/90.

[64] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/173; Pentz, **a.g.e.,** § 27/50; Arnold, **a.g.e.,** § 27/20; Bayer, **a.g.e.,** § 27/47; Märtens, **a.g.e.,** § 5/167.

Gerçekten de örneğin olağan bir satım sözleşmesinde ifa imkânsızlığına bizzat alıcının sebep olması dolayısıyla satıcının artık borcundan kurtulmuş sayılması ve dahası karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam etmesi yerinde ve adil bir çözümdür. Hâlbuki aynı çözümün şirket sözleşmesi ve özellikle de anonim ortaklık ilişkisinin yapısına uygun olmadığı açıktır. Özellikle anonim ortaklık sermayesinin eksiksiz bir biçimde oluşmasının hem sözleşmenin taraflarını, hem de daha ziyade ortaklığın hukuki ilişkiler tesis edeceği alacaklıların/üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendirdiği dikkate alındığında, esas itibariyle tipik iki taraflı sözleşmeler için öngörülen bu sonucun anonim ortaklık ilişkisinde uygulama alanı bulmasının yol açacağı problemler kolayca tahmin edilebilir.

Tüm bu sebeplerle bizce de ayni sermaye borcunun ifa edilmesinin bizzat ortaklık yüzünden imkânsızlaştığı hallerde dahi yalnızca ayni sermaye sözleşmesinin sona ereceği, buna karşılık katılım sözleşmesinin sıhhatine bir halel gelmeyeceği, pay sahibinin devam eden katılma payı borcunu nakden ifa etmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Öte yandan şirketin tesciline kadarki dönemde diğer imkânsızlık hallerinde olduğu gibi pay sahibinin sona eren ayni sermaye edimi olmasaydı ortaklığa da katılmayacağının söylenebileceği durumlarda katılım sözleşmesinin de ayni sermaye sözleşmesi ile birlikte sona ereceği kabul edilmelidir[65].

Ancak bizzat ortaklığın sorumlu olduğu bir sebeple pay sahibinin ediminin imkânsızlaşması dolayısıyla pay sahibinin sermaye borcunu adeta ikinci bir defa nakden ödemek suretiyle zarara uğramasına da müsaade edilemez. Bu noktada gündeme gelecek problem, pay sahibinin uğrayacağı zararın tazminini kimden isteyeceğidir. İmkânsızlıktan ortaklığın sorumlu olması, ortaklığın dış dünya ile ilişkisinin ancak organları eliyle gerçekleşeceği düşünüldüğünde (bkz. MK m. 50/1), esasında imkânsızlığa şirketin organının yol açmış olmasını ifade eder. Ancak MK m. 50/2 uyarınca tüzel kişilerin organlarının tüm işlem ve eylemleri tüzel kişiliğe izafe olunacağı için "imkânsızlıktan ortaklığın sorumlu olması" da yerinde bir ifadedir. Nitekim bu sebeple örneğin anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin eylem

[65] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/173. Ayrıca bu şartların varlığı halinde BGB 723 uyarınca önemli sebebe dayalı olarak (ön) ortaklık ilişkisinin feshedilebileceği yönünde bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/50; Arnold, **a.g.e.,** § 27/20; Bayer, **a.g.e.,** § 27/47.

veya işlemi dolayısıyla üçüncü kişinin zarara uğraması durumunda, üçüncü kişi bu zararın tazmini amacıyla kusura bağlı sorumluluk çerçevesinde bizzat yönetim kurulu üyesine başvurabileceği gibi (MK m. 50/3; TK m. 549 vd.), organı eliyle bu zararı ika etmiş sayılan anonim ortaklığa da başvurabilecek[66], tazminat ödemek durumunda kalan ortaklık ise kusuru bulunan yönetim kurulu üyesine rücu edecektir (TK m. 371/5).

Dolayısıyla tartıştığımız konu özelinde de pay sahibi, taahhüt ettiği ayni sermaye borcunu ifa etmesi ortaklık organının/ortaklığın eliyle imkânsız hale gelmiş olmasına rağmen sermayenin tedariki ilkesi dolayısıyla sermaye borcundan kurtulmuş sayılmayacak, dolayısıyla sermaye borcunu nakden ifa etme yükümlülüğü devam edecek, ancak bu çerçevede ortaya çıkan zararını, organı eliyle bu zararı ika etmiş olan ortaklıktan talep edebilecektir[67]. Esasında bu durumda şirketin sermaye olarak aldığını tazminat olarak ödemesi ihtimalinin sermayenin tedariki ilkesi ile bağdaşmayacağı düşünülebilir. Ancak şirketin aldığı ile verdiğinin hiç değilse hukuki vasıfları itibariyle farklı olması (sermaye/tazminat) hukuken böyle bir sonuca ulaşılmasını engelleyecektir. Şirketin pay sahibine yapacağı muhtemel ödemenin "tazminat" niteliğinde olması, sermayeden yapılan bir iadenin bahis mevzuu olmaması sonucuna ulaştıracağı için sermayenin korunması ilkesine aykırı değildir. Öte yandan şirketin de uğradığı zararı, zarara sebebiyet veren temsilcisine rücu etmek suretiyle tazmin ettirebileceği muhakkaktır[68]. Şu halde varılan sonuç, bir

[66] Nitekim anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesinin, haksız fiil davacısı karşısında iki sorumlu olarak yer aldıkları ve aralarında eksik teselsül ilkesinin yürüdüğü hususunda bkz. Çamoğlu, **a.g.e.,** s. 24-25, 41.

[67] Alman hukukunda pay sahibinin zararını tazmin için ortaklığa başvurabileceği görüşünde Kraft, **a.g.e.,** § 27/62; Röhricht, **a.g.e.,** § 27/174, ayrıca bu yazarlar AktG § 66/1'deki açık yasak dolayısıyla pay sahibinin ortaklıktan olan tazminat alacağı ile sermaye borcunu mahsup etmesinin mümkün olmadığına dikkat çekmektedirler; buna karşılık zararın tazmini için ortaklığa başvurulmasının mümkün olmadığı, bireysel olarak zararı ika eden kimseye gidilmesi gerektiği yönünde bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 27/50; Arnold, **a.g.e.,** § 27/20; Bayer, **a.g.e.,** § 27/47; Märtens, **a.g.e.,** § 5/168; Türk hukukunda ise Arıcı soruna işaret etmekle yetinmiş ancak konu ile ilgili olarak görüş belirtmemiştir, Arıcı, **İmkânsızlık,** s. 122, dn. 53.

[68] Ayni sermaye taahhüdünün ifası konusundaki imkânsızlığa henüz şirketin tüzel kişilik kazanmadığı dönemde "kurucular" tarafından yol açılmış olması halinde, ortada bir tüzel kişi ve onun organı mevcut bulunmadığı için, yukarıda organın fiilleri ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar uygulama alanı bulmaz. Bu aşamada (ön) şirketin işlerini gören kimse ile (ön) şirket arasında organik değil akdi bir ilişkiden bahsedilebilir. Kurucunun eylem ve işlemleri ile diğer ortakların bağlanması ise temsil hükümleri çerçevesinde cereyan eder. Ancak hukuki nitelikteki bu farklılığa rağmen yönetim kurulu

yandan organın eylemlerinin şirkete izafe edilmesi gerektiği yönündeki temel kurala uygun olduğu gibi, sonuçta sermayeden yapılan bir ödemenin olmaması ve şirketin de zararını yöneticilere müracaat ederek karşılamasının mümkün bulunması karşısında sermayenin tedariki ilkesini de zedelemeyecektir[69].

IV. TEMERRÜT

A. Ayni Sermaye Borcunda Temerrüdün Mümkün Olup Olmadığı

Ayni sermaye borcunun ifasında temerrüde düşülmesi halinde hangi hukuki sonucun/sonuçların doğacağı konusunu incelemeden önce, ayni sermaye borcunun ifasında temerrüdün söz konusu olup olmayacağı üzerinde durmak istiyoruz. İlk bakışta yersiz gibi görünse de, ayni sermaye taahhüdünün ifası konusunda kanunun benimsediği ve borçların ifası konusunda ortaklıklar hukukuna özgü olduğu söylenebilecek orijinal sistem dikkate alındığında bu sorunun sorulmasında bir gariplik yoktur.

Örneğin madem ki TK m. 128/4 uyarınca bir taşınırın ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirket tüzel kişilik kazandığı anda söz konusu taşınırın mülkiyetini de iktisap edecektir, bu halde sermaye borcunun şirketin tescili ile birlikte sona ermiş olacağı da söylenebilir. Ancak bizim de savunduğumuz ve ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız görüş uyarınca[70] ortaklıklar hukuku ve özellikle anonim ortaklıklar bakımından şirketin tescili ile birlikte TK m. 128 uyarınca mülkiyetin iktisap edilmesi, sermaye borcunun ifasını tazammun etmez. Sermaye borcu ancak söz konusu ayni değer ortaklığın hâkimiyet alanına girdiği anda, bir başka deyişle ortaklık bu ayni değeri fiilen iktisap ettiği anda ifa edilmiş olur. Dolayısıyla ayni bir kıymetin mülkiyeti tescille birlikte ortaklığa intikal etse

---

üyeleri ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar kurucular bakımından da geçerlidir. Nitekim kanun koyucunun sorumluluk bahsinde organ niteliği bulunan kimseler ile kurucular arasında kurduğu bu paralellik TK m. 553'te ortaya konulmuştur.

[69] Bu arada belirtelim ki, Türk hukukunda Alman hukukunda yer alan AktG § 66/1'den farklı olarak sermaye borcu ile şirkete karşı sahip olunan bir alacağın takasını yasaklayan açık bir hüküm bulunmadığından, tartıştığımız ihtimalde pay sahibinin devam eden nakdi sermaye borcu ile tazminat alacağını takas etmesinin önünde ilkesel bir engel mevcut değildir.

[70] Bkz. yukarıda Beşinci Bölüm V, C.

bile, fiili hâkimiyet olgusu gerçekleşmediği sürece ayni sermaye borcunun ifa edilmiş olduğu da söylenemez. Böyle olunca ayni sermaye taahhüdünün ifasında dahi temerrüdün ihtimal dâhilinde olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim örneğin bir taşınırın sermaye olarak getirilmesi halinde bunun bizzat taahhütte bulunan kimseye güvenilir kişi sıfatıyla tevdi edilmiş olmasına rağmen şirket kurulduktan sonra güvenilir kişinin/iştirak müteahhidinin söz konusu taşınırı ortaklığa teslim etmekten kaçınması, şirketin ihtarına rağmen ifayı gerçekleştirmemesi halinde pay sahibinin ayni sermaye borcunu ifa etmek konusunda temerrüde düştüğü açıktır[71].

Yine benimsediğimiz görüş uyarınca taşınmazlarda mülkiyet veya ayni hak dahi şirketin tescili ile birlikte intikal etmeyeceği için, taşınmazlar bakımından ifa ile mülkiyetin veya ayni hakkın intikali anı birleşmiş olacak, dolayısıyla bu ihtimalde de temerrüdün teorik olarak mümkün olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Gerçi TK m. 128/6 uyarınca tapu sicilinde şirket lehine tescilin yapılması konusunda ticaret sicili müdürü bildirimde bulunacağı gibi, ortaklığın da tescil talebinde bulunabileceği, dolayısıyla bu ihtimallerde ifanın sağlanmasının nihai olarak bizzat ortaklığın elinde olduğu, neticede temerrüt olgusunun bu yüzden ihtimal dışında kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte ifanın bizzat ortaklık tarafından sağlanmasının mümkün olmadığı ihtimallerde söz konusu kıymetler bakımından dahi temerrüt sonucu yine de ihtimal dâhilindedir. Bu bakımdan örneğin bir taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hakkın değil de nispi bir kullanım hakkının ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra söz konusu taşınmazın ortaklığın kullanımına sunulmasından kaçınılması halinde pekâlâ temerrüt gündeme gelebilir. İşte bu ve benzeri ihtimaller bakımından ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt olgusu incelenmeye değer bir meseledir.

B. Ayni Sermaye Borcunda Muacceliyet ve Temerrüt Anı

Ne eTK'da ne de TK'da ayni sermaye borcunun ne zaman ifa edilmesi gerektiği ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[72]. Hâlbuki ifa zamanının

[71] Hatta güvenilir kişi olarak diğer bir kurucunun yahut bir üçüncü kişinin aynı şekilde davranması halinde dahi iştirak müteahhidinin temerrüde düştüğü sonucuna varılmalıdır.

[72] eTK döneminde kanun metninde ayni sermaye borcunun ifa zamanına ilişkin bir düzenleme yok idiyse de, ikincil mevzuatta bu konu ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda öncelikle Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın İçticaret 1995/1 sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve

tespiti, temerrüt anının belirlenebilmesi açısından önemlidir. Zira her ne kadar borcun ifasının gecikmesi her halükarda otomatik olarak temerrüt sonucunu doğurmayacaksa da temerrüt olgusunun gerçekleşmesinin ön şartı borcun ifasının gecikmiş olmasıdır. Şu halde temerrüdün diğer şartları değerlendirilmeden önce borcun ifasının gecikip gecikmediği tespit edilmelidir ki, bunun için de öncelikle ifa zamanının belirlenmesi icap eder.

TK'da ifa zamanına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte kanımızca genel hüküm niteliğindeki TK m. 128'in düzenlenme biçimi, ayni sermaye borcunun ifa zamanı ile ilgili kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda taşınmazlar da dâhil olmak üzere herhangi bir sicile kaydı söz konusu olan tüm ayni değerlerin ortaklığa sermaye olarak getirilmesinin taahhüt edilmesi halinde ticaret sicili müdürü ilgili sicile "hemen" tescil bildiriminde bulunacak, ayrıca ortaklık da aynı anda tek taraflı istemde bulunabilme hakkını edinecek (TK m. 128/6); bir taşınırın veya paradan başka ekonomik bir değerin, yine bu kapsamda bir alacağın sermaye olarak konulması halinde ortaklık "tüzel kişilik kazandığı andan itibaren" mülkiyeti iktisap edecektir (TK m. 128/4). Bu düzenlemelerin ortaya koyduğu ön kabul, şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren ayni sermaye borcunun ifasını talep edebileceğidir. Hatta bu bakımdan, kanun koyucunun zikrettiğimiz bu düzenlemeler karşısında ayrıca ayni sermaye borcunun ifa zamanını düzenleme ihtiyacı duymadığı, zira bu düzenleme biçimiyle ayni sermaye borcunun ifasının şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte muaccel hale geleceğine işaret etmiş olduğu dahi söylenebilir[73].

Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"de taahhüt edilen ayni sermaye borcunun şirketin tescili tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde ifa edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (Hem genel olarak hem de ayni sermaye borcunun ifa zamanı özelinde tebliğe yönelik eleştiriler için bkz. Kendigelen, **Kuruluş Tebliği,** s. 167 vd. ve özellikle 192 vd.).

Söz konusu Tebliğ 2003 yılında aynı isimle yenilenmiş ve bu yeni Tebliğ'de de 2004 yılında yapılan bir değişiklik ile ayni sermaye borcunun ifa zamanı konusu daha farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Tebliğ'de kuruluşta veya sermaye artırımında anonim ortaklığa ayni sermaye getirilmesinin taahhüt edilmesi halinde bu taahhüdün şirketin kuruluşunun veya esas sermaye artırımının tescili tarihinden itibaren yerine getirileceği, şayet söz konusu ayni değerler bir sicile kayıtlı ise yine kuruluşun veya sermaye artırımının tescil tarihinden itibaren bu değerlerin ilgili sicilde şirket adına tescil ettirileceği düzenlenmiştir.

[73] eTK döneminde de ayni sermaye taahhüdünde borcun anonim şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte muaccel hale geleceği yönünde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 204; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1025.

Ayni sermaye borcunun anonim şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte muaccel hale gelmesi yukarıda da belirttiğimiz üzere temerrüt için gerekli ancak yeterli olmayan bir şarttır. Nitekim BK m. 117/1'de *"Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer"* denilerek muaccel bir borç dolayısıyla borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için kural olarak temerrüt ihtarına ihtiyaç bulunduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan ayni sermaye borcu hakkında da temerrüt olgusunun gerçekleşmesi için ortaklığın pay sahibine temerrüt ihtarında bulunması gerektiği söylenebilir.

Bununla birlikte BK m. 117/2'de "temerrüt için ihtar gerekir" kuralının istisnalarına da yer verilmiştir. Bu noktada konumuz bakımından önem taşıyan istisna kanunun deyimi ile "borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş" olması halidir. Bu istisna dolayısıyla borcun ifa edilmesi için belirli bir vadenin tayin edildiği hallerde temerrüt sonucunun doğması için ihtara ihtiyaç duyulmayacaktır. Acaba ortaklıklar hukuku bakımından cari olan "tescil ile muacceliyet" ilkesi ile bu anlamda belirli bir vadenin tayin edilmiş olduğu, dolayısıyla şirketin tüzel kişilik kazandığı anda muacceliyet ile birlikte temerrüdün de gerçekleştiği söylenebilir mi?

Bir kere kanımızca bu ihtimalde bir vadeden bahsedilebilecekse bile bu vadenin belirli olduğu söylenemez; olsa olsa belirsiz bir vade söz konusu olabilir. Zira ortaklığın tüzel kişilik kazanacağı tarih önceden tespit edilmiş değildir. Ayrıca kanun metninde de açıkça ifade edildiği üzere, muayyen bir vadenin aynı zamanda temerrüt ihtarının yerini tutabilmesi için söz konusu vadenin taraflarca birlikte belirlenmiş olması gerekir[74]. Hâlbuki ayni sermaye borcunun muaccel olduğu tarih kanunen tayin edilmiş bir ifa zamanıdır. Dolayısıyla ayni sermaye borcu dolayısıyla pay sahibinin temerrüde düşürülebilmesi için de temerrüt ihtarına ihtiyaç bulunduğu, bu halde genel kuraldan sapmayı gerektirecek bir istisnanın mevcut olmadığı sonucuna varılmalıdır[75].

[74] Oğuzman/Öz, **a.g.e.,** s. 290.

[75] eTK döneminde bu görüşte bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 204; Değirmenci, **a.g.e.,** s. 31.

C. Ayni Sermaye Borcunda Temerrüdün Sonuçları ve Özellikle Iskat

Ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt halinde bünyesine uygun düştüğü ölçüde borçların ifa edilmemesinin ve temerrüdün genel sonuçlarının uygulanması mümkündür[76]. Bu kapsamda ortaklık ifa davası açarak taahhüde konu ayni sermaye ediminin ifasını talep edebileceği gibi, borçlunun ifaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen ifayı rızaen gerçekleştirmemesi halinde cebri icra yoluna da başvurabilecek, ayrıca BK m. 118 uyarınca gecikmiş ifa dolayısıyla ortaya çıkan zararının tazminini de mütemerrit ortaktan talep edebilecektir[77].

Ancak bu genel sonuçların dışında asıl sorun, anonim ortaklıkta sermaye borcunda temerrüde bağlanan özel sonuçların ve bu kapsamda özellikle ıskat yaptırımının ayni sermaye borcunda temerrüt halinde de uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Hemen belirtelim ki Türk doktrininde hâkim görüş ayni sermaye borcu bakımından da ıskat yaptırımının uygulama alanı bulacağı yönündedir[78].

---

[76] Bu konuda ayrıca bu başlığın sonundaki açıklamalara da bakılmalıdır.

[77] Arslanlı, **C. I,** s. 204.

[78] Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1175; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1065; Değirmenci, **a.g.e.,** s. 25. Arslanlı ise ıskat usulünün ayni sermaye müteahhidine kendiliğinden uygulanma imkânı bulunmadığını, ancak ıskat yaptırımının uygulanması neticesinde payın aynı mahiyetteki ayni sermaye karşılığında devri mümkünse ıskat usulünün ayni sermaye taahhüdüne de uygulanabileceğini, buna karşılık ıskat sonrasında payın devri nakit karşılığında olacaksa bunun sermayenin konusunun değiştirilmesi anlamına geleceğini, bu halde şirketin ancak temerrüt sebebiyle ortağın pay sahipliği sıfatını ıskat ettikten sonra sermaye azaltımına giderek sermayenin ayna karşılık gelen kısmını ortadan kaldırabileceğini belirtmektedir, **C. I,** s. 206.

Ayni sermaye taahhüdünün ifasında temerrüt halinde ıskat yaptırımının söz konusu olmayacağı yönünde bkz. İmregün, **a.g.e.,** s. 287, yazar anonim ortaklıklarda eTK m. 285/2 uyarınca şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte sermaye olarak konan taşınırlar, taşınmazlar ve haklar üzerinde mülkiyet hakkını kazanacağını, dolayısıyla ayni sermaye taahhütlerinde kural olarak söz konusu taahhüdün ortaklık tüzel kişilik kazandığı anda esasen yerine gelmiş/ifa edilmiş olduğunu belirtmekte, böylece zımni olarak ıskat yaptırımının bu halde uygulanamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar s. 289'da *"taşınırın teslimi, taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki ayni hakların tapuya tescili ve hakların usulünce devri ile, paradan başka sermaye taahhüdünü ortak yerine getirmiş olur"* diyerek, ifanın bu halde gerçekleşmiş olacağı sonucuna varmaktadır.

Buna karşılık Arıcı sermaye borcunda temerrüdün hükümlerini ve ıskatı düzenleyen eTK m. 407-408 hükümlerinin yalnızca nakdi sermaye borcuna ilişkin olduğunu, nitekim eTK m. 407/1'de temerrüt faizinden bahsedildiğini, ayrıca hükmün diğer fıkralarının da bu düzenleme ile bağlantılı olduğunu, aynı şekilde eTK m 408'in de eTK m. 407 ile yakın ilişki içinde bulunduğunu ve nitekim bu maddenin ilk fıkrasının eTK m. 407'nin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanması ile ilgili olduğunun bizzat kanun metninde ifade edildiğini belirtmiş ancak buna rağmen netice itibariyle ıskat prosedürünün nakit dışı sermaye taahhüdünde temerrüde "kıyasen" uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır, bkz. Arıcı, **İmkânsızlık,** s. 106, dn. 16 ve s. 120.

İsviçre'de de sermaye taahhüdünün konusunun nakit dışı değerler olmasının ıskat yaptırımının uygulanabilirliği açısından bir fark yaratmayacağı kabul edilmektedir[79].

Biz de sermaye taahhüdünün ifasında temerrüdün hukuki sonuçları ve özellikle ıskata ilişkin TK m. 482-483 hükümlerinin ayni sermaye taahhütleri bakımından da uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Bir kere TK m. 482'de sermaye borcunun türüne ilişkin herhangi bir ayırıma gidilmemiş olması karşısında esasen kanun koyucunun aksi yönde bir iradesi olmadığı varsayılmak gerekir. Aksine maddede yalnızca "sermaye koyma borcunda temerrüt"ten veya "sermaye koyma borcunu yerine getirmek"ten bahsedilmiş, buna karşılık açıkça yalnızca "nakdi sermaye" şeklinde bir ifade tercih edilebilecekken bu yapılmamıştır. Bunun yanı sıra yalnızca TK m. 483/1'de kullanılan *"temerrüde konu olan tutarı bir ay içinde **ödemesi**"* şeklindeki ifade de kanun koyucunun ıskat yaptırımını nakdi sermayeye özgülemek istediği sonucuna ulaşmak için yeterli bir gerekçe değildir[80]. Nitekim kanun koyucunun ifa ve tediye/ödeme kavramları arasında ne zaman bilinçli bir tercihte bulunduğunu söylemek çok kolay değildir. Bu bakımdan eBK'da bu kavramların kullanımı konusunda rastlanan karmaşaya doktrinde işaret edilmiştir[81]. Dolayısıyla TK m. 483/1'in aslında eTK m. 408/1'deki kullanımı herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmadan benimsemiş olduğunu söylemek daha doğru gözükmektedir.

Öte yandan özellikle TK m. 482/1'de para borçlarında temerrüde özgü bir müessese olan temerrüt faizinden bahsedilmiş olması da TK m. 482-483'ün ve

---

Yeni dönemde, sermaye borcunun ifasının şirketin tescilinden önce gerçekleşeceği yönündeki görüşü çerçevesinde, ayni sermayenin ifasında kural olarak temerrüde düşülemeyeceği, bu yüzden ıskat yaptırımının da gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 141. Bununla birlikte yazar istisnai olarak taahhüt edilen sermaye borcu ifa edilmediği halde ifa edilmiş gibi gösterilmiş olması durumunda şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra temerrüdün gündeme geleceğini, bu halde ise ıskat yaptırımına başvurulabileceğini belirtmektedir, **a.e.,** s. 141-142.

[79] Siegwart, **a.g.e.,** § 628/44; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, **a.g.e.,** § 44/20.

[80] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel de İsvBK 681/1'de "ödemek"ten ve 681/2'de "kısmi ödeme"den bahsedilmesinin yanıltıcı olduğunu ifade etmekte, hükmün lafzındaki bu kullanıma rağmen ıskatın ayni sermaye borcunda temerrüt halinde de uygulanacağı sonucuna varmaktadır, **a.g.e.,** § 44/20; ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt halinde ıskat yaptırımının uygulanmayacağının neredeyse ittifakla kabul edildiği Alman hukukunda dahi Pentz, **a.g.e.,** §, AktG § 63'e yönelik bu lafzi gerekçenin söz konusu görüşü gerekçelendirmek için kullanışlı olmadığını ifade etmiştir, bkz. Pentz, **a.g.e.,** § 63/7.

[81] Bkz. Oğuzman/Öz, **Üçüncü Bası (2000),** s. 188.

özellikle ıskat yaptırımının ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt halinde uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak için yeterli bir gerekçe değildir. TK m. 482-483'te herhangi bir ayırıma gidilmeksizin hem nakdi hem de ayni sermaye borcunun ifasında temerrüdün sonuçları düzenlendiği ve bu bakımdan nakdi sermaye borcunun ifasında temerrüt haline özgü yaptırımlar için ayrı bir maddeye yer verilmediği için, temerrüt faizine ilişkin düzenlemeye de TK m. 482'nin ilk fıkrasında yer verilmiştir. Buna rağmen işin doğası gereği ayni sermaye borcunda temerrüt halinde TK m. 482/1'in uygulama alanı bulmayacağı, hiçbir tereddüt duyulmaksızın söylenebilecektir. Temerrüt faizi yaptırımı ile aynı maddede yer verilen cezai şart veya tazminat yaptırımları arasında bunların birbirlerinden ayrı olarak uygulanmalarını engelleyecek organik bir bağlantı olduğunu kabul etmeyi gerektirecek bir veri de mevcut değildir. Nitekim nasıl ki TK m. 482/3'te öngörülen cezai şarta ilişkin bir düzenlemenin anonim ortaklık esas sözleşmesinde yer almaması, aynı maddede düzenlenen temerrüt faizi veya tazminat yaptırımlarının uygulanmasına engel değilse, sermaye borcunun niteliği (ayni sermaye) sebebiyle birinci fıkradaki temerrüt faizi yaptırımının uygulanamaması da diğer yaptırımlara başvurulmasını engellemeyecektir.

Nihayet amaca uygun bir yorum bakımından da ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt halinde ıskat yaptırımının uygulanmasını engellemenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Tam tersine ayni sermaye borcunun ifasında temerrüde düşülmesi halinde dahi ortaklığın ıskat yaptırımı ile teçhiz edilmesi, sermayenin bir an önce ve en garantili şekilde sağlanması açısından tercih edilmelidir. Aksine bir yorumla bu yaptırımın yalnızca nakdi sermaye borcunda temerrüt halinde uygulanıp ayni sermaye borcunda uygulanmamasını haklı kılacak bir gerekçe gösterilemez. Ortaklık nakdi sermaye borcunun zamanında ifa edilmemesi dolayısıyla nasıl bir tehlike ile karşılaşıyor ve TK m. 482-483'te sağlanan özel korumaya ne derecede ihtiyaç duyuyorsa, ayni sermaye borcunun ifasında temerrüde düşülmüş olması halinde de aynı ölçüde riske maruz kalmakta ve aynı derecede korumaya ihtiyaç duymaktadır. Bu noktada sermaye borcunun konusundaki farklılaşmanın koruma rejiminde de bir farklılığa yol açmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

Gerçekten de anonim ortaklıklara özgü bir yaptırım olan ıskatın amacı, pay sahibinin sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşmesi sonrasında bu gecikmeye ek olarak ıskat prosedürünün de işletilmiş olmasına rağmen hala söz konusu borç ödenmiyorsa, ortaklığı söz konusu borcun tahsili ile daha fazla uğraşmak zorunda bırakmamak ve böylece sermayenin tam olarak teşekkül etmesini daha fazla geciktirmemektir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere ortaklık pekâlâ öncelikle genel hükümlere dayanarak sermaye borcunun ifası amacıyla dava ve cebri icra yoluna da gidebilir. Ancak genel hükümlere dayalı bir dava prosedürü ile zaman kaybetmek istemeyen ve ıskat yaptırımını uygulamak suretiyle sermayenin bir an önce teşekkülünü sağlamak isteyen bir şirketin salt sermayenin türü dolayısıyla bu imkândan faydalanamayacağını söylemek yerinde değildir. Hâlbuki şirket bu yaptırım sayesinde sermaye borcunu ifa etmemekte ısrar eden pay sahibinin pay sahipliği sıfatına onun iradesi hilafına son verebilmekte, boşalan pay sahipliği mevkiini mevcut pay sahipleri veya üçüncü kişilere sunmak suretiyle sermayenin gecikmeksizin teşekkülünü sağlayabilmektedir. Ortaklığın bu haklı menfaati nakdi sermaye taahhüdü bakımından ne ölçüde mevcutsa, ayni sermaye bakımından da aynı ölçüde mevcuttur.

Bir an için ıskat yaptırımının ayni sermaye taahhüdüne uygulanmayacağının kabulü halinde ise yalnızca borcun ifasında temerrüde ilişkin BK'daki genel hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Bu hükümlerin uygulanması ihtimali üzerinde kısaca durulduğu takdirde ıskat yaptırımının ayni sermaye taahhüdü bakımından niçin gerekli olduğu daha iyi anlaşılabilir. Temerrüde ilişkin genel hükümlerin uygulanması halinde gündeme gelecek ilk problem, ayni sermaye taahhüdünün/anlaşmasının karşılıklı borç doğuran/sinallagmatik bir akit olup olmadığı meselesidir. Zira burada benimsenecek tutuma göre temerrüdün sonuçları da farklılaşmaktadır. Bilindiği üzere sermaye koyma borcunda bir karşılıklılık/sinallagma niteliği mevcut değildir[82]. Bu durumda ayni sermaye borcunun ifasında temerrüde düşülmesi halinde ortaklığın başvurabileceği yegâne imkân aynen ifayı dava ederek sermaye kalemini cebri icra yoluyla elde etmeye

[82] Bu konuda ilkesel bir karar için bkz. Yargıtay HGK, 11.12.1963, 4-26/96 sayılı kararı (Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat,** Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul 2014, s. 159).

çalışmak ve ayrıca gecikmeden kaynaklanan zararları (BK m. 112) talep etmektir. İmkânsızlıktan farklı olarak bu durumda borcun ifası mümkün olduğu için ayni sermaye borcunun nakde tahvil olduğundan da söz edilemez. Şu halde bu görüşün kabulü halinde ortaklığın kullanabileceği yegâne yol sermayenin teşekkülü amacıyla ortağa karşı bir ifa davası ikame etmek ve bu davanın sonuçlanmasını beklemek, nihayetinde lehine hüküm tesis edilmesi halinde cebri icra yoluyla ayni edimin ifasını sağlamaktır. Bu sürecin doğuracağı zahmet ve masraf bir yana, dava prosedürüne müracaat edilmesinin sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşumunu ne ölçüde geciktireceği de kolaylıkla tahmin edilebilir. Somut olayın şartları gereği böyle bir beklemeye tahammülü olmayan bir şirketin, özellikle taahhüde konu aynın ortaklık faaliyeti için vazgeçilmez olmadığı hallerde söz konusu aynın değerine karşılık gelecek nakdi de kabul edebilecek durumdayken, şirket yönetiminin bu konuda ortaklık bakımından en rasyonel yolu tercih etmek imkânından yoksun kılınması ve salt sermayenin türü dolayısıyla ıskat yaptırımından mahrum bırakılması ise amaca uygun bir yorum olmayacaktır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde ayni sermaye borcunun ifasında temerrüt halinde de TK m. 482-483 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve bu çerçevede özellikle ıskat yaptırımının temerrüde düşen ayni sermaye müteahhidi için de gündeme geleceği sonucuna varılmalıdır. Bu tercih kanunun lafzına aykırı olmadığı gibi, daha da önemlisi söz konusu hükümlerin gözettiği sermayenin korunması amacı bakımından da yerinde olan çözümdür.

Son olarak belirtelim ki ıskat yaptırımının uygulanması anonim ortaklık bakımından bir yükümlülük değil hak niteliğindedir[83]. Bu sebeple sermaye borcunda temerrüde düşen pay sahibine karşı ortaklığın doğrudan doğruya ıskat yaptırımına müracaat etmesi gerektiği söylenemez. Ortaklık ilk aşamada ıskata başvurmak yerine genel hükümlere göre ifa davası açmak ve sermaye borcunu cebri icra yoluyla tahsil etmek imkânına da sahiptir[84]. Iskatın olağanüstü bir yaptırım niteliğinde olması ve

[83] Değirmenci, **a.g.e.,** s. 6.

[84] Arslanlı, **C. I,** s. 195; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 1055; Domaniç, **TTK Şerhi II,** s. 1200; Nomer, N. Füsun, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü,** İstanbul 1999, s. 146; Değirmenci, **a.g.e.,** s. 7; aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 01.03.1967, 1966-T-1511/133 (Batider, 1967, C. IV, S. 2, s. 342).

ağır bir sonuç içermesi dolayısıyla yönetim kuruluna duruma göre ıskat yerine öncelikli olarak ifa davası açma imkânının tanınması doğru olacaktır.

Ancak yönetim kurulunun bu tercihi yaparken ortaklık menfaatlerini ve somut şartları gözetmesi ve bu çerçevede bir karar vermesi icap eder. Bu bakımdan yerine göre ıskat yaptırımına başvurulmamış olması yönetim kurulunun özen borcuna aykırılık nedeniyle sorumluluğu sonucunu doğurabilir[85]. Ancak son tahlilde bu tercihin yönetim kuruluna bırakılması ve duruma göre yönetim kurulunun bir tercihte bulunmasına imkân verilmesi yerindedir.

V. AYIPLI İFA

A. Genel Olarak

Anonim ortaklığa getirilen ayni sermayenin ifası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir sorun da ifanın "ayıplı" olmasıdır. Bu kapsamda ortaklığa taahhüt edilen bir binanın elektrik sisteminin arızalı çıkması, bir otomobilin motorunda veya yürüyen aksamında bozukluğun tespit edilmesi, üzerinde otel yapılmak üzere şirkete getirilen ve pay sahibi tarafından imara açık olduğu belirtilen arazi ile ilgili olarak imar izninin bulunmaması, sermaye olarak getirilen binanın inşaat ruhsatının mevcut olmaması yahut daha önce getirilmiş olan markanın ortaklığın tescilinden sonra daha önce tescil edilmiş bir marka ile iltibas oluşturduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğüne karar verilmesi gibi ihtimallerde şirkete getirilen ayni sermayenin ayıplı olduğu açıktır.

Bu ve benzeri sebeplerle ortaklığa getirilen ayni sermaye konusu malvarlığı değerinin ayıplı çıkması halinde hangi hukuki imkânlara başvurulmak suretiyle bir çözüme ulaşılabileceği incelenmelidir. Bu konuda borca aykırılığa ilişkin genel düzenleme niteliğindeki BK m. 112'den yararlanılması bir yana, akla gelen bir ihtimal de konunun özel olarak düzenlendiği satım sözleşmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin (BK m. 219 vd.) ayni sermaye bakımından da uygulama alanı bulmasıdır.

[85] Değirmenci, **a.g.e.,** s. 7.

B. Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi

Ayıplı ifa asıl itibariyle borçların ifa edilmemesi/ifa engelleri başlığı altında kötü ifa/sözleşmenin müspet ihlali alt başlığında incelenen bir konudur. Bu bakımdan borcun –hangi sebebe dayalı olursa olsun- ifa edilmemesi halinde uygulama alanı bulan genel hüküm niteliğindeki BK m. 112, borcun ifa edilmemesi bahsinin kapsamında olduğu şüphesiz olan ayıplı ifa halinde de uygulanabilecek bir hükümdür[86].

Bununla birlikte ayıplı ifa halinde doğacak sorumluluk ve bunun şartları bazı sözleşmeler bakımından özel bir biçimde düzenlenmiştir. Gerçekten de BK'nın satım (BK m. 219 vd.), kira (BK m. 304 vd.) ve eser sözleşmesi (BK m. 474 vd.) ile ilgili hükümlerinde ayıplı ifa hali özel bir sorumluluk sebebi olarak düzenleme altına alınmıştır. Bilhassa satım sözleşmesi ile ilgili olarak BK m. 219 vd.da gerek bu sorumluluğun doğumu, gerekse kapsamı ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve bu bakımdan genel hüküm niteliğindeki BK m. 112 ile kıyaslandığında alacaklı açısından avantajlı olduğu şüphesiz olan bazı ek imkânlara yer verilmiştir.

İşte bu noktada ayni sermaye olarak ortaklığa getirilen bir malvarlığı kaleminin ayıplı çıkması durumunda borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması dolayısıyla genel hüküm niteliğindeki BK m. 112'nin mi, yoksa ayıplı ifanın özel bir sorumluluk hali olarak düzenlendiği hükümler ve bu arada özellikle satım

---

[86] Nitekim hakkında özel hüküm bulunmayan ayıplı ifa hallerinde BK m. 112/eBK m. 96'nın uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977, s. 171, dn. 190; Oğuzman/Öz, **a.g.e.,** s. 310; eBK m. 96'nın hatalı çeviriden kaynaklanan ifadesi dolayısıyla tereddüt göstermekle birlikte neticede sözleşmeye müspet aykırılık hallerinde de eBK m. 96'nın uygulanmasının yerinde olacağı yönünde bkz. Tunçomağ, **Genel Hükümler,** s. 802; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara 2012, s. 1047 vd.

Buna karşılık Serozan bir ifa engeli olarak sözleşmenin müspet ihlalinin bugün için adeta bir örf-adet kuralı niteliği arzettiğini, bu sebeple söz konusu ifa engeli dolayısıyla ortaya çıkacak sorumluluğun mutlaka eBK m. 96 altında değerlendirilmesinin gerekmediğini, bu noktada sözleşmenin müspet ihlalinin kaynağının MK m. 2/1'den ve BK'daki çeşitli sorumluluk hükümleri ile ayıplı ifaya ilişkin özel düzenlemelerden kıyas yoluyla türetilebileceğini belirtmekte, buna paralel olarak buradan doğan sorumluluğun çerçevesi belirlenirken de eBK m. 96 ile sınırlı kalınmasına gerek olmadığını, bu bakımdan ifa etmeme tazminatı, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih ve aynen ifa yaptırımlarının gündeme gelebileceğini ifade etmektedir, Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 184.

sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen BK m. 219 vd. hükümlerinin mi uygulama alanı bulacağı sorusu önem kazanmaktadır[87].

Ayıplı ifanın özel olarak düzenlendiği sözleşme türleri ile ayni sermaye sözleşmesi arasında bir paralellik kurmak mümkün olduğu ölçüde söz konusu özel düzenlemelerin anonim ortaklıklar bakımından da hiç değilse kıyasen uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılabilecektir. Fakat daha önce ifade edildiği üzere ne anonim ortaklık esas sözleşmesi, ne ortaklığa katılım sözleşmesi ve ne de ayni sermaye sözleşmesi karşılıklı borç doğuran sözleşmeler değildir. Buna paralel olarak sermaye borcunun ayni değerler kullanılarak ifa edilmesine ilişkin bir ayni sermaye sözleşmesinin de karşılıklı borç doğuran sözleşmelerin en tipik örneği olan satım sözleşmesi ile paralellik arzetmediği, dolayısıyla bu sözleşmenin satım benzeri bir sözleşme olarak dahi nitelendirilemeyeceği söylenmelidir[88].

Şu halde karşılıklı borç doğuran bir sözleşme için özel olarak düzenlenmiş ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, mahiyeti bakımından bütünüyle farklı özellikler gösteren ayni sermaye sözleşmesi için uygulanması kanımızca mümkün değildir[89, 90]. Gerçi bu noktada söz konusu hükümlerin ancak ayni sermaye sözleşmesinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ve kıyasen uygulanması ihtimali üzerinde durulabilir. Fakat bizce iki sözleşme tipi arasındaki göz ardı edilemeyecek derecedeki mahiyet farklılığı böyle bir kıyasın yapılmasını da engeller. Nitekim bir

---

[87] Ayıplı ifa dolayısıyla borçlunun sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği durumlarda alacaklının bu özel düzenlemeler yerine kötü ifadan/sözleşmenin müspet ihlalinden kaynaklanan sorumluluğa gitmesinin mümkün olup olmadığı ise ayrı bir meseledir ve doktrinde tartışmalıdır, bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 486 ve orada dn. 468; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** s. 182.

[88] Buna karşılık ticaret ortaklıklarına ayni sermaye olarak taşınmaz mal getirilmesi taahhüdünü satım sözleşmesi niteliğinde gören Moroğlu, **Sermaye Olarak Taşınmaz Mal,** s. 30.

[89] Karş. kötü veya gereği gibi ifa edilmeme halinde satım sözleşmesinde ayıplı ifaya ilişkin BK m. 227 vd. hükümlerinin anonim şirketlerin bünyesi ile bağdaştığı ölçüde uygulanacağı, bu çerçevede yalnızca BK m. 227/1, b. 1'de tanınan sözleşmeden dönme imkanının anonim şirketler bakımından gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.,** s. 145; ayrıca bkz. ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler kapsamında alacağın sermaye olarak konmasını incelerken, TK m. 130'da düzenlenmeyen diğer haller bakımından *"satış veya adi kira sözleşmesindeki zapttan ve ayıptan sorumluluk hükümleri"*nin uygulanacağından bahseden, Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I,** N. 131

[90] Ortaklık sözleşmesi ve özelde anonim ortaklık esas sözleşmesi ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasındaki farklar hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Arslanlı, Halil, "Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrike Yarayan Ölçüler", **İÜHFM,** 1945, C. 11, S. 3-4, s. 133 vd.; Bahtiyar, **Anasözleşme,** s. 64 vd.

an için satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinden hangilerinin bu anlamda "kıyasen" uygulanabileceği üzerinde durulduğunda görüleceği üzere, aradaki bu mahiyet farkı söz konusu hükümlerin önemli bir kısmının anonim ortaklıklar hukukunda uygulanmasına zaten imkân vermeyecek, neticede geriye kalan ve uygulanabilir olduğu sonucuna varılan maddeler de ayıba karşı tekeffül sisteminin bütününden ayrılmış vaziyette havada kalacaktır. Daha ilk bakışta sermayenin korunması ilkesi karşısında uygulanması tereddüt uyandıracak pek çok hüküm sıralanabilir; örneğin BK m. 220'deki hayvan satışında ayıba ilişkin istisna ayni sermaye olarak hayvan getirilmesi halinde uygulama alanı bulacak mıdır? Yahut sermaye taahhüdü sırasında ayıbın varlığı ortaklığın temsilcileri tarafından biliniyor veya sermaye konusu mal yeterince gözden geçirilmiş olsaydı görülebilecek idiyse BK m. 222 uyarınca pay sahibinin bu ayıptan sorumlu olmadığı söylenebilecek midir? Ortaklık sermaye taahhüdüne konu ayni değerleri teslim aldıktan sonra BK m. 223 uyarınca zamanında muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde söz konusu malı ayıplı olarak kabul etmiş sayılacak mıdır? Öte yandan ortaklık ayıplı ifa karşısında BK m. 227'deki hakların tamamını kullanabilecek midir? Bu kapsamda örneğin ortaklığın BK m. 227/1, b.1 uyarınca ayni sermaye sözleşmesinden dönebilmesi mümkün müdür; bu mümkün görüldüğünde yine BK m. 227/4 uyarınca hâkim, durumun bunu haklı göstermediği gerekçesiyle ortaklığın sözleşmeden dönme tercihi yerine tamire veya satış bedelinin indirilmesine hükmedebilir mi? Nihayet BK m. 231'deki iki yıllık zamanaşımı süresi anonim ortaklığa sermaye olarak getirilen unsurlar bakımından da uygulanacak mıdır?[91]

[91] Nitekim Alman hukukunda satım sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ayni sermaye sözleşmesi için de kıyasen ve sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini kabul eden hâkim görüş de, BGB § 437'de tanınan imkânlardan değer azaltımı ve dönme haklarının kullanılmasını mümkün kabul etmekle birlikte bunların pay sahibini borcundan kısmen veya tamamen kurtarmayacağını, bunun yerine pay sahibinin nakdi sermaye borcu ile sorumlu olmaya devam edeceğini; BGB § 442'nin satım sözleşmesinin akdedilmesi anında ayıbın varlığını bilen alıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri dolayısıyla sahip olduğu hakları kullanamayacağını belirten hükmünün ayni sermaye sözleşmesi bakımından uygulama imkanı bulunmadığını; HGB m. 377'nin aradığı ayıp ihbarı hiç veya zamanında yapılmamış olsa dahi bu durumun ortaklığın ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmasına engel olmaması gerektiğini belirtmektedirler. Yine ayıptan doğan hakların kullanılmasının tabi olduğu zamanaşımı sürelerine ilişkin BGB § 438 hükmünün ayni sermaye sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı da tartışmalıdır. Hakim görüş için bkz. von Godin/Wilhelmi, **a.g.e.,** § 27/5; Arnold, **a.g.e.,** § 27/23-24; Bayer, **a.g.e.,** § 27/47; Heidinger/Benz, **a.g.e.,** § 27/89; Hueck/Fastrich, **a.g.e.,** § 5/39; Winter, **a.g.e.,** § 5/66; aksi yöndeki azınlık görüşü için bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177 vd.; Pentz, **a.g.e.,** § 27/55 vd.

Bir hukuki müessesenin –ve bu meyanda ayıba karşı tekeffül sisteminin- asli fonksiyonunu ancak bir bütünlük ve sistem içinde ifa edebileceği ve vazedilme gayesini ancak bu şekilde tesis edebileceği şüphesizdir. Halbuki yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız üzere satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin anonim ortaklıkta ayni sermaye sözleşmesine konu malvarlığı kaleminin ayıpla malul olması halinde kıyasen uygulanması kabul edilse dahi, söz konusu hükümlerin pek çoğunun özellikle anonim ortaklık ilişkisinin kendine özgü yapısı dolayısıyla bir kenara bırakılmak durumunda kalacağı, bu şekilde BK m. 219 vd.ndaki sistemin iç bütünlüğünün büyük ölçüde zedeleneceği şüphesizdir.

Kanımızca satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülün genel sisteminden -ayni sermaye taahhüdüne özgü olarak- bu ölçüde büyük bir kopuş, söz konusu sorumluluk sisteminin ruhuna aykırı olacağı gibi, sistemin kendi bütünlüğü içerisinde taraflar arasında sağlamayı amaçladığı adil dengeyi de bozacaktır. Bu bakımdan tipik bir örnek, BK m. 223'te düzenlenen muayene ve ihbar yükümlerine riayet edilmemesinin ne sonuç doğuracağı meselesinde ortaya çıkmaktadır. Şayet Alman doktrininde olduğu üzere söz konusu yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine rağmen ortaklığın yine de ayıba karşı tekeffül hükümleri ile tanınan imkânlardan faydalanacağı kabul edilirse, bahsettiğimiz denge bütünüyle bozulmuş olacaktır. Zira ayıba karşı tekeffül sisteminde alıcıya tanınan avantajların ve imkânların (nimetin) karşılığı söz konusu muayene ve ihbar yükümüdür (külfet)[92]. Ortaklığın bu külfetleri yerine getirmeksizin bu özel sorumluluk türünün getirdiği avantajlardan yararlandırılması, sistemin sağladığı dengeyi bozmak anlamına gelir. Öte yandan şayet söz konusu düzenleme anonim ortaklık bakımından da aynen uygulanır ve muayene ve ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması dolayısıyla ortaklığın ayıptan doğan haklarını kaybettiği sonucuna varılırsa, bu defa

[92] Serozan alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmak yerine sözleşmenin müspet ihlali temelinde satıcının sorumluluğuna gitmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirirken *"Sözleşmeye aykırılık hükümleri elverişli, hafif gereklere ve sınırlamalara karşılık elverişsiz hukuki sonuçlar çağırırlarken, ayıp hükümleri elverişsiz ağır gereklere ve sınırlara karşılık elverişli hukuki sonuçlar çağırırlar. Engelsiz kulvarda koşan kusurlu sorumluluk hamamında terlerken, engelli kulvarda koşan kusursuz sorumluluk havuzunda serinler. (Nimetle külfet birbirini dengeler.)"* diyerek ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin özel hükümlerin gözettiği bu nimet külfet dengesine haklı olarak dikkat çekmektedir, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** § 18/3.

da sermayenin tedariki ilkesi zedelenmiş olacaktır[93]. Benzer biçimde BK m. 222 dolayısıyla ortaklık temsilcilerinin ayni sermaye sözleşmesinin akdi sırasında bildikleri veya sermaye konusu şeyi yeterince gözden geçirmiş olsalardı bilebilecekleri ayıplar dolayısıyla pay sahibinin sorumlu olmadığı kabul edilecek olursa ortaklığın eksik sermaye ile faaliyete başlamasına göz yumulmuş olacak ve bu eksiklik ancak ancak yöneticilerin sorumluluğuna giderek kapatılabilecekken; söz konusu hükmün özellikle sermayenin tedariki ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle uygulanmayacağı sonucuna varıldığı takdirde ise yine sistemin nimet-külfet dengesini sağlayan hükümlerden biri bertaraf edilmiş olacaktır.

Tüm bu gerekçelerle biz ayni sermaye taahhüdünün ayıplı olarak ifa edilmesi halinde ne satım sözleşmesine ne de ayıba karşı tekeffülün özel bir sorumluluk hali olarak düzenlendiği diğer iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin ayıp hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı, bu durumda da BK'nın borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükmü olan BK m. 112'nin, anonim ortaklıklara hâkim olan sermayenin tedariki ilkesi ve bunun gerekleri de gözetilerek, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede ayni sermaye-nakdi sermaye ilişkisi hakkında bu bölümün başında yaptığımız açıklamalar da önemli bir rol oynayacaktır. Bu bakımdan BK m. 112'nin tartıştığımız konuya uygulanmasında ve dolayısıyla söz konusu hüküm anlamında "zararın giderilmesi" noktasında ayni sermaye taahhüdünün dogmatik yapısı da dikkate alınmalı, tabiri caizse BK m. 112 bu yapıya uyarlanmalıdır. Bir sonraki başlık altında bu uygulamanın ve uyarlamanın nasıl olması gerektiği çeşitli ihtimaller özelinde ele alınacaktır.

C. Ortaklığın Sahip Olduğu İmkânlar-Sorumluluk Sistemi

Ayni sermaye konusu şeyin ayıplı çıkması dolayısıyla borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını yukarıda belirtmiştik. Bu hükümlerin uygulanmasının ortaklığa hangi şartlarda hangi hakları bahşedeceğini tespit etmek için daha ayrıntılı bir incelemeye ihtiyaç vardır.

[93] Şüphesiz bu son halde ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel hükümlerle kendisine tanınan hakları kullanma imkânını kaybeden ortaklığın genel hükümlere giderek hakkını talep etmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir.

1. Şirketin Tescilinden Önce

İlk olarak ortaklığın tescilinden önce taahhüde konu olan şeydeki ayıbın anlaşılması durumu ayrı bir konu olarak ele alınmalıdır. Zira şirketin tescilinden önceki dönem ile sonraki arasında korunması gereken menfaat bakımından farklılık mevcuttur. Anonim ortaklığın sermaye yapısının ve ortaklığın mevcudiyetinin korunmasına dönük ihtiyaç asıl olarak şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra ağırlık kazanır[94]; zira bu aşamadan sonra şirket dış dünyada ayrı bir kişilik olarak ortaya çıkmakta ve esasen yine bu aşamadan itibaren üçüncü kişiler ile ilişkiler kurmaya başlamaktadır. Dolayısıyla tescilden önceki aşamada üçüncü kişilerin ve sermaye yapısının değil, ortaklığı kuran kimselerin iradelerinin korunması daha büyük bir önem arzetmektedir.

Ayni bir kıymetin sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmesi gündeme geldiğinde henüz esas sözleşmenin tanzim ve imzası öncesinde TK m. 343 uyarınca mahkemece atanacak bilirkişi tarafından bu sermaye kalemine değer biçilecek, daha sonra bu ayni sermaye kalemi kendisine biçilen değerle birlikte esas sözleşmede somutlaştırılacaktır. Bu düzenlemeler karşısında çoğu halde daha esas sözleşmenin kurucularca imzalanmasından önce şirkete getirilmesi taahhüt edilen aynın ne olduğu, sermaye taahhüdünün konusu misli bir mal olsa bile, somut olarak belirlenmiş olacaktır. Dahası yeni sistemde TK m. 128/2 uyarınca şirket sözleşmesinde yer alan ayni sermaye konusu malvarlığı değerinin ortaklığın tescili öncesinde taşınmazlar bakımından şerh, taşınırlar bakımından tevdi ve fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler bakımından da varsa özel sicillerine kayıt yoluyla tabiri caizse muhafaza altına alınma zorunluluğu karşısında misli mal niteliğindeki şeylerin dahi henüz ortaklık tüzel kişilik kazanmadan önce ferden taayyün etmiş olacağı açıktır.

Bu itibarla kural olarak taahhüde konu nakit dışı değerin ayıplı olup olmadığı da daha şirket tüzel kişilik kazanmadan önce anlaşılabilecek durumdadır. Gerçi şayet sermaye taahhüdünün konusu olan şey ayıplı ise bu durumun değerleme raporunda ortaya konulacağı, dolayısıyla henüz şirket sözleşmesi tanzim edilmeden önce bu

[94] İrade fesadı sebebiyle fesih haklarının kullanılması ile ilgili olarak bu yönde bkz. Moroğlu, **Esas Sermaye Artırımı,** s. 88; Alman hukukunda bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177.

rapor sayesinde ortaklığın ayıbı farkedeceği ve buna göre söz konusu edimi kabulden kaçınacağı veya ayıbı bilerek sözleşmeyi yapmayı kabul edeceği söylenebilir. Ancak bilirkişi raporunda ayıbın gözden kaçırılması veya değerleme sırasında ortaya çıkmamış olan gizli bir ayıbın varlığı ve hatta ayıbın değerleme prosedürü sonrasında ancak şirketin tüzel kişilik kazanmasından –her halükarda hasar ve yararın geçişinden[95]- önce gerçekleşmiş olması da ihtimal dâhilindedir.

Durum böyle olunca, (ön) ortaklığın ayıp dolayısıyla sahip olduğu imkânları şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kullanmasının mümkün olup olmadığı haklı bir soru olarak gündeme gelmektedir. Esasen henüz bahis konusu ayni sermaye kalemleri ile ilgili olarak ifa olgusu gerçekleşmediğine göre, teknik anlamda "ayıplı ifa"dan bahsedilebilmesi de mümkün değildir. Hatta söz konusu borç henüz muaccel dahi değildir; daha önce belirttiğimiz üzere sermaye borcu şirketin tüzel kişilik kazanması ile muaccel olacaktır. Hâlbuki kural olarak muacceliyetten önce alacaklının borçluya karşı bir talepte bulunabilmesi söz konusu değildir[96]. Bununla birlikte ifaya konu şeyin şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce seçilmiş, somutlaştırılmış ve tescil sonrasında ortaklığın üzerinde hâkimiyet kurması amacıyla muhafaza altına alınmış olması karşısında da ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için zorunlu olarak ifayı ve dolayısıyla en azından şirketin tüzel kişilik kazanmasını beklemek, ortaklığı kaçınılmaz sonu çaresizce seyretmek durumunda bırakmak anlamına gelecektir. Gerçekten de bu aşamada henüz ifa gerçekleşmemişse de sözleşme kurulmuştur. Ortaklık ile kurucu/iştirak müteahhidi arasında geçerli olarak akdedilmiş bir sözleşmenin, ferden belirlenmiş olan ve ayıplı olduğu bilinen konusunun ifa edilmesi beklenmektedir. Bu bakımdan tartıştığımız mesele borcun (gereği gibi) ifa edilmeyeceğinin önceden belli olduğu bir hal olarak değerlendirilmelidir[97]. Nitekim doktrinde de henüz borcun muaccel hale gelmediği

[95] Ayıba karşı tekeffülün bir şartı da ayıbın yarar ve hasarın geçişi anında şeyde var olmasıdır. Dolayısıyla ayni sermaye sözleşmesinde de ayıbın sözleşmenin kurulmasından sonra ancak hasar ve yararın geçişinden önce ortaya çıkması halinde, iştirak müteahhidi bu ayıptan sorumlu olacaktır.

[96] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 492.

[97] Nitekim eser sözleşmesine özgü olarak BK m. 473'te, henüz imal/inşa aşamasında eserin müteahhidin kusuru yüzünden ayıplı olarak meydana getirileceği açıkça anlaşılıyorsa iş sahibine muacceliyet anından önce ayıbın giderilmesini isteme, aksi takdirde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere onarım veya işe devamın bir üçüncü kişiye verilmesi ihtarında bulunma imkânı

dönemde borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin belli olması durumunda alacaklının hangi imkânlara sahip olduğu sorunu, kanun koyucunun eksik bıraktığı bir ihtimal olarak değerlendirilmiş ve tartışılmıştır[98].

Bu tartışmaların ayrıntısına girmeksizin ve konumuzun sınırları içerisinde kalmak kaydıyla belirtelim ki biz de bu ihtimalin akdin müsbet ihlali kavramı altında değerlendirilmesi gerektiği[99] ve dolayısıyla tartıştığımız mesele bakımından ortaklığın BK m. 112 çerçevesinde kurucudan "borcun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazminini" talep edebileceği kanaatindeyiz. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere buradaki "zarar tazmini" tabiri ayni sermaye taahhüdünün dogmatik yapısı da dikkate alınarak anlaşılmalıdır.

Buna göre ayıplı ifanın şirketin tescilinden önce ortaya çıktığı durumlarda tazmin konusu zarar, kural olarak ayıp dolayısıyla sermaye olarak taahhüt edilen şeyde meydana gelen değer azalmasıdır[100, 101]. BK m. 112 ile sağlanmak istenen sonuç, borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı ortaklığın uğramayacağı zararı, bir başka ifadeyle ifanın gereği gibi gerçekleşmemiş olması dolayısıyla malvarlığında meydana gelen azalmayı –müsbet zarar- elde etmesidir. İşte bu aşamada başlangıçtaki dogmatik açıklamalar uyarınca, ayni sermaye taahhüdünde ayıp nedeniyle ortaya çıkan zedelenme neticesinde altta yatan nakdi sermaye borcu zedelenen kısmı "yamamak" üzere gün yüzüne çıkmakta, daha açık bir ifadeyle esas sözleşmede ayni sermayeye biçilmiş olan değerle, ayni sermayenin –ayıp nedeniyle

---

sağlanmaktadır. Bu özel hüküm ayıbın muacceliyetten/ifadan önce anlaşılması/ortaya çıkması ihtimalinde alacaklının korunmasının bir gereklilik olduğunu açıkça ortaya koymakta ve benzer hallerle ilgili çözüm arayışını da anlamlı kılmaktadır.

[98] Bu tartışmada ileri sürülen ve sonuçları itibariyle de birbirinden önemli ölçüde ayrılan farklı görüşlere ilişkin toplu bir değerlendirme için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 493 vd.

[99] Bu görüşteki yazarların bir listesi için bkz. Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 493, dn. 499.

[100] Gerçekten de bu ihtimalde sermaye borcunun konusunu teşkil eden şeyin ifasından tamamen sarf-ı nazar edilmesi değil, ileride gerçekleşecek ifa neticesinde ayıp dolayısıyla oluşacak zararın/malvarlığında eksik kalan kısmın tazmini söz konusudur. BK m. 112 uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde "alacaklının bundan doğan zararı" bu şekilde anlaşılmak gerekir.

Nitekim Feyzioğlu eBK m. 96'ya ilişkin açıklamalarında *"...aynen ifa imkanı bulamıyan alacaklı, ifa edilmeyen borç yerine kaim olmak veya **kısmen ifa edilen borca eklenmek şeklinde borçludan bir tazminat istemek** hakkını kazanır"* diyerek, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde oluşacak bu sonuca dikkat çekmiştir, **Genel Hükümler,** s. 169-170.

[101] Bu halde sonuç olarak ayıp dolayısıyla oluşan değer azalmasının talep edildiği yönünde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177.

daha düşük olan- gerçek değeri arasındaki fark, asli nitelikteki nakdi sermaye borcu ile doldurulmaktadır. Böylece BK m. 112 anlamında "zararın giderilmesi", ayni sermaye taahhüdü özelinde ayıp sebebiyle eksilen kıymetin nakdi sermaye ile kapatılması suretiyle gerçekleşmiş olmaktadır.

Şayet ayıp dolayısıyla sermaye taahhüdüne konu şeyin değerinde oluşan eksilme, ortaklığın bir sermaye taahhüdü olarak o şeyden beklediği faydayı bütünüyle ortadan kaldıracak nitelikteyse, ortaklık bu durumda o şeyin ayıpsız olarak arzettiği değerin tamamını isteyebilir[102, 103]. Bu halde ayıp dolayısıyla artık ayni sermaye olarak getirilen malvarlığı kaleminin ortaklık için arzettiği değer tamamen ortadan kalkmakta, baştan beri kullandığımız benzetme ile ayni sermaye örtüsü tamamen parçalanmakta, dolayısıyla bu örtünün altındaki asli nitelikteki nakdi sermaye borcu bütünüyle açığa çıkmaktadır. Bu ise esas sözleşmede yazan ve ayni sermayeye biçilmiş olan parasal değerdir[104].

Bununla birlikte ortaklığın tescilinden önceki aşamada böyle bir durum ortaya çıkmış ise pay sahibine de, kendisinin ancak ayni sermaye kalemi olarak getirmeyi taahhüt ettiği şey dolayısıyla ortaklığa katılma iradesi gösterdiği, bu imkân olmasaydı ortaklık ilişkisine dâhil olmayacağı savunmasını yapma imkânı tanınmalı, böylece pay sahibi bu gerekçeyle iştirak taahhüdünün geçersizliğini ileri sürebilmelidir[105]. Dolayısıyla bu aşamada –tıpkı imkânsızlıkta olduğu gibi- kurucu/iştirak müteahhidi BK m. 27/2, c. 2 uyarınca bir bütün olarak katılım

---

[102] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177; karş. Pentz, **a.g.e.,** § 27/56, yazar bu ihtimalde eBGB 275 anlamında imkânsızlığın gerçekleştiğini ve dolayısıyla ayni sermaye borcunun nakde dönüştüğünü belirterek pratikte aynı sonuca ulaşmaktadır.

[103] Şirketin ayrıca ayni sermaye olarak getirilen şeyin ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme imkanı bulunup bulunmadığı konusunda bkz. aşağıda Altıncı Bölüm, V, C, 2.

[104] Hâlbuki satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül bakımından BK m. 227/4'te *"Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir"* denilerek, bu ihtimalin varlığı halinde satış bedelinde indirim isteme imkânının kullanılmasına müsaade edilmemiştir.

[105] Röhricht, **a.g.e.,** bu durumda pay sahibinin ayni sermaye borcunun nakde dönüşmesine itiraz edebileceğini ve bu durumun ortaklığın tesciline engel olacağını belirtmekte ise de, bu görüşü hangi gerekçeye dayandırdığı veya pay sahibinin itirazının hangi hukuki temelde mümkün olduğu üzerinde durmamaktadır, bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177; nitekim Pentz, **a.g.e.,** § 27/56'da bu şekilde bir ifadan kaçınma hakkının teknik hukuk bakımından temellendirilmemiş olması gerekçesiyle bu görüşü reddetmekte, ancak bu sonuca eBGB § 723'teki fesih hakkının kurucuya tanınması suretiyle ulaşılabileceğini belirtmektedir.

sözleşmesinin geçersizliğini sağlama imkânına sahip olmalıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere böyle bir sonuç, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kurucuların iradesinin öncelikli olduğu, bu aşamada henüz üçüncü kişilerin üstün tutulacak menfaatlerinden bahsedilemeyeceği görüşü ile uyumludur.

Ancak nakit dışı bir kıymeti ayıplı olduğunu bilerek anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt eden kişinin katılma taahhüdünü ve dolayısıyla ortaklık ilişkisini hükümsüz kılma imkânının daralacağı, bu durumda butlanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği ölçüde bu imkânın ortadan kalkacağı belirtilmelidir. Bu durumda ortaklık, ayıp dolayısıyla taahhüde konu malın sermaye olarak kıymetinin bütünüyle ortadan kalkması halinde de ayni sermayenin parasal değerine eş bir tazminat talebinde bulunabilecek, buna karşılık kurucu ayni sermaye olmasaydı ortaklığa katılmayacağı gerekçesiyle ortaklık ilişkisinden ayrılmak imkânına sahip olmayacaktır[106].

2. Şirketin Tescilinden Sonra

Şirketin tescilinden sonra ise ortaklığın ve sermayesinin üçüncü kişiler/alacaklılar karşısında esas sözleşmede ortaya konduğu şekliyle teşekkül etmesi, böylece şirketin ilişkili olduğu kimselerin korunması, gözetilmesi gereken asıl menfaat olarak temayüz eder. Buna bağlı olarak şirketin tüzel kişilik kazanmasından önceki dönemde, özellikle ayıptan haberdar olmayan iyi niyetli kurucuların/iştirak müteahhitlerinin iradeleri göz önünde bulundurularak varılan bazı sonuçların uygulanmasının, tüzel kişiliğin kazanılmasından sonra artık imkân dâhilinde olmadıkları kabul edilmek durumundadır.

Bu bakımdan ayni sermaye olarak getirilen şeyin şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra ayıplı olduğunun anlaşılması halinde BK m. 112 ve sermayenin tedariki ilkesinin birlikte uygulanması neticesinde ayıp dolayısıyla eşyanın değerinde ve buna bağlı olarak şirket esas sermayesinde oluşan eksilmenin/müsbet zararın karşılanması gerekir[107]. Yukarıda daha ayrıntılı olarak

[106] Röhricht, **a.g.e.,** § 27/177.

[107] Şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonraki dönem için ortaklığın sermaye yapısının korunmasının öncelik kazanacağı ve bu halde pay sahibinin nakden karşılama yükümlülüğü dolayısıyla ayıp nedeniyle oluşan değer azalmasını nakden ödeyeceği yönünde bkz. Röhricht, **a.g.e.,** § 27/178.

izah edildiği üzere, teorik olarak burada ayni sermayenin değerinde veya sermayeye karşılık olma niteliğinde ortaya çıkan eksiklik neticesinde esas sermayede meydana gelen açık, yine altta yatan nakdi ödeme borcu ile karşılanmaktadır. Böylece ayıp dolayısıyla sermaye konusu şeyin değeri ister kısmen ister tamamen ortadan kalksın pay sahibi sermaye borcunu azalan değer kadar nakitle ifa etmek durumundadır. Bu ihtimalde ayrıca pay sahibinin BK m. 112'deki kurtuluş beyyinesinden faydalanması ve ayıplı ifa bakımından kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek sermaye borcundan kurtulması da mümkün değildir. Tüzel kişilik kazanmış bir anonim ortaklık bakımından sermayenin tedariki ilkesi ve bu bağlamda üçüncü kişilerin korunmasına dönük menfaat, BK m. 112'nin uygulanmasına anonim ortaklıklar özelinde böyle bir sınırlama getirilmesini zaruri kılmaktadır. Bu sebeple pay sahibi ayıplı ifa bakımından kendisine hiçbir kusur yüklenemeyecek olsa dahi ayıp dolayısıyla oluşan açığı asli nitelikteki nakdi sermaye borcu ile kapatmakla yükümlüdür. Benzer biçimde -daha önce de ifade ettiğimiz üzere- kurucuların veya yönetim kurulu üyelerinin sözleşmenin kurulması esnasında ayıbın varlığını biliyor olmaları da pay sahibinin eksik kalan sermayeyi nakden tamamlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır[108].

Buna karşılık ayıbın sermaye konusu şeyin değerini bütünüyle ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla pay sahibinin sermaye borcunun tamamını nakden ödemek durumunda kaldığı hallerde, artık şirketin tüzel kişilik kazandığı ve üçüncü kişiler karşısında ayrı bir hukuki varlık olarak görünüm kazandığı dikkate alındığında, pay sahibinin söz konusu ayni edim olmasaydı ortaklığa katılmayacağı savunmasını kullanarak ortaklıktan ayrılması veya şirketin sona erdirilmesi mümkün değildir. Bu durumda "kurulu tezgâhın muhafaza edilmesi" esası, pay sahibinin iradesine üstün gelecektir.

Bu noktada ayni sermaye sözleşmesinin konusunun çeşit borcu olarak tayin edildiği durumlarda ortaklığın malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep etme imkânı bulunup bulunmadığı da değerlendirilebilir. Nitekim Alman hukukunda

---

Buna karşılık satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanmasını savunan yazarlar için bkz. yukarıda Altıncı Bölüm, V, B.

[108] Hâlbuki satım sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için alıcının akdin kurulması anında ayıbın varlığını bilmemesi şarttır (BK m. 222/1).

ayni sermaye taahhüdünün ayıplı ifası halinde satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını mümkün görmeyen Pentz, buna rağmen misli ve misli olmayan eşya arasında bir ayırıma gitmekte ve borcun konusunun "çeşidiyle" belirlendiği durumlarda borçlunun ortalama nitelikte bir şey ile ifa etmesi gerektiğini kurala bağlayan BGB § 243/1 hükmüne dayanarak, borcun konusunun misli eşya olması halinde ayıplı bir şeyin getirilmesinin ifa sonucunu doğurmayacağını, iştirak müteahhidinin bir daha ifa ile yükümlü olduğunu belirtmektedir[109].

Esasında BK m. 86, c. 2 düzenlemesi de BGB § 243/1 ile paraleldir. Ancak borçlu tarafından seçilen edimin ortalama nitelikten düşük olması veya tarafların üzerinde anlaştıkları nitelikleri tam olarak karşılamaması halinde sonucun ne olacağı doktrinde esasen satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül meselesi çerçevesinde tartışılmış, buna karşılık genel hükümler bakımından konunun üzerinde durulmamıştır. Halbuki BK m. 86, c. 2 ile, satım sözleşmesi dışındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulacak genel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükmün nasıl yorumlanacağı, ayni sermaye sözleşmesinin satım sözleşmesine kıyas edilemeyeceği kabul edildiğinde, özel olarak önem kazanmaktadır.

Bu bakımdan bizce de BK m. 86, c. 2 uyarınca çeşit borcunda ortalama nitelikten veya taraflar arasında belirlenen nitelikten düşük bir şey kural olarak ifa sonucunu doğurmaz[110]. Dolayısıyla bu halde ortada bir "ayıplı ifa" değil, "ifa etmeme" durumu mevcuttur[111]. Bu sebeple borçlu kendisine ifa olarak teklif edilen şeyi geri çevirerek, edime uygun bir ifayı talep edebilir[112]. Bu sonuç tartıştığımız

---

[109] Pentz, **a.g.e.,** § 27/58.

[110] Medicus, Dieter, in **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,** Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 243-254, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1983, § 243/23; Schwenzer, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 5. überarbeitete Auflage, Bern 2009, 8.07.

[111] Schwenzer, **a.g.e.,** 8.07; nitekim Serozan BK m. 86'nın eBK'daki karşılığı olan m. 70'in, çeşit borcunda ayıplı ifanın söz konusu olamayacağı şeklindeki anlayışın bir yansıması olarak kanuna girmiş olduğunu belirtmektedir, Serozan, Rona, "Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım", **İÜMHAD,** C. 3, S. 5, Y. 1969, s. 221, dn. 20a.

[112] Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, in **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar),** V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1929, § 71/2; Schwenzer, **a.g.e.,** 8.07; Emmerich, Volker, in **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** 6. Auflage, Band 2, §§ 241-432, München 2012, **a.g.e.,** § BGB, § 243/20; Serozan da, eBK m. 70'in satım sözleşmesi bakımından çeşit borcunda da ayıbın olabileceğini kabullenen eBK m. 194 karşısında anlamını yitirmiş olduğunu belirtmekte, bu

konuya uyarlanırsa, ayni sermaye çeşidiyle belirlendiği takdirde, ifa amacıyla getirilen şeyin ortalama nitelikten düşük olması veya şirketle iştirak müteahhidi arasında kararlaştırılan vasıfları taşımaması halinde ortaklık bu ifayı reddederek, ortalama nitelikte veya kararlaştırılan vasıfta bir malın getirilmesini isteyebilecek, böyle bir ifa gerçekleşmediği sürece sermaye borcu da sona ermiş olmayacaktır[113].

Bununla birlikte biz BK m. 86 ile "çeşit borcu" bakımından benimsenen sonucun, ayni sermaye sözleşmesi bakımından ancak "misli eşya"ya özgü olarak uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bir kere zaten anonim ortaklığa bir aynın nev'an borçlanılması bizim sistemimizde esasen mümkün değildir. Zira her şeyden önce ayni sermayeye değer biçilebilmesi için sermaye konusu şeyin esasen ayrılmış ve belirlenmiş olması gerekir. Üstelik misli mallar bakımından bir an için muayyen bir şey üzerinden değil de genel olarak tür ve miktar üzerinden bir değerleme yapılabileceği söylenebilirse de nihai olarak TK m. 128/2 gereği yapılacak olan tevdi işlemi ile birlikte sermaye konusu şey şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce "ferden taayyün etmiş" olacağı ve seçme ve ayrılma gerçekleşeceği için misli mallarda bile çeşit borcundan bu aşamadan itibaren bahsedilemeyecektir.

Bir an için çeşit borcunun ayni sermaye taahhüdünde dahi mümkün olduğu kabul edilse dahi çeşit borcunun konusunu gayri misli malların da oluşturabileceği düşünüldüğünde[114], BK m. 86'nın benimsediği "çeşit borcu" kümesinin tartıştığımız konu bakımından fazla geniş olduğu ifade edilmek gerekir. Zira esas sermaye miktarının belirli bir parasal meblağ olarak esas sözleşmeye yazılması zorunluluğu, esas sermayenin sabit bir değer olması ve ancak esas sözleşme değişikliğine ilişkin kurallara uyulmak suretiyle değiştirilebilmesi gibi anonim ortaklığa özgü kurallar ayni sermaye olarak getirilecek şeyin yerine ancak ona tam olarak "eşdeğer" bir şeyin getirilmesini kabul edebilir. Hâlbuki gayri misli bir eşyanın fonksiyon itibari ile "benzeri" bulunabilirse de değer itibariyle tam bir "eşi"nin bulunabilmesi

---

tamamlayıcı hükmün bugün için olsa olsa alacaklının düşük kalitede mal teslimini alacaklı temerrüdüne düşmeksizin geri çevirebileceği şeklinde anlaşılabileceğini ifade etmektedir, **Parça Borcu-Çeşit Borcu,** s. 221, dn. 20a.

[113] Böylece sonuç itibariyle satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile alıcıya sağlanan "malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme" hakkı, tartıştığımız konu özelinde ortaklığa da sağlanmış olmaktadır.

[114] Bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 54; Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku,** s. 60.

mümkün olmadığına göre[115], şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra daha önce kendisine kesin olarak değer biçilmiş olan gayri misli sermaye kaleminin bir "eşi" ile değiştirilmesi de anonim ortaklık bakımından düşünülebilecek bir ihtimal değildir. Dolayısıyla şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra esas sözleşmede belirtilen ve bilirkişice değeri biçilen gayri misli eşyanın kendisinden beklenen veya üzerinde anlaşılan vasıfları taşımadığının ortaya çıkması halinde şirketin bunun emsalinin getirilmesini istemesi esas sermayenin belirliliği ve sermayenin tedariki ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Bu halde de yapılması gereken, sermaye konusu ayıplı şeyin değeri ile esas sözleşmedeki değer arasındaki farkın veya şayet nitelikteki düşüklük ilgili şeyin sermaye olarak arzettiği değeri bütünüyle ortadan kaldırıyorsa esas sözleşmede yazan değerin tamamının asli nitelikteki nakdi sermaye borcu ile kapatılmasıdır.

Hâlbuki misli mallar bakımından malın ayıpsız bir "misli" ile değiştirilmesi, ayni sermaye taahhüdü bakımından da pekâlâ mümkündür ve gayri misli malların aksine anonim ortaklığa özgü ilkelerle çelişmez. Örneğin niteliği üzerinde anlaşılarak veya anlaşılmaksızın, sermaye olarak 10 ton çimento getirilmesi kararlaştırıldığı takdirde, sonradan ortalama vasfın altında veya anlaşma konusu niteliklerden yoksun olan 10 ton çimento getirilmesi halinde şirketin bunu reddederek ortalama veya üzerinde ittifak edilen vasıfta çimentonun getirilmesini istemesi mümkündür ve bu sonuç sermayenin tedariki bakımından da herhangi bir tehlike arzetmez. Gayri misli mallardan farklı olarak misli mallarda tamamen aynı nitelik ve değerde malın tedariki –en azından teorik olarak- her zaman mümkün olduğu için, misli malın eşdeğer bir başka mal ile değiştirilmesi esas sözleşmede belirlenen değerde aynın ortaklığa getirilmesini engellemeyeceği için sermayenin tedariki ilkesini zedelemeyecektir.

[115] Nitekim Kocayusufpaşaoğlu misli olmayan eşyayı tanımlarken "iş (alışveriş) hayatında hâkim olan görüş ve anlayışlar, bir eşyayı kişisel nitelikleri dolayısı ile diğerlerinden ayrı ve farklı olarak görüyor, onun yerine aynı nitelikte sayılabilecek başka eşyaların geçirilmesi bu sebeple mümkün olamıyorsa, misli olmayan eşya söz konusudur." diyerek bunların "eşsiz" oluşlarına vurgu yapmaktadır, **Borçlar Hukuku,** s. 59.

VI. ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL

Daha ziyade satım sözleşmesi bakımından incelenen zapta karşı tekeffül, satılan malın üçüncü kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınması veya yine böyle bir hak dolayısıyla alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından satıcının sorumlu olması şeklinde tanımlanmıştır[116]. Genel olarak da alıcıya teslim edilen mal üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hak iddiasında bulunması zapt tehlikesi olarak nitelendirilebilir[117].

Esasen TK m. 342 uyarınca üzerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve(ya) tedbir bulunan şeylerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesi yasak olduğuna göre, normal olan nakit dışı bir kıymetin üzerinde üçüncü kişiye ait böyle bir üstün hak[118] mevcut ise bunun diğer kurucular veya en azından bilirkişi tarafından tespit edilmesi ve söz konusu değerin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesinin engellenmesidir. Ancak söz konusu üstün hakkın bir şekilde kurucuların/yönetim kurulu üyelerinin ve bilirkişinin gözünden kaçması yahut kurucuların/yönetim kurulu üyelerinin bu durumu bilmelerine rağmen ses çıkarmamaları ve üzerinde üstün hak bulunan malvarlığı kaleminin anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi, şirketin böylece tüzel kişilik kazanması da ihtimal dâhilindedir. Hatta böyle bir üstün hak ayni sermaye taahhüdünün yapılması anından sonra da ortaya çıkmış olabilir[119]. Kısacası TK m. 342'deki yasağa rağmen zapta imkân veren bir üstün hakla takyid edilmiş bir malvarlığı kaleminin de anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmiş olması mümkündür.

Hemen belirtelim ki yukarıda ayıplı ifa ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar esasen üstün hak ile kayıtlı bir şeyin ayni sermaye olarak getirilmesi ve üçüncü kişinin bu üstün hakkına dayanarak söz konusu şeyi "zaptetmesi" veya ortaklığın mülkiyet hakkını kısıtlaması hallerinde de geçerlidir. Kısaca bu halde de satım

---

[116] Tandoğan, **C. I/1,** s. 148.

[117] Oğuzman/Öz, **C. I,** s. 484.

[118] Alacak hakları ise bu anlamda üstün bir hak değildir, bkz. Tandoğan, **C. I/1,** s. 152.

[119] Satım hukukunda satılanın zaptı sonucunu doğuracak hakkın en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olması gerektiği, üstün hakkın bu aşamadan sonra doğması halinde ise satım sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin değil, genel sorumluluk hükmü olan eBK m. 96/BK m. 112'nin uygulanacağı kabul edilmektedir, Tandoğan, **C. I/1,** s. 153; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.,** s. 110.

hukukundaki ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, genel sorumluluk hükmü olan BK m. 112 hükmü, sermayenin tedariki ilkesinin gerekleri de gözetilmek suretiyle uygulanacak, bu çerçevede zaptın mahiyetine göre ayni sermaye kaleminin sermaye olarak arzettiği değerde meydana gelen azalma, temeldeki nakdi sermaye borcu ile kapatılacak, başka bir ifadeyle bu azalma miktarınca pay sahibinin asli nitelikteki nakdi sermaye borcu çözülecek/canlanacak ve pay sahibi eksilen miktarı bir bakıma nakden "tazmin" edecektir. Üçüncü kişinin –şayet ortaklık bakımından iyi niyetle iktisap ihtimali gerçekleşmemişse- mülkiyet hakkına dayanarak ayni sermaye konusu malı ortaklıktan bütünüyle zaptetmesi halinde ise esas sözleşmede bu sermaye kalemi için gösterilen değer pay sahibi tarafından bütünüyle nakden ödenmek zorundadır[120].

Ayrıca kurucuların/yönetim kurulu üyelerinin başlangıçta üstün hakkın varlığını bilerek söz konusu aynı devralmış olmaları varılacak sonuçta bir değişiklik yapmaz[121]; pay sahibi buna rağmen üstün hakkın varlığı dolayısıyla yaşanan değer kaybını nakden gidermek zorundadır. Yine ayıplı ifa bakımından olduğu gibi pay sahibi BK m. 112'deki kurtuluş beyyinesini kullanmak ve kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamak suretiyle de sermaye borcunu tam olarak ifa etme yükümlülüğünden kurtulamaz; bu ihtimalde dahi eksik kalan sermayeyi pay sahibinin nakden tamamlaması zaruridir.

[120] Bu ihtimalde zapta konu ayni sermaye kaleminin ortaklık faaliyeti bakımından özel bir önemi bulunması halinde, söz konusu malın zaptı ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesini imkânsız hale getirdiği takdirde bu durum TK m. 529/1-b uyarınca bir sona erme sebebi olarak dikkate alınacaktır.

[121] Hâlbuki satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffüle ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesinin bir şartı da üstün hakkın varlığının alıcı tarafından akdin kurulması anında bilinmiyor olmasıdır (BK m. 214/2).

YEDİNCİ BÖLÜM

AYNİ SERMAYEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI

I. GİRİŞ

Anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışı kıymetlerin getirilmesi halinde uygulama alanı bulacak hükümler, TK'nın ticaret şirketlerine ilişkin ikinci kitabının iki ayrı kısmında yer almıştır. Buna göre öncelikle "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısımda tüm ticaret şirketleri ve bu arada anonim ortaklıklar bakımından da cari olan hükümler çerçevesinde (bkz. TK m. 127, 128, 130, 131) "ayni sermaye" konusunu ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca anonim şirketlere ilişkin dördüncü kısımda da ayni sermaye meselesini bu kez anonim şirket özelinde ele alan hükümler vaz edilmiştir (bkz. TK m. 339/2-(e), 342, 343, 349).

Söz konusu hükümlerde esas itibariyle bir ticaret şirketinin veya anonim şirketin kuruluş aşamasında sermaye taahhüdü ihtimalinin düzenlenmiş olduğu, gerek hükümlerin kanunda yer aldığı kısımlar gerekse bunların kaleme alınış tarzından açıkça anlaşılmaktadır. Ancak elbette anonim ortaklığa sermaye olarak ayni kıymetlerin getirilmesi ihtimali yalnızca yeni kuruluş ihtimaline özgü değildir; şüphesiz ki kurulmuş ve faaliyette olan bir şirkete sermaye artırımı aşamasında da bu kıymetlerin kazandırılması mümkündür. Öte yandan yine ayni sermayenin gündeme geleceği tek ihtimal bir şirketin "sıfırdan" vücut bulduğu haller değildir. Bu bakımdan örneğin mevcut bir şirketin bölünmesi suretiyle ortaya çıkacak olan iki ayrı şirketin sermayesi önceki "kaynak" şirketin malvarlığı olduğuna göre, bu malvarlığına dâhil bulunan nakit para dışındaki kıymetlerin ayni sermaye olarak nitelendirilmesi icap eder. Aynı durum iki kaynak şirketin birleşerek yeni bir anonim şirket oluşturmaları veya bir anonim şirketin bir başka şirketi devralması halinde söz konusu olduğu gibi, bir şirketin tür değiştirerek anonim ortaklık hukuki formuna geçmek istemesi halinde de "ayni sermaye" konusunun kapsamına girme potansiyeli taşıyan bir hukuki durum mevcuttur.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere kanun koyucunun doğal olarak temelde kuruluş aşaması özelinde kaleme aldığı ayni sermayeye ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı fiilen çok daha geniş olabilir. Şu halde ele alınması gereken önemli bir mesele de, potansiyel olarak ayni sermayeye ilişkin düzenlemelere tabi olabilecek konuların gözden geçirilmesi ve –yine kanun koyucunun tercihi çerçevesinde- bunlardan hangilerinin fiilen de söz konusu düzenlemelere tabi kılındığının tespitidir. Gerçekten de aşağıda görüleceği üzere kanun koyucu zaman zaman tipik olarak kuruluşta ayni sermaye taahhüdü teşkil etmeyen bazı durumlarda ayni sermayeye ilişkin hükümlere atıf yaptığı gibi, tam aksine bazı durumlarda da farklı bir hukuk politikası tercihini benimsemiş ve pekâlâ ayni sermaye vaz'ı olarak nitelendirilmesi mümkün olan bazı ihtimallerde açık bir biçimde ayni sermayeye ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmayacağını hükme bağlamıştır. Bu çerçevede aşağıda ilgili başlıklarda kısaca anonim ortaklıkta ayni sermayeye ilişkin kanuni düzenlemelerin uygulama alanını ortaya koymaya çalışacağız.

II. ESAS SERMAYE ARTIRIMI

Esas sermaye artırımı kapsamında da pay sahiplerinin/iştirak müteahhitlerinin katılma payı olarak ayni değerleri getirmelerinin mümkün olduğuna yukarıda değinmiştik. Nitekim bu hususu gözeten kanun koyucu, bu aşamada ayni sermaye getirilmek istenmesi halinde ayrıca uygulanacak özel hükümler sevketmek yerine, kanun yapma tekniğine daha uygun bir biçimde TK m. 459/3'te diğer hususların yanı sıra dış kaynaklardan sermaye artırımında ayni sermaye konulması durumunda TK m. 342 ve 343. maddelerin "kıyas yoluyla" uygulanacağını belirtmiştir[1]. Dolayısıyla

[1] Karş. eTK m. 392/1. Bahsi geçen hükümde yapılan yollama önemli tartışmaları da beraberinde getirmişti. Gerçekten de anılan fıkranın ilk cümlesinde *"Umumi heyet hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılmasına karar verdiği takdirde, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümler cari olur."* deniliyordu. Kullanılan ifadenin yol açtığı ilk tartışma esas sermaye artırımının yeni veya kısmi kuruluş sayılıp sayılmayacağı idi. Öte yandan *"hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılması"*ndan bahsedilmiş olması karşısında yalnızca dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımı bakımından değil, iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımında da kuruluş hükümlerinin uygulanması meselesi gündeme gelmekte, böylece iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımının bünyesine aykırı hükümlerin uygulanması zorunluluğu sorun oluşturmaktaydı. Nihayet yine eTK m. 392/1, c. 3'te mevsuf kuruluşa yol açan haller ile ilgili olarak *"Bu hallerde kuruluş esnasında verilmesi şart olan bilirkişi raporu idare meclisi tarafından verilir"* denilerek, esas sermaye artırımı bakımından bağımsız bilirkişiler eliyle yapılacak değerlemeye bir istisna tanınmış olması, sermayenin eksiksiz bir biçimde teşekkülüne yönelik haklı menfaati tehdit etmekteydi. Hatta daha sonraları 1995/1 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tebliğinde esas sermaye artırımında dahi ayni sermayeye biçilecek değerin mahkemece atanacak bilirkişi eliyle yapılacak olması, normlar hiyerarşisi

anonim ortaklıkta ayni sermaye kalemlerinin kapsamını çizen TK m. 342 ile sermaye olarak taahhüt edilen malvarlığına mahkemenin atayacağı bağımsız bilirkişi tarafından değer biçilmesine ilişkin prosedürü düzenleyen TK m. 343'ün esas sermaye artırımında da uygulanacağı tartışmasız hale gelmiştir. Böylece özellikle esas sermaye artırımı kapsamında taahhüt edilen ayınlara değer biçilmesi konusunda eski dönemde yaşanan karmaşanın giderilmiş olması önemlidir[2]. Ayrıca TK m. 457'de düzenlenen yönetim kurulu beyanında da TK m. 349'da düzenlenen kurucular beyanına paralel şekilde[3] ayni sermaye getirilmesi halinde bunun için verilecek karşılığın uygunluğunun belirtilmesi arandığı gibi, ayrıca ve açıkça TK m. 349'a da atıf yapılmıştır[4].

Öte yandan her ne kadar yukarıda da ifade edildiği üzere esas itibariyle kuruluş aşaması göz önünde bulundurularak kaleme alınmış olsa da, ticaret şirketleri bakımından genel hüküm niteliğindeki TK m. 127 vd. maddelerin, bu kapsamda özellikle TK m. 128'in, esas sermaye artırımı bakımından da –esas sermaye artırımının mahiyeti ve buna ilişkin özel hükümler de göz önünde bulundurulmak kaydıyla- uygulama alanı bulacağı hususunda tereddüt edilmemelidir. Bu bakımdan örneğin esas sermaye artırımında sermaye taahhüdü TK m. 459/1 ve TK m. 128/1 uyarınca iştirak taahhütnamesinin yanı sıra değişik esas sözleşmede de yer

---

çerçevesinde daha farklı bir soruna yol açmıştır. eTK m. 392'nin doğurduğu problemler, tartışmalar ve değişiklik önerileri için bkz. Kaya, Arslan, "Sermaye Artırımı", **Makalelerim I,** s. 87-88; ayrıca özellikle esas sermaye artırımında değerlemeyi kimin yapacağı ile ilgili olarak kanun ve tebliğ düzenlemesi arasındaki farka ilişkin değerlendirmeler ve bu konuda doktrinde ileri sürülmüş görüşler hakkında bkz. Moroğlu, **Sermaye Artırımı,** s. 57-58.

[2] Bu konuda bkz. dn. 1

[3] TK m. 457 gereği düzenlenecek olan yönetim kurulu beyanının kuruluştaki kurucular beyanının bir benzeri olduğu yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 360.

[4] Ancak TK m. 457/2'de farklı olarak yönetim kurulu beyanında ayrıca "değerleme yöntemi"nin ve bunun "isabeti ve haklılığı"nın da belirtilmesinin aranmış olması isabetsizdir. Esas sermaye artırımı halinde de değerlemenin bağımsız bilirkişi tarafından yapılacağı ve söz konusu bilirkişinin TK m. 459/3'ün TK m. 343'e yaptığı atıf uyarınca hazırlayacağı değerleme raporunda bu hususları belirteceği dikkate alındığında, değerleme konusunda uzman olmak gibi bir zorunluluğu bulunmayan yönetim kurulunun değerlemenin yöntemi ve bu yöntemin isabeti hakkında ayrıca bir beyanda bulunmasını beklemek anlamsızdır. Yönetim kurulu beyanında mutlaka değerleme ile ilgili bir açıklama yapılacaksa, bunun esasen bilirkişinin biçtiği değerin açıkça gerçek değerin çok üstünde olması ihtimalinde yapılması ve burada da yönetim kurulunun tam aksine değerleme yönteminin isabetsizliğini dile getirmesi düşünülebilir. Yoksa zaten kural olarak mahkemenin onayladığı rapora göre hareket edecek yönetim kurulunun değerlemenin isabetini açıklaması beklenmemelidir.

alabilecek[5], sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerindeki bir sınırlı ayni hak getirilecekse TK m. 128/3 uyarınca bu borcu içeren esas sözleşme değişiklik metni resmi şeklin yerini tutacak[6], ayni sermaye taahhüdünün geçerlilik kazanabilmesi için ayni sermaye kalemleri için TK m. 128/2 uyarınca öngörülen şerh, kayıt ve tevdi işlemleri gerçekleştirilecek, aksi takdirde sermaye artırımının tescili reddedilmek gerekecek, çeşitli ayni sermaye kalemlerinin ortaklığa intikal anı yine TK m. 128/4 ve 5'e göre tespit edilecek, nihayet esas sermaye artırımı kapsamında ayni sermaye olarak getirilen varlıklar hakkında özel bir sicil tutuluyorsa, TK m. 128/6 uyarınca sermaye artırımını tescil eden ticaret sicili müdürü ilgili sicillerdeki kayıtların düzeltilmesi amacıyla resen ve derhal bildirimde bulunacaktır[7].

III. YENİDEN YAPILANDIRMA HALLERİ

A. Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme

Birleşme ve bölünmede en azından bir şirketin malvarlığı diğer bir şirkete intikal etmekte olduğundan, tür değiştirmede ise tek bir süjenin varlığı esas olsa dahi hiç değilse eski türün malvarlığı yeni türün malvarlığı haline geldiğinden yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu haller potansiyel olarak ayni sermaye taahhüdüne ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulabileceği hallerdir. Hatta özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, bir şirketin malvarlığının diğer bir -anonim- şirkete intikali durumunda, bu malvarlığının içerisinde yer alan nakit dışı varlıkların parasal olarak

[5] Esas sözleşme metninde taahhüt yolu ile sermaye artırımının açıkça düzenlenmiş olmasının, rüçhan haklarının kullanılmasına ilişkin işlemlere ihtiyaç göstermeyen "kısa yoldan sermaye artırımı" metoduna kanuni bir temel sağladığı yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler,** s. 362.

[6] Bununla birlikte taşınmazın sermaye olarak getirilmesine ilişkin iştirak taahhüdünün resmi şeklin yerini tutup tutmayacağı, eTK m. 283/4'ün bu yöndeki açık hükmünün yeni TK'da yer almamış olması karşısında tereddütlü hale gelmiştir. Hatta yine eTK m. 283/4'te iştirak taahhütlerinde yer alan imzaların noterce tasdik edileceğine ilişkin düzenlemenin de yeni dönemde mevcut olmaması, hiç değilse yorum yoluyla TK m. 128/3'ün iştirak taahhütleri bakımından uygulanmasını da engellemiş ve kanımızca sorunun olumsuz cevaplanması zorunluluğunu doğurmuştur. Bununla birlikte, iştirak taahhüdünün yazılı olarak yapılacağı TK m. 459/2'de açıkça öngörüldüğünden, devir taahhüdü adi yazılı şekle tabi kıymetler bakımından iştirak taahhüdünde yer alacak kaydın yeterli olacağını belirtelim.

[7] Tezimizin kaleme alınışında da esas itibariyle kuruluş aşaması dikkate alınarak açıklamalarda bulunulmuş ise de, zaman zaman özellikle farklı bir yorumu gerektirdiği durumlarda konu sermaye artırımı çerçevesinde ayrıca ele alınmıştır. Bununla birlikte genel olarak kuruluş çerçevesinde yapılan açıklamaların, ayni sermayeye ilişkin hükümlerin sermaye artırımı bakımından da kıyas yoluyla uygulanacağı göz önünde bulundurularak okunması gerektiği söylenebilir.

ne kıymette olduğu ve bunlar karşılığında kime ne oranda pay verileceğinin tespiti için akla gelen ilk yol ayni sermaye taahhüdüne ilişkin hükümlerdir. Nitekim eTK döneminde de –esasen birleşme ve tür değiştirme konularıyla ilgili sınırlı düzenlemeler kapsamında- yeri geldikçe kuruluşa ilişkin hükümlere atıf yapıldığı gibi (bkz. TK m. 152, 452/1); doktrinde de ayni sermaye taahhüdüne ilişkin hükümlere işaret ediliyor, öncelikle birleşme bakımından ayni sermaye taahhüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul ediliyordu[8]. Yine bölünmenin ortalıklar hukuku çerçevesinde kanuni bir düzenlemeye konu olmadığı eTK döneminde, bu eksikliğe rağmen özellikle vergi mevzuatında yer alan hükümler de dikkate alındığında bölünme kurumuna Türk hukuku bakımından da hayatiyet kazandırılabileceği ve bunun için genel hükümlerden faydalanılması gerektiği belirtilmiş, bu bakımdan bölünen ortaklığın malvarlığının devralan veya yeni kurulan ortaklığa intikali noktasında ayni sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına işaret edilmişti[9]. Nihayet eTK döneminde konu tartışılmış ve farklı görüşler savunulmuşsa da, en azından bir görüş, tür değiştirmenin de ayni sermaye hükümlerinin uygulama alanına girme potansiyeli taşıdığı yönündeki tespitimizi teyit eder biçimde, tür değiştirme halinde de ayni sermaye vaz'ına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir[10].

---

[8] Birleşme bakımından Arslanlı, **C. I,** s. 37, yazar birleşmede intikal edecek malların şirketin/şirketlerin mameleklerinden ibaret olduğunu, mamelek ayni sermaye vasfında olduğundan birleşmede şirketin sırf ayınla tesis edilmiş olacağını belirtmektedir, aynı yönde **C. III,** s. 249-250; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 151d, 159c; İmregün, **a.g.e.,** s. 44.

[9] Tekinalp, Ünal, "Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4864 Sayılı Kanun'un İşlerliği", **Mükellefin Dergisi,** Ekim 2001, S. 106, s. 39 vd.; Kaya, Arslan, "Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi", **Makalelerim I,** s. 127 vd., özellikle s. 129; Helvacı, Mehmet, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi,** İstanbul 2004, s. 30; Coştan, Hülya, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme,** Ankara 2004, s. 140 vd.; Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 52-53, 56; nitekim KVK m. 19/3-(b)'de de kısmi bölünme halinde bölünen ortaklığın malvarlığının ayni sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak bir şirkete getirmesinden bahsedilmiştir.

[10] eTK döneminde bu konu özellikle TK'da karşılığı bulunmayan ve ayın karşılığı çıkarılan hisse senetlerinin devrini iki yıl süre ile yasaklayan eTK m. 404 hükmünün tür değiştirme halinde de uygulama alanı bulup bulmayacağı bağlamında tartışılmıştır. Nev'i değiştirme halinde de ayni sermaye hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. Arslanlı, **C. I,** s. 37; İmregün, **a.g.e.,** s. 43-44,; özellikle eTK m. 152'de benimsenen şekil değiştirici tür değiştirme modeli uyarınca hukuki ayniyet ve devamlılığın kabul edilmiş olması gerekçesiyle aksi görüşte Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), **a.g.e.,** N. 175; Kendigelen, Abuzer, "Bir Ticaret Şirketinin Anonim Şirket Nev'ine Dönüştürülmesi ve Payların Devri Yasağı", **Makalelerim,** C. I, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 74 vd.

Ancak kanun koyucu yeni dönemde yeniden yapılandırma modelleri olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerini, mehaz İsviçre hukukunu esas almak suretiyle ayrıntılı bir biçimde kanuni düzenlemeye konu etmiş ve bu çerçevede bir hukuk politikası değişikliğine de giderek, anılan süreçleri kolaylaştırmak ve teşvik etmek amacıyla[11] her üç halde de –özellikle sermaye ortaklıkları bakımından- ayni sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmayacağını ayrıca ve açıkça hükme bağlamıştır (bkz. TK m. 142/2, 143, 163/2, 164, 184/1)[12]. Dolayısıyla TK bakımından birleşmede devralınan ortaklığın veya birleşen ortaklıkların, bölünmede kısmen veya tamamen bölünen ortaklığın, tür değiştirmede ise tür değiştiren ortaklığın malvarlığı ayni sermaye muamelesi görmeyecek, bu çerçevede ne ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler ne de özel olarak anonim ortaklığa ilişkin düzenlemeler kapsamında yer alan, ayni sermaye yeterliliğine, kuruluşta ve esas sermaye artırımında ayni sermaye taahhüdüne ve bunların ortaklığın intikaline, ayni sermaye konusu malvarlığına değer biçilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır[13].

[11] Bu bakımdan getirilen yeni hükümlerle "söz konusu yapısal değişikliklerin güvenli, şeffaf ve basit bir işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri"nin sağlanmasından bahseden Genel Gerekçe, N. 114 (Kendigelen, **Yeni TK,** s. 52).

[12] eTK döneminde bölünmenin maddi hukuk cephesinin düzenlenmemiş olması ve işlemin ayni sermaye konmasına ve sermaye artırımına ilişkin genel düzenlemeler çerçevesinde yapılmasının, bu işlemlere ilişkin ağır işleyen usul ve ortak ve alacaklıları korumaya matuf tedbirler dolayısıyla bölünme işlemlerine sekte vuracak nitelikte olduğunu, bu işlemlerin sadece kaydi olarak yapılması imkanı bulunmadığı için maddi hukukta bölünme halinde sermaye artırımı ve azaltılmasını kolaylaştıran hükümlerinin bulunmasının özellikle önemli olduğunu belirten ve bu bakımdan –o dönemki adıyla- TK Tasarısında bu hususun göz önünde bulundurulmuş ve TK'da yer alan bazı maddelerin uygulanmayacağının düzenlenmiş olmasının önemine dikkat çeken, Kaya, **Bölünme ve Hisse Değişimi,** s. 129.

[13] Tekinalp ayni sermaye hükümlerinin uygulanmama sebebi olarak bir yandan külli halefiyet ilkesini, diğer yandan ise birleşme (ve bölünme) raporu ile sağlanan güvenlik sistemi ile ayni sermaye denetiminin örtüşmesini, bu sebeple ayrıca ayni sermaye hükümlerinin uygulanmasının tekrar anlamı taşıyacağını göstermektedir, **Sermaye Ortaklıkları,** § 24-06, § 25-16, ayrıca tür değiştirmede ne devir ne de sermaye konulması söz konusu olmadığı için ayni sermayeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönünde, **a.e.,** § 26-18.

B. İşletmenin Ticaret Şirketiyle Birleşmesi veya Ticaret Şirketine Dönüşmesi (TK m. 194)

1. Genel Olarak

TK'nın birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin sonunda yer alan bir düzenleme de TK m. 194'tür. Esasen TK tasarısının ilk halinde yer almayan bu madde Adalet Komisyonu aşamasında kanuna eklenmiştir[14]. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu raporunda *"Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Oysa tasarıda bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Alt Komisyon, muhtemel birleşme veya tür değiştirme durumunu göz önüne alarak, bu boşluğu doldurmak amacıyla Tasarıya "Ticari işletme ile ilgili birleşme veya tür değiştirme" başlığı altında, yeni 194 üncü madde eklemiştir"* denilmiş, daha sonra maddenin TBMM aşamasında görüşülmesi esnasında verilen önerge ile maddenin üçüncü fıkrasında yer alan tür değiştirmeye yönelik ibarenin doğru olmadığı belirtilerek bunun yerine "ticari işletmeye dönüştürülen ticaret şirketi" ibaresine yer verilmiştir[15].

Getirilen bu düzenleme uyarınca –konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla- bir ticari işletme bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle "birleştiği" takdirde, birleşmeye ilişkin maddeler kıyasen uygulama alanı bulacağı gibi (TK m. 194/1), bir ticari işletme bir ticaret şirketine dönüştüğü takdirde de tür değiştirmeye ilişkin hükümler yine kıyas yoluyla uygulanacaktır (TK m. 194/1).

Hemen belirtelim ki getirilen bu düzenleme bizce pek çok bakımdan ve bu arada konumuz açısından da eleştiriye açık ve yerindeliği son derece şüpheli bir hükümdür. Hükmün bu bakımdan çeşitli cephelerden değerlendirilerek eleştirilmesi ve ortaya çıkardığı sorunların tespiti zorunluluğu bulunduğu gibi, bununla yetinilmeyerek, öyle ya da böyle TK'nın içerisinde kendisine yer bulmuş bir hükmün mevcut durumda ne anlam ifade ettiği, tespit edilen muhtemel problemlerin çözüm

[14] Bu konuda ayrıca bkz. ve karşılaştırınız GVK m. 81/b. 2; KVK geçici m. 5.
[15] Adalet komisyonu raporu ve TBMM'de verilen önerge için bkz. Kendigelen, **Yeni TK,** s. 315.

yolunun ne olacağı, kısacası söz konusu düzenlemenin –özellikle ayni sermaye meselesi bakımından- nasıl "telif edileceği" de değerlendirilmelidir.

2. Hükmün Yerindelik Bakımından Değerlendirilmesi

Öncelikle, hükmün gerekçesinde yer verilen *"Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Oysa tasarıda bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır."* şeklindeki ifadelerin gerçekliği ne ölçüde yansıttığı, başka bir deyişle vaz' edilen hükmün gerçekten de gerekçede belirtildiği gibi, o olmasaydı karşılanamayacak bir ihtiyaca cevap getirip getirmediği sorulabilir. Bize göre gerekçedeki bu tespit kesinlikle doğru değildir; bu bakımdan söz konusu düzenleme, daha önce kanun koyucunun düzenlemediği veya ihmal ettiği bir müesseseyi ilk defa hüküm altına almadığı gibi, yine bu iki fıkra sayesinde daha önce ele alınmamış bir problem de çözülüyor değildir. Hatta aksine, aşağıda ayrıca ortaya koymaya çalışacağımız üzere, bu düzenleme ile birlikte daha önce gündeme gelmemiş problemlerin doğacağı ve bu itibarla madde gerekçesindeki tespitlerin tam aksine, hükmün bizatihi yeni sorunların müsebbibi olacağı her türlü şüpheden uzaktır.

Öncelikle TK m. 194/1 ve 2'de düzenlenen hususun hukuki niteliğinin ne olduğu tespit edilmelidir. Bu bakımdan maddede kullanılan "bir ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle birleşmesi", "bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi" gibi ifadeler, düzenlenen olgunun gerçek hukuki niteliğini görmeyi engellemekte ve madde gerekçesine yansıdığı üzere düzenlenen kurumların yeni olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Hâlbuki her iki durumda da mesele bir ticari işletmenin anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilmesinden ibarettir. Gerçekten de maddede birleşmeden ve tür değiştirmeden/dönüşmeden bahsedildiğine göre her halükarda ticari işletme karşılığında ticari işletmenin eski sahibine/sahiplerine devralan ortaklıktaki ortaklık payları verilecektir[16]. Bu ise ticari işletmenin ayni sermaye

[16] Karş. TK m. 194/1'in ticari işletmenin bir ticaret şirketine devri halinde uygulama alanı bulacağından bahseden Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri,** s. 3904. Bizce bu düzenlemenin hem kanunda yer aldığı bölüm, hem de metinde kullanılan "birleşme", "dönüşme/tür değiştirme" kavramları –bu kavramların kullanımı konusundaki isabetsizliğe ilişkin eleştirimiz saklı kalmak kaydıyla-TK m. 194'ün ticari işletmenin nakit ya da herhangi bir nakit dışı değer karşılığında değil, ancak pay karşılığında devri halinde uygulanması gerektiğine işaret etmektedir.

olarak getirilmesinden başka bir şey değildir; bu çerçevede esasen birinci fıkrada mevcut bir şirkete esas sermaye artırımı kapsamında, ikinci fıkrada ise yeni kurulan bir şirkete kuruluş kapsamında bir ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesinden bahsedilmektedir[17]. Bu itibarla madde gerekçesindeki iddianın aksine kesinlikle yeni ve daha önce kanunda öngörülmemiş bir ihtimal düzenlenmemekte, dolayısıyla yine madde gerekçesindeki ifadenin aksine bu konuda bir "boşluk" bulunmamaktadır. Aksine ticari işletmenin ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesi ihtimali TK m. 127/1-(g)'de açık bir biçimde öngörülmüştür ve bu durumda hiç tereddütsüz ayni sermaye taahhüdüne ilişkin hükümler uygulanabilecek ve konu bu rejim çerçevesinde sonuca bağlanabilecektir. Bu bakımdan konunun "birleşme" veya "tür değiştirme/dönüşme" olarak tavsifi hem yanıltıcı hem de hatalıdır[18].

Dahası meselenin birleşme veya –en azından maddenin Adalet Komisyonu'nda kabul edilen ilk halinin üçüncü fıkrasına açıkça yansıdığı biçimde-

[17] Ticaret şirketlerinin bir ticari işletmeyi devralması sonuçları itibariyle birleşme işlemine yaklaşabilir, ancak bu durum iki kurumun birbirinden farklı olduğu gerçeğini kesinlikle değiştirmez. Nitekim eTK döneminde konuyu inceleyen Türk, bir ticaret şirketinin bir gerçek kişiye, dernek veya vakıf gibi bir tüzel kişiye, adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan bir topluluğa yahut aynı veya farklı türden başka bir ticaret şirketine ait işletmeleri devralabileceğini, eBK m. 179-180 hükümlerine tabi böyle bir devralmanın özellikle devir karşılığında para (satım) veya diğer ekonomik değerlerin (trampa) değil de pay senetlerinin verilmesi halinde (işletmenin sermaye olarak konması) birleşmeye "yakın" sonuçlara ulaştırabileceğini, hatta bu bakımdan pay senetleri karşılığında yapılan işletme devrine birleşme ile benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyacak şekilde "gerçek olmayan birleşme (unechte/uneigentliche Fusion)" dendiğini, bu tür bir devralmanın eTK döneminde birleşme için aranan nev'ilerin aynı olması koşulu karşısında farklı türdeki ortaklıklar açısından ekonomik yoğunlaşmayı sağlamak için çok önemli bir enstrüman da teşkil edeceğini belirtmekte, bununla birlikte bu işlemin işletmenin sermaye olarak getirilmesi niteliğinde olduğunu vurguladıktan sonra, bu durumun kesinlikle ticaret şirketlerinin birleştirilmesi ile karıştırılmaması gerektiğine dikkat çekmekte ve her iki işlem arasındaki farklar üzerinde durmaktadır, Türk, Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu,** Ankara 1986, s. 181 vd., özellikle s. 189-190.

[18] Ticari işletmenin yeniden yapılandırma hukukunun bir parçası haline gelmiş olması doktrinde Tekinalp tarafından övgüyle karşılanmış ve cesur bir adım olarak nitelendirilmiştir (Tekinalp, **Ticari İşletme,** s. 6). Yazar ayrıca TK m. 194/1'i değerlendirirken *"Bu suretle bir kanun boşluğu doldurulmuş ve uygulamada kendisini hissettiren bir ihtiyaca cevap verilmiştir"* demek suretiyle madde gerekçesindeki yaklaşıma katıldığını da ortaya koymaktadır (s. 14). Bizce daha ilginç olan ise yazarın TK m. 194/1 bağlamında kullandığı şu ifadeleridir: *"Tasarı ticari işletmenin yeni kuruluş suretiyle bir ticaret şirketiyle birleşmesini uygun görmemiştir. Aynı tacire veya adi şirkete ya da farklı kişilere ve adi şirketlere ait ticari işletmelerin yeni kurulacak bir şirkette birleşmeleri için kanunda hüküm öngörmeye gerek yoktur. Çünkü, bir ticari işletmenin ayni sermaye olarak konulması suretiyle bir ticaret şirketi kurulabildiğine göre, birleşme hükümlerine başvurulması mantıki değildir" (s. 14).* Hâlbuki tam da yazarın bahsettiği sebeple bir ticari işletmenin bir şirketle birleşmesiyle ilgili olarak da kanunda ayrıca hüküm öngörülmesine gerek yoktur. Zira bir ticari işletmenin pekâlâ sermaye artırımı kapsamında da ayni sermaye olarak konulması mümkündür ve bu konudaki düzenlemeler çerçevesinde mesele halledilebilecektir.

tür değiştirme olarak ifade edilmesi birleşme ve tür değiştirme kavramlarının kapsamı açısından da sıkıntılıdır. Nitekim konunun tür değiştirme olarak nitelendirilmesindeki problem tespit edilmiş ve en azından lafzi olarak bu niteleme TBMM aşamasında hükümden çıkarılmıştır. Öte yandan birinci fıkrada ticari işletmenin bir anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi açık bir biçimde "birleşme" olarak adlandırılmaktadır. Hâlbuki tartıştığımız anlamda "birleşme" kavramı bugüne kadar Türk hukukunda "ticaret şirketleri" özelinde düzenlendiği gibi (bkz. eTK m. 146 vd., 451 vd.), doktrinde de bu çerçevede incelenmiş, nitekim Türk doktrininde birleşmenin tanımı yapılırken bu işlemin ticaret şirketleri arasında gerçekleşeceği, tanımsal bir unsur olarak zikredilmiştir[19]. Karşılaştırmalı hukukta da esas itibariyle benzer bir durum söz konusudur; buna göre birleşme kural olarak ticaret şirketleri arasında gündeme gelen bir olgudur, bunun dışında birleşme işleminin süjesi olma ehliyeti ise ancak hukuken bir kişiliği ve dolayısıyla ehliyeti bulunan varlıklar bakımından tanınmıştır[20]. Nitekim ticaret şirketleri bakımından birleşme yalnızca malvarlığı devri ile sınırlı bir yeniden yapılanma modeli değildir; bunun yanı sıra iki şirketin mevcudiyeti karşısında ayrıca ortaklık haklarının yeniden yapılandırılması da söz konusudur[21]. Tam da bu sebeple birleşmeye ilişkin hükümlerin üzerinde önemle durduğu ve bir düzene bağlamaya çalıştığı husus,

[19] Birleşme tanımının kavramsal bir ögesi olarak en az iki ticaret ortaklığının varlığından bahseden, Türk, Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi,** Ankara 1986, s. 39, özellikle s. 43 vd.; ayrıca bkz. Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 47 ve orada dn. 195'teki yazarlar. BK m. 203/1'de düzenlenen işletmeler arası birleşme ise ticaret şirketlerinin birleşmesinden ayrı bir konudur ve ayrıca yine ancak iki ticari işletme arasında, başka bir deyişle iki türdeş varlık arasında gerçekleşmektedir.

[20] Örneğin İsviçre hukukunda konuyu özel olarak düzenleyen FusG'de (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) birleşmenin esasen "şirketler" arasında gündeme geleceği açıkça ifade edilmiş (m. 3); bunun dışında dördüncü maddede ayrıca –tüzel kişiliğe sahip oldukları da dikkate alınarak- derneklerin birleşmesine de imkân tanınmıştır. Ayrıca TK m. 194/1 ve 2'deki ihtimallere karşılık gelen durum da, aynı kanunun 69 vd. maddelerinde "malvarlığı devri" kapsamında ele alınmış ve böylece bu durumun birleşme niteliğinde olmadığı açık bir biçimde kanuni düzenlemede tebarüz ettirilmiştir. Ayrıca İsviçre doktrininde de yine açık bir biçimde FusG m. 69 vd. hükümlerinin önemli bir uygulama alanı olarak bir malvarlığının bir ticaret şirketine ayni sermaye olarak getirilmesi zikredilmiş, dahası söz konusu hükümlerin uygulanmasının ayni sermayeye ilişkin özel hükümlerin uygulanmasını kesinlikle engellemeyeceği de özel olarak vurgulanmıştır, bu yönde bkz. Beretta, Piera, in **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz,** (her. Frank Vischer), 2. Auflage, Zürich 2012, Vor Art. 69-77/16-17; Frick, Joachim G., in **Stämpflis Handkommentar Fusionsgesetz,** (her. Baker&McKenzie), Bern 2003, Vorbemerkungen zu Art. 69-72/3; Alman hukukunda konunun düzenlendiği Umwandlungsgesetz'de de bu kanunun kapsamına ancak ehliyet sahibi varlıkların girdiği belirtilmiş (m. 1), ayrıca örneğin birleşme işleminin de ancak ehliyet sahibi varlıklar/kişiler arasında gerçekleşebileceği düzenlenmiştir (m. 2, 3).

[21] Arıcı, **Ticari İşletme,** s. 48.

birleşen ortaklıkların pay sahipleri arasında nasıl bir değiş tokuş ölçüsünün belirleneceği, doğması muhtemel hak kayıplarının nasıl tazmin edileceği meselesidir. Hâlbuki bir ticari işletmenin anonim ortaklık tarafından devralınmasında mesele, kuruluşta sermayenin oluşturulması veya daha sonraki dönemde esas sermaye artırımı çerçevesinde halledilecek olan, diğerine nispetle çok daha basit bir olgudur. Bu halde kendi pay sahipleri bulunan iki ayrı varlık söz konusu olmadığından, örneğin değiş tokuş oranlarının belirlenmesi gibi bir sorundan bahsedilemez; devre konu ticari işletmenin birden fazla işleteni/maliki/taciri bulunsa dahi ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi karşılığında ihraç edilecek paylar bakımından bir değiş tokuş oranına göre hareket edilmesi gerekmeyecek, şirket tek bir kişinin getirdiği malvarlığı karşısında nasıl pay ihraç ediyorsa aynı şekilde davranacak, işletmenin eski sahipleri arasındaki paylaşım tamamen kendi iç işlerine ilişkin bir sorun teşkil edecektir. Bu itibarla söz konusu halin ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin hükümler kapsamında düzenlenmesi ve birleşmeye özgü olarak vaz' edilen hükümlerin bu hale uygulanması teorik olarak kesinlikle isabetsiz bir düzenleme biçimidir.

Bir ticari işletmenin -konumuz özelinde- anonim ortaklık tarafından kuruluşta veya sermaye artırımı kapsamında devralınmasının "birleşme" veya "anonim şirkete dönüşme" olarak nitelendirilmesi yalnızca teorik izah açısından bir sorun teşkil etmez. Daha da önemlisi böyle bir niteleme neticesinde uygulanacak rejim de bütünüyle değişmektedir. Hatta bizzat TK m. 194/1 ve 2'de yollama yapılan kanun maddeleri, uygulanacak rejim konusundaki farklılığı vurgular niteliktedir. Gerçekten de TK m. 194/1'de birleşmeye ilişkin 138-140 ve 142-158. maddelere, TK m. 194/2'de ise tür değiştirmeye ilişkin 182-193. maddelere yollama yapılmıştır. Yollama yapılan hükümler arasında birleşmeye ilişkin TK m. 142/2 ve m. 143 ile m. 184/1 özellikle dikkat çekicidir. Zira anılan hükümlerde birleşme ve tür değiştirme işlemlerinde ayni sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Öyle ise TK m. 194 çerçevesinde gerçekleşecek devirlerde de ayni sermayeye ilişkin ne genel nitelikteki TK m. 127 vd. hükümlerinin ne de anonim ortaklığa özgü hükümlerin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla ticari işletmenin anonim ortaklığa pay karşılığında devredilmesi işlemi

şayet TK m. 194 uyarınca gerçekleşecek ise bu durumda bizatihi bir ayni sermaye getirilmesi işlemi ayni sermayeye ilişkin hükümlerden muaf tutulmuş olacaktır.

Bu noktada herhangi bir nakit dışı varlığın değil de ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından sermaye olarak devralınması işlemi bakımından özel bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı, kanun koyucunun örneğin birleşme ve tür değiştirmeye özgü olarak alacaklıların korunması amacıyla sevkettiği hükümlerin ticari işletmenin sermaye olarak konması halinde de uygulanmasını arzu etmiş olup olmayacağı akla gelebilir. Hemen belirtelim ki ticari işletmenin normal olarak ayni sermaye prosedürü çerçevesinde anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde her halükarda uygulama alanı bulacak olan BK m. 202 hükmü çerçevesinde zaten alacaklıların korunmasını sağlayacak bir sistem işlediği için, benzer bir korumanın müessesenin bünyesine aykırı olan birleşme ve tür değiştirme hükümlerine atıfla sağlanmaya çalışıldığını düşünmek akla yakın gelmemektedir. Aynı şekilde ticari işletmenin devrinde kolaylık sağlanmak istendiyse de, hem eTK'dan farklı olarak TK m. 11/3 ile külli intikal ayrıca düzenlenmiş olduğundan, hem de daha önemlisi TK m. 128/4'te ayni sermaye kalemlerinin intikal anına ilişkin zaten özel bir düzenlemeye yer verilmiş bulunduğundan, bu konuda da birleşme hükümlerine ihtiyaç olduğu kesinlikle söylenemez. Kısacası gerek işlem kolaylığı gerekse alacaklıların korunması bakımından, madde gerekçesinde iddia edildiği gibi bir "boşluk"tan bahsedebilmek mümkün görünmemektedir.

Nihayet asıl önem arzeden ve mevcut hukuk bakımından da halline çalışılması gereken problem TK m. 194/1 ve 2'nin varlığı dolayısıyla hukuken aynı konuda uygulanması mümkün görünen ve getirdikleri düzen itibariyle birbirlerinden önemli ölçüde farklı olan iki rejimin doğmuş bulunmasıdır. Zira yukarıda da izah ettiğimiz üzere TK m. 194/1 ve 2'de düzenlenen konu esasen bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine –konumuz özelinde anonim ortaklığa- ayni sermaye olarak getirilmesidir. Bu konuda ise bir yandan ticaret şirketlerine ayni sermaye taahhüdünü düzenleyen TK m. 127 vd. ve anonim ortaklık bakımından yine aynı hususta vaz' edilmiş hükümler mevcutken, diğer yandan TK m. 194/1 ve 2'de bu konuda kıyasen uygulanmak üzere bambaşka hükümlere yollama yapılmıştır. Dolayısıyla ortaya temel bir kanunu bir bütün olarak değiştirmiş olan kanun koyucudan beklenmemesi

gereken bir hata ile birlikte hukuki açıdan çözümü elzem olan bir karmaşa da çıkmıştır: Ticari işletmenin bir ticaret şirketine ve özelde de anonim ortaklığa pay karşılığında getirilmesi halinde anılan rejimlerden hangisi uygulama alanı bulacaktır? Aşağıda bu sorunun cevabını bulmaya çalışacağız.

3. Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Pay Karşılığında Getirilmesi Halinde Uygulanması Gereken Rejimin Tespiti

Yukarıda belirttiğimiz üzere mevcut manzarada tespiti gereken ilk husus ticari işletmenin bir ticaret şirketine pay karşılığı devredilmesi halinde birbirinden ayrı iki hukuki rejimin yürürlükte olduğudur. Ancak şüphesiz uygulama güvenliği bakımından hukuki sonuçları itibariyle birbirinden böylesine farklı iki ayrı rejimin aynı anda sürmesi doğru olmayacaktır. Hukuk metodolojisi bakımından değerlendirildiğinde ortada "normların çatışması/yarışması" kavramı başlığı altında incelenmesi gereken bir problem vardır. Ancak normlar çatışması hallerinin daha yaygın türünü teşkil eden ve çoğu defa öncelik-sonralık ilişkisi çerçevesinde halli mümkün olan, çatışan normların ayrı ayrı kanunlarda olması durumundan farklı olarak, tartıştığımız konuda nispeten ender karşılaşılabilecek daha özel ve çetrefilli bir durum olarak, çatışan normların aynı kanunda yer alması hali söz konusudur[22]. Daha açık ifade etmek gerekirse bu durumda aynı kanunda yer alan iki ayrı hükümde aynı hukuki mesele farklı hükümlere/sonuçlara tabi kılınmıştır; şu halde artık öncelik-sonralık ilişkisi çerçevesinde çözülmesi mümkün olmayan bir normlar yarışması hali mevcuttur ve bu noktada farklı bir metoda olan ihtiyaç aşikârdır.

Normlar çatışmasının bu şeklinde duruma göre tutulabilecek temelde iki yol üzerinde durulmuştur. Bunlardan birincisi aynı konuyla ilgili olarak düzenlenen farklı sonuçların birbirini nakzetmediği, aksine yekdiğerini tamamladığı hallerdir ki, bu takdirde iki hükmün bir arada değerlendirilmesi sonucunda söz konusu maddelerde düzenlenen sonuçların ya seçimlik olarak (alternatif norm çatışması), yahut da bir arada ve aynı anda uygulanabilir olduğu (kümülatif norm çatışması) kabul edilmektedir. Hemen belirtelim ki TK m. 194/1 ve 2'nin atıf yaptığı hükümler

[22] İki hal arasındaki farkı vurgulayan Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft,** Dritte neu bearbeitete Auflage, Berlin-Heidelberg-New York-Barcelona-Budapest-Hong Kong-London-Mailand-Paris-Tokyo 1995, s. 87-88.

ile ayni sermayeye ilişkin genel düzenlemeler arasında bu şekilde birbirlerini tamamlayıcı bir ilişki değil, tam aksine açık bir ayrışma olduğu açıktır ve dolayısıyla bu iki rejimin bir arada birbirini destekleyen/bütünleyen bir sistem olarak ele alınması mümkün değildir. Bu itibarla tartıştığımız ihtimalin alternatif veya kümülatif norm çatışması hallerine örnek teşkil etmediği bizce açıktır.

Bu tarz norm çatışması durumlarında gündeme gelen ikinci ihtimal ise, aynı konuyu düzenleyen iki norm arasında dışlayıcı bir ilişki bulunduğunun ve böylece normlardan birinin diğer karşısında önceliğe sahip olduğunun kabulüdür. Bu durumda ise dışlayıcı norm yarışması/çatışması halinden bahsedilmiştir[23]. Bu halin yaygın bir örneği iki düzenleme arasında özel-genel hüküm ilişkisinin bulunmasıdır. Gerçekten de pek çok durumda özel nitelikteki norm kendine özgü alanda genel nitelikteki normu dışlar ve bu alan içerisinde münhasıran özel nitelikteki hüküm uygulanır; bunun dışında daha geniş kümedeki olgular için ise genel nitelikli hükme başvurulur. Tartıştığımız konuya özel-genel hüküm ilişkisi çerçevesinde yaklaşıldığında, kural olarak bir ticaret şirketine ayni sermaye getirilmesi halinde TK m. 127 vd. ile şirketin türüne göre ilgili hükümlerin uygulanacağı, buna karşılık ayni sermaye kümesi içinde daha özel bir hal olarak ticari işletmenin sermaye konusu olması durumunda ise bu spesifik ihtimale özgü hüküm niteliğindeki TK m. 194'ün uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılabilir.

Ancak hemen belirtelim ki Enneccerus/Nipperdey'in isabetle belirttiği üzere, yaygın kanaatin aksine özel hükmün (lex specialis) genel hükmü (lex generalis) daima nakzedeceği şeklinde genel ve kesin bir kuraldan bahsedilmesi doğru değildir. Aksine yarışan/çatışan normlar arasında alternatif, kümülatif veya dışlayıcı bir ilişki bulunup bulunmadığı konusunda yapılacak tespit esas itibariyle bir yorum faaliyetidir. Bu kapsamda mesele, hükümlerin lafzına, bağlamlarına, tarihi

[23] Alternatif, kümülatif ve dışlayıcı norm yarışması tasnifi ve bunların içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Halbband: allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1959, s. 350 vd.; Larenz/Canaris, **a.g.e.,** s. 88 vd.

gelişimlerine ve özellikle de hükümlerin amacına ve farklı yorumların ulaştıracağı sonuçların kıymetine göre çözülmek durumundadır[24].

Tartıştığımız konuya dönersek, her şeyden önce TK m. 194/1 ve 2 ile ayni sermayeye ilişkin düzenlemeler arasında bir özel-genel hüküm ilişkisi olduğunu söylemek dahi bizce mümkün değildir. Her şeyden önce TK m. 194'ün metninde bu düzenlemenin özel olarak ticari işletmenin sermaye olarak konması ihtimalini konu edindiğine yönelik hiçbir lafzi işarete yer verilmemiştir. Tam aksine konunun "birleşme" ve "dönüşme/tür değiştirme" kavramı altında ele alınmış olması, kanun koyucunun meselenin ayni sermaye taahhüdünün özel bir halini teşkil ettiğine yönelik bir bilinç taşımadığını ve dolayısıyla bu özel ihtimali kasıtlı bir biçimde genel kuraldan ayrı olarak düzenlemek arzusu taşımadığını ortaya koymaktadır. Hatta aksine hükmün gerekçesinde uygulamada böyle bir ihtiyacın doğabileceğinden, hâlbuki tasarıda bu konuda herhangi bir hükmün yer almadığından, bu sebeple oluşan boşluğu doldurmak amacıyla TK m. 194'ün kaleme alındığından bahsedilmiş olması karşısında, kanun koyucunun iki düzenleme arasında bir özel-genel hüküm ilişkisi olabileceğinin farkında dahi olmadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır. Özetle hükmün ne lafzı ne de vazediliş gayesine ilişkin izahat, bu düzenlemenin ayni sermaye taahhüdüne ilişkin genel hükümlerin bir istisnası şeklinde anlaşılmasına ve özel hüküm-genel hüküm ilişkisi çerçevesinde yorumlanmasına müsaade edecek niteliktedir.

Bu durumda yukarıda da işaret ettiğimiz gibi meselenin bir hukuki yorum faaliyeti neticesinde halledilmesi ve bu noktada da kanun koyucunun genel amacına ve menfaatler dengesine uygun bir yorum benimsenmek suretiyle iki rejimden birinin tercih edilmesi ve diğerinin dışlanması zarureti mevcuttur. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere bir yandan iki rejimin bir arada uygulanması mümkün olmadığı gibi,

[24] Enneccerus/Nipperdey, **a.g.e.,** s. 351. Yazarlar özel hükmün genel hükmü nakzedeceği şeklinde genel bir kuraldan bahsedilemeyeceğini belirtirken BGB § 368 ile § 371 arasındaki ilişkiyi örnek olarak göstermektedirler. BGB § 368'e göre ödeme yapan borçlu kendisine bir makbuz verilmesini isteyebilir; ancak aynı borçlu bununla birlikte BGB § 371 uyarınca şayet alacak bir senede bağlanmışsa bunun da kendisine iadesini isteyebilecektir. Dikkat edilirse bu örnekte BGB § 371'in BGB § 368'e nispetle özel bir hüküm olması otomatik olarak bunun diğerini nakzetmesi ve yalnızca özel hükmün uygulanması sonucunu doğurmamakta, her iki hüküm kümülatif olarak uygulanmaktadır. Gerçi BGB § 371'de "makbuzun yanı sıra" ifadesine yer verilmiş ve bu sonuca açıkça işaret edilmiştir ancak böyle bir açıklık bulunmasaydı dahi iki hüküm arasında kümülatif bir ilişki olduğu söylenebilecekti (**a.e.,** s. 351, dn. 9)

söz konusu rejimler arasında bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunduğunu söylemek de –özellikle kanun koyucunun gerekçeye yansıyan iradesi dikkate alındığında- bizce mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bu durumda amaçsal bir tercihte bulunmak kaçınılmazdır. Bu bakımdan bizce tercihe şayan olan rejim, ayni sermaye taahhüdüne ilişkin TK m. 127 vd.daki genel hükümler ile anonim ortaklık bakımından ayni sermaye taahhüdüne özgü olarak konulmuş düzenlemelerdir.

Her şeyden önce TK m. 194/1 ve 2 düzenlemesinin, ele aldığı konuyu hukuken yanlış nitelendirmiş olması ve kanunda zaten ayrıntılı olarak hükme bağlanmış bir konuda bir düzenleme yokmuş zannıyla kaleme alınmış olması karşısında daha baştan sakat bir hüküm olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla kanun koyucunun anılan düzenleme bakımından adeta "esaslı saik hatası" içerisinde olduğu açıktır.

Dahası anılan düzenleme kanun koyucunun ticaret şirketlerine ve özellikle de anonim ortaklığa ayni sermaye konulması konusunda özel bir dikkat ve hatta zaman zaman aşırı bir ihtiyatla oluşturduğu sistemin insicamını esaslı biçimde ve sebepsiz yere bozacak niteliktedir. Her şeyden önce birleşme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlere yapılan yollama kapsamında ayni sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı sonucuna varılması, ayni sermaye hükümlerinden ticari işletme özelinde ve herhangi bir geçerli sebep de bulunmaksızın, üstelik bütünüyle vazgeçilmesi anlamına gelecektir ki, bu sonuca doyurucu bir gerekçe sunulmadan ulaşılabilmesi kabul edilemez. Zira anılan yollamalarda hiçbir istisna getirmeksizin bir bütün olarak ayni sermaye hükümlerinin uygulanmamasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla söz konusu muafiyet çerçevesinde anonim ortaklık özelinde düşünüldüğünde, örneğin ayni sermayenin mahkemece atanacak bilirkişilerce değerlenmesine ilişkin prosedüre başvurulmayacak (TK m. 343), TK m. 128/2'nin sermaye olarak kabul edilme şartı olarak zikrettiği ve bir güvenlik önlemi olarak düşünülen sicile kayıt zorunluluğu aranmayacak, TK m. 128/6 ile eTK döneminde uygulamada yaşanan bir problemi çözmek amacıyla ticaret sicili müdürüne yüklenen bildirim zorunluluğu gündeme gelmeyecek, yine ayni sermayeye özgü bir hüküm olan TK m. 342'nin de göz ardı edileceği düşünüldüğünde örneğin üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir bulunan bir ticari işletme pekâlâ sermaye olarak

getirilebilecektir. Bu derece önemli bir istisnanın böylesine kapalı ve dolaylı bir biçimde tanınmış olduğunu söylemek oldukça zordur. Öte yandan bir an için TK m. 194/1 ve 2'de "kıyasen" uygulamadan bahsedildiği, dolayısıyla yollama yapılan muafiyete ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanması gerektiği düşünülebilirse de, bu defa da kıyasen uygulama çerçevesinde ayni sermayeye ilişkin hangi hükümlerin uygulanıp hangilerinin uygulanmayacağının tespiti iyiden iyiye karmaşık bir hal alacak ve neticede hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bir belirsizliğe mahkûm kalınacaktır. Bu sonucun ise, sermayenin tedariki ilkesinin özel olarak değer taşıdığı anonim ortaklıklar bakımından kabulü mümkün değildir.

Üstelik daha önce de belirttiğimiz üzere esas itibariyle ticari işletmenin ayni sermaye olarak konması durumunda, anonim ortaklıklara ayni sermaye getirilmesine ilişkin genel rejimden ayrılmayı gerektirecek bir ihtiyaç söz konusu değildir. Kısaca tekrar etmek gerekirse bir yandan TK m. 11/3 ile aktifler bakımından da külli intikal imkânının getirilmiş olması karşısında –örneğin eTK döneminden farklı olarak- bu konuda birleşme hükümlerine gitme gereği bulunmadığı gibi, ticari işletmenin alacaklılarının korunması açısından da BK m. 202 hükmünün varlığı karşısında birleşme veya tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelerden yardım alınmasına gerek yoktur. Hâlbuki aksine ayni sermayeye ilişkin hükümlerin uygulanmaması, sermayenin tedariki ve eksiksiz biçimde teşekkülü bakımından problem oluşturabilecektir. Bu cümleden olmak üzere bilirkişi eliyle değerleme hükümlerinden muafiyet bir risk taşıyabileceği gibi, örneğin TK m. 128/6'nın uygulanmaması da eTK döneminde yaşanan uzun yıllar boyunca şirket adına tescilin gerçekleşmemesi gibi problemlerin doğumuna yol açabilecektir.

Ayrıca birleşme veya tür değiştirmeye ilişkin hükümlerin uygulanması halinde bu defa anılan işlemlere ilişkin ayrıntılı prosedür devreye girecek, gereğinde bir ara bilanço ve ayrıca her halükarda birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu hazırlanacak, bunların incelenebilmesi için belirli süre önceden bilgilendirme yapılması gerekecek, birleşme konusunda devralan şirketin genel kurulunda ve ayrıca devrolunan şirket tarafından karar alınması gerekecek, ayrıca TK m 157 uyarınca birleşmeye katılan şirketin veya işletmenin alacaklılarının istemi halinde alacakların teminat altına alınması gerekecektir. Dolayısıyla örneğin amaç ticari

işletmenin ayni sermaye olarak taahhüdünü kolaylaştırmak ise, -bu düzenlemelerin ayni sermaye taahhüdünün mahiyetine ne ölçüde uygun olduğu meselesi bir yana- bu prosedürün de çok zahmetsiz ve hızlı olduğu söylenemez. Gerçi bu halde mahkemece atanacak bilirkişi eliyle yapılacak değerlemeden muafiyet tanınmış olması dolayısıyla önemli bir kolaylığın getirildiği söylenebilir. Hatta belirtelim ki bir hukuk politikası tercihi olarak ticari işletmenin anonim ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde bilirkişiler eliyle değerleme yapılmasından istisna tanınması ve bunun yerine işletmenin bilançosundaki mukayyet değerlerin değerlemeye esas alınması da düşünülebilir. Ancak bu defa da ayni sermayeye ilişkin hükümler kapsamında kaleme alınacak bir cümle ile ticari işletme özelinde değerleme prosedürüne ilişkin bir muafiyet tanınabilecekken neden bütüncül olarak ayni sermaye hükümlerinden muafiyet yoluna gidildiğinin izahı gerekecektir. Ayrıca şayet ticari işletmeler bakımından böyle bir muafiyet tanınacaksa, cevaplanması gereken bir başka soru, bu muafiyeti de içerecek nitelikteki Sermaye Yönergesi m. 11'in TK'ya aktarılmasından neden bilinçli olarak kaçınıldığı[25] ve aynı gerekçe ile değerlemeden muaf tutulması mümkün olan diğer kıymetler açısından neden böyle bir tercihin kullanılmadığıdır.

Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde kanımızca ticari işletmenin ayni sermaye olarak bir anonim ortaklığa getirilmesi halinde ayni sermaye taahhüdüne ilişkin genel rejim uygulanmaya devam edilmelidir. TK m. 194/1 ve 2'deki düzenlemelerin ise bir kodifikasyon hatası olarak değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla olması gereken hukuk bakımından yapılması gereken, hem teorik açıdan hatalı, hem de uygulama açısından gereksiz olan, dahası hukuk uygulaması bakımından da karmaşaya yol açacağı şüphesiz bulunan bu hükmün ilk fırsatta kanun metninden çıkartılmasıdır. Konunun zaten özel bir rejimle ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması karşısında TK m. 194/1 ve 2'nin varlığını meşrulaştıran bir ihtiyaç kural olarak mevcut değildir. Öte yandan şayet ticari işletmenin ayni sermaye konulması bakımından değerleme prosedüründen muaf tutulması isteniyorsa, hukuk politikası tercihi olarak pekâlâ savunulabilecek olan bu hususun ayni sermayeye ilişkin düzenlemeler arasında yer alacak şekilde, açık ve dolambaçsız bir biçimde

[25] Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, II, H.

yapılabileceği, bu düzenleme açısından da özellikle Sermaye Yönergesi m. 11'den faydalanılabileceğine ayrıca işaret edilmelidir.

IV. SERMAYE KALEMİ OLARAK AYNİ DEĞERLERİN GETİRİLEMEYECEĞİ ANONİM ORTAKLIKLAR

Kural olarak anonim ortaklıklara ayni sermaye getirilmesi, kendisine özgü prosedüre riayet edilmesi şartıyla mümkündür. Bununla birlikte mevzuatta yer alan özel düzenlemelerle bazı anonim ortaklıklar bakımından öz kaynak olarak nakit dışı değerlerin getirilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu çerçevede öncelikle eTK'da yer alan tedrici kuruluş usulünün karşılayamadığı halka açık kurulma ihtiyacını kaşılamak amacıyla vazedildiği madde gerekçesinde belirtilen TK m. 346 uyarınca hakla arzedilecek payların "nakdî" olması gerektiği belirtilmiştir. Anılan hüküm, SerPK'ya tabi ihraççılar tarafından ihraç edilecek payların bedellerinin "nakden" ve tamamen ödenmesi şartını öngören SerPK m. 12/1 ile temelde özdeştir[26]. Ayrıca yine SerPK m. 43/1-(c) ile aracı kurumlar, 49/1-(c) ile yatırım ortaklıkları, m: 55/2'nin 43. maddeye yaptığı yollama nedeniyle portföy yönetim şirketleri, m. 60 ile ipotek finansmanı kuruluşları ve m. 65/2-(c) uyarınca borsalar ve piyasa işleticileri bakımından da sermayenin nakit karşılığı oluşturulması şartı ayrıca aranmıştır. Bununla birlikte istisnai olarak SerPK m. 49/5 ile gayrimenkul yatırım ortaklıklarının kuruluş veya sermaye artırımları kapsamında SPK tarafından portföye alınması uygun görülen varlıkların ayni sermaye olarak getirilebileceği ve ayni sermaye karşılığında çıkarılan payların halka arzının da yine SPK'nın belirleyeceği şartlar çerçevesinde mümkün olduğu düzenlenmiştir[27].

Yine Bankacılık Kanunu m. 7/1-(f) uyarınca Türkiye'de kurulacak bir bankanın sermayesinin bütünüyle nakden getirilmesi gerektiği gibi, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 5/1-(e) uyarınca finansal

[26] Ancak SerPK m. 3/1-(ğ) uyarınca ihraç kavramının içerisine yalnızca halka arz şeklindeki ihraçların değil halka arzedilmeksizin yapılacak ihraçların da girdiği düşünüldüğünde SerPK m. 12/1 düzenlemesinin daha genel bir yasak öngördüğü belirtilmelidir.

[27] eSerPK döneminde gayrimenkul yatırım ortaklıklarında ayni sermaye konulması imkânının tarihçesi ve 4487 sayılı kanunla eSerPK'ya eklenen m. 36/3 düzenlemesi hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bahtiyar, **GYO'da Ayni Sermaye,** s. 312 vd.; ayrıca bkz. Bahtiyar, Mehmet, "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına Ayni Sermaye Konulabilmesini Düzenleyen Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğinin Değerlendirilmesi", **Makaleler I,** İstanbul 2008, s. 333 vd.

kiralama, faktoring ve finansman şirketleri; Sigortacılık Kanunu m. 3/2-(b) uyarınca sigorta ve reasürans şirketleri, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu m. 8/4-(d) uyarınca emeklilik şirketleri ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ancak bütünüyle nakdi sermayeye dayalı olarak kurulabileceklerdir.

SONUÇ

Anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışı değerlerin getirilmesi, hem 1926 ve 1956 tarihli Ticaret Kanunları'ndaki, hem de genel olarak Kıta Avrupası ve AB hukuku düzenlemelerindeki yaklaşım biçimine paralel olarak 2012 tarihli yeni Türk Ticaret Kanunu'nda da özel hükümlerin ve ağırlaştırılmış bir prosedürün konusunu teşkil etmiştir. Ancak çalışmamızın giriş kısmında da belirttiğimiz üzere TK'nın konu ile ilgili olarak getirdiği hükümler hem daha önceki Ticaret Kanunlarına hem de Kıta Avrupası'ndaki düzenleme biçimlerine kıyasla önemli farklılıklar içermektedir. Bu hükümler ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak incelenmiş ve her bir konu ile ilgili detaylar söz konusu başlıklarda ele alınmıştır. Ancak burada incelememiz neticesinde ulaştığımız en genel sonuçlar ve bu çerçevedeki önerilerimiz özetle şu şekilde sunulabilir:

1. Tezin genelindeki yaklaşımın da altında yatan ve henüz ilk bölümde ortaya koymaya çalıştığımız öncelikli tespitimiz, anonim ortaklıklar bakımından ayni sermaye konusunda "biçilen elbise"nin fazlasıyla dar olduğu ve mukayeseli hukuk bakımından da ortaklıklar hukukunda gelinen seviyeyi yansıtmaktan uzak bulunduğudur.

a. Bu çerçevede öncelikli olarak ayni sermayeye ilişkin özel ve ağırlaştırılmış düzenlemelerin temelinde yatan esas sermaye sisteminin ve özellikle de bunun günümüz anonim ortaklıklar hukukunda nasıl bir işlev gördüğü hususunun yeniden dikkatle gözden geçirilmesi gerekir. Mukayeseli hukukta konu ile ilgili olarak canlı bir biçimde yürütülen tartışmaları da dikkate alan böyle bir inceleme, ayni sermaye konusunda uzun bir geçmişi olan temkinli bakış açısının da sorgulanması gereğini doğuracaktır.

Bu kapsamda kanımızca esas sermaye sisteminin birer aracı olarak kanunlara dâhil olan ve Kıta Avrupası hukuklarında da geleneksel bir şekilde yer alan düzenlemeler bütünüyle anlamsız değilse de, bugün gelinen noktada genel yaklaşım itibariyle ayni sermaye taahhüdü konusuna daha az ihtiyatla yaklaşılması ve bu

çerçevede konuya ilişkin rejimin mümkün olduğu ölçüde daha esnek bir hale getirilmesi hukuk politikası bakımından daha doğru bir tercih olacaktır.

Bu bakımdan örneğin ayni sermaye taahhüdü halinde daha ilk aşamada devreye giren koruyucu bir tedbir olarak "değerleme prosedürü"nün bütünüyle yararsız olduğu söylenemeyeceği gibi, Kıta Avrupası anonim şirketler hukukunun geleneksel bir enstrümanı olarak genel bir konsensüse de karşılık gelen bu kurumun tamamen kaldırılması ve özellikle Amerikan hukukundaki bütünüyle farklı yaklaşıma dayalı bambaşka bir sistemin benimsenmesi gereksiz derecede radikal bir yöntem olacaktır. Bununla birlikte değerleme prosedürünün yararları yanında özellikle kuruluş aşamasında bir masraf ve zaman kaybına yol açtığı ve işlem masraflarını artırdığı da açıktır. Bu sebeple bu prosedürle ulaşılmak istenen sonucun başka şekilde elde edilmiş olduğu ihtimallerde söz konusu değerleme sürecine istisnalar tanınması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Hâlbuki TK m. 343'ün madde gerekçesinde bilinçli bir şekilde böyle bir istisna düzenlemesinden kaçınılmış olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun örneğin Sermaye Yönergesi m. 11 ile getirilen istisna imkânları üzerinde durmamış olması kanımızca yerinde olmamıştır.

b. Esasen yukarıda bahsi geçen Sermaye Yönergesi m. 11'in üye devletler bakımından dahi seçimlik bir düzenleme olduğu dikkate alındığında Türk kanun koyucusunun da bu düzenlemeyi veya buna paralel bir maddeyi yeni TK'ya almamış olması anlaşılabilir. Ancak asıl üzerinde durulması gereken ve yukarıda bahsi geçen tercihin de arkasında yatan husus, TK'nın ayni sermayeye ilişkin hükümlerinin tamamında da üzerinde etkisi hissedilen aşırı korumacı yaklaşım biçimidir. Bu yaklaşım kendisini en çarpıcı bir biçimde ayni sermaye yeterliliğine ilişkin TK m. 342 hükmünde hissettirmektedir.

Bize göre TK m. 342'ye dramatik bir biçimde yansıyan bu aşırı korumacı/ihtiyatlı yaklaşım tarzı esas sermaye sistemine ve sermayenin korunması ilkesine yüklenen hatalı rolden kaynaklanmaktadır. Nitekim konuyla ilgili diğer bazı maddelerde olduğu gibi TK m. 342'nin gerekçesinde de "sermayenin korunması" ilkesine atıf yapılmıştır. Birinci bölümde ortaya koymaya çalıştığımız üzere özellikle alacaklıların korunması bakımından sermayenin korunması ilkesinden ve esas sermaye sisteminden beklenebilecek faydanın abartılmaması gerekir. Bu sebeple söz

konusu ilke, TK m. 342 gibi, mukayeseli hukukta da eşine rastlanması zor olan, aşırı sınırlayıcı bir hükmün vazedilmesi için yeterli bir gerekçe değildir.

Her şeyden önce TK m. 342 ile üzerlerinde sınırlı bir ayni hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurları ile vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesi izaha muhtaç bir tercihtir. Bu çerçevede örneğin sırf üzerinde bir geçit irtifakı olduğu için bir taşınmazın ayni sermaye olarak getirilmesinin önüne geçilmesinin kanımızca haklı bir gerekçesi olamayacağı gibi, özellikle vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesi de TK m. 140 gibi güçlü bir koruma hükmünün varlığı karşısında tamamen anlamsızdır. Vadesi gelmemiş alacakların ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesi esasen pratik olarak alacak hakkının ayni sermaye yeterliliğinin engellenmesi anlamına gelir; zira normal olan, vadesi gelmiş alacağın değil vadesi gelmemiş alacağın sermaye olmasıdır. Ayrıca vadesi gelmemiş alacağın müstakil olarak ayni sermaye yeterliliği engellenmişken aynı alacağın ayni sermaye olarak getirilen bir işletme bünyesinde ortaklığa dâhil olması pekâlâ mümkündür ve bunda bir sakınca da yoktur. Her halükarda değerleme aşamasında sermaye olarak taahhüt edilen varlığın değerini etkileyecek birer faktör olarak dikkate alınmaları yeterli olacak unsurların, ayni sermaye yeterliliği engeli olarak değerlendirilmesi doğru olmamıştır. Bize özgü bu düzenlemenin haklı bir gerekçesini ortaya koyabilmek kanımızca mümkün görünmemektedir.

c. Öte yandan yine TK m. 342 ile kişisel emek ve ticari itibarın da ayni sermaye olarak anonim ortaklığa getirilmesinin mümkün olmadığı açıkça düzenleme altına alınmıştır. Kanımızca bu konuda da mukayeseli hukukta farklı yaklaşımların varlığı ve dahası AB hukuku düzeyinde de kişisel emeğin belli şartlarla ayni sermaye olarak getirilebilmesi ihtimalinin en azından olması gereken hukuk düzeyinde tartışma konusu edildiği gözden uzak tutulmamalıdır. Özellikle parasal değerlemenin bugün yaygın bir biçimde çeşitli alanlarda uygulandığı, bu konuda özel bir uzmanlığın oluştuğu ve bu özel uzmanlığın anonim ortkalıklar hukuku bakımından da dikkate alındığı düşünüldüğünde, artık en azından bu gerekçeyle hizmet edimleri konusunda olumsuz bir sonuca varılması bizce doğru olmayacaktır. Bu bakımdan söz gelimi bir markanın ayni sermaye olarak getirilmesinde ve buna değer biçilmesinde

herhangi bir problem görülmezken, kişisel emeğin otomatik olarak bu gerekçeyle ayni sermaye yeterliliği bulunmadığı sonucuna varılamaz. Dolayısıyla gerek hizmet edimleri/kişisel emek, gerekse ticari itibar bakımından bugün için daha farklı bir yaklaşımın en azından üzerinde durulmaya ve doktrinel olarak işlenmeye değer bir konu olduğu söylenebilir.

2. Bu tespitler çerçevesinde kanun koyucunun da hukuk politikası çerçevesinde ayni sermaye konusunda TK ile benimsediği rejimi gözden geçirmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu itibarla TK ayni sermaye konusunda mukayeseli hukukta açık bir biçimde göze çarpan seyrin tam tersine olarak 1926 ve 1956 tarihli Ticaret Kanunlarına oranla dahi çok ağır bir rejim getirmiştir. Hâlbuki mukayeseli hukuktaki eğilim, hem yukarıda işaret ettiğimiz esas sermaye sistemi ve sermayenin korunması ilkesinin fonksiyonlarına yönelik sorgulayıcı yaklaşımlar, hem değerleme konusunda ulaşılan nokta, hem de Anglo-Sakson hukukunun ortaya koyduğu alternatif rejimin sunduğu farklı bir bakış açısı neticesinde giderek ayni sermayeye ilişkin rejimin rahatlatılması yönünde olmuştur. Çalışmamızın birinci bölümünde bu eğilim örnekleriyle ortaya konmaya çalışılmıştır.

Hukuk politikası bakımından yapılan bu tercihin her şeyden önce Türk anonim ortaklıklar hukuku bakımından hangi noktalarda fayda getirdiği ve hangi noktalarda dezavantaj oluşturduğu dikkatle değerlendirilmelidir. Bu bakımdan zaten yeterince zahmetli olan ayni sermaye konulmasına ilişkin rejimin daha da sıkılaştırılmasının bizce uygulamada doğuracağı sonuç ya ayni sermaye vaz'ından bütünüyle kaçınmak veya söz konusu kuralların dolanılmasına yönelik metodlar geliştirmektir. Hâlbuki esas sermaye sisteminin veya sermayenin korunması ilkesinin sağladığı faydalar böylesine ağır bir rejimi haklılaştıracak önemde değildir. Öte yandan özellikle insan kaynağının ve uzmanlığın özel bir önemi olan girişimlerde, örneğin başlangıç seviyesindeki teknoloji şirketlerinde kişisel emek pekâlâ önemli bir sermaye unsuru teşkil edebilir ve bunun engellenmesi yerine başka önlemlerle birlikte teşvik edilmesi çok daha faydalı bir tercih olabilir. Bu çerçevede kanun koyucunun yeni TK ile ortaya koyduğu genel yaklaşım bizce yeterince gerekçelendirilmemiş ve "hesabı yeterince verilmemiş" bir yaklaşımdır.

3. Genel yaklaşıma ilişkin bu eleştirinin dışında özellikle ayni sermaye taahhüdüne ve bunların ortaklığa kazandırılmasına ilişkin TK m. 128 çerçevesinde yapılan yeni düzenlemelerin ve getirilen tedbirlerin, özellikle eTK döneminde yaşanan bazı problemleri çözmek bakımından yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu konuda söz konusu düzenlemelerin detayları ilgili bölümlerde tartışılmıştır. Ancak burada özellikle önemli gördüğümüz bazı hususlar zikredilebilir:

a. TK m. 128/1 ve özellikle 339/2-(e) uyarınca esas sözleşmede yapılacak kayıtlardaki eksiklik veya yanlışlıkların ayni sermaye taahhüdü üzerindeki etkisinin ne olacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Bu konuda menfaatler dengesini gözeten bir yaklaşım benimsenmeli ve özellikle diğer kuruluş belgelerinin varlığı ve üçüncü kişilerce ulaşılabilirliği karşısında bu bilgilerin ihmal edilmiş olmasının ayni sermaye taahhüdünün geçersizliği sonucuna yol açmayacağı kabul edilmelidir.

b. TK m. 343'te değerleme raporuna itiraz prosedürü yetersiz bir biçimde düzenlenmiş, bu kapsamda rapora ne zamana kadar itiraz edilebileceği, "menfaat sahipleri" kavramının neyi karşıladığı ve mahkemenin bu raporu onaylamasının usuli olarak neye tekabül ettiği gibi konular cevapsız kalmıştır. Yorum yoluyla bir sonuca ulaşmak yerine bu konularda açık düzenlemelerin yapılmasında fayda vardır.

c. Kurucular beyanına ilişkin TK m. 349'un emsallerine oranla fazlasıyla ayrıntılı düzenlemesinin uygulamada ortaklıklar bakımından bir problem doğurup doğurmayacağı, ticaret sicili uygulamasının ne şekilde gelişeceği izlenmelidir. Bu bakımdan ayni sermayeye bağımsız bilirkişilerce değer biçilen ve bu çerçevede hazırlanan rapora "kesin" olma niteliği de tanınan (TK m. 343) bir sistemde ayrıca kurucular beyanında kurucuların ayni sermaye mukabilinde verilecek karşılığın uygunluğunu beyan etmelerinin yerinde olmadığı belirtilmelidir.

d. TK m. 128/2 ile taşınmazlar bakımından getirilen şerh tedbiri kanımızca yerinde olmuştur. Şirket için kuruluş aşamasında herhangi bir masraf doğurmayan, buna karşılık tüzel kişilik kazanılıncaya kadar üçüncü kişilerin iyi niyetli iktisapları karşısında ortaklığı korumaya matuf böyle bir düzenleme faydalıdır. Buna karşılık aynı fıkra ile kendi özel sicilleri bulunan kıymetler bakımından getirilen kayıt yükümlülüğünün iştirak müteahhidinin ciddiyetini ortaya koymak bakımından

anlamlı olacağı düşünülebilirse de, bu kayda aynı fıkrada tanınan iyi niyeti kaldırıcı etkinin, ortaklığı ara dönemdeki üçüncü kişilerin iktisaplarına karşı korumak bakımından bir işlev görmeyeceği belirtilmelidir. Hâlbuki madde gerekçesi kanun koyucunun böyle bir beklentisi olduğunu ortaya koymaktadır.

e. Taşınırlar bakımından getirilen tevdi yükümlülüğü de şirkete belli oranda koruma sağlayabilecektir. Ancak güvenilir kişinin emin sıfatıyla zilyed konumunda olduğu dikkate alındığında bu tedbirin de iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisapları karşısında ortaklığı koruması beklenmemelidir.

f. İfa aşamasına ilişkin olarak en önemli yenilik TK m. 128/6 ile ticaret sicili müdürüne verilen, şirketin tescili ile birlikte sermaye olarak konan varlıklarla ilgili sicillere bildirimde bulunma görevidir. Böylece eTK döneminde Yargıtay kararlarına da yansıyan ve özellikle sermaye olarak taahhüt edilmiş olan taşınmazlar hakkında şirketin kuruluşunun üzerinden yıllar geçmiş olmasına rağmen şirket lehine tapu kaydında gerekli değişikliğin yapılmamasından kaynaklanan uyuşmazlıkları önlemek bakımından yerinde bir çözüm kanuna dâhil edilmiştir. Ancak bu konuda önemli bir sorun Bakanlığın konu ile ilgili olarak çıkardığı tebliğ düzenlemesidir (SAİT). Söz konusu tebliğin özellikle 6/1 maddesi ile TK m. 128/6'dan beklenen faydanın sağlanmasını engelleyecek bir düzenlemeye –kanımızca tapu harçlarından mahrum kalmamak adına- imza atılmıştır. Söz konusu düzenleme çerçevesinde TK m. 128/6'nın açık hükmüne rağmen tapu sicili re'sen işlem yapılması mümkün olmayan bir sicil olarak yorumlanmış ve buna göre tapu sicil memurunun beyanına rağmen ortaklık lehine tapuda işlem yapılmaması, her halükarda şirket yetkililerinin başvuruda bulunmasının beklenmesi öngörülmüştür. Kanun hükmüne açıkça aykırı olan bu tebliğ düzenlemesinin –Türkiye'de normlar hiyerarşisinin uygulamada çok defa çiğnenen bir ilke olduğu düşünüldüğünde- uygulamayı etkileyeceği açıktır. Bu sebeple bu tebliğ hükmünün kanuna uygun olacak şekilde değiştirilmesi veya kaldırılması zaruridir.

g. Bunun dışında kanımızca ayni sermaye borcunun ifa anı ve sermaye konusu şeyin iktisap anı bakımından TK düzenlemeleri eTK döneminde yerleşmiş olan ve genel kabul gören sistemi değiştirecek şekilde yorumlanmaya müsait değildir. Bu konuda kısaca belirtelim ki malvarlığı kaleminin iktisap anı taşınmazlar

bakımından tapu siciline tescil, taşınırlar ve diğer varlıklar bakımından şirketin ticaret siciline tescili anıdır. Yine eTK döneminde Moroğlu'nun ortaya koyduğu yaklaşıma paralel olarak iktisap anı ile sermaye borcunun ifa anı arasında bir ayırım yapılması ve sermaye borcunun ancak şirketin ilgili sermaye kalemi üzerinde fiilen hâkimiyet kurması halinde ifa edildiği sonucuna varılması yeni dönemde de sermayenin tedariki amacına uygun bir tercih olacaktır.

h. Ayrıca yine ifa meselesi ile ilgili olarak, taşınırlarda şirketin tescili ile birlikte mülkiyetin yanı sıra zilyedliğin de havale yoluyla intikal ettiğinin kabul edilmesi, ortaklığın hem mülkiyet hakkına hem de zilyedliğe dayalı dava imkanları ile mücehhez kılınması bakımından pratik olarak faydalı olacaktır. Öte yandan ilgili kısımda açıkladığımız üzere böyle bir kabulün teorik olarak da izahı mümkündür.

4. Ayni sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi veya kötü ifa hallerinde ayni sermaye sözleşmesinin altında bir nakdi sermaye borcu yattığının ve ayni sermaye sözleşmesinde oluşacak açıkların, allta yatan nakdi sermaye borcu ile kapatılacağının kabul edilmesi teorik bir altyapı sağlamak bakımından yerinde olacaktır. Bu teorik altyapının üzerine çeşitli kötü ifa-ifa etmeme hallerinde uygulanacak ve menfaatler dengesini gözeten bir hukuki rejimin kurulması mümkündür.

5. Hukukumuza 2012 yılındaki yeni kanun ile giren ve ayni sermaye meselesini de ilgilendiren TK m. 194 düzenlemesi, hem içerdiği hukuki nitelemenin hatalı olması, hem de buna bağlı olarak bir ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde uygulanacak rejimde önemli bir değişiklik getirmesi bakımından sorunludur. İlgili kısımda açıklandığı üzere aslında –anlaşıldığı kadarıyla bilinçsiz bir şekilde- bir ticari işletmenin kuruluşta veya esas sermaye artırımı esnasında sermaye olarak getirilmesi ihtimalini düzenleyen bu madde, söz konusu ihtimalleri "bir ticaret şirketinin bir ticaret şirketiyle birleşmesi" ve "bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi" şeklinde tavsif etmek suretiyle öncelikle hatalı bir hukuki nitelendirmede bulunmuş; ardından da her iki durumda birleşme ve bölünmeye ilişkin atıf yaptığı hükümler vasıtasıyla ayni sermayeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirtmek suretiyle, sonuç itibariyle "ticari işletme"ye özgü olarak ayni sermaye hükümlerine istisna getirmiştir. Bu durumda doğacak en önemli fark, değerleme prosedüründen ticari işletme özelinde

vazgeçilecek olmasıdır. Bu noktada ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanun koyucunun bu maddenin düzenlenmesinde bir saik hatası ile hareket ettiği ve zaten var olan bir kurumu, "ihtiyaç olabilir" düşüncesiyle tekrar düzenlediği; nitekim ticari işletmenin devrine ilişkin hükümler karşısında ne işlem kolaylığı ne de alacaklıların korunması bakımından birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlere gidilmesine gerek olmadığı, bu itibarla amaçsal olarak da böyle bir düzenlemenin yersiz olduğu, sonuç olarak ticari işletmenin ayni sermaye olarak getirilmesi halinde TK m. 194 hükmünün değil ayni sermaye getirilmesine ilişkin olağan rejimin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

Türk Hukuk Lugatı, 3. Baskı, Ankara 1991,

Türk Dil Kurumu Türkçe Büyük Sözlük (internet versiyonu)

TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 10, C. 12, İçtima: 2, Seksen Üçüncü İnikat, 29.06.1956-Cuma, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150) (eTK Zabıt Ceridesi).

Acemoğlu, Kevork: **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri,** İstanbul 1971 (İşletmenin Devri).

Adler, Hans/ Düring, Walther/ Schmaltz, Kurt: **Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft-Handkommentar,** 4. Auflage, völlig neu bearbeitet von Schmaltz/Forster/Goerdeler/Havermann, Band 1-Rechnungslegung, §§ 148-160, 311-313 AktG 1965, § 14 EG, Stuttgart 1968.

Akdağ Güney, Necla/ Gümüş, Mustafa Alper: "Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", **Regesta,** C. 3, S. 3, 2013/3, s. 3 vd. (Taşınırlar)

Akdağ Güney, Necla/ Gümüş, Mustafa Alper: "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşınmazların Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi ve

Tescilsiz İktisabı", **Regesta,** C. 3, S. 1, 2013/1, s. 33 vd. (Taşınmazlar)

Akdağ Güney, Necla: **Anonim Şirketlerde Kuruluş,** İstanbul 2014.

Akkanat, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması,** İstanbul 2010.

Akkanat, Halil: **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları,** İstanbul 1996 (Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmemesi).

Ansay, Tuğrul: **Anonim Şirketler Hukuku,** Altıncı Baskı, Ankara 1982.

Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.

Arıcı, Fatih: "Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkânsızlığının Hükümleri", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan,** Ankara 2006, s. 103 vd. (İmkânsızlık)

Arıcı, M. Fatih: **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü,** İstanbul 2003 (Alacak Hakkı).

Arıcı, M. Fatih: **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri,** İstanbul 2008 (Ticari İşletme).

Arkan, Azra: **Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar,** İstanbul 2005 (Bağlantılı Haklar).

Arkan, Sabih: **Marka Hukuku,** C. II, Ankara 1998 (Marka Hukuku II).

Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku,** 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Yedinci Baskı (On Altıncı Baskıdan Tıpkı Basım), Ankara 2012 (Ticari İşletme).

Arnold, Arnd: in **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Band 1-2. Teillieferung, §§ 1-53, Köln 2010

Arseven, Haydar: "Umumi Mağazalar", **İÜHFM,** 1945, C. 10, S. 3-4, s. 579 vd.

Arslanlı, Halil: **Anonim Şirketler I-Umumi Hükümler,** 3. Bası, İstanbul 1960 (C. I).

Arslanlı, Halil: **Anonim Şirketler- IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları- V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi,** İstanbul 1961 (C. III).

Arslanlı, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri,** İstanbul 1954 (Fikri Hukuk Dersleri).

Arslanlı, Halil: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri- Umumi Hükümler,** 3. Bası, İstanbul 1960 (Umumi

Hükümler).

Arslanlı, Halil: **Ticari Bey'**, 4. Bası, İstanbul 1955 (Ticari Bey).

Arslanlı, Halil: "Şirket Mukaveleleriyle Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrike Yarayan Ölçüler", **İÜHFM,** 1945, C. 11, S. 3-4, s. 128 vd.

Ayan, Mehmet: **Eşya Hukuku I-Zilyetlik ve Tapu Sicili,** 8. Tıpkı Bası, Konya, 2013.

Aydın, Alihan: "6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması", **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler,** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum 25-26 Kasım 2011, İstanbul 2012 (Ticari İşletme).

Aydın, Alihan: "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", **İÜHFM,** Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 101 vd.

Aydın, Alihan: **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi,** İstanbul 2008.

Aydıncık, Şirin: **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri,**

İstanbul 2006.

Ayiter, Kudret: **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri,** Ankara 1953 (Tasarruf Muameleleri).

Ayiter, Nuşin: **İhtira Hukuku,** Ankara 1968.

Ayiter, Nuşin: **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme,** Ankara 1968 (Mamelek).

Ayiter, Nuşin: "Emtia Senetleri ile Yapılan Tasarrufların Hukuki Mahiyeti", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** Ankara 1961, s. 441 vd.

Ayiter, Nuşin: **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri,** 2. Bası, Ankara 1981 (Fikir ve Sanat Ürünleri).

Bahtiyar, Mehmet: **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi,** İstanbul 2001 (Anasözleşme).

Bahtiyar, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Makaleler II,** İstanbul 2008, s. 177 vd.

Bahtiyar, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Kayıtlı Sermaye Sistemi", **Makaleler II,** İstanbul 2008, s. 237 vd.

Bahtiyar, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku,** Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2014 (Ortaklıklar Hukuku).

Bahtiyar, Mehmet: "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", **LHD,** Ekim 2011, Yıl: 9, S. 106, s. 3889 vd. (Ticari İşletmenin Devri)

Bahtiyar, Mehmet: "4487 Sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanununda Yapılan Önemli Bir Değişiklik: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarında Ayni Sermaye Olanağı", **Makaleler I,** İstanbul 2008, s. 307 vd. (GYO'da Ayni Sermaye)

Bahtiyar, Mehmet: "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına Ayni Sermaye Konulabilmesini Düzenleyen Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğinin Değerlendirilmesi", **Makaleler I,** İstanbul 2008, s. 333 vd.

Baldus, Christian: in **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** Band 6, §§ 854-1296, 6. Auflage, München 2013.

Ballerstedt, Kurt: "Besprechung Gadow-Heinichen Grosskommentar zum Aktiengesetz 2. Auflage", **ZHR 127,** 1965, s. 92 vd.

Barlas, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri,** 3. Bası, İstanbul 2012.

Barz, Carl Hans: "Know-How als Einbringungsgegenstand",

Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1959, ed. Benveneto Samson, Berlin 1959, s. 157 vd.

Bayer, Walter/ Schmidt, Jessica: "Die Reform der Kapitalaufbringung bei der Aktiengesellschaft durch das ARUG", **ZGR** 2009, s. 805 vd.

Bayer, Walter: in **Aktiengesetz Kommentar von Schmidt/Lutter,** §, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Band 1, §§ 1-149, Köln 2010.

Bayer, Walter: in **Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz Kommentar,** 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009.

Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri,** Ankara 1971.

Boehme, Matthias: **Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen- insbesondere obligatorische Nutzungsrechte,** Köln 1999.

Bork, Reinhard: "Die Einlagefaehigkeit obligatorischer Nutzungsrechte", **ZHR 154** (1990), s. 205 vd.

Böckli, Peter: **Schweizer Aktienrecht,** 4. völlig überarbeitete und

erweiterte Auflage, Bern 2009.

Bungeroth, Erhard: in **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. Auflage, Band 1, §§ 1-75, München 2008.

Cahn, Andreas: "Kapitalaufbringung im Cash Pool", **ZHR 166** (2002), s. 278 vd.

Cansel, Erol: **Tapu Siciline İtimat Prensibi,** İstanbul 1964.

Cavin, Adrian: **Kapitalaufbringung in GmbH und AG,** Berlin 2012.

Coştan, Hülya: **Anonim Ortaklıklarda Bölünme,** Ankara 2004.

Çağa, Tahir/ Kender, Rayegan: **Deniz Ticareti Hukuku II,** 9. Baskı, İstanbul 2009.

Çağlar, Hayrettin: "Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi", **Batider,** Haziran 2010, C. XXVI, S. 2, s. 35 vd.

Çamoğlu, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2007.

Çonkar, Kemalettin/ Ulusan, Hikmet/ Öztürk, Mehmet: **Genel Muhasebe,** 5. Baskı, Ankara 2010.

Çonkar, M. Halil: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması,** İstanbul 2009.

Dal, Seniha, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342'ye

Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 371 vd.

Davran, Bülent: "Sermaye Şirketlerinde Ayni Apor Meseleleri", **II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,** Ankara 1961, s. 5 vd.

Değirmenci, Cenker: **Anonim Ortaklıkta Iskat,** İstanbul 2006.

Domaniç, Hayri: **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi II,** İstanbul 1988 (TTK Şerhi II).

Domaniç, Hayri: **Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması- TTK Şerhi IV,** İstanbul 1990.

Döllerer, Georg: "Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften", **Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988,** Berlin-New York 1988, s. 35 vd.

Dural, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık,** İstanbul 1976.

Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.: "Limited Liability and the Corporation", **The University of Chicago Law Review,** S. 52, N. 1, 1985, s. 89 vd.

Eckardt, Ulrich: in **Aktiengesetz Kommentar von Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff,** Band I, §§ 1-

75, München 1984.

Eidenmüller, Horst/ Grunewald, Barbara/ Noack, Ulrich: "Das Mindestkapital im System des festen Kapitals", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 17 vd.

Einsele, Dorothee: "Verdeckte Sacheinlage, Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", **NJW** 1996, s. 2681 vd.

Ekkenga, Jens, "Zur Aktivierungs- und Einlagefaehigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht", **ZHR 161,** 1997, s. 599 vd.

Emmerich, Volker: in **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** 6. Auflage, Band 2, §§ 241-432, München 2012

Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl: **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Halbband: allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1959.

Enriques, Luca/ Macey, Jonathan R.: "Creditors versus Capital Formation: The Case Againist the European Legal Capital Rules", **Cornell Law Review,** S. 86, 2001, s. 1165 vd.

Erbay, İsmail: **Know-How Sözleşmesi,** Ankara 2002.

Erdem, Ercüment: "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi,** C.

8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Özel Sayı 2013, s. 987 vd.

Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku,** 3. Bası, Ankara 2009.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara 2012.

Esener, Turhan/Güven, Kudret: **Eşya Hukuku,** Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012.

Fabritius, Andreas: **Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch die Gesellschafter,** Heidelberg 1988.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku- İkinci Kısım- Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri),** C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1978.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977 (Genel Hükümler).

Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter: **Schweizerisches Aktienrecht,** Bern 1996.

Forstmoser, Peter/Vogt, Hans-Ueli: "Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft", **ZSR**

144 (2003/1), s. 531 vd.

Fritzsche, Jörg: **Beck'scher Online Kommentar BGB,** Stand: 1.8.2014, Edition: 32.

Gessler, Ernst: "Die Umwandlung von Krediten in Haftendes Kapital", **Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag 4. September 1975,** München 1975, s. 175 vd.

Giger, Hans: in **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht,** 2. Abteilung- Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband- Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt- Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Artikel 184-215 OR, Zweite unveränderte Auflage, Bern 1980.

Göle, Celal: **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt,** Ankara 1976.

Götting, Horst-Peter: "Die Einlagefähigkeit von Lizenzen an Immaterialgüterrechten", **AG** 1999, s. 1vd.

Gustavus, Eckhart: "Kapitalerhöhung durch Einbringung von Darlehensforderungen gegen die Gesellschaft", **BB** 1977, s. 213 vd.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** C. I, 3. Bası, İstanbul 2013.

Gürbüz Usluel, Aslı E.: "Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları", **İÜHFM,** 2013, C. LXXI, S. 2 (Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan), s. 145 vd.

Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol: **Türk Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1984.

Gürzumar, Osman Berat: **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması,** İstanbul 1995.

Haas, Franz Josef, "Gesellschaftsrechtliche Kriterien zur Sacheinlagefähigkeit von obligatorischen Nutzungsrechten", **Festschrift für Georg Döllerer,** Düsseldorf 1988.

Haas, Ulrich: "Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH", **DStR,** 2006, s. 993 vd.

Habersack, Mathias: "Dienst- und Werkleistungen des Gesellschafters und das Verbot der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens", **Festschrift für Hans-**

Joachim Priester zum 70. Geburtstag, Köln 2007, s. 157 vd.

Hannemann, Hans D.: "Zur Bewertung von Forderungen als Sacheinlagen bei Kapitalgesellschaften", **DB** 1995, s. 2055 vd.

Heidinger, Andreas/ Benz, Johannes: in **Kommentar zum Aktiengesetz von Spindler/Stilz,** §, 2. Auflage, Band 1, §§ 1-149, München 2010.

Helvacı, Mehmet: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı,** İstanbul 2000.

Helvacı, Mehmet: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu,** 2. Bası, İstanbul 2001.

Helvacı, Mehmet: **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi,** İstanbul 2004.

Henze, Hartwig: "Zur Problematik der "verdeckten (verschleierten) Sacheinlage" im Aktien- und GmbH-Recht", **ZHR 154** (1990), s. 105 vd.

Hirş, Ernst E.: **Hukuki Bakımdan Fikri Say,** İkinci Cilt- Fikri Haklar (Telif Hukuku), İstanbul 1943.

Hirş, Ernst E.: **Ticaret Hukuku Dersleri,** Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1948.

Hirte, Heribert: "Kapitalschutz (Gläubiger- und Eignerschutz) im Europäischen Recht", **Systembildung und**

Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, ed. Stefan Grundmann, Tübingen 2000, s. 211 vd.

Hueck, Alfred/Fastrich, Lorenz: in **Baumbach/Hueck GmbHG,** 19. Auflage, München 2010.

Hüffer, Uwe: **Aktiengesetz,** 10. neubearbeitete Auflage, München 2012.

Hüffer, Uwe: "Harmonisierung des aktienrechtlichen Kapitalschutzes", **NJW** 1979, s. 1065 vd.

Isler, Peter R./Schilter-Heuberger, Evelyn, "Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung", **Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag,** Bern 2011, s. 876 vd.

İmregün, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar,** Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989.

İmregün, Oğuz: **Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar,** İstanbul 1989.

Karahan, Sami (Editör): **Şirketler Hukuku,** 2. Baskı, Konya 2013.

Karahasan, Mustafa Reşit: **Gayrımenkul Hukuk Davaları,** Yenilenmiş Genişletilmiş ve En Son İçtihatlarla Donatılmış Baskı, İstanbul 1974.

Karaman Coşgun, Özlem: "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Sermaye Değerinin Belirlenmesi", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 333 vd.

Karayalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku II- Şirketler Hukuku,** İkinci Baskı, Ankara 1973.

Karayalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku I- Giriş- Ticari İşletme,** Üçüncü Baskı, Ankara 1968 (Ticari İşletme).

Karollus, Martin: "Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital- eine verdeckte Sacheinlage?", **ZIP** 1994, s. 589 vd.

Karslı, Abdürrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku,** 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.

Kaya, Arslan: **Marka Hukuku,** İstanbul 2006.

Kaya, Arslan: "Sermaye Artırımı", **Makalelerim I,** s. 83 vd.

Kaya, Arslan: "Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi", **Makalelerim I,** İstanbul 2012, s. 101 vd. (İflasın Ertelenmesi)

Kaya, Arslan: "Ticaret Kanunu'nun 311 inci Maddesindeki "Muteber Olmama"nın Anlamı- Hükümsüzlük Dermeyanı Hakkının Kötüye Kullanılması",

Makalelerim I, İstanbul 2012, s. 161 vd.

Kaya, Arslan: "Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi", **Makalelerim I,** s. 127 vd. (Bölünme ve Hisse Değişimi)

Kender, Rayegân/ Çetingil, Ergon/ Yazıcıoğlu, Emine: **Deniz Ticareti Hukuku-Temel Bilgiler,** C. I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014.

Kendigelen, Abuzer: **Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler,** Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012 (İlk Tespitler).

Kendigelen, Abuzer: **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı,** İstanbul 1994 (İntifa Hakkı).

Kendigelen, Abuzer: "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Makalelerim,** C. I: 1986-2001, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 167 vd. (Kuruluş Tebliği)

Kendigelen, Abuzer: **Çek Hukuku,** Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş

4. Bası, İstanbul 2007.

Kendigelen, Abuzer: **Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun,** İstanbul 2011 (Yeni TK).

Kendigelen, Abuzer: "Bir Ticaret Şirketinin Anonim Şirket Nev'ine Dönüştürülmesi ve Payların Devri Yasağı", **Makalelerim,** C. I, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 71 vd.

Kervankıran, Emrullah, "Ön Şirket ve Hukuki Niteliği", **MÜHAD,** C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 349 vd.

Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku,** C. I, Ankara 2013.

Knobbe-Keuk, Brigitte: "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften?", **ZGR** 1980, s. 214 vd.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010 (Borçlar Hukuku).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış**

Vaadi, İstanbul 1959 (Gayrimenkul Satış Vaadi).

Koll-Möllenhoff, Rainer: **Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht,** Baden-Baden 2005.

Kraft, Alfons: in **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,** Band 1, §§ 1-147 AktG, Köln-Berlin-Bonn-München 1985.

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: **İcra ve İflas Hukuku- Ders Kitabı,** 21. Baskı, Ankara 2007 (İcra ve İflas Hukuku).

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku- Ders Kitabı,** Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007 (Medeni Usul Hukuku).

Kuru, Baki: **Nizasız Kaza,** Ankara 1961.

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Dritte neu bearbeitete Auflage, Berlin-Heidelberg-New York-Barcelona-Budapest-Hong Kong-London-Mailand-Paris-Tokyo 1995

Lutter, Marcus: **Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG,** Karlsruhe 1964.

Lutter, Marcus: "Das (feste Grund-)Kapital der Aktiengesellschaft in Europa", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 1 vd.

Mann, Fritz A.: **Die Sachgründung im Aktienrecht,** Mannheim-

Berlin-Leipzig 1932.

Märtens, Markus: in **Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG,** Band 1, §§ 1-34, München 2010.

Medicus, Dieter: in **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,** Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 243-254, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1983.

Meilicke, Wienand: ""Verschleierte" Sacheinlage und EWG-Vertrag", **DB** 1990, s. 1173 vd.

Meilicke, Wienand: "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlage", **BB** 1991, s. 579 vd (Obligatorische Nutzungsrechte).

Meilicke, Wienand: "Die Kapitalaufbringungsvorschriften als Sanierungsbremse – Ist die deutsche Interpretation des § 27 Abs. 2 AktG richtlinienkonform?" **DB** 1989, s. 1067 vd. (DB 1989)

Merkt, Hanno: in **Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch,** 36. neubearbeitete Auflage, München 2014.

Mimaroğlu, Sait Kemal: **Ticaret Hukuku- Birinci Cilt İşletme Hukuku,**

Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara 1978.

Moroğlu, Erdoğan/ Kendigelen, Abuzer: **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat,** Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul 2014.

Moroğlu, Erdoğan: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu-Değerlendirme ve Öneriler,** 7. Baskı, İstanbul 2012 (Değerlendirme ve Öneriler).

Moroğlu, Erdoğan: **Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2003 (Esas Sermaye Artırımı).

Moroğlu, Erdoğan: "Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı", **Makaleler I,** 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2006, s. 45 vd. (İştirak Taahhütleri)

Moroğlu, Erdoğan: "Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayni Hakkın Konulması Taahhüdü", **Makaleler I,** 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2006, s. 27 vd. (Sermaye Olarak Taşınmaz Mal)

Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2010.

Mülbert, Peter O./ Birke, Max: "Legal Capital-Is There a Case againist the

European Legal Capital Rules ?", **EBOR 3,** 2002, s. 695 vd.

Müller, Gerd: "Zur Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital fallierender Gesellschaften – Besprechung der Entscheidung BGHZ 125, 141-", **ZGR** 1995, 327 vd.

Müller, Lukas, "Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung", **GesKR** 2008, s. 50 vd. (Goodwill)

Nomer, Haluk Nami/ Engin, Baki İlkay: **Türk Borçlar Kanunu,** 2. Kısım-Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül: Giriş, m. 207-211, 245, Ankara 2013.

Nomer, N. Füsun: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü,** İstanbul 1999.

Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami: **Medeni Hukuk- Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar,** 19. Bası, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. I, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014 (C. I).

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. II, Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014 (C. II).

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku,** Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer: **Eşya Hukuku,** Tamamen Yenilenerek Yazılmış 9. Bası, İstanbul 2002.

Oktay-Özdemir, Saibe: **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması,** İstanbul 2002.

Ortan, Ali Necip: **Patent Lisansı Sözleşmesi,** Ankara 1979.

Ortan, Ali Necip: "Knov-Hov ve Hukuken Korunması Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi,** 1980, S. 4, s. 467 vd. (Knov-Hov)

Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm: in **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar),** V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1929.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: "Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Haziran-Aralık 2001, C. V, S. 1-2, s. 20 vd.

Öçal, Akar: "Markaların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi", **İktisat ve Maliye,** C. XVII, S. 7, 1970, s307 vd. (Marka)

Öğüz, Tufan: **Know-How Sözleşmesi,** İstanbul 2001 (Know-How).

Öğüz, Tufan: "Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul 2000, s. 691 vd. (Motorlu Araç Rehni)

Öz, Turgut: "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", **Ersin Çamoğlu'na Armağan,** İstanbul 2013, s. 95 vd.

Özdamar, Mehmet: "Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Haziran-Aralık 2006, C. X, S. 1-2, s. 93 vd.

Özel, Çağlar: **Marka Lisansı Sözleşmesi,** Ankara 2002.

Özen, Burak: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı,** İstanbul 2008.

Özkan, Hasan: **İhtiyati Tedbir Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz,** Ankara 1997.

Özsunay, Ergun: **Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması: TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma,** Ankara

1962.

Öztan, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,** Ankara 2008 (Fikir ve Sanat Eserleri).

Öztan, Fırat: **Kıymetli Evrak Hukuku,** 2. Bası, Ankara 1997 (Kıymetli Evrak Hukuku).

Paslı, Ali: "Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan,** C. II, İstanbul 2007, s. ? vd. (Menkul Kıymetler)

Paslı, Ali: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri"", **Batider,** Haziran 2012, C. XXVIII, S. 2, s. 141 vd. (AO Hükümlerinin Tanıtılması II)

Paslı, Ali: Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", **Batider,** Eylül 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 193 vd.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet: **İcra ve İflas Hukuku,** 10. Bası, Ankara 2012.

Penne, Günter, "Zur aktienrechtlichen Sacheinlagefaehigkeit im

Rahmen der Gründungsprüfung", **WPg** 1988, s. 35 vd.

Pentz, Andreas: in **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** 3. Auflage, Band 1, §§ 1-75, München 2008.

Pentz, Andreas/ Priester, Hans-Joachim/ Schwanna, Andre: "Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung", **ZGR Sonderheft 17,** 2006, s. 42 vd.

Polley, Notker: in **Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, (her. Heidel, Thomas), 4. Auflage, Baden-Baden 2014

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,** Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I,** Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014 (Ortaklıklar Hukuku I).

Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları,** Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013.

Postacıoğlu, İlhan E.: **İcra Hukuku Esasları,** 538 Sayılı Kanun Gözönünde Tutularak Yazılan Dördüncü Bası, İstanbul 1982.

Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi,** C. I-II, Ankara 2011.

Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger: **Recht der Kapitalgesellschaften**, 5. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 2010.

Reichmuth, Anton: **Bewertungsgrundsätze für die Bilanz der Aktiengesellschaft,** Lachen 1951.

Richter, Stefan: "Die Verpflichtung des Inferenten zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes als Gegenstand der Sacheinlages", **ZGR** 2009, s. 721 vd.

Rickford, Jonathan (Ed.): "Reforming Capital- Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance", **EBLR 2004,** s. 919 vd.

Roth, Günter H.,: in **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung- Kommentar von Altmeppen/Roth,** 6. neubearbeitete Auflage, München 2009.

Röhricht, Volker: in **Aktiengesetz Grosskommentar,** 4. neubearbeitete Auflage, Erster Band, Einleitung, §§ 1-53, Berlin 2004.

Schenker, Franz: in **Basler Kommentar Obligationenrecht II,** her. Honsell/Vogt/Watter, 4. Auflage, Basel 2011.

Schmidt, Karsten: "Obligatorische Nutzungsrechte als Sacheinlagen?", **ZHR 154,** 1990, s. 237 vd (ZHR 154).

Schmidt, Karsten: **Gesellschaftsrecht,** 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1997 (Gesellschaftsrecht).

Schön, Wolfgang: "The Future of Legal Capital", **EBOR 5,** 2004, s. 429 vd.

Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 5. überarbeitete Auflage, Bern 2009.

Serozan, Rona/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdülkadir: **Eşya Hukuku,** İstanbul 1991 (Eşya Hukuku).

Serozan, Rona/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul 1992 (Borçlar Özel).

Serozan, Rona: "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", **İÜHFM,** Y. 1974, C. 40, S. 1-4, s. 459 vd (Nisbi Haklar).

Serozan, Rona: **Taşınır Eşya Hukuku,** Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 2007.

Serozan, Rona: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Üçüncü Cilt: İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 1998 (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme).

Serozan, Rona: "Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım", **İÜMHAD,** C. 3, S. 5, Y. 1969, s. 211 vd.

(Parça Borcu-Çeşit Borcu)

Sevilengül, Orhan: **Genel Muhasebe,** 12. Baskı, Ankara 2005.

Siegwart, Alfred: in **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar),** 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen, OR Art. 620-659, Zürich 1945.

Sirmen, A. Lale: **Eşya Hukuku,** 2. Bası, Ankara 2014.

Skibbe, Manfred: "Dienstleistungen als Sacheinlage bei der GmbH", **GmbHR** 1980, s. 73 vd.

Solveen, Dirk: in **Aktiengesetz Kommentar,** (her. Hölters, Wolfgang), 2. Auflage, München 2014.

Steinbeck, Anja Verena: "Obligatorische Nutzungsüberlassung als Sacheinlage und Kapitalersatz", **ZGR** 1996, s. 116 vd.

Sudhoff, Heinrich/Sudhoff, Martin, "Die Sacheinlage bei Gründung einer GmbH", **NJW** 1982, s. 129 vd.

Sungurbey, İsmet: **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi,** İstanbul 1963.

Şener, Oruç Hami: **Adi Ortaklık,** Ankara 2008 (Adi Ortaklık).

Şener, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku,** Ankara 2012 (Ortaklıklar Hukuku).

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri,** C.I/1, Altıncı Bası, 1990 (C. I/1).

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987 (C. II).

Tekil, Fahiman: **Şirketler Hukuku-Anonim Şirketler,** İkinci Cilt, İkinci Bası, İstanbul 1978.

Tekinalp, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku,** Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013 (Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", **Batider,** Haziran 2008, C. XXIV, S. 3, s. 5 vd. (Ticari İşletme)

Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku,** Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2004 (Fikri Mülkiyet).

Tekinalp, Ünal: "Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4864 Sayılı Kanun'un İşlerliği", **Mükellefin Dergisi,** Ekim 2001, S. 106, s. 31 vd.

Tekinalp,Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası,

İstanbul 1979 (Bilanço).

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Eşya Hukuku,** Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku).

Teoman, Ömer: **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri,** İstanbul 1978 (İntifa Senetleri).

Teoman, Ömer: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu,** İstanbul 1983

Teoman, Ömer: "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843 K. 1972/356)", **Tüm Makalelerim,** C. I-II, 2. Bası, İstanbul 2012.

Toksal, Baki: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi,** C. II, Vize 1991.

Tosbi, Sadrettin: **Anonim Şirketler,** Ankara 1943.

Trumpler, Hans: **Die Bilanz der Aktiengesellschaft,** Basel 1950.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku- II. Cilt- Özel Borç İlişkileri,** Üçüncü Bası, İstanbul 1977.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** I. Cilt, Altıncı Bası, İstanbul 1976.

Türk, Ahmet, "Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler", **DEÜHFD,** 2002, C. 4, S. 2, s. 173 vd.

Türk, Ahmet: **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları,** Ankara 1999.

Türk, Hikmet Sami: **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu,** Ankara 1986.

Türk, Hikmet Sami: **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi,** Ankara 1986.

Ulmer, Peter: "Verdeckte Sacheinlagen im Aktien- und GmbH-Recht", **ZHR 154** (1990), s. 128 vd.

Ulmer, Peter: in **Hachenburg GmbHG Grosskommentar,** Siebente, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin-New York 1975.

Ulusoy, Yılmaz: **Mukayeseli Sermaye Şirketleri,** Ankara 1974.

Uzel, Necdet: **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam,** İstanbul 2013.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan **Kıymetli Evrak Hukuku,** Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Dokuzuncu (Tıpkı) Bası, İstanbul 2014.

Ülgen, Hüseyin: **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak),** Ankara 1969.

Ülgen, Hüseyin: **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama),** Ankara 1975'den Tıpkı Bası, İstanbul 2005.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: **Şekli Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012.

Ünal, Oğuz Kürşat: **Menkul Kıymetler,** Ankara 1988.

Üstündağ, Saim: **İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri]**, İstanbul 1981.

Üstündağ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku,** İstanbul 2000 (Medeni Yargılama).

Vinassa, Walter: **Die Kundschaft,** Bern 1925.

von Aster, Ernst: **Hukuk Felsefesi Dersleri,** İstanbul 1943.

von Godin, Freiherr/ Wilhelmi, Hans (neubearbeitet von Sylvester Wilhelmi): **Aktiengesetz vom 6. September 1965,** Band I § 1-178, Berlin-New York 1971.

von Steiger, Fritz (çev. Çağa, Tahir): **İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku,** İstanbul 1968.

von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege): **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** C. 1-2, , Ankara 1983.

Wawrzinek, Wolfgang, in **Beck'sches IFRS-Handbuch- Kommentierung**

der IFRS/IAS, herausgegeben von Bohl, Werner/ Riese, Joachim/ Schlüter, Jörg, 4. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München-Bern 2013.

Werlen, Stephan: "Gründungshaftung bei der GmbH-Besprechung des Urteils 4A_61/2009 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 2009", **GesKR** 2009, s. 403 vd.

Werwigk, Claudius: **Kapitalaufbringung durch Immaterialgüterrechte,** Baden-Baden 2006.

Wiedemann, Herbert: "Sacheinlagen in der GmbH", **Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch**: dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, Berlin 1968, s. 257 vd.

Winnefeld, Robert: **Bilanz-Handbuch,** 4. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2006.

Winter, Heinz: in **Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz,** 10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, I. Band, §§ 1-34, Köln 2010.

Winter, Jaap/ Garrido Garcia , José Maria/ Klaus J., Hopt/ Rickford, Jonathan/ Rossi, Guido/ Schans **Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe,**

Christensen, Jan/ Simon, Joëlle: Brussels 2002 (Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu).

Würdinger, Hans: **Aktien- und Konzernrecht,** Eine Systematische Darstellung, 3. völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1973.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.

Yıldız, Şükrü: "Avrupa Birliğinin Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13 Aralık 1976 Tarih ve 77/91/EEC İkinci Konsey Yönergesi", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı,** I. Cilt, İstanbul 2001, s. 599 vd.

Yılmaz, Ejder: **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri,** C. I-II, Ankara 2001.

Zeidler, Finn: in **Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) von Michalski,** 2. neubearbeitete Auflage, Band I, §§ 1-34, München 2010.

ÖZGEÇMİŞ

1983 senesinde İstanbul'da doğdum. İlk ve orta öğrenimimi Afyonkarahisar, Kayseri ve Sivas'ta tamamladım. 2001 yılında Sivas Prof. Dr. Necati Erşen Anadolu Öğretmen Lisesi'nden mezun olarak aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girme hakkını kazandım. Fakülteden 2005 yılında mezun oldum ve aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı'nda yüksek lisansa başladım. 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak göreve başladım. Yüksek lisans programını Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'in danışmanlığında hazırladığım ve 2008 yılında savunduğum "Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması" başlıklı tezim ile tamamladım. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı'nda Doktora Programı'na girmeye hak kazandım. Yeterlilik aşamasını geçtikten sonra 2011 Ekim-2012 Ekim döneminde Almanya'nın Heidelberg şehrinde bulunan "Institut für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht" adlı enstitüde doktora tezimle ilgili araştırmalarda bulundum. Evli ve bir çocuk babasıyım.