



Sosyal Bilimler
Enstitüsü

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TAŞINMAZIN GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA SERMAYE OLARAK KONULMASI

Doktora Tezi

TAHA RIZA ÖZMEN

İSTANBUL, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TAŞINMAZIN GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA
SERMAYE OLARAK KONULMASI**

Doktora Tezi

TAHA RIZA ÖZMEN

Danışman: PROF. DR. MURAT ALIŞKAN

İSTANBUL, 2024

ÖZET

TAŞINMAZIN GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA SERMAYE OLARAK KONULMASI

“Taşınmazın Gayrimenkul Yatırım Ortaklığına Konulması” başlıklı tezimizde Gayrimenkul Yatırım Ortaklığına taşınmazın ve çalışmamızla örtüştüğü ölçüde Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’nde gayrimenkule dayalı ayni hak biçiminde ifade edilen ve tarafımızca sınırlı ayni hakların kastedildiği sonucuna ulaştığımız değerlerin sermaye olarak konulması konusu çeşitli yönleriyle inceleme konusu yapılmıştır. Birinci bölümde, ana hatlarıyla kolektif yatırım kuruluşu kavramı ile Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı (GYO) kavramı çerçevesinde GYO’nun tarihçesi, amacı ve işlevi, GYO’nun başarılı uygulandığı ülkelerde ve ülkemizde gelişimi, hükümleri, tanımı, hukuki niteliği, türleri, kuruluşu, faaliyet konuları ve denetimi hususları GYO kavramının mahiyetini belirlemek adına kısaca ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca, GYO’ya uygulanacak hükümlerden Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1) (“Tebliğ”) düzenlemesinin hukuki niteliğinin ne olduğu açıklanmaya çalışılarak, Tebliğ ve GYO’ya tatbik edilecek diğer hükümlerin uygulanma sırası üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde ayrıca GYO’lar için sermaye, malvarlığı ve portföy kavramları açıklanarak GYO’da ayni sermaye yeterliliği koşulları Tebliğ ve TTK hükümleri çerçevesinde irdelenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde ayni sermaye olarak GYO’ya konulabilecek değerlerin neler olabileceği tespit edilmeye çalışılmış; bu değerler arasında taşınmaz kavramı, bu kavramın kapsadığı değerler ve hangi taşınmazlar bakımından ayni sermaye engeli doğabileceği üzerinde durulmuştur. Tebliğ’in ifadesiyle, gayrimenkule dayalı haklar, gayrimenkule dayalı ayni haklar, gayrimenkul projeleri ve altyapı yatırım ve hizmetlerinin çerçevesi ve bunlardan Tebliğ’in GYO’ya ayni sermaye olarak konulması mümkün olanlar bakımından sermaye taahhüdü ve ifası prosedürü incelenecektir. Bu bölümde özellikle sermaye olarak konulma prosedürü ve taşınmazın mülkiyetinin geçiş anı ile ilgili değerlendirme ve uygulamaya yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca, ayni sermaye taahhüdüne aykırılık teşkil edecek haller hukuki sonuçlarıyla birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı, Ayni Sermaye, Taşınmaz, Sınırlı Ayni Haklar, Sermaye Borcunun İfası, Sermaye Piyasası Hukuku.

ABSTRACT

PUTTING THE REAL ESTATE INTO THE REAL ESTATE INVESTMENT TRUST AS CAPITAL

In our thesis titled as “Putting the Real Estate Into the Real Estate Investment Trust” the subject of real estate and easements, which are defined as real estate-based rights of which in the Communiqué, as capital, has been examined in various aspects. In the first chapter of the study, the history of REITS, its philosophy, provisions, definition, legal nature, types, formation, fields of activity, the concept of REIT and the audition are studied. Also, the basic regulations in comparative law, the concept of capital, assets, portfolio and capital in terms of REITs, the concept of immovables as contribution in kind, limited real rights and the commitment and the performance of the real estate as contribution in kind shall be examined. In the second chapter, the evaluation and implementation of the subject shall be presented in particular regarding the procedure of contribution in kind and the transfer of the ownership. Additionally, the regulations in force regarding the failure and non-performance of the commitment and compensation process shall be studied. Within the scope of the our subject, the possibilities related to (not) fulfilling the commitment shall be discussed with the legal consequences. Terminally, the legal consequences of not fulfilling the commitment shall be studied.

Keywords: Real Estate Investment Trust, Contribution in Kind, Immovable Property, easements, Corporate Law, Commercial Law, Capital Markets Law.

ÖNSÖZ

“Taşınmazın Gayrimenkul Yatırım Ortaklığına Sermaye Olarak Konulması”nı tez konusu olarak seçmemizdeki etken, kentleşme anlamında profesyonel ve güvenliği önceleyen bakış açısına sahip Gayrimenkul Yatırım Ortaklığını, hukuki yönleriyle anlamak ve öğrenmekti. SerPK’da aynı sermaye konulmasına cevaz verilen tek sermaye piyasası kurumunun GYO olması ayrı bir anlam ifade etmektedir. Diğer bir etken de taşınmaz kavramını, eşya hukukunun yanında sermaye piyasası hukuku yönüyle incelemektir. Konu, özelliği itibariyle ticaret hukuku, medeni hukuk ve borçlar hukuku gibi temel hukuk dallarının yanında ikincil mevzuat üzerinde çalışma alanı açtığından, farklı hukuk dalları ve farklı nitelikteki normlar üzerinde bütüncül çalışma yapmanın bir avukat ve arabulucu olarak uygulayıcı tarafımı da çok geliştirdiğini gözlemledim. Çalışmanın temas ettiği her bir hukuk dalının temel taşı niteliğindeki konuları, ayrıca ikincil mevzuatın birincil mevzuat ile olan yaklaşım farklılıklarını bir bütün halinde değerlendirmek çalışmanın zorlayan ve öğreten bir tarafı olmuştur. Hem “taşınmaz” gibi eşya hukukunun ve dolayısıyla medeni hukukunun hem de “sermaye” gibi şirketler hukuku ile sermaye piyasası hukukunun ve de dolayısıyla ticaret hukukunun oldukça kapsamlı olduğu söylenebilecek konularını layığıyla irdelemeye çalışmak bu süreçte belki de en çok zorlandığım kısım olmuştur.

Bu tezin yazılmasında emeği geçen kişilere teşekkür ve minnetlerimi bildirmek isterim. Öncelikle çalışmalarımı titizlikle değerlendiren, konunun fark etmediğim yönlerine dikkat çeken, çıkmaza girdiğim noktalarda yaptığı değerlendirmelerle ufkumu açan tez danışmanım değerli hocam Prof. Dr. Murat Alışkan’a, desteği, anlayışı ve yönlendirmeleri için ne kadar teşekkür etsem azdır. Mesleki hayatımdaki en büyük şanslardan birisi değerli hocamın doktora öğrencisi olmaktır. Lisansta öğrencisi olma ayrıcalığına eriştiğim, doktora yeterlik sürecinden itibaren de her ihtiyacım olduğunda kıymetli vaktini ayıran, bu yolda ne zaman yalpalasam yaptığı değerlendirmelerle farklı bakış açısı kazandıran ve belki de en önemlisi her daim motive eden, sadece hukuki değil hayata dair kıymetli nasihatlerini dinleme şansı bulduğum, jürimde bulunma lütfunu gösteren kıymetli hocam Prof. Dr. Mehmet Helvacı’ya teşekkürlerimi sunarım. İlk doktora dersimde öğrencisi olmaya başladığım ve ne mutlu ki hala kıymetli bilgi, değerlendirme ve yönlendirmelerinden istifade etmeye devam ettiğim Sayın Hocam Prof. Dr. Murat Topuz’a jürimde bulunmayı kabul etmesinden ve tezimin gelişmesine verdiği değerli katkılarından dolayı teşekkür ederim. Kapsamlı değerlendirmesiyle ve cesaret verici yaklaşımıyla tezimi tamamlamamda desteklerini cömertçe paylaştan kıymetli hocam Prof. Dr. Ayşe Sumer’e teşekkürlerimi sunuyorum. Jürimde bulunmasından büyük onur ve mutluluk duyduğum, değerli yorumlarını ve kaynak bulma

konusundaki kıymetli yardımlarını esirgemeyerek tezime katkıda bulunan değerli Hocam Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu'na teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu zorlu süreci benimle an be an yaşayan, hiç bitmeyen pozitif enerjisiyle ve her daim gülen yüzüyle en büyük desteğim olan, sevgili kızımızın yanında olamadığım veya onunla ilgilenemediğim zamanlarda fedakarca açığımı kapatan, süreç boyunca anlayışını esirgemeyen, kendisi olmasa bu çalışmayı bitiremeyeceğim sevgili eşim Dilara'ya sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Bu süreçte fazla vakit ayıramadığım, bunun için sık sık haklı sitemlerine maruz kaldığım, tezimin sonlarına doğru artık büyümüş ve idraki artmış olan, emek verdiğimin fark edileceği ve karşılığını alacağım konusunda beni telkin eden ve moral veren biricik kızım Neva'ya teşekkür ediyorum.

Ve elbette sevgili annem ve babam.. Marmara Üniversitesi'ne ve Haydarpaşa'daki tarihi binaya ilk kez babamın hocalığı döneminde girdiğimi ve heybetli yapısından çok etkilendiğimi hayal meyal hatırlıyorum. Bu anlamda beni bu yola ilk teşvik eden, akademik anlamda da rol model olan, gölgesini hep üzerimde hissettiğim sevgili babam emekli öğretim üyesi Dr. Nihat Özmen'e ve eğitime verdiği önemi küçüklüğümünden itibaren bana da aktaran, manevi desteği, değerli nasihatleri, şefkati ve bilgeliğiyle süreci kolaylaştıran sevgili annem emekli öğretmen Nalan Özmen'e şükranlarımı ve minnetlerimi sunarım.

Taha Rıza ÖZMEN
İstanbul, 22.01.2024

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	xi

GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve SINIRLANDIRILMASI	1
II. TERMİNOLOJİ.....	2
III.İNCELEME PLANI	2

BİRİNCİ BÖLÜM

GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞI ve SERMAYESİNE İLİŞKİN ESASLAR

I. BİR ÜST KAVRAM OLARAK KOLEKTİF YATIRIM KURULUŞUNUN TANIMI,AMACI ve TARİHİ GELİŞİMİ	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Ortaya Çıkışı ve Tanımı.....	5
II. GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞININ TARİHÇESİ	7
A. ABD Uygulaması.....	7
B. Birleşik Krallık Uygulaması.....	10
C. Avrupa Birliği Uygulaması.....	11
D. Almanya Uygulaması	11
E. Fransa Uygulaması	13
F. Benelux Ülkeleri Uygulaması.....	13
G. İspanya Uygulaması.....	14
H. Asya Uygulaması.....	14
I. Türkiye Uygulaması	15
III. GYO UYGULAMASINDA AMAÇ VE FAYDALAR.....	17
IV. GYO'LARA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME.....	18
A. Genel Olarak.....	18
B. Hükümlerin Uygulanması ve Sırası.....	19
1. Uygulanacak Hükümler.....	19
2. Hükümlerin Uygulanma Sırası.....	20
V. GYO'NUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ	24
A. GYO'nun Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	24
B. GYO'nun Türleri ve Özellikleri	25
1. Genel Olarak.....	25
2. Münhasıran Altyapı Yatırım ve Hizmetlerinden Oluşan Portföyü İşletecek Ortaklıklar.....	26
3. Öz Varlığa Dayalı-Genel Amaçlı GYO	27
4. Belirli Bir Alanda Faaliyet Gösteren GYO	28

VI. GYO'DA KURULUŞ, DÖNÜŞÜM, DENETİM, FAALİYET KONULARI VE SINIRLANDIRMALARI.....	28
A. Kuruluş Şartları.....	28
1. Kurucularda, Genel Müdürde ve Yönetim Kurulu Üyelerinde Aranacak Özellikler	28
2. Kuruluş İşlemleri	30
3. GYO'nun Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Olarak ve Paylarının Asgari %25'i Halka Arz Edilmek Üzere Kurulması	32
4. GYO'nun Asgari Sermaye Miktarı	33
5. Ticaret Unvanında "Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı" İbaresinin Bulunma Zorunluluğu	34
6. GYO'nun Portföyünün Oluşturulması	34
B. GYO'ya Dönüşüm	34
C. Yatırım ve Faaliyet Esasları.....	35
D. Yatırım ve Faaliyet Sınırlamaları	37
E. GYO'nun Yapamayacağı İşler	38
F. Portföy Sınırlamaları	39
G. GYO'nun Denetimi	40
1. SPK'nın Denetim Yetkisinin Amacı, Kapsamı ve Niteliği	40
a. SPK Denetiminin Amacı ile Kişi, Kurum ve Kuruluşlar Bakımından Kapsamı	40
b. Denetimin İşlem ve Faaliyetler Bakımından Kapsamı.....	41
c. SPK'nın Denetim Faaliyetlerinin Niteliği.....	41
d. Denetimde Usul.....	41
VII. GYO'da SERMAYE.....	42
A. Genel Olarak Sermaye Kavramının GYO Yönünden Anlamı ve İşlevi.....	42
B. GYO'nun Sermaye Tipi.....	43
C. GYO Bakımından Portföy, Malvarlığı ve Sermaye Kavramları	43
1. Portföy	43
2. GYO Bakımından Portföy, Malvarlığı ve Sermaye Kavramlarının Karşılaştırılması ve Birbirleriyle Bağlantısı	44
D. GYO'ya Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler.....	46
1. Genel Olarak.....	46
2. Ayni Sermaye	47
3. GYO'da Ayni Sermaye Olarak Kabul Edilme Şartları	48
a. Genel Olarak Anonim Şirketlerde Ayni Sermaye	48
b. GYO'da Ayni Sermaye	50
aa. Genel Olarak.....	50
bb. Ayni Sermaye Yeterliliğinin Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirilmesi	52
aaa. Genel Olarak	52
bbb. Üzerinde İpotek Bulunmama.....	54
ccc. Taşınmazın Değerini Doğrudan ve Önemli Ölçüde Etkileyecek Nitelikte Herhangi bir Takyidat Şerhi Olmaması.....	57
c.1. Genel Olarak	57
c.2. Takyidat Şerhi	57

c.3. Tapuyu Tasarrufa Kapatmayan Takyidat Şerhlerinin Taşınmazın Değerini Doğrudan ve Önemli Ölçüde Etkileme Ölçütü Bakımından Değerlendirilmesi.....	60
cc. Nakden Değerlendirilebilir Olma	64
dd. Devrolunabilirlik	65
ee. Üzerinde Sınırlı Ayni Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması.....	68

İKİNCİ BÖLÜM

GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA TAŞINMAZIN SERMAYE OLARAK TAAHHÜDÜ VE SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI

I. GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA AYNİ SERMAYE OLARAK KONULABİLECEK MALVARLIĞI UNSURLARI	71
A. Genel Olarak.....	71
B. Taşınmaz Mülkiyeti	71
1. Genel Olarak.....	73
2. Taşınmaz Kavramı ve Taşınmaz Şey Ayrımı.....	73
3. Dar Anlamda Taşınmaz ve Geniş Anlamda Taşınmaz Kavramı	73
4. Bağımlı-Bağımsız Taşınmaz Ayrımı.....	74
5. Tapulu (Tapuya Kayıtlı Olan)- Tapusuz (Tapuya Kayıtlı Olmayan) Taşınmaz Ayrımı ve Tapusuz Taşınmazların Gayrimenkul Yatırım Ortaklığına Sermaye Olarak Getirilmesi Bakımından Konunun Değerlendirilmesi.....	75
a. Genel Olarak Tapulu-Tapusuz Taşınmaz Ayrımı	75
b. Kamu Mallarının ve Sahipsiz Malların GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağı.....	76
c. Tapusuz Taşınmazların GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağının Değerlendirilmesi	77
C. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu	79
1. Arazi	79
2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar	81
a. Genel Olarak.....	81
b. Bağımsızlık ve Süreklilik Unsuru	82
c. Kat İrtifakı Bakımından Konunun Değerlendirilmesi.....	83
d. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler ve Devre Mülk Hakkı	84
e. Gayrimenkule Dayalı Ayni Haklar	85
f. Gayrimenkul Projeleri ve Altyapı Yatırım ve Hizmetleri.....	90
D. Birlikte Mülkiyetin GYO'da Ayni Sermaye Yeterliliği Bakımından Değerlendirilmesi.....	91
1. Genel Olarak Tebliğ'in Konuya Yaklaşımı ve Birlikte Mülkiyet Kavramı	91
2. Paylı Mülkiyet Kavramı ve Kavramın Hukuki Niteliği	92
3. Paylı Mülkiyete Tabi Taşınmaz Üzerindeki Payın GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulması ve Buna İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi.....	93
4. Elbirliği Mülkiyeti Kavramı ve Kavramın Hukuki Niteliği	95
5. Elbirliği Mülkiyetine Tabi Taşınmaz Üzerindeki Hakkın GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulması ve Buna İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi	96
6. Taşınmazı Taahhüt Edenin Aynı Zamanda Taşınmazın Maliki Olması Gerekliliği.....	96
E. Yurt Dışındaki Taşınmazlar ve Yabancı Ortaklı GYO Yönünden Konunun Değerlendirilmesi 98	

II. TAŞINMAZIN SERMAYE OLARAK KONULMASI USULÜ	100
A. Taahhüt Aşaması	100
1. Genel Olarak.....	100
2. Taahhüdün Hukuki Niteliği.....	102
a. Sermaye Koyma Borcu	102
b. Sermaye Taahhüdü	103
c. Sermaye Taahhüdünün Şekil Şartı	106
aa. Esas Sözleşmeye Yazılma	106
bb. Tapuya Şerh Verilmesi.....	107
3. Taşınmazın Değerlemesi Süreci	112
a. Genel Olarak.....	112
b. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	113
c. Değerlemeye İlişkin Talebin Kim Tarafından Yapılacağı.....	114
d. Bilirkişilerin ve Değerleme Kuruluşunun Seçimi ve Değerleme Yöntemi	115
e. Rapora İtiraz	119
f. Mahkemenin Onayı ve Sonuçları.....	121
g. Raporun Saklanması ve Ticareti Sicil Müdürlüğü Denetimi	124
4. Değerlemeyle Ulaşılan Değerin Bağlayıcılığı ve Düşük veya Aşırı Değerlemenin Hukuki Sonuçları.....	125
a. Düşük Değerleme	125
b. Aşırı Değerleme	127
c. İzahname ve Diğer Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk	129
aa. İzahnameden Doğan Sorumluluk	129
aaa. İhraççı Açısından Sorumluluk.....	129
bbb. İkinci Derecede Sorumlular.....	133
bb. Diğer Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden (Değerleme Raporundan) Doğan Sorumluluk	134
cc. Sorumluluğun Kapsamı	136
aaa. İç İlişkide.....	136
bbb. Dış İlişkide.....	137
d. Sorumluluğun Kapsamı	137
aa. Hukuka Aykırı Eylem.....	137
aaa. Bilginin Yanlış, Yanıltıcı veya Eksik Açıklanması	137
bbb. Hukuka Aykırılığın Esaslı Olması.....	138
bb. Kusur, Kusur Karinesi ve Kusursuzluğun İspatı.....	138
cc. Zarar, Nedensellik Bağı, Tazminat Davası ve Zamanaşımı	140
d. TTK Kapsamında Hukuki Sorumluluk	145
aa. Belge ve Beyanların Kanuna Aykırılığı	145
bb. Değer Bıçmede Yolsuzluk	148
cc. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi	150
dd. Zamanaşımı	152
ee. Sermayenin Tedarikine Yönelik İşlemlerdeki Sakatlıklar Nedeniyle A.Ş.'nin Feshi Davası.....	154

B. Sermaye Koyma Borcunun İfa Aşaması.....	156
1. Konumuz Bakımından Muacceliyet ve İfa Kavramları	156
2. Aynı Sermaye Taahhüdünün Muacceliyeti	157
3. Taşınmaz Mülkiyetinin GYO Tarafından İktisabı	159
4. Taşınmazın GYO Adına Tescili İşlemleri.....	163
5. Taşınmazın GYO'nun Ticaret Siciline Tescilinden Önce Üçüncü Kişilere Devri ve Bunun Önlenmesine İlişkin Tedbirler.....	166
6. Zamanaşımı	167
C. İrade Sakatlığı ve Fiil Ehliyetinin Sermaye Koyma Borcuna Etkileri.....	169
1. İrade Sakatlığı.....	169
a. GYO'nun Tescilinden Önce Ortaya Çıkaran İrade Sakatlıkları.....	169
b. GYO'nun Tescilinden Sonra Ortaya Çıkan İrade Sakatlıkları.....	170
2. Fiil Ehliyetinin Olmaması	171
D. Yasal Şekil Şartlarına Aykırılık.....	172
E. Kanuna Karşı Hile Hükümlerinin GYO'lar Bakımından Değerlendirilmesi	173
1. Kurulusta ve Kurulustan Sonraki İki Yıl İçinde Taşınmazın Devralınması veya Kiralanmasına Yönelik İşlemler	173
2. Finansal Yardım Yasağı	176
F. Sermaye Artırımı	177
1. Genel Olarak.....	177
2. İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı ve Taşınmazlar Yönünden Etkileri	177
a. Genel Olarak.....	177
b. Mevzuatın Bilançoya Konulmasına ve Sermayeye Eklenmesine İzin Verdiği Fonlar	178
3. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı	180
a. Genel Olarak.....	180
b. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımının Ön Koşulları	180
c. Aynı Sermaye Artırımı	181
III. SERMAYE BORCUNUN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	181
A. İmkansızlık, Ayıp ve Zaptın Hukuki Sonuçları ve Bu Hallerde Taahhüt Edene Yöneltebilecek Talepler	181
1. Genel Olarak.....	181
2. İmkansızlık	182
a. Yarar ve Hasarın Geçişİ	182
b. Hukuki Sonuçları.....	185
a. Genel Olarak.....	185
b. Hukuki Sonuçları.....	186
4. Zapta Karşı Tekeffül	188
B. Temerrüdün, Temerrüdün Sonuçlarının ve Özellikle Iskatin Uygulanmasının Değerlendirilmesi	189
IV. BİRLEŞME, BÖLÜNME VE AYNİ SERMAYE ARTIRIMI.....	191
A. Genel Olarak.....	191
B. SerPK Mevzuatı Yönünden	192

C. SerPK m. 49/5 ve Tebliğ Hükümleri Çerçevesinde Ayni Sermaye Artırımına İlişkin Esaslar .	193
SONUÇ.....	195
KAYNAKÇA.....	203



KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirket
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABRG	: Avrupa Birliği Resmi Gazetesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİAŞ	: Borsa İstanbul Anonim Şirketi
BK	: Birleşik Krallık
Bkz.	: Bakınız
c.	: cilt
Com	: Code de Commerce
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
dpn	: dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
Edn.	: Edition
EPRA	: European Public Real Estate Association
eSerPK	: 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
eTTK	: 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
GYO	: Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HIT	: Housing Investment Trust
HMK	: 610 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İMÜHFD	: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IOSCO	: The International Organization of Securities Comissions
IRC	: Internal Revenue Code

İMÜHFD	: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İVDB	: İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KAP	: Kamuyu Aydınlatma Platformu
KGK	: Kamu Gözetimi Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
KYİ	: Kurumsal Yönetim İlkeleri
KYO	: Konut Yatırım Ortaklıkları
KYT	: Kurumsal Yönetim Tebliği
m.	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mük.	: Mükerrer
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NAREIT	: National Association of Real Estate Investment Trust
NYSE	: New York Stock Exchange
PNLR	: Public Non-Listed REIT
REIT	: Real Estate Investment Trust
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayılı
sa.	: sayı
SA	: Société Anonyme
SAİT	: Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ
SARL	: Société à Responsabilité Limitée
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SEÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SIIC	: Société d'Investissement Immobilier Cotée
SOCIMI	: Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario

SerPK	: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SÜSBE	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	: Tarih
TAKBİS	: Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
Tebliğ	: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1)
TK	: 2644 Sayılı Tapu Kanunu
TKGM	: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMS	: Türkiye Muhasebe Standartları
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TÜSBE	: Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
UCITS	: Undertakings For Collective Investment in Transferable Securities
UMS/UFRS	: Uluslararası Muhasebe Standartları/Ulusal Finansal Raporlama Standartları
UPREIT	: Umbrella Partnership REIT
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
vd.	: ve diğerleri
VUK	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
Y.	: Yargıtay
YF	: Yatırım Fonu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YO	: Yatırım Ortaklığı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve SINIRLANDIRILMASI

Gayrimenkul yatırım ortaklığı (GYO), özünde, gelir getiren gayrimenkullere sahip olan, bunları işleten veya finanse eden ve Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1)¹ (Tebliğ) düzenlemesine göre paylarının en az %25'ini halka arz etmek üzere kurulan, kayıtlı sermayeli bir anonim şirkettir. GYO, Tebliğ uyarınca gayrimenkul, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, sermaye piyasası araçları ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından belirlenen diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü şeffaf ve profesyonel bir şekilde işletmek amacıyla kurulur. GYO sadece büyük kurumsal yatırımcılar, bankalar ve hedge fonların değil, aynı zamanda küçük yatırımcıların belki de hiçbir zaman sahip olamayacağı değerli gayrimenkullerden faydalanmasını mümkün kılan, temettü bazlı gelire ve toplam getiriye erişim fırsatı sunan bir şirket türüdür. Bu sayede bir GYO'nun pay sahipleri, mülk satın almak, yönetmek veya finanse etmek zorunda kalmadan elde edilen gelirden hisseleri oranında kazanç elde ederler.

Ülkemizde taşınmazın en önemli yatırım aracı olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Türkiye'de enflasyonun öncelikle taşınmaz fiyat ve kira bedellerine yansımaları, insanların ekonomik yönden buldukları ilk fırsatta taşınmaza yönelmeleri sonucunu doğurmaktadır. Ancak her geçen yıl konut satışları ne kadar artsa da ev sahipliği oranının düştüğü görülmektedir².

Taşınmaz ve GYO denilince akla sadece konut gelmemelidir. Özellikle uzaktan çalışmanın yaygınlaşması, klasik ofis binalarına olan ihtiyacın sorgulanmasına yol açmıştır. Benzer şekilde çevrimiçi alışverişe olan rağbet, depoculuğun ve lojistik merkezlerinin önemini artırmıştır. Dolayısıyla maksimum gelir/menfaat/verim elde etmek için taşınmaz yatırımlarında profesyonelleşmeye olan ihtiyaç günden günde artmaktadır.

Sosyoekonomik yönelim ve yatırımların taşınmaz eksenli olması ve açıklandığı şekilde dönüşmesi, GYO gibi taşınmaz konusunda profesyonel kurumlara ihtiyacın artması, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) önceki kanunlara ve mehz kanunlara göre ayrışan yeni hükümler getirmesi, TTK hükümleriyle Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) ve Tebliğ'in aynı sermaye hükümlerindeki yaklaşım farklılıkları, aynı sermaye ile ilgili özellikle GYO'lar bakımından monografik çalışmaya rastlanmaması

¹ RG, 28.05.2013 T., 28860 S.

² TÜİK (Türkiye İstatistik Kurumu) tarafından yayınlanan 15.06.2021 tarihli Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması'na göre konut sahipliği oranı 1,0 puan azalarak 2020 yılında %57,8 olarak hesaplanmıştır. Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması, Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), Ankara, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Gelir-ve-Yasam-Kosullari-Arastirmasi-2020-37404>, erişim tarihi, 03.01.2023.

ve SerPK’da aynı sermaye konulmasına cevaz verilen tek sermaye piyasası kurumunun GYO’lar olması tez konumuzu belirleme yönünden bizi teşvik etmiştir.

II. TERMİNOLOJİ

Tezin konusunda aynı anlama gelen taşınmaz ve gayrimenkul kelimelerinin kullanılmasının sebebi bir ihmal değil ilgili mevzuattaki kullanım farklılıklarıdır. Ayrıca taşınmaz ve gayrimenkul yerine çalışmamızda bazen “aynı sermaye” kavramı kullanılmıştır. Ayrıca taşınmaz kavramını kullandığımız bölümlerde çalışmamızda genel olarak taşınmaz şey kastedilmemektedir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) ve TTK’da “taşınmaz” kullanılmış; Tebliğ’de ise “gayrimenkul” tabiri kullanılmıştır. Tebliğ’de GYO’nun anonim ortaklık biçiminde kurulması zorunlu tutulmuştur. Ancak çalışmamızda biz TTK’daki tercih doğrultusunda anonim şirket (A.Ş.) terimini kullanacağız. Çalışmamız boyunca ilk başvuracağımız hukuk kaynağı olan Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1) çalışma boyunca kısaca Tebliğ diye zikredeceğimiz metindir. Tebliğ m. 3’te yer alan tanım ve kısaltmalar çalışmamız yönünden doğrudan kullanılacaktır. Öte yandan GYO’nun tarihçe niteliği ile ilgili yapmaya çalışacağımız açıklamalar mahiyetinde GYO’nun doğumuna vesilen olan Yatırım Ortaklığı kavramı YO şeklinde kullanılacaktır.

III. İNCELEME PLANI

Çalışmamızda, konunun özelliği itibarıyla birçok hukuk disiplini dikkate alan bir bakış açısı ile hareket etmek zaruri olmuştur. Zira, taşınmazın sermaye olarak konulması konusunun özellikle TTK m. 128’de ve m. 342’de düzenlenmesi sebebiyle TTK, GYO’nun Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlenen bir kolektif yatırım kuruluşu olması münasebetiyle SerPK, GYO’ları kuruluş, dönüşüm ve faaliyetleri, kısacası hemen hemen tüm yönleriyle düzenleyen ve hukuken idare statüsündeki SPK tarafından yayımlanan Tebliğ dolayısıyla İdare Hukuku çerçevesinde inceleyeceğiz. Yine, taşınmaz ve taşınmazın mülkiyetinin geçiş anı bağlamında TMK m. 704 ve m. 705 ile Tapu Sicili Tüzüğü (TST) ve dolayısıyla eşya hukuku yönünden, yurt dışındaki taşınmazın bir vatandaş veya yabancı tarafından sermaye olarak konulup konulamayacağının değerlendirilebilmesini teminen milletlerarası özel hukuk kapsamında konu değerlendirilmeye çalışılacaktır. Sermaye koyma borcunun ifası, ifa edilmemesi, ve gereği gibi ifa edilmemesi konularıyla bunların sonuçlarının TBK ile teması ve bu temasın TTK hükümlerine yansımaları da ele alacağımız diğer bir husustur.

Birinci bölümde, ana hatlarıyla kolektif yatırım kuruluşu kavramı ile Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı (GYO) kavramı çerçevesinde GYO’nun tarihçesi, amacı ve işlevi, GYO’nun başarılı uygulandığı ülkelerde ve ülkemizde gelişimi, hükümleri, tanımı, hukuki niteliği, türleri, kuruluşu,

faaliyet konuları ve denetimi hususları GYO kavramının mahiyetini belirlemek adına kısaca ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca, GYO'ya uygulanacak hükümlerden Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1) ("Tebliğ") düzenlemesinin hukuki niteliğinin ne olduğu açıklanmaya çalışılarak, Tebliğ ve GYO'ya tatbik edilecek diğer hükümlerin uygulanma sırası üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde ayrıca GYO'lar için sermaye, malvarlığı ve portföy kavramları açıklanarak GYO'da aynı sermaye yeterliliği koşulları Tebliğ ve TTK hükümleri çerçevesinde irdelenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde aynı sermaye olarak GYO'ya konulabilecek değerlerin neler olabileceği tespit edilmeye çalışılmış; bu değerler arasında taşınmaz kavramı, bu kavramın kapsadığı değerler ve hangi taşınmazlar bakımından aynı sermaye engeli doğabileceği üzerinde durulmuştur. Tebliğ'in ifadesiyle, gayrimenkule dayalı haklar, gayrimenkule dayalı aynı haklar, gayrimenkul projeleri ve altyapı yatırım ve hizmetlerinin çerçevesi ve bunlardan Tebliğ'in GYO'ya aynı sermaye olarak konulması mümkün olanlar bakımından sermaye taahhüdü ve ifası prosedürü incelenecektir. Bu bölümde özellikle sermaye olarak konulma prosedürü ve taşınmazın mülkiyetinin geçiş anı ile ilgili değerlendirme ve uygulamaya yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca, aynı sermaye taahhüdüne aykırılık teşkil edecek haller hukuki sonuçlarıyla birlikte, ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞI ve SERMAYESİNE İLİŞKİN ESASLAR

I. BİR ÜST KAVRAM OLARAK KOLEKTİF YATIRIM KURULUŞUNUN TANIMI, AMACI ve TARİHİ GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Ekonomik yönden mal ve faktör piyasaları olmak üzere ikiye ayrılan piyasada, faktör piyasası iş gücü ve sermayeden oluşur. Faktör piyasasının sermaye tarafı ise finansal piyasayı oluşturur. Bir işletmenin finansman kaynakları işletme içi ve işletme dışı kaynaklar şeklinde ikiye ayrılır. İşletme içi finansman kaynaklarına örnek olarak, yedek akçeler, emeklilik/yardım sandıkları fonları ve amortismanlar gösterilebilir. Dış kaynaklar ise sermayeyi oluşturan katılma payı ve kredilerdir. İşletmeler, dış kaynakları edinmek için finansal piyasalara başvurur. Finansal piyasa araçları, bunlarla sınırlı olmamak üzere nakit, tahvil, krediler ve pay senetleri biçiminde sayılabilir. Finansman piyasaları da para piyasası ve sermaye piyasası³ olmak üzere iki kola ayrılır. İşletmelerin olağan ve günlük faaliyetleri kapsamında ihtiyaç duyulan likiditenin karşılandığı piyasa para piyasaları, uzun vadeli sermaye arz ve talebinin karşılandığı piyasalar ise sermaye piyasalarıdır⁴. Sermaye piyasası (capital market); borçlanma araçları piyasası (debt capital markets) ve pay piyasasının (equity markets) birleşiminden ibarettir⁵. Para piyasaları senet ve kısa vadeli kredilerden, sermaye piyasası ise menkul kıymetler, türev araçlar, yatırım sözleşmeleri ve diğer sermaye piyasası araçlarından oluşur. Her iki piyasanın belki de en önemli farkı ise fiyat hareketlerindeki dalgalanmalarda kendisini gösterir. Düzenli işleyen bir ekonomik sistem içinde para piyasasındaki fiyatlamalar çok fazla değişikliğe uğramazken risklere açık olan sermaye piyasasındaki fiyatlamalarda ciddi dalgalanmalar gerçekleşebilir. İşte kolektif yatırım kuruluşları tasarruf sahiplerine birikimlerini menkul kıymet ve gayrimenkullerde değerlendirmede aracılık ve yardımcılık yapan kurumlardır. Ekonomi büyüdükçe ve teknoloji geliştikçe

³ Sermaye piyasası kavramı serbest piyasanın ortaya çıkardığı bir terim olup, “bırakınız yapsınlar” şeklinde tercüme edilebilecek *Laisses-faire* ekonomik felsefesinin bir tezahürüdür. Bu anlamda devlet müdahalesinin sadece piyasa paydaşları arasındaki zorlama ve sahtekarlık durumlarıyla sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Adıgüzel, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1.

⁴ Uzunoğlu, Sadi, Para ve Döviz Piyasaları, 3. Basım, Literatür Yayınları, İstanbul 2007, s. 28; Fonların para ve sermaye piyasaları arasında gidip gelmesi, para piyasasının önemli aktörü olan bankaların sermaye piyasasındaki önemi ve sermaye piyasası aracı olan bazı menkul kıymetlerin giderek daha kısa vadelerle ihraç edilmeleri karşısında iki piyasa arasında ayırım yapmanın gittikçe zorlaştığı yönünde; bkz. Uyar, Mustafa, Türk Hukukunda Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 32, dñn 18.

⁵ Bayram, Sonat, Türkiye’de Borçlanma Araçlarının Çeşitlendirilmesi ve İşletme Finansman Yapısının Optimizasyonu, TÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, s. 5.

şirketler kendilerini finanse etmek için daha çok sermayeye ihtiyaç duymakta ve ortaklarından ya da üçüncü kişi veya kurumlardan borçlanmak yerine halka arz yoluna başvurmaktadır⁶.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) ile kavram olarak ilk kez hukukumuzda yer alan kolektif yatırım kuruluşu kavramı ile yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları kastedilmektedir (SerPK m.3/1-m). eSerPK m. 32’de ise yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları birer sermaye piyasası kurumu olarak sayılmıştır.

B. Ortaya Çıkışı ve Tanımı

Kolektif yatırım kuruluşu kavramına benzer ilk kurum 1822’de Belçika’da ortaya çıkmıştır. Belçika, bağımsızlığını ilan ederek Hollanda’dan ayrılmadan önce, Hollanda Kralı ülkenin güneyini kaldırmak amacıyla bir ortaklık kurdu muştur. Bu ortaklık, Belçika’nın Hollanda’dan ayrılması sonrasında ülkenin temel sanayi kuruluşlarını finanse etmiştir. Önceleri finansman kurumu, holding veya banka gibi hareket eden bu yapı, zaman içerisinde tam anlamıyla bir kolektif yatırım kuruluşu olarak Yatırım Ortaklığı (YO) niteliğine dönüşmüştür. Bugünkü anlamda halktan topladığı paraları riskin dağıtılması prensibine göre değerlendirmeyi amaç ve faaliyet konusu edinen şirketler ilk olarak 1860’lı yıllarda İngiltere’de Investment Trust adı altında kurulmuşlardır⁷. Sermaye piyasasında faaliyet gösteren neredeyse bütün ülkelerde YO’lar, kuruluştaki güvenilir kişi eliyle veya ortaklar tarafından yönetilecek biçimde olmak üzere iki temel hukuki model ile sınıflandırılmaktadır. Bu tür sınıflandırmanın ilk örnekleri İngiltere ve ABD’de görülmektedir⁸.

C. Amacı

Ortaya çıkışı 1800’lü yıllara dayanan kolektif yatırım kuruluşlarının amacı, tasarruf sahiplerinden toplanan birikimlerle oluşturduğu portföyünü riskin dağıtılması prensibi doğrultusunda ve profesyonel bir şekilde işletmektir. Bir anlamda büyük sermayedarların sahip olduğu avantajları küçük tasarruf sahiplerine birikimleri nispetinde sunacak şekilde, toplanan birikimlerle oluşturulan portföy, kıymetli evrak, menkul kıymet, altın, kıymetli maden ve taşınmaz gibi çeşitli değerlere yatırım yaparak işletilir.

⁶ Pinto, Arthur R./ Branson, Douglas M., Corporate Law, Fourth Edition, LexisNexis, 2013, s. 96.

⁷ Nomer Ertan, Füsün, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı", İÜHFM 71/2, 2014, s. 131-143, s. 131, ("Kolektif Yatırım Kuruluşları").

⁸ Adıgüzel, s. 276-277.

D. Yatırım Ortaklığı ve Trust Kavramı

Bir Anglo-Sakson buluşu olan YO uluslararası alanda genelde investment trust veya investment company kavramlarıyla anılır. SerPK. m. 48’de düzenlenmiş YO, eSerPK m. 35/1’de olduğu gibi, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenen diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü işletmek ve paylarını ihraç etmek üzere kurulan bir anonim şirkettir⁹. Bazı ülkelerde kolektif yatırım kuruluşları, trust ya da sözleşmeye dayalı “yatırım fonu”¹⁰ (YF) şeklinde kurulabileceği gibi şirket biçiminde olmak üzere doğrudan YO olarak da kurulabilir¹¹. Trust, kural olarak kurucu, güvenilen ve lehtar arasında üçlü bir ilişkidir. Kurucu belirli veya belirlenebilir trust fonu olarak adlandırılan (taşınmaz, taşınır, alacak gibi) malvarlığı değerlerini güvenilene devretmekte ve güvenilen de bu malvarlığı değerlerine lehtar lehine malik olmaktadır. Bu ilişkide kara Avrupası hukuk sistemine yabancı bir ikili mülkiyet söz konusudur; lehtar, güvenilenin mülkiyet hakkından kaynaklanan bir türev mülkiyet hakkına sahip olabilmektedir. Aynı şey üzerindeki mülkiyet hakkı bölünmekte, mülkiyet hakkını kullanan ve yararlanan farklı iki kişi söz konusu olmaktadır. Trust, bu yönüyle, İsviçre ve Türk hukuklarında karşılaştırıldığı inançlı işlem uygulamasından ayrılmaktadır¹². Trust’ın tam karşılığı bir kurum, hukuk sistemimizde mevcut olmamakla birlikte farklı amaçlarla kurulan trust türlerinin sistemimizdeki bazı kurumlarla benzerlik gösterdiği de görülmektedir. Örneğin, yönetim ve teminat işlevleri açısından inançlı işleme, miras planlama işlevi yönünden art mirasçı atanmasına benzetilmekte, hayır işlerini gerçekleştirme işlevi dikkate alındığında vakıf ile kıyaslanmakta ve bazı özel görünüşleri, adi ortaklık veya dolaylı temsil ilişkilerine benzetilmektedir¹³.

Daha geniş anlamda ise YO’ların amacı, küçük tasarrufların sermaye piyasasına aktarılmasıdır. Bu özellikleri göz önünde bulundurduğunda YO’nun tanımı, yatırımcıların tasarruflarını farklı şirketlerin menkul kıymetlerine yönlendirerek oluşturduğu portföy sayesinde, hem rizikonun dağılmasını ve sınırlanmasını sağlayan hem de profesyonel ve uzman bir yönetim vasıtasıyla tasarrufları değerlendirerek sermaye piyasasına önemli katkılar veren bir finans kuruluşu biçiminde yapılabilir¹⁴.

⁹ eSerPK m. 35’teki ifade ile hemen hemen aynı şekilde kaleme alınan SerPK m. 48’deki YO tanımı, kolektif yatırım kuruluşlarına ilişkin riskin dağıtılması ilkesine ve portföyün halktan toplanan sermaye ile oluşturulmasına yer vermemesi nedeniyle öğretide eleştirilmiştir, bkz. Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra, “*Sermaye Piyasası Kanunu ve Tasarı Taslağı Açısından Yatırım Ortaklıkları*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 349-366, s. 354.

¹⁰ YF bir veya daha fazla yatırımcının bu fona katılım veya fonda hak sahipliği karşılığında paralarını koyduğu bir araç olarak tanımlanmaktadır. Fon yöneticisi fonun işleyişinden sorumlu olan ve bir anlamda yatırımcıları seçen taraftır. Detaylı bilgi için, Spangler, Timothy, *The Law Of Private Investment Funds*, Oxford University Press, 2008.

¹¹ Günel, Vural/Okat, Yalçın Özge, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 40.

¹² Trust hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kurtulan Güner, Gökçe, *Trust Kurumu ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 105 vd.

¹³ Uzun Kazmacı, Özge, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2022, s. 194

¹⁴ Nomer Ertan, *Kolektif Yatırım Kuruluşları*, s. 132.

II. GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞININ TARİHÇESİ

A. ABD Uygulaması

Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı (GYO) kurumunun temeli, geçen yüzyılın başında ABD’de The Massachusetts Business Trusts adıyla atılmıştır¹⁵. 19. yüzyılın ortalarında Massachusetts Eyalet Hukuku’nda yer alan düzenlemeler gayrimenkul yatırımının kurumsallaşmasını etkin bir şekilde engelleme eğilimindeydi¹⁶. Bir şirketin gayrimenkul sahibi olmasına ancak şirketin faaliyetleri elverdiği ölçüde izin verilmekteydi.

Bu girişimler, vergisel yükümlülüklerden muafiyet elde etmek amacıyla şirket değil birlik (trust) biçiminde faaliyet göstermiştir. Ancak 1935 yılında ABD Yüksek Mahkemesi’nin, bu birliklerin, anonim ortaklıklarla gösterdiği benzerlikleri gerekçe göstererek vergiden muaf olamayacakları yönünde verdiği karar¹⁷ bu yönelimi olumsuz etkilemiştir¹⁸. İkinci dünya savaşı sonrasında emlak yatırımlarının limited partnershipler¹⁹ aracılığıyla yürütüldüğü ifade edilmektedir²⁰. ABD’de 1960 yılında Ulusal Gelir Kanunu’nda (IRC-Internal Revenue Code) yapılan değişiklik, GYO’ların (Real Estate Investment Trust-REIT) hukuki altyapısını oluşturmuştur²¹. Bu düzenlemeyle GYO’ların hukuki statüsü anonim şirket (A.Ş.) olarak belirlenmiş ve GYO’lara yatırım yapılmasını teşvik etmek için vergi muafiyeti tanınmıştır. Vergi muafiyeti ile GYO’lara iş ve projeleri bizzat yönetmeme ve yönetim faaliyetinin bağımsız biçimde

¹⁵ Belen, Herdem, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 11; Göktepe, Hülya, ABD ve Türk Hukuklarında Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 2003, s. 22; Akçay, Belgin, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, İşletme ve Finans Yayınları No:5, Ankara 1999, s. 40; Ayan, Özge, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Kuruluşu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 84, (“GYO Kuruluş”); Tarihçe için bkz. Vural, Güven, Yatırım Ortaklıkları, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:20, Ankara, 1978, s. 27-63.

¹⁶ Stevenson, Simon, “*The Development and Maturing of the US REIT Sector*”, Sotelo, Ramon/McGreal, Stanley (Ed.), Real Estate Investment Trusts In Europe Evolution, Regulation and Opportunities for Growth, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013, s. 49-62, s. 49.

¹⁷ Morrissey v. Commissioner kararında, mahkeme bu birliklerin merkezileştirilmiş kontrol, devamlılık, sınırlı sorumluluk gibi özellikleri ile hisselerinin devredilebilir olmalarını dikkate alarak anonim ortaklıkla benzerlik gösterdiğini ve anonim şirketler gibi vergilendirmeye tabi tutulmaları gerektiğine hükmetmiştir.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/296/344/case.html>; Erişim tarihi: 28.11.2023.

¹⁸ Stevenson, Sotelo/McGreal (Ed.), s. 49

¹⁹ Limited partnership vergisel yönden avantaj sağlayan ve ortaklardan bazılarını sınırlı sorumluluk getiren bir organizasyondur. Detaylı bilgi için bkz. Pinto/Branson, s. 610 ; Limited partnershiplerin hukukumuzda adi komandit ortaklık ile benzerlik gösterdiği yönünde, İmregün, Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968, s. 23, (“Amerikan Hukuku”).

²⁰ Uyar, s. 41.

²¹ Stevenson, Sotelo/McGreal (Ed.), s. 50.

yürütülmesi yükümlülüğü getirilmiştir²². Ayrıca bu düzenleme sayesinde GYO'lar vergisel işlemler yönünden kapalı türdeki yatırım fonlarıyla aynı kazanımları elde etmiştir²³.

GYO'lar, 1970'li yıllarda sermaye piyasalarında işlem görmeye başlamış olsa da esas atılımı 1986 yılındaki vergi reformu sonrasında yapmıştır²⁴. Portföylerindeki taşınmazların yönetimini ortaklık dışındaki danışman şirketler yürüttüğünden zamanla yöneticiler ile ortaklık arasında ciddi çıkar çatışmaları doğmuş, yine bu dönemde portföyler küçülmüş ve yatırımcı sayısı azalmıştır.

1986'da GYO'ların bu hizmetleri ihale etmek yerine kendi mülklerini geliştirip işletmelerine izin veren Vergi Reform Yasası (IRC-Internal Revenue Code) yürürlüğe girmiştir. Bu sayede GYO'lar vergisel sınırlamalardan kurtulmuş ve portföylerindeki taşınmazları kendileri yönetme imkanına kavuştukları gibi alım satım, kiralama, projeleri hayata geçirme ve yönetme faaliyetlerini artık kendileri yürütmeye başlamışlardır. Söz konusu yasal düzenlemeler sayesinde operasyonlar hızlanmış ve uzmanlaşma daha da önem kazanmıştır. İşletmeler uzmanlığını ortaya koyan profesyonel yöneticiler tarafından yürütülürken halk sadece sermaye koymaktadır. ve bu sayede Örneğin 1994'te ilk Canlı Bilimi GYO (Life Science REIT) kurulmuştur²⁵. 1992'de bir "Şemsiye Ortaklık GYO (UPREIT)"²⁶ ilk kez halka arz edilmiştir. 2000 yılında, GYO Borsa Yatırım Fonu ilk kez ortaya çıkmıştır. 2001'de yürürlüğe giren GYO Modernizasyon Kanunu (the REIT Modernization Act) ve 2004'te yürürlüğe giren REIT Improvement Act ile GYO'ların günlük işlerini daha etkili yürütmeleri sağlanmıştır. 2008'de The REIT Investment and Diversification Act yürürlüğe girmiş ve GYO'ların daha etkili bir şekilde taşınmaz alım satımı yapmalarının önü açılmıştır. 2013'te ilk hisseleri borsaya kote edilmiş "Tarım Arazisi GYO", 2015 yılında ilk halka açık "Elektrik İletim Altyapı GYO" kurulmuştur. 2016'da Öz Varlık GYO'lar (Equity REIT) borsadaki yeni ve onbirinci sektör olarak finans sektöründen ayrılarak taşınmaz sektörüne aktarılmıştır.

ABD GYO endüstrisi, kurulduktan yaklaşık altmış yıl sonra, brüt iki trilyon dolar değerindeki taşınmazların temsil edildiği bir trilyon dolarlık piyasa değerine ulaşmıştır. Bu büyüme, kısmen, 2016

²² Ayan, s. 84.

²³ Uyar, s. 41.

²⁴ 14 Haziran 1965'te, Continental Mortgage Investors, New York Borsası'na (New York Stock Exchange-NYSE) kote edilen ilk GYO olmuştur.

²⁵ <https://www.reit.com/what-reit/history-reits>, erişim tarihi: 28.11.2023.

²⁶ Şemsiye Ortaklık GYO (Umbrella Partnership REIT/UPREIT), taşınmaz sahibi bir ortaklığın çoğunluk hissesine sahip olan bir GYO türüdür. Tebliğ m. 3/1-y'deki ifade ile yönetim kontrolü olarak adlandırılabilir. 1994 yılında faiz oranları artınca GYO hisse senetlerinin cazibesi azalmış ve yatırımcılar faize yönelmiştir. Halka arz süreçlerinde bekledikleri kaynağı sağlayamayan GYO'lar borçlanarak %40 olarak belirlenen borç/özkaynak rasyosunu ihlal etmiştir. Buna çare olarak ihdas edilen UPREIT, gayrimenkulün devri, yeniden yapılandırma, kar elde etme ve vergileri erteleme bakımından gayrimenkul sahibine imkan sağlamıştır. UPREIT bir ortaklıkla bir GYO'nun evliliğine benzetilebilir. İlk olarak 1992'de Taubman Centers Inc.'in halka arzı ile gündeme gelmiştir. Bkz. Akçay, s. 53.

yılında Küresel Endüstri Sınıflandırma Standardında Emlak Başlığı altında yeni bir sektör oluşturulmasını sağlamıştır.

ABD’de GYO, halka açık veya özel girişim biçiminde faaliyet gösterebilir. Paylarının devredilebilir olması zorunludur. GYO’ların hisselerinin yarısından fazlasına beş veya daha az ortağın sahip olmasına cevaz verilmemiştir. Hisselerin bir kısmına imtiyaz tanınması mümkün olup borsaya kote edilme zorunluluğu yoktur. Halka açık GYO’lar menkul kıymet ihraç edebilir. Özel girişim olarak faaliyet gösteren ortaklıklar, kurumsal yatırımcılar aracılığıyla faaliyetlerini sürdürür. GYO’lar ABD dışında taşınmaz edinebilir. GYO’lar taşınmazların satışından elde edilen kazançlarını temettü olarak pay sahiplerine ilgili yıl içinde dağıtmaktadır. Ayrıca yıllık vergilendirilebilir kazancının en az %90’ını temettü olarak ilgili yılda dağıtmak yükümlülüğündedir. Belirtelim ki, GYO’lar brüt kazançlarının en az %75’ini kira ve ipotek faizinden elde ettiği takdirde vergiden muaf olurlar. Portföylerindeki taşınmazların değerinin artması ile elde edilen gelirler kurumlar vergisine tabi olduğundan bu gelirlerin temettü olarak dağıtılma mecburiyeti yoktur.

ABD’de Öz Sermaye (Equity), İpotek (Mortgage)²⁷, Halka Açık Borsaya Kote Edilmemiş (PNLR) ve Özel (Private) olmak üzere temelde dört tür GYO vardır²⁸. Bunların haricinde karma nitelikteki GYO’lar söz konusudur. ABD’de en yaygın tür olan Öz Sermaye GYO’lar ülkemizdeki GYO’larla benzerlik göstermektedir. Öz Sermaye GYO’lar şirket, ofis, AVM, konut ve çeşitli taşınmazların sahibi sıfatıyla kiralama yapar ve gelirini temettü olarak dağıtır.

NAREIT (Ulusal Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları Birliği) Öz Sermaye GYO’ların yatırım alanları bakımından şöyle bir sınıflandırma yapmıştır: 1. Endüstri ve ofis, 2. AVM, 3. Konut, 4. Çeşitli taşınmazlara yatırım yapan (Diversified REIT), 5. Otel, 6. Sağlık hizmetleri, hastane ve ilgili faaliyetler, 7. Depo ve ambar yatırımları, 8. Çok sayıda gayrimenkul tipinde uzmanlığı olan GYO’lar, hapishane, tiyatro ve golf sahaları.

İpotekli GYO (Mortgage REITs), maliki olmadığı konut veya ticari taşınmazların konu olduğu ipotek veya teminatlara yatırım yapar. Taşınmazın sahibine borç vererek faiz geliri elde ederler. Bu

²⁷ ABD’de ve Avrupa’da uygulanan “mortgage”, kavram olarak “ölü yatırım veya ölü rehin” anlamındadır. Mortgage, ilk olarak faizin yasaklandığı ortaçağ İngilteresinde ortaya çıkmıştır. ABD Mortgage uygulaması, Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki ipoteğe dayalı kredi ilişkisini tam manada karşılamaz. ABD sisteminde, teminat olarak verilen taşınmaz mülkiyeti, mortgage kurulurken alacaklıya veya Trustee diye adlandırılan yediemin niteliğindeki kuruluşa koşullu biçimde devredilmektedir. Borcun tamamı ödenince koşul gerçekleşmiş olur ve mülkiyet tekrar borçluya devredilir. Borç ödenmezse, alacaklının işleme konu taşınmazın maliki olacağına yönelik koşullar lex commissaria yasağı doğrultusunda geçersizdir. Alacaklı sadece ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi yoluna gidebilir. Sözleşmede alacaklıya satış yetkisi de verilmişse, alacaklı taşınmazı mahkeme dışı arttırma (Non Judicial-Power of Sale) yoluyla satabilir.

Ayrıca, mortgage ile teminat altına alınan alacaklar, menkul kıymetleştirilerek ihraç edilir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için, Aydoğdu, Murat, “Konut finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri”, DEÜHFD 2007, sa. 9, s. 1-52.

https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46846/587429#article_cite, erişim tarihi:28.11.2023.

²⁸ <https://www.reit.com/what-reit/types-reits>, erişim tarihi: 28.11.2023.

GYO'lar ipoteğe dayalı menkul kıymetlere (mortgage backed securities) yatırım yapar. Öz varlığa dayalı GYO'lar ile kıyaslandığında İpotekli GYO'lar daha yüksek kar sağlar. Bunların haricinde birçok tür GYO söz konusu olsa da geneli Öz sermaye (Equity) GYO çatısı altındadır. Uzmanlık, coğrafya ve taşınmaz türüne göre GYO alt türleri oluşmuştur.

Karma yapıdaki GYO'lar (Hybrid REITs) ise isminden de anlaşılacağı üzere bir taraftan taşınmaza veya projelere, bir yandan da taşınmaza dayalı menkul kıymetlere yatırım yaparak gelir elde eder.

Özel girişim GYO'lar ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu²⁹ denetimine tabi olmayan ve hisseleri menkul kıymetler borsasında işlem görmeyen taşınmaz fonları ve şirketlerdir. Özel GYO'lar daha çok müşterek mülkiyet prensibiyle ya da kurumsal yatırımcıların katılımıyla faaliyet gösterir.

B. Birleşik Krallık Uygulaması

Birleşik Krallık'ta GYO'lar, otuz yıllık tartışma ve konut yatırım ortaklıkları (Housing Investment Trusts-HIT'ler) fiyaskosunun ardından 2007'de nihayet yükselişe geçmiştir. GYO'ların istenilen ivmeyi yakalamasındaki asıl engelin yatırımcılar değil, vergilendirme ile ilgili endişeler olduğu söylenebilir³⁰.

Özellikle İngiltere'de, borsada işlem görme imkanına sahip olan emlak şirketleri 2007'deki düzenleme sonrasında GYO'ya dönüşme eğilimine girmiştir.

Birleşik Krallık'ta özellikle ABD ve Avustralya deneyimlerinin etkisiyle, gayrimenkul sektörünün vergi yönünden şeffaf bir menkul kıymetleştirilmiş araca ihtiyaç duyulmuştur. 1980'lerde ve 1990'larda birçok gayrimenkul yatırımcısı, vergi yükünü azaltmak için yatırımlarını deniz aşırı veya limited ortaklıklar³¹ yoluyla yapmıştır³². 1996 yılında, vergi avantajları getirilerek Konut Yatırım Ortaklıkları (KYO) kurulmuş ancak başarıya ulaşmamıştır. Bunun nedenleri, tek yatırımın konuta yapılabilmesi, vergisel avantajların gerektiği gibi teşvik edici olmaması, borsaya kote edilmeleri için piyasa değerinin çok yüksek olması gerekliliği ve satış sonrasında kar dağıtılma zorunluluğu bulunmaması sayılabilir. 2007'deki düzenleme ile bir GYO'nun Birleşik Krallık'ta kurulmasına ve sadece Londra Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem görmesine cevaz verilmiştir.

²⁹ 1929'da ABD'de borsanın çökmesiyle hisseler değersiz hale gelmiş ve kamu güveni kaybolmuştur. Güveni yeniden inşa etmek adına, 1933'te kurulan komisyonun birincil görevi, şirketlerin işleri hakkında doğru bilgi vermelerinin ve brokerlar, alıcılar, satıcılarla yatırımcıların dürüst ve adil muamele görmelerinin sağlanmasıdır.

³⁰ Sieracki, Karen, "UK REITs- Are They Delivering What Was Expected?", Sotelo/McGreal (Ed.), s. 94-110, s. 94.

³¹ İngiliz Hukukunda limited şirketin tarihçesi ve çeşitleri ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Alışkan, Murat, Limited Şirket Tarihçe Niteliği, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 34 vd.

³² Sieracki, Sotelo/McGreal (Ed.), s. 95.

GYO'nun faaliyetleri bakımından varlıklarının en az %75'ini gayrimenkullerin oluşturmaları gerekir. Ayrıca, portföyünde en az üç taşınmaz olması gerekmektedir birlikte taşınmazlardan birisinin değerinin şirketin sermaye değerinin %40'ından fazla olmasına izin verilmemektedir. Vergiye tabi net karın (faiz ve sermaye indirimlerinden sonra) %90 oranında dağıtılması gerekir.

C. Avrupa Birliği Uygulaması

Avrupa Birliği (AB) GYO uygulamasını ilk olarak Hollanda ve Belçika'da tecrübe etmiştir³³. 2001'de AB üyesi ülkelerde GYO'ların yasal altyapısını oluşturarak sektörün gelişimine katkı sağlamak için EPRA (European Public Real Estate Association) kurulmuştur. Bu birlik GYO'lara ilişkin etik kuralları belirlemek amacıyla çalışmalar yapar ve AB ülkelerindeki GYO'ları temsil eder. AB, 20.12.1985 tarihli UCITS Yönergesi ile (Undertakings For Collective Investment in Transferable Securities- Devredilebilir Menkul Kıymetlere Yatırım Yapan Kolektif Yatırım Kuruluşlarına İlişkin Kanun, Düzenleme ve İdari Hükümlerin Koordinasyonu Hakkında 20 Aralık 1985 tarihli Konsey Direktifi) yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları gibi kavramları tanımlayarak bu kurumların esaslarını belirlemiştir³⁴. Sonrasında söz konusu yönerge 2009/65 ve 2011/61 sayılı direktiflerle değişikliğe uğramış ve daha önce düzenlemeye konu edilmemiş alternatif yatırım sektörleri düzenlemeye konu edilmiştir.

Düzenlemenin başlıca amaçları, şeffaflığın artırılması, şirketlerin daha etkili ve kontrollü bir şekilde faaliyet göstermelerini sağlayacak yasal düzenlemelerin yürürlüğe sokulması ve yatırımcıların korunması biçiminde sayılabilir. GYO'lar ile ilgili AB Hukukunda özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle üye ülkeler GYO'lar ile ilgili iç hukuklarında serbestçe düzenleme yapabilir.

D. Almanya Uygulaması

Almanya'da 1923'teki hiperenflasyon deneyimi nedeniyle taşınmaz toplumsal hafızada önemli bir yer tutmaktadır. Eskiden beri konuta yapılan yatırımlar ideal emeklilik için olmazsa olmaz kabul edilir.

Savaş sonrası sanayisini güçlendirmek amacıyla İngiltere ve ABD'den örneklemelerle bir sermaye birliği olarak bu kurum artık Almanya'dadır. Kurumlar vergisinden muaf tutulmak amacıyla hak ehliyeti dahi olmayacak şekilde kurulmuşlardır. Önce kooperatiflere dönüşen, sonrasında da

³³ Ayan, GYO Kuruluş, s. 86.

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0611>, erişim tarihi: 28.11.2023.

bankaların öncülüğünde kurulan yatırım ortaklıkları ABD ve İngiltere'den farklı olarak kaynaklarını bankacılık sektöründen elde etmiştir.

Almanya'da GYO'ların 1957 yılında Yatırım Ortaklığı Yasası (KAGG-Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften) ile yasal düzenlemeye kavuştuğu ve bu kanunla esas amacın yatırımcıların korunması olduğu görülmektedir³⁵. ABD ve İngiliz yaklaşımı ile paralel şekilde henüz 1970'te yürürlüğe giren yasa ile sorunlara köklü çözümler getirilmeye çalışılmıştır³⁶. Düzenleme uyarınca YO'lar, A.Ş. ve limited³⁷ şirket olarak örgütlenebileceği gibi portföylerinde taşınır ve taşınmaz varlıklar bulunabilir. YO'lar sadece menkullere ve gayrimenkullere yatırım yapabilir. Bu değerler, yatırımcılar hesabına ve ortaklar adına işletilir³⁸. Düzenlemede ayrıca, A.Ş.'lere ilişkin ilke ve kuralların benimsendiği ortak model ile ayrı bir fon malvarlığı (özel malvarlığı) oluşturan ve çifte vergilendirmeyi bertaraf eden güvenilir kişi eliyle yönetim olmak üzere iki temel model esas alınmıştır³⁹. Söz konusu yasa 2004 yılında Yatırım Modernizasyonu Yasası ile ilga edilmiştir⁴⁰.

2007 yılındaki düzenleme ile GYO sistemi bir dizi yenilik kazanmıştır. 2009 ve 2011 yıllarında yapılan değişikliklerle Alman sisteminde GYO, on beş milyon Euro sermayeli halka açık anonim ortaklık olarak kurulabilir. Tüm hisse senetleri oy hakkını haizdir ve oyda imtiyaz yoktur. Tek bir yatırımcıların şirketin en fazla %10 hissesine sahip olabilir. Toplam varlıklarının %75'i taşınmazlardan oluşur. Yine brüt gelirlerin en az %75'i taşınmaz satışı, finansal kiralama ve kira gelirlerinden oluşur. Ticari vergi ve kurumlar vergisinden muaf olan GYO'lar emlak vergisinden muaf değildir. Ön GYO ile halka açılmanın ilk aşamasını başlatan yapı, sermaye piyasasında faaliyet gösterecek kapasiteye ulaşarak GYO statüsüne geçebilir.

GYO beş yıllık bir süre içinde, elindeki taşınmaz hisselerinin maksimum %50'sini satabilir. Göreceli olarak sürekli satış yapıldığı varsayıldığında, GYO'lar her yıl sahip oldukları taşınmazların (veya taşınmaz hisselerinin) %10'u kadarını satabilir. Ancak aynı anda %75 varlık şartına uymaları gerekeceğinden toplu satış yapma imkanı sınırlıdır. GYO, dağıtılabilir karının en az %90'ını pay sahiplerine dağıtmak zorundadır.

2005-2013 yılları arasında GYO'lar ile ilgili düzenlemeyi içeren Alman Yatırım Kanunu 2013 yılında Sermaye Yatırım Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu kanun ile GYO'ların AB direktiflerine ve

³⁵ Ayan, GYO Kurulu, s. 87.

³⁶ Vural, s. 49.

³⁷ Türk Dil Kurumu sözlüğünde limitet olarak geçmekle birlikte biz de kanundaki limited ifadesine sadık kalmayı tercih ettik. <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 28.11.2023.

³⁸ Uyar, s. 45.

³⁹ Vural, s. 46.

⁴⁰ Ayan, GYO Kurulu, s. 88.

Avrupa standartlarına uyum göstermesi amaçlanmıştır. Son düzenleme ile GYO'ların sadece A.Ş. olarak kurulması veya faaliyet göstermesi zorunlu tutulmuş, en az sermaye tutarı belirlenmiş ve borsaya kayıtlı olma zorunluluğu düzenleme altına alınmıştır. Alman modeline özgü temel maddeler arasında kotasyon zorunluluğu ve kaldıraç sınırı yer almaktadır. Başarıya ulaşmış GYO uygulamalarında olduğu gibi farklı finansman araçlarının veya bir bütün olarak gayrimenkul finansman piyasalarının akut krizine bir çözüm sundukları takdirde başarılı olacakları ifade edilmektedir⁴¹. GYO'ların ABD, Avustralya, Japonya ve Fransa'daki başarısı bu açıdan açıklanabilir. Ancak, kanunun yayımlanmasından uzun süre sonra bile Almanya, GYO statüsünde hedeflenen şirket sayısına ulaşamamıştır.

E. Fransa Uygulaması

Fransız GYO veya SIIC (Société d'Investissement Immobilier Cotée) 2003 yılında yasal düzenlemeye konu edilmiştir⁴². O dönemde Fransa, Hollanda ve Belçika'dan sonra Avrupa'da ABD GYO modelini takip eden üçüncü ülkedir. O zamana kadar çoğu taşınmaz yatırım aracı borsaya kote edilmemişti. GYO uygulaması, borsada işlem gören gayrimenkul sektörünün hızla büyümesine yardımcı oldu. Böylelikle GYO olarak faaliyet gösteren borsaya kayıtlı gayrimenkul şirketlerinin sayısında ciddi artış kaydedildi.

Mevzuatta zaman içinde bazı değişiklikler yapılmıştır. GYO'ların halka açık veya halka kapalı A.Ş. olarak kurulmaları ve sermayelerinin en az on beş milyon Euro olması gerekir. GYO'ların temettü dağıtımları zorunludur. Mülk kiralama faaliyetlerinden elde edilen cari karın en az %85'i bir sonraki mali yılın sonundan önce ve mülk satışından elde edilen karın %50'si ikinci yılın sonundan önce dağıtılmalıdır. Payları borsada işlem gören GYO'lara kurumlar vergisi muafiyeti tanınmıştır⁴³. 2003 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana, GYO uygulaması, SIIC 2, SIIC 3, SIIC4 ve (2008'de) SIIC 5 olarak adlandırılan birçok vergi değişikliği ile önemli ölçüde iyileştirilmiştir.

F. Benelux Ülkeleri Uygulaması

1969'da Hollanda, gayrimenkul yatırımlarını teşvik etmek için ABD'den sonra GYO benzeri bir yapıyı benimseyen ikinci ülke olmuş ve günümüzde GYO uygulamasında başarılı hukuki

⁴¹ Funk, Bernhard/Sotelo, Ramon, "German REITs: Limited Market Dynamics or Future Growth?", Sotelo/ Mcgreal (Ed.), s. 110-140, s. 94.

⁴² Nappi-Choulet, Ingrid, "The French REIT Market: The SIIC Regime", Sotelo/ Mcgreal (Ed.), s. 84-94, s. 84.

⁴³ Nappi-Choulet, s. 93.

düzenlemelerin de etkisiyle Avrupa'nın lider ülkesi haline gelmiştir⁴⁴. GYO'lar Hollanda'da kurumlar vergisinden muaf olduğundan pay sahiplerine yüksek oranda kar dağıtır⁴⁵.

Belçika'da 1995 yılında Hollanda'dan sonra Avrupa'da GYO'ları yasal düzenlemeye kavuşturan ülke olup, zaman içerisinde mevzuatta GYO'ların gelişimini destekleyen bir çok yenilik ve değişiklik yapmıştır. Lüksemburg'da ise GYO'ların çok etkin ve başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir.

G. İspanya Uygulaması

Gayrimenkul sektörü için özel yatırım araçları olarak GYO'lar, 2009 yılında yasa ile SOCIMI'ler (Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario) adı altında kurulmaya başlamıştır⁴⁶. GYO'lar 2021'de mevzuatta yapılan değişiklik ile dünyadaki emsalleriyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmış, kısıtlamaların azaltılması ve vergi avantajlarıyla yatırımcılar için daha çekici hale gelmiştir.

Kiralama veya satın alma amaçlarıyla mülk sahibi olabilen GYO'lar genel olarak bir Öz Sermaye GYO türü olarak faaliyet gösterir. Ancak, ipotek kredisi satın almalarına izin verilmez.

2021 yılındaki değişiklikten sonra GYO'ların en az sermaye tutarı on beş milyon Euro'dan beş milyon Euro'ya indirilmiştir. Bir GYO, yeni düzenlemeye göre artık kiralama esasına göre en az üç değil bir gayrimenkule sahip olabilir. Bu iki koşul, büyük gayrimenkul projelerine odaklanan ve küçük yatırımcıların katılımını kolaylaştıran GYO'ların kurulmasını teşvik etmiştir.

H. Asya Uygulaması

Asya'daki dört büyük GYO pazarı, Japonya, Singapur, Hong Kong ve Malezya'da yer almaktadır. GYO'lar 2001'de Japonya'da aynı anda kurulan ve borsada işlem görmeye başlayan iki ortaklıkla ortaya çıkmıştır. Japonya'da 2000 yılında YO mevzuatındaki değişiklik bunda etkili olmuştur⁴⁷. Japonya'da GYO'lar kapalı uçlu şirket olmakla birlikte borsada işlem görmektedir. Mevzuat gereğince Japon GYO'larının çalışanları olmadığı gibi önemli faaliyetleri kendileri yönetemez. Varlık yönetimi ve saklaması faaliyetleri üçüncü kişiler tarafından yürütülebilir.

⁴⁴ Ayan, GYO Kuruluş, s. 89.

⁴⁵ Brounen, Dirk, "Developing Benelux REITs", REITS, Sotelo/ Mcgreal (Ed.), s. 160-168, s. 162.

⁴⁶ De Le Paz/ Cuenca, "Spanish REITs: The New Regulated SOCIMIs", Sotelo/ Mcgreal (Ed.), s. 168-186, s. 168.

⁴⁷ Ayan, GYO Kuruluş, s. 89.

Singapur'da GYO'lar borsanın %10'undan fazlasını oluşturmaktadır. Singapur'da GYO'lar vergilendirilebilir kazancının en az %90'ını pay sahiplerine dağıtmakla yükümlüdür. Günümüzde GYO'lar Asya'da değer olarak 100 milyar ABD doları değere ulaşmıştır.

Hong Kong'da GYO'lar özellikle 2005 yılından beri rağbet gören bir yatırım aracıdır. 2020 yılındaki değişiklikten sonra GYO'ların yatırım açısından daha cazip hale geldiği görülmektedir. GYO'lar Hong Kong'da vergilendirilebilir kazancının en az %90'ını kar olarak dağıtmakla yükümlüdür. Borsada işlem görebilmesi için Vadeli İşlemler Komisyonu tarafından yetkilendirilmeleri gerekir.

2005 yılında ilk GYO'nun kurulduğu Malzeya'da, GYO'nun ayrı bir tüzel kişiliği yoktur. GYO'lar, elde ettikleri vergilendirilebilir karının % 90'ını dağıtması halinde % 25 gelir vergisi muafiyeti kazanır.

Avustralya'da GYO'ların tabi olduğu belirli bir mevzuat yoktur. 1971 yılında ilk GYO'nun kurulduğu Avustralya'da GYO'lar Şirketler Kanunu'na tabi olup; kuruluş için en az sermaye tutarı gibi bir kriter yoktur. Ayrıca GYO'nun borsada işlem görme zorunluluğu olmamakla birlikte yatırımları ile ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.

I. Türkiye Uygulaması

Türkiye'de her zaman toplumu oluşturan bireylerin birincil yatırım aracının konut ve dolayısıyla taşınmaz olduğunu söylemekte beis yoktur. Özellikle Covid-19 salgını ve sonrasındaki olumsuz ekonomik etkileri sonucunda konut fiyatlarının artması, zamanında bu yatırımı yapanların ne kadar isabetli bir tercih yaptığını göstermiştir⁴⁸. Nitekim taşınmaz yatırımlarının yüz ölçümü ve değeri neredeyse her dönemde yüksektir⁴⁹. Bu yönelim başta konut olmak üzere taşınmaz finansmanı için çeşitli teşviklerin verilmesini sağlamıştır.

Özellikle 1980'lerdeki büyük şehirlere yoğun göç sonrasında, geldikleri yerlerde kendi evlerinde yaşamaya alışmış ve fakat taşınmaz almak için yeterli parası bulunmayan insanlar, hazine arazilerine hukuka aykırı şekilde yerleşmiş ve gecekondular adlı yapılar inşa etmiştir. Zaman içinde gecekondular yapılaşmalarının yoğunluğu ve yıkımı sosyal barışı zedelemeye başlayınca, çıkarılan aflarla

⁴⁸ Örneğin İstanbul'da konut fiyatları 2022 yılında %210,76 oranında artmıştır. Bkz. <https://evds2.tcmb.gov.tr/index.php?/evds/dashboard/310>, erişim tarihi: 15.12.2021.

⁴⁹ Örneğin 1987-1991 döneminde dahi yüzölçümü %86,32 ve değer olarak %86,12 olmak üzere konut tipi yatırımları birinci sıradadır. Toplam krediler içinde konuta tahsis edilen krediler 1963-1980 arasında azalmış ve 1980'de en düşük değere ulaşmıştır. Bkz. Akçay, s. 83.

bu hukuka aykırı zilyetlikler, tapuların verilmesiyle mülkiyete dönüşmüştür⁵⁰. Neticede çarpık kentleşme en büyük sorunlardan biri olagelmıştır.

Kentsel dönüşüm yasası adı ile bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle sermayesi olan ancak eğitimi ve tecrübesi bulunmayan binlerce kişi inşaat sektörüne girmiştir. Bunun sonucunda, hem yapılan binalarda kalite ve güvenlik sorunu olduğu hem de tamamlanamayan binalar yüzünden arsa sahiplerinin mağduriyet yaşadığı gözlemlenmiştir. Bu da taşınmaz sektöründe uzmanlığın önemini bir kez daha ortaya koymuştur.

Özellikle 1980'li yıllarda büyük bir kooperatif furyası başlamış ve çok sayıda kooperatif, eğitim, bilgi, birikim ve uzmanlık eksiği nedeniyle ya kalitesiz yapılar ortaya koymuş ya da inşaatları tamamlayamamıştır. Yapı kooperatiflerine bir nevi saadet zinciri gözüyle bakan birtakım kötü niyetli yöneticiler, toplanan paraları zimmete geçirmiş ve mağduriyetlere sebep olmuştur. Konfor ihtiyacından veya beklentisinden ziyade, deprem kuşağında bulunan Türkiye'de yapıların çok kaliteli yapılması bir zorunluluktur.

Türkiye'nin inşaat alanında büyük bir birikimi ve uzman şirketleri vardır. Ancak ekonomik nedenlerle yatırım yapmakta tereddüt eden inşaat sektörü paydaşlarının yurt dışında çok başarılı işler çıkardığı bilinmektedir.

Sayısı 36 olan⁵¹ GYO'ların ilki 1997 yılında ve on beş milyar TL sermaye ile kurulmuştur⁵². 1998 tarihinde yayımlanan Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: VI, No: 11)⁵³ sonrasında yavaş yavaş ilgi görmeye başlayan GYO'lar, günümüzde yaklaşık yüz milyar TL'ye ulaşan işlem hacmi ile ekonomide ağırlığını hissettirmeye başlamıştır.

GYO'lar Türkiye gayrimenkul piyasasının kurumsallaşmasında önemli rol oynamış uluslararası standart ve profesyonellik getirerek yabancı yatırımları teşvik etmiştir.

2001 yılındaki mali krizden sonra ciddi bir yeniden yapılanma yaşayan ekonomi, AB'ye katılım sürecinin de desteğiyle 2004-2011 yılları arasında yıllık ortalama yüzde 5,5'lik büyüme ile

⁵⁰ GYO konut sorununun yanı sıra gecekondular ve arazi yağmasının da önüne geçebilecek bir yapı olarak değerlendirilebilir. Nitekim, Hazineye Ait Taşınmazların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un amacı m. 1'de "Hazineye ait taşınmaz malların daha kısa sürede ekonomiye kazandırılması ve Bakanlar Kurulu kararı ile satış kapsamına alınan Hazineye ait taşınmaz malların satış işlemlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek" biçiminde açıklanmıştır. Bu kanunun 4. maddesinde GYO'ların da yasa kapsamındaki taşınmazlardan, lehine irtifak hakkı tesis edilenleri talep edebileceği düzenlenmiştir. Talep durumunda taşınmazlar kanun hükümlerine göre belirlenecek rayiç değer üzerinden doğrudan GYO tarafından satın alınabilecektir. Yasa koyucunun da sorunun çözümünde GYO'ların etkili olabileceği kanaatinde olduğu söylenebilir, Belen, s. 27, dnp 62.

⁵¹ <https://www.gyoder.org.tr/gyolar>, erişim tarihi: 29.11.2023.

⁵² Ayan, GYO Kuruluş, s. 83.

⁵³ RG, 8/11/1998 T., 23517 S.

dikkat çekici bir büyüme performansına ulaşmıştır. Gayrimenkul piyasası, siyasi istikrar, ekonomik gelişmeler ve düşen faiz oranlarının ardından özellikle 2004 yılından itibaren yükseliş trendine girmiş ve buna paralel olarak GYO'ların sayısı artmıştır.

Halka arz sayısı bakımından piyasa üç aşamaya ayrılabilir. Birincisi ilk ciddi hareketlenmenin yaşandığı 1997 ile 1999 yılları arasında sekiz GYO'nun piyasaya girmesiyle gerçekleşmiştir. İkinci olarak 2000'den 2006'ya kadar az sayıda GYO kurulmuştur. Ardından 2007'den itibaren, özellikle de 2010 yılından itibaren ihtisaslaşma önce çıkmıştır⁵⁴.

III. GYO UYGULAMASINDA AMAÇ VE FAYDALAR

GYO'nun temel amacının, bir sermaye birliği oluşturarak vergi ve kazanç yönünden en verimli taşınmaz yatırımını gerçekleştirmek olduğu söylenebilir. GYO bir kolektif yatırım kuruluşudur. Fransızca kökenli kolektifin “ortaklaşa”, “birçok kimseyi veya nesneyi içine alan”, “birçok kişi “ve “nesnenin bir araya gelmesi sonucu olan” gibi anlamları vardır⁵⁵.

GYO'lar taşınmaz yönünden bir saklama işlevi görür. Bir taşınmaz yatırım ürünü olarak da adlandırılan GYO'nun taşınmazın verimliliğini artırması beklenir. İklim değişikliklerinin dünyayı ve gelecek nesilleri tehdit ettiği bugünlerde maddi değer yanında, çevreci bir perspektifle GYO'lar topluma katkı verebilir. Yeşil bina kavramının yaygınlaştığı dikkate alınarak, teknoloji ve tasarım konusundaki bilgi ve birikimini harmanlayıp büyük yararlar sağlayabilir. GYO bu yaklaşımla kurumsal yatırımcının ilgisini çekebilir. Uzun vadede GYO'ya yatırımın doğrudan gayrimenkul yatırımının yerini alabileceği bile düşünülmektedir⁵⁶. GYO uygulamasında amaçlardan birisi de likidite elde etmektir.

GYO'ların en temel özelliği, portföyündeki varlıkların ve faaliyetlerinin gayrimenkul ağırlıklı olmasıdır. Bununla amaçlardan biri, gayrimenkul yatırımında kurumsallaşmanın sağlanması ve gayrimenkulün menkul kıymet olarak değerlendirilmesidir⁵⁷.

GYO, açıklandığı şekilde elde ettiği finansman ile büyük gayrimenkul projelerine yatırım yapabilir, kiralama ve satıştan gelir elde edebilir. GYO, ayrıca paylarını halka arz etmek suretiyle elde ettiği kaynağı, büyük gayrimenkul projelerinde finansman olarak kullanabilir. GYO'lar, gayrimenkul

⁵⁴ Pekdemir, Dilek, “*Turkish REICs: Real Estate Investment or Real Estate Development Companies?*”, Sotelo/ Mcgreal (Ed.), s. 214-225, s. 215.

⁵⁵ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 28.11.2023.

⁵⁶ Kişilere ait çok sayıda taşınmazın zaman içinde sermaye piyasasına taşınacağı, gelecekte taşınmazların çoğunun GYO'ların elinde olacağı ve özel mülkiyetin kalmayacağı yönünde, bkz. Belen, s. 24, dpn 56.

⁵⁷ Ayan, GYO Kuruluş, s. 52.

sektörünün kurumsallaşmasına, sağlıklı ve modern bir şehir yapısına kavuşulmasına, istihdam tesisine ve finansman sorununun çözülmesine büyük katkıda bulunur.

Bireysel yatırımcılardan elde edilen sermaye sayesinde yüksek faizle veya bedellerle finansmana erişme zorluluğu ortadan kalkar. Ayrıca bireysel yatırımcı, taşınmaz ağırlıklı işletilen portföyün menkul kıymete dönüştürülmesiyle istediği taşınmazı nakde çevirebilir. Hızlı bir şekilde nakde çevirme avantajı yatırım yapma konusundaki tereddüdü de engeller. İşlemlerin SPK gözetimi altında yürütülmesi yatırımcının güvenini korur⁵⁸.

IV. GYO'LARA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME

A. Genel Olarak

Konumuz bakımından GYO'lar farklı hukuki düzenlemelere tabidir. GYO bir kolektif yatırım kuruluşu ve dolayısıyla sermaye piyasası kurumu olduğundan öncelikle SerPK'ya tabidir (SerPK m. 35). Ayrıca GYO kayıtlı sermayeli bir A.Ş. biçiminde kurulur (SerPK m. 49/1-a). Kaynakları arasında en başta SerPK ve ilgili ikincil düzenlemeler ile A.Ş. olması nedeniyle TTK ve ilgili mevzuat, SPK'nın ilke kararları ve içtihatlar sayılabilir⁵⁹. GYO'lar ile doğrudan ilgili en kapsamlı ikincil düzenleme olan Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.1) (Tebliğ), taşınmaz kavramı bakımından Türk Medeni Kanunu (TMK), sözleşmenin taahhüdü ve ifası hususlarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK), taşınmazın GYO adına tesciline ilişkin Tapu Kanunu (TK), Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY)⁶⁰, Tapu Sicili Tüzüğü (TST)⁶¹ ve Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ⁶² (SAİT) konumuz özelinde irdelenmesi gereken hükümler içerir.

⁵⁸ Ülkemiz gibi genç sermaye piyasalarında, piyasalardaki gelişmenin teşvik edilmesi için yatırımcılarda belirli bir güvenin oluşturulması gerektiğinde tereddüt bulunmamakla birlikte, düzenlemelerle uzun vadede insanlara gereğinden fazla bir güven verilmesinin sakıncalı olabileceği ve kendilerini sadece kendilerinin koruyabileceği fikrini aşılamanın sermaye piyasalarını daha sağlıklı ve hızlı biçimde geliştireceği yönünde, Helvacı, Mehmet, “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (Ve Tebliğlerin) Genel Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 61-73, s. 65, (“Tebliğler”).

⁵⁹ Bahtiyar, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul 2019, s. 14, (“Sermaye Piyasası”).

⁶⁰ RG, 27.01.2013 T., 28541 S.

⁶¹ RG, 17.08.2013 T., 28738 S.

⁶² RG, 31.10.2012 T., 28453 S.

B. Hükümlerin Uygulanması ve Sırası

1. Uygulanacak Hükümler

GYO'nun öncelikle tabi olduğu sermaye piyasası hukuku kamu hukuku niteliği ağır basan ve özel hukuk nitelikli hükümler içeren bir hukuk dalıdır. Çalışmamızda sıklıkla başvuracağımız düzenleme, Kurul⁶³ tarafından SerPK'nın verdiği yetkiyle çıkarılan Tebliğ'dir. SerPK m. 48 ilâ m. 56 "Kolektif Yatırım Kuruluşları" başlığı altında kolektif yatırım kuruluşlarının çerçevesini çizer. SPK bu çerçeve doğrultusunda tebliğler çıkarmak suretiyle genel esasları düzenler. Kanundan aldığı yetki ile Kurul'un içini doldurduğu hükümler, Tekinalp tarafından beyaz hükümler olarak adlandırılır⁶⁴.

SerPK m. 2'de yer alan; "Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağını belirtildiği hallerde genel hükümler uygulanır." biçimindeki ifade, ikincil mevzuatın SerPK'nın bir parçası ve özel hüküm niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁵. Bunun sonucu olarak SerPK TTK'ya nazaran öncelikle uygulanır. TTK m. 330'a göre özel kanunlara tabi A.Ş.'lere, özel hükümler haricinde A.Ş.'lerin düzenlendiği TTK'nın Dördüncü Kısım hükümleri uygulanır⁶⁶.

⁶³ İdari otoritelerin bir kısmının kurul ve bir kısmının kurum olarak örgütlenmesinde kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bazı görüşlerde kurul kavramının tüzel kişilik, kuruluş ve kurumu da kapsayan üst bir organı ifade etmesi nedeniyle ayırımın SerPK'da açıkça netleştirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Ancak SPK'nın Anayasa ile düzenlenmiş bir tüzel kişilik olduğu ve icra-karar organının tek bir kuruldaki oluştuğunun net olduğu konusunda açıklamalar için bkz. Ayan, GYO Kuruluş, s. 17, dpn 2;

Diğer yandan SerPK m. 117'de SPK'nın "Kurul Karar Organı" ve "Başkanlık teşkilatı"ndan oluştuğunun hükme bağlandığı belirtilerek eSerPK ve SerPK arasındaki farka dikkat çekilmiştir. eSerPK m. 17'de tüzel kişiliği haiz olan SPK'nın, yetkilerini kendi sorumluluğu dahilinde bağımsız şekilde kullanmak üzere bir başkan, bir başkan vekili olmak üzere yedi üyeden oluştuğu, bir tüzel kişi olarak kurulmadığı, organların tüzel kişilik içinde yer aldığı bir teşkilat olarak değil, yedi üyeden teşekkül eden yönetim birimine Kurul denilerek tüzel kişilik tanındığı ve bazı görevleri olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca eSerPK m. 24 ve m. 26'da "Kurul personeli"ne yer verilerek Kurul'un bir teşkilatı olması gerektiği yorumunun yapılabileceği, SerPK'da ise "Kurul, Karar Organı ve Başkanlık Teşkilatından oluşur" hükmü ile muğlaklığın giderildiği yönünde, Günel/Okat, s. 10.

⁶⁴ Tekinalp, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları İstanbul 1982, s. 147.

⁶⁵ eSerPK m. 2'de ise ifade, "bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır." şeklindedir. eSerPK, kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiş iken, SerPK hem Kanunda hem de ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece ikincil mevzuat, bir nevi Kanun hükümleri ile eş değer tutulmuştur.

SerPK'nın genel gerekçesinde yer alan, "...Sermaye piyasasını düzenleyici temel metinler, *hatta ikincil düzenlemeler* her aşamada ihraççı, yatırımcı ve piyasa işlemi üçlüsünü dikkate alarak hazırlanmalıdır." şeklinde ifadeleriyle ikincil mevzuatın da sermaye piyasası hukukunda ayrı bir önemi olduğuna dikkat çekilmiştir. Genel Gerekçe s. 13. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>, erişim tarihi: 30.11.2023.

⁶⁶ Maddenin gerekçesine göre özel hükümlere tabi A.Ş.'ler arasında SerPK'ya tabi şirketler de girmektedir. Hükümdeki "özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır" ifadesini özel kanunlarda hüküm bulunmadığı durumlarda bu kısım hükümleri uygulanır biçiminde anlamak gerektiği düşüncesindeyiz. Yine gerekçede, "özel kanunlar" ifadesi yer aldığından kanun dışında alt düzey normların madde kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Ancak TTK m. 330 hükmünün amacı, hukukumuzda ikincil düzenlemelerin yeri, TTK ile Bakanlığa tanınan ikincil düzenleme yapma yetkisi dikkate alındığında özel kanunlara tabi A.Ş.'ler için ikincil düzenlemelerde yer alan hükümlerin de TTK hükümlerinden önce uygulanması gerektiği yönünde, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Kurca, İsmail/Manavgat, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, c. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 236; Paslı, Ali, "Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I),

SerPK, birçok hususta TTK'nın düzenlediği veya temas ettiği konulara dair hükümlere yer vermektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki; TTK özel hukukta geçerli irade özgürlüğü ve eşitlik ilkelerine dayanarak, A.Ş.'lerin kuruluşu, işleyişi, sona ermesi, ortakların ve yöneticilerin hak, borç ve yükümlülükleri gibi konuları düzenlemektedir. Diğer yandan SerPK, sermaye piyasasını düzenlemek ve denetlemek, yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumak gibi temel amaçlarla, kamu hukuku karakterli, büyük ölçüde emredici hükümler getirmekte, düzenleyici ve denetleyici kamu otoritesi olarak da Kurul'un görev ve yetkilerini belirlemektedir⁶⁷.

İkincil mevzuat kapsamında Kurul tarafından çıkarılmış olan Tebliğler normlar hiyerarşisinde yönetmelik veya yönetmelik benzeri düzenlemeler olarak adlandırılır⁶⁸. Buna göre tebliğler hiyerarşi bakımından üzerinde olan kanun ve yönetmeliklere aykırı olmamalıdır. Tebliğlerin, kanunla düzenlenmesi gereken temel esasları değil, ayrıntıları göstermesi gerekir.

Türkiye gibi genç sermaye piyasalarının hızlı gelişimini sağlamak ve yatırımcıların ilgisini artırmak bakımından ihtiyaç duyulan hız ve güven göz önünde bulundurulduğunda, GYO'nun kanunlara nazaran çabuk çıkarılıp değiştirilebilen tebliğler ile düzenlenmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle GYO'nun, tebliğ yerine kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşe⁶⁹ katılmıyoruz.

TTK m. 1'de TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu; TBK m. 646'da TBK'nın TMK'nın Beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısı olduğu; TMK m. 5'te de TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı düzenlendiği dikkate alındığında genel hükümlerin uygulanması gereken durumlarda TTK, TMK ve TBK'nın bir arada değerlendirilmesi gerekir.

2. Hükümlerin Uygulanma Sırası

SerPK m. 2/2 uyarınca, Tebliğ TTK, TBK ve TMK hükümlerinin önüne geçmiştir⁷⁰. Ancak SPK'nın çıkardığı tebliğlerde yer alan hükümlerin, SerPK'nın çizdiği çerçeveye uygun düştüğü ölçüde geçerli olduğu söylenebilir (SerPK m.2/2). Diğer bir deyişle, SerPK'daki bir hükme dayanmaksızın

YTK Kitap 2- Kısım 4 Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler", Batider, 2011, c. XXVII, S. 3, s. 137-167, s. 149 ("Hükümlerin Tanıtılması").

⁶⁷ Memiş, Tekin/Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 97.

⁶⁸ Bahtiyar, Mehmet, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Makaleler I, Beta, İstanbul 2008, s. 75-96.

⁶⁹ Uyar, s. 67.

⁷⁰ Tebliğ'in genel kanun olan TTK'ya göre öncelikle uygulanması gerekmesinin gerekçesi, Tebliğ'in dayanağı olan ve özel kanun niteliğindeki SerPK'nın öncelikli olması gösterilmektedir. Bahtiyar, Mehmet, "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Kuruluş ve Faaliyete Geçiş Esasları", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 59, ("Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları").

çıkarılan tebliğ hükümleri diğer kanun hükümlerinin önüne geçmemelidir⁷¹. Aksi durumda, SerPK'ya ilişkin olmayan ikincil mevzuat hükmünün herhangi bir kanuni düzenlemeden önce uygulanması sonucu doğabilir. Bu nedenle alt düzenlemelerde gerekli özenin gösterilmesi gerekir⁷². Tebliğ'deki hükmün kanunlara aykırılığı halinde, mümkün oldukça düzeltici yorum ile uygulanabileceği savunulmaktadır⁷³.

GYO'lara öncelikle emredici hukuk kuralları uygulanır. Sonrasında emredici hükümlere aykırılık içermemek üzere sözleşme ve şirketin esas sözleşmesine bakılmalıdır. Sözleşme serbestisinin sınırı TTK ile hukukumuzda giren ve TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesidir⁷⁴.

Özel hukukta sözleşme serbestisinin sınırları TBK m. 26-27 kapsamında çizilmektedir. Genel kural emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemek kaydıyla sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesidir. Serbesti asıl, sınırlama istisnai olup; Fransız Medeni Kanunu m. 1134 bu hususu; "Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar." şeklinde belirtmiştir⁷⁵. TTK m. 340'ta bu serbestiye istisna getirilmiş, TTK'nın A.Ş.'lere ilişkin hükümlerinden ancak ilgili hükümde buna açıkça izin verildiği takdirde sapılabileceği düzenlenmiştir. Hükümde devamla diğer kanunlarda öngörülmesi kabul edilen tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgü biçimde hüküm doğuracağı belirtilmiştir. Bu hükmün eTTK'da karşılığı yoktur. Öğretide emredici hükümler ilkesi olarak da adlandırılan⁷⁶ hükümle genel sözleşme serbestisi kuralı oldukça sınırlandırılmıştır. Düzenlemenin amacı, tek tip esas sözleşmeler oluşturularak şeffaflık, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamak, mevcut ve gelecekteki şirket ortaklarının ve alacaklılarının menfaatlerini

⁷¹ Bahtiyar, Sermaye Piyasası, s. 17; Uyar, s. 66; Bir kanunun başka bir kanundaki hükmün uygulanmayacağını söylemesinin mümkün olduğu ancak bunun SPK'nın çıkardığı bir tebliğle yapılmasının idari bir işlemle kanuna tecavüz anlamına geldiği yönünde, Helvacı, Tebliğler, s. 67.

TTK'nın temel bir kanun olması, düzenlediği konular hakkında değişikliklerin ve istisnaların TTK'nın içinde yapılması, özellikle de halka açık anonim ortaklıklarla ilgili ayrı bir düzenleme yapılmasının hukuk metodolojisine aykırılık teşkil ettiği ve sakıncalı olduğu yönünde, Moroğlu, Erdoğan, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu 15. Yıl Sempozyumu", Sermaye Piyasası Kurulu Sempozyumu, Ankara 1998, s. 15-21, s. 16 ve s. 30.

⁷² Esasen, SerPK'ya dayanılarak çıkarılan tebliğlerde hüküm var ise, bu hükmün diğer kanunlarda yer alan genel hükümlerden önce uygulanacağı konusundaki kanun hükmünün tartışılır nitelikte olduğu, örneğin menkul rehnine veya ipotekle ilişkin TMK hükümlerini dikkate almayan veya gayrimenkul yatırım fonlarının resmi şekle tabi olmadan ipotek tesis edebileceğini öngören bir tebliğin çıkarılması halinde, bu tebliğ hükümlerinin TMK'ya göre öncelikli uygulanacağını ileri sürülmesinin mümkün bulunmadığı ve bu haliyle anılan hükmün normlar hiyerarşisine aykırı olduğu yönünde, Günel/Okat, s. 15.

⁷³ Belen s. 36.

⁷⁴ Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 152-156.

⁷⁵ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara 2023, s. 19, ("Borçlar").

⁷⁶ Tekinalp, Ünal, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 635-652, s. 635, ("Kurumsal Yönetim"); Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2022, s. 126 ("Ortaklıklar"); Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 ("Kuruluş"), s. 312; Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 228 ("İlk Tespitler"); Karasu, Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", MÜHFAD, c. XVIII, sa. 2, İstanbul 2012, s. 311-332, s. 312, ("Emredici Hükümler").

korumaktır⁷⁷. A.Ş.'lerin esas sözleşmelerini birbirine yakın hale getiren bu düzenlemenin, şirketin iç ve dış ilişkilerinde hukuki durumunu öngörülebilir, karşılaştırılabilir ve anlaşılabilir kılmakla kalmadığı aynı zamanda sermaye piyasası aktörlerinin her ortaklığın esas sözleşmesini inceleme ve değerlendirme külfetini ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir⁷⁸. Başka bir anlatımla, hükmün GYO'ya ortak olmak veya yatırım yapmak isteyen kişilerin, sahip olacakları hakları öğrenmelerini sağlayarak, sermaye piyasasına olan güveni de artırdığı savunulmaktadır⁷⁹. Özellikle halka açık A.Ş.'lerde sermaye çoğunluğuna sahip ortaklar, esas sözleşmede yapacakları değişikliklerle küçük yatırımcıların haklarını kullanmasını engelleyebilir. Bu ihtimal dikkate alındığında TTK m. 340'ın temel amacının çoğunluk karşısında küçük yatırımcının korunması olduğu söylenebilir⁸⁰.

GYO'lar gibi halka açık ve yüksek sermayeli A.Ş.'ler bakımından bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkeleri ve kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hususlar pay sahiplerinin yanında yatırımcıları, alacaklıları ve genel olarak kamu menfaatini koruma düşüncesiyle emredici olarak düzenlenmiştir⁸¹. Esas sözleşme hükümleriyle ortaklığın yapısının bozulması, malvarlığını kaybetmesi veya faaliyetlerinin kilitlenmesi mümkün olabilir. Bu sorunlar ortaklığın ekonomik durumunu olumsuz etkileyerek alacaklıların da alacaklarına kavuşmasını tehlikeye düşürebilir. Emredici hükümler ilkesi ile getirilen sınırlama bu anlamda alacaklıları korur⁸².

Emredici hükümler ilkesi, sözleşme özgürlüğünü oldukça sınırladığından öğretide A.Ş.'ye "giydirilmiş çelik korse"⁸³ biçiminde nitelendirilmiş ve bu ilkenin "beton bloklarla çevrili esas sözleşme"⁸⁴ oluşturduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir.

Kanaatimizce hüküm istisnasız halka açık veya kapalı, düşük veya yüksek sermayeli, tüm A.Ş.'ler için ölçüsüz bir sınırlama getirmekle birlikte, GYO'lar gibi yüksek sermayeli ve halka açık şirketlerin esas sözleşmelerini belirli ve öngörülebilir kılarak yatırımcının korunmasına ve dolaylı olarak kamu yararına hizmet etmektedir.

Aynı hususu düzenleyen birden fazla kanun varsa hangi kanunun uygulanacağını tespit için öncelikle kanuna bakılmalıdır. Kanun koyucu hangi kanunun olaya uygulanacağına işaret etmiş ise o

⁷⁷ Karasu, Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. IV, sa. 2, 2013, s. 33-60, s. 58, ("Kurumsal Yönetim").

⁷⁸ Karasu, Emredici Hükümler, s. 313.

⁷⁹ Aras, Çağlar Doğu, Şenocak, Kemal (Ed.), Şirketler Hukuku Şerhi, c. 2, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.1495.

⁸⁰ Tekinalp, Kurumsal Yönetim, s. 650; Karasu, Emredici Hükümler, s. 313.

⁸¹ Gereke, m. 340, s. 96.

⁸² Hükümle şirket çalışanlarının hak ve menfaatlerinin de korunduğu yönünde, Karasu, Emredici Hükümler, s. 314.

⁸³ Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirmeler ve Öneriler, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 141, ("Değerlendirme ve Öneriler").

⁸⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, c. I, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, s. 733, ("Şerh").

uygulanır⁸⁵. Kanun koyucunun sessiz kalması halinde, kanunların eşdeğer nitelikte olup olmadığına bakılır⁸⁶. Kanunların eşdeğer olması ile kastedilen, özel veya genel kanun olmalarıdır. Yeni kanun özel ve eski kanun genel nitelikte ise yeni ve özel kanun uygulanır. Ancak TTK m. 340'ta diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı ve hükmün gerekçesinde söz konusu özel hükümlerin TTK'ya müdahale edemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumun uygulamada aksaklıklara yol açabileceği ve düzenlemenin tam olarak neye hizmet edeceğini tespit etmenin bir hayli güç olacağı ifade edilmektedir⁸⁷. TTK m. 340'ın ikinci cümlesindeki tamamlayıcı niteliğin esas sözleşme hükümleriyle mi yoksa kanun hükümleriyle mi ilgili olduğunun belirsizliği de ayrı bir sorundur.

Sonuç olarak GYO'lar yönünden ilk olarak hangi kanunda yer aldığı önemli olmaksızın emredici hükümler uygulanır⁸⁸. Emredici hukuk kuralları kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden veya hukuki işlemin şekline ilişkin getirilmiş kurallardır⁸⁹. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, uygulanacak emredici hükümlerin hukuk kaynakları arasındaki yerinin bir önemi yoktur⁹⁰. Tebliğ haricinde GYO'nun faaliyetlerini doğrudan ilgilendiren SPK tebliğleri hükümleri öncelikle uygulanır. Emredici hükümlerden sonra esas sözleşme hükümleri ve GYO'nun faaliyetleri sırasında yaptıkları sözleşmeler göz önünde bulundurulmalıdır⁹¹.

Uygulanacak hükümler sıralamasında devamla yedek hukuk kuralları gelmektedir. Yedek hukuk kuralları, tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikte olabilir. Tamamlayıcı yedek hukuk kuralları, sözleşmede düzenlenmemiş konularla ilgili boşluğu dolduran, yorumlayıcı yedek hukuk kuralları ise hukuki işlemlerde tarafların yeterince açık olmayan iradelerine veya davranışlarına anlam kazandıran

⁸⁵ Antalya, O. Gökhan /Topuz, Murat, Medeni Hukuk, 2023, Seçkin Yayıncılık, s. 308.

⁸⁶ Belen, s. 39.

⁸⁷ Aytaç, Zühtü, "Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları", Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s. 59-139, s. 65. Yazar ikili düzenlemenin bazı sorunlara yol açtığını ve kanunun bu sorunları tümünden ortadan kaldırmadığı gibi doğrudan getirdiği hükümlerle de bizzat kendisinin sorunlar doğurduğunu ifade etmektedir. SerPK hükümlerinin TTK'nın yanı sıra ve öncelikle uygulanmasını hükme bağlayan 330. maddenin dışında, emredici hükümleri ele alan TTK m. 340'ın çelişkiler içerdiğini belirten yazar, bu maddenin genelde TTK'nın özgürlükçü anlayışı ile bağdaşmadığını, TTK m. 330 ile genel bir hüküm sevk edildikten sonra tekrar özel hükümlerin saklı tutulmasını hukuk tekniği açısından uygun bulmamaktadır. Devamla TTK m. 330'a rağmen ayrıca halka açık anonim ortaklıklara veya SerPK hükümlerine kanunda yer verilmesini eleştirerek, tasarının sermaye piyasası hukuku ile müşterek konuları düzenlerken yeknesak bir yöntem uygulamadığını ifade etmektedir.

⁸⁸ Ayan, GYO Kuruluş, s. 82.

⁸⁹ Antalya/Topuz, Medeni Hukuk, s. 296.

⁹⁰ Tebliğ hükümlerinden emredici hüküm niteliğinde olanların öncelikle uygulanması gerektiği yönünde, Belen, s. 40.

⁹¹ Burada GYO'nun esas sözleşme hükümlerinin sadece Kurul'un tavsiyesine uygun olması gerektiği ve GYO kuruluş başvuru dilekçesine uygun olması gerektiği de ayrıca dikkate alınmalıdır.

kurallardır⁹². Bunlara ilaveten nitelikleri bakımından tanımlayıcı hukuk kuralları ile düzen kuralları da sayılabilir.

Uygulanacak hükümler bakımından dikkate alınması gereken bir hüküm olan TTK m. 1/2'ye göre mahkeme, hakkında bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir. Bu hüküm, emredici hükümlere ve sözleşmeye değinmemesi ile örf ve adetin⁹³ emredici bir nitelik kazanabileceği ihtimalini göz önünde bulundurmaması nedenleriyle eleştirilmiştir⁹⁴.

V. GYO'NUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. GYO'nun Tanımı ve Hukuki Niteliği

GYO, Tebliğ m. 4'te “bu Tebliğ ile belirlenmiş usul ve esaslar dahilinde, gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, altyapı yatırım ve hizmetleri, sermaye piyasası araçları, Takasbank para piyasası ve ters repo işlemleri, Türk Lirası cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para cinsinden vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesapları ile iştirakler ve Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü işletmek amacıyla paylarını ihraç etmek üzere kurulan ve Kanunun 48 inci maddesinde sınırı çizilen faaliyetler çerçevesinde olmak kaydı ile bu Tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumu.” biçiminde tanımlanmıştır.

Kurul GYO'yu; “gayrimenkullere, gayrimenkul projelerine, gayrimenkule dayalı haklara ve sermaye piyasası araçlarına yatırım yapabilen, belirli projeleri gerçekleştirmek ya da belirli bir

⁹² Antalya/Topuz, Medeni Hukuk, s. 299.

⁹³ Adi örf ve adet hukuku, günlük ilişkilerin önemli bir kısmında etkili olur. Buna karşılık, ticari örf ve adet hukuku, kural olarak sadece ticari ilişkilerde ve tacirler arasında geçerlidir. Adi örf ve adet hukuku, ikinci derecede yani sadece yazılı hukuk kurallarında herhangi bir hüküm yoksa uygulanır. Ticari örf ve âdet ise “genel hükümlerden” önce gelir. Hakimin ticari nitelik taşıyan bir anlaşmazlığı hallederken öncelikle emredici hükümleri, sözleşme hükümlerini, TTK'daki hükümleri, ticari örf ve adeti, ticari nitelik taşımayan TMK ve TBK hükümlerini uygulayacağı yönünde, Antalya/Topuz, Medeni Hukuk, s. 262.

⁹⁴ Ülgen'e göre bir konuda sözleşmede hüküm varsa, sözleşme hükmünün düzenlediği konuda ticari örf ve adet uygulanmaz. Örf ve adetin tamamlayıcı, belirtici, yorumlayıcı işlevi yanında ilga edici işlevi tartışmalıdır. Gerek medeni hukukta gerek ticaret hukukunda örf ve adet hukukunun yazılı hükümleri ortadan kaldıramayacağı ileri sürülmekte ve bu bakımdan TMK m. 1 ve TTK m. 1/2'deki kesin sıra gerekçe gösterilmektedir. bkz. Ülgen, Hüseyin (Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Fusun), Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 111.

gayrimenkule yatırım yapmak amacıyla kurulabilen ve izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen, gelirleri kurumlar vergisinden istisna tutulmuş⁹⁵ sermaye piyasası kurumu” olarak tanımlamaktadır⁹⁶.

Öğretide farklı tanımlar da mevcuttur. Nomer, GYO’yu, “Amacı ağırlıklı olarak gayrimenkul üzerindeki haklardan, gayrimenkule dayalı sermaye piyasası araçlarından ve gayrimenkullerle ilgili projelerden oluşan portföyü işletmek olan yatırım ortaklıkları” biçiminde tanımlarken⁹⁷, Bahtiyar, “ortakların tasarruflarını gayrimenkullere ilişkin değerlere yatırarak bir portföy oluşturmak ve işletmek suretiyle bir yandan riskin dağıtılmasını diğer yandan uzman ve güvenilir yönetimle tasarrufların nemalandırılmasını sağlayan kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklar” olarak tanımlamıştır⁹⁸. Uyar ise, GYO’nun tanımını; “ağırlıklı olarak gayrimenkullerden oluşan portföyü işletmek üzere kurulan, riskin dağıtılması, kamuyu aydınlatma ve uzun vadeli yönetim ilkeleri ışığı altında faaliyet gösteren ve uzman kişiler tarafından yönetilen kayıtlı sermayeli halka açık ortaklık statüsünde olan bir sermaye piyasası kurumu” şeklinde yapmıştır⁹⁹.

Biz GYO’yu; “Taşınmaz ve finans konularında uzmanlığı bulunan yöneticileri aracılığıyla, özellikle ve ağırlıklı olarak taşınmazlar ile Kurul’un uygun gördüğü diğer hak ve varlıklardan oluşan portföyünü işleten, halka arz ile yatırımcıların tasarruflarından finansman elde eden ve bu finansmanı da hem portföyünü oluşturan varlıklardan en verimli kazancı elde etmek hem de portföyünü daha da geliştirmek için kullanan kayıtlı sermayeli bir anonim şirket” biçiminde tanımlıyoruz.

B. GYO’nun Türleri ve Özellikleri

1. Genel Olarak

GYO’nun türleri, örgütlenme biçimi ve mülkiyet esasına göre iki ana başlık altında toplanabilir. Örgütlenme biçimi yönünden GYO’lar; klasik, tam şemsiye ve eksik şemsiye biçiminde üçlü bir ayrıma tabidir¹⁰⁰. Klasik GYO’lar halka arz ile topladığı kaynağı finansman için kullanır ve bunun karşılığında hisse senedi ihraç eder. Klasik GYO’daki üç katılımcı ortaklık, taşınmazı satan ve yatırımcıdır. Tam şemsiye GYO’larda taşınmazın sahibi, taşınmazı GYO’ya hisse senedi karşılığında devreder. Tam

⁹⁵ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 5/1-d-4 uyarınca GYO’ların kazançları kurumlar vergisinden muaftır. Ayrıca Kanunun 15. maddesinin 3. fıkrasında, GYO kazançlarından, dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın, kurum bünyesinde %15 oranında vergi kesintisi yapılacağı belirtilmiştir. Ancak 2009/14594 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu kazançlar üzerinden yapılacak olan stopajın oranı % 0 olarak belirlenmiştir.

⁹⁶ <https://spk.gov.tr/kurumlar/yatirim-ortakliklari/gayrimenkul-yatirim-ortakliklari/tanitim-rehberi>, erişim tarihi: 02.12.2023.

⁹⁷ Nomer, N. Füsün, Yatırım Ortaklıkları, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2003, s. 56-57.

⁹⁸ Bahtiyar, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 72.

⁹⁹ Uyar, s. 71.

¹⁰⁰ Ayan, GYO Kuruluş, s. 19.

şemsiye GYO özellikle vergisel yönden avantaj sağlar. Eksik şemsiye GYO, portföyünde yer alan tüm taşınmazların malikidir ve portföyündeki taşınmazların bir kısmının işletmesini işletmeci ortağa verir.

Mülkiyet esasına göre sınıflandırmada GYO'lar, öz varlığa dayalı, ipotekli ve karma olmak üzere yine üçlü bir ayrıma tabidir. Öz varlığa dayalı GYO, taşınmazlara mülkiyeti devralarak yatırım yapar ve ağırlıklı gelir kaynağı kira gelirleridir. AVM ve iş merkezi gibi varlıklar portföyde ağırlıklı olarak yer alır. İpotekli GYO'lar ise taşınmaz maliklerine kredi sağlar ve böylece faiz geliri elde eder. Karma (Hibrit) GYO'lar, portföyünü işleterek ve verdiği kredilerin faizleriyle gelir elde eder.

Tebliğ m. 5 uyarınca GYO'lar;

- a. münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan bir portföyü işletmek,
- b. Tebliğ m. 4/1'de belirtilen diğer varlık ve haklardan oluşan bir portföyü işletmek,
- c. belirli bir projeye, gayrimenkule veya altyapı yatırım ve hizmetine yatırım yapmak,
- d. belirli bir alanda faaliyet göstermek,

üzere kurulabilirler¹⁰¹.

2. Münhasıran Altyapı Yatırım ve Hizmetlerinden Oluşan Portföyü İşletecek Ortaklıklar

Altyapı yatırım ve hizmetlerinden¹⁰² oluşan portföyü işleten şirketler münhasıran bu faaliyette bulunmak üzere kurulabilir veya dönüşebilirler¹⁰³. Ayrıca esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması zorunludur (Tebliğ m. 4/2).

Bu ortaklıklar altyapı yatırım ve hizmeti ile ilişkili olmayan gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri ve gayrimenkule dayalı haklara yatırım yapamayacağı gibi diğer GYO'lar da ana faaliyet konularına ilişkin gayrimenkul veya gayrimenkul projelerine bağlı olarak yürütülen ve arızı nitelik taşıyanlar dışında, altyapı yatırım ve hizmetleri ile bu kapsamdaki varlık ve haklara yatırım yapamaz (Tebliğ m. 4/3).

¹⁰¹ Geniş amaçlı GYO ve belirli bir projeye, gayrimenkule ya da altyapı yatırım ve hizmetine yatırım yapmak veya belirli bir alanda faaliyet göstermek üzere kurulan dar amaçlı GYO şeklinde yapılan ayırım için bkz. Adıgüzel, s. 286.

¹⁰² Tebliğ m. 3/1-b'de altyapı yatırım ve hizmetleri "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda düzenlenen merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen tarım, sulama, madencilik, imalat, enerji, ulaştırma, haberleşme, bilgi teknolojileri, turizm, konut, kültür, kentsel ve kırsal altyapı, belediye hizmetleri, kentsel dönüşüm, çevre, araştırma-geliştirme hizmetleri ile eğitim, sağlık, adalet, güvenlik, genel idare altyapısı ve benzeri yatırım ve hizmetleri ile bu yatırım ve hizmetlere ilişkin projeleri ve bunlara dayalı haklar" biçiminde tanımlanmıştır.

¹⁰³ Tebliğ m. 6/1 uyarınca münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek şirketlere yalnızca altyapı şirketleri dönüşebilir. Altyapı şirketleri ise Tebliğ m. 3/1-a'da; "8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunda tanımlanan sermaye şirketini veya yabancı şirketi, altyapı yatırım hizmetlerini ilgili mevzuatta düzenlenen diğer kamu-özel işbirliği veya özelleştirme modelleri çerçevesinde yürütecek şirketi veya merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen altyapı yatırım ve hizmetlerini gerçekleştirmek üzere kurulan şirket" biçiminde tanımlanmıştır.

2009'da yayımlanan Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği¹⁰⁴ ile yürürlükten kaldırılmış, Tebliğ'de, bu GYO türü, münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işleten GYO olarak adlandırılmıştır. Bu GYO'ların aktif toplamalarının en az %75'i bu faaliyet kapsamındaki yatırımlardan oluşur ve unvanlarında söz konusu faaliyete ilişkin bir ifade bulunur (Tebliğ m. 5/2).

Faaliyet konusu altyapı yatırım ve hizmetinin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmesinin imkansız hale gelmesi halinde, ortaklık artık GYO olarak faaliyette bulunamaz (Tebliğ m. 44A/1-b). Ortaklık bu durumun gerçekleşmesinden itibaren en geç üç ay içinde esas sözleşme hükümlerini GYO olarak faaliyette bulunmayacak şekilde değiştirmek üzere SPK'ya başvuramaz ise TTK m. 529/1-b ve c gereğince sona ermiş sayılır.

3. Öz Varlığa Dayalı-Genel Amaçlı GYO

Tebliğ m. 4/1'de belirtilen diğer varlık ve haklardan oluşan bir portföyü işletmek amacıyla kurulan GYO, ABD'deki öz varlığa dayalı equity REIT ile benzemektedir. Türkiye'deki GYO'ların tamamının bu türde olduğu söylenebilir. Süreli ve süresiz olarak kurulabilen bu GYO'ların portföyünde Tebliğ m. 4'e göre gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, altyapı yatırım ve hizmetleri, sermaye piyasası araçları, Takasbank para piyasası ve ters repo işlemleri, TL cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para cinsinden vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesapları ile iştiraklerin yanında SPK'nın belirleyeceği diğer varlık ve haklar bulunabilir. Ancak portföy çeşitlendirmesi anlamında ABD'deki emsalleri gibi bir başarı sergileyemeyen Türkiye'deki GYO'lar, genellikle kiralık ticari taşınmaz yatırıma yönelmiş ve daha çok AVM'leri portföylerine dahil etmişlerdir. Hatta bazı şirketler daha çok aralarında organik bağ bulunan bir GYO'ya taşınmazlarını sermaye olarak veya satış suretiyle devrettikten sonra GYO'dan kiralamaktadır (sale lease back)¹⁰⁵. Ayrıca, GYO'nun mevcut kredi borçlarının kısmen kapatılması için portföyündeki bir taşınmazını bir bankaya satıp bankadan finansal kiralama sözleşmesiyle kiraladığına uygulamada rastlanmaktadır. Bu işlemle vade sonunda GYO taşınmazını geri alır. Taşınmaz, sözleşme süresi sonunda tekrar portföye dahil edileceğinden, işlem maddi duran varlık satışından ziyade bir finansman işlemi olarak kabul edilebilir.

¹⁰⁴ RG, 29.01.2009 T., S. 27125.

¹⁰⁵ ABD'de uygulamasında GYO'ların taşınmazı kendisine satan kişiye kiraladıkları ve bu tür GYO'ların bazen "Land sale – Leaseback Trusts" olarak adlandırıldığı yönünde, Uyar, s. 55, dñn 168.

4. Belirli Bir Alanda Faaliyet Gösteren GYO

Sürekli veya süresiz olarak kurulabilen bu GYO'lar, aktif toplamalarının en az %75'ini bu faaliyetler doğrultusunda yatırım yapmak için kullanmak ve unvanlarında buna ilişkin bir ifadeye yer vermek durumundadır (Tebliğ m. 5/2). Belirli bir alanda faaliyet göstermek ifadesi ile kastedilen coğrafi bir alan olmamalıdır. Elbette, bir GYO belli bir coğrafi alanda faaliyetlerini yürütebilir. Ancak belirli bir alan ile kastedilenin sağlık, turizm, eğitim vb. sektör olduğu düşünülmektedir. Bu tür GYO'lar faaliyet alanlarda uzmanlığını artırarak karlılığını çoğaltabilir. Diğer yandan faaliyette bulunduğu alandaki ekonomik olumsuzluklardan etkileneceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

VI. GYO'DA KURULUŞ, DÖNÜŞÜM, DENETİM, FAALİYET KONULARI VE SINIRLANDIRMALARI

A. Kuruluş Şartları

1. Kurucularda, Genel Müdürde ve Yönetim Kurulu Üyelerinde Aranılan Özellikler

TTK'da A.Ş.'lerde kurucu olmak için spesifik olarak bir kıstas getirilmemiştir. Ancak Tebliğ m. 7'ye göre GYO kurucularının, kuruluşta ve dönüşümde (dönüşümden önce) belli koşulları karşılamaları gerekir¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Tebliğ m. 7'de kurucuların özellikleri;

- a) Müflis, konkordato ilân etmiş veya hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,
 - b) Faaliyet izinlerinden birinin SPK tarafından iptal edildiği kuruluşlarda, sorumluluğu bulunmaması,
 - c) Kesinleşmiş mahkumiyetinin bulunmaması,
 - d) 35 sayılı KHK uyarınca kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,
 - e) TCK m. 53'teki süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkum olmaması,
 - f) GYO'nun kuruluşu için gerekli kaynağı kendi ticari, sınai ve sair yasal faaliyetleri sonucunda her türlü muvazaadan arı olarak sağlamış ve taahhüt ettikleri sermaye miktarını karşılayabilecek mali güce sahip olmaları,
 - g) İşin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip olması,
 - h) Muaccel vergi borcu bulunmaması,
 - ı) 6415 Sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenen suçlardan mahkum olmaması,
 - j) SerPK m.101/1-a uyarınca işlem yasaklı olmaması,
- biçiminde sayılmıştır.

Tebliğ’de, mülga tebliğdeki¹⁰⁷ lider girişimci/sermayedar¹⁰⁸ kavramına yer verilmemiştir. Hükümdeki ölçütlerin gereksiz olduğu bir an için düşünülebilse de GYO’ların paylarını halka arz etmek üzere kurulup halka açılmadan önce kurucuların şirkete önemli miktarda sermaye getireceği dikkate alındığında, yatırımcının güvenini baştan sağlamak ve mağdur edilmelerini önlemek adına bu ölçütlerin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bireysel anlamdaki bu koruma ve güven ile sağlanan finansal kaynak GYO’ların ideal şekilde yönetilmesiyle ülke ekonomisine katkı yaparak kamu yararına dönüşür.

SerPK’da ve Tebliğ’de GYO’ların kurucu sayısı ile ilgili bir düzenleme yoktur. TTK m. 338 doğrultusunda Tebliğ m. 7’deki koşulları taşıyan tek bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulması mümkündür.

GYO genel müdürünün Tebliğ m. 18’deki ve yönetim kurulu üyelerinin Tebliğ m. 17’deki şartları karşılamaları gerekir¹⁰⁹. Ayrıca genel müdür, kuruluş ve dönüşüm başvurularında belirlenmiş olmalı ve en geç kuruluşun veya esas sözleşme değişikliğinin tescili tarihi itibarıyla atanmalıdır. Münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO’lar bakımından bu süre tescil tarihini müteakip altı aydır (Tebliğ m. 6/2-f).

Tebliğ’de yönetim kurulunun yapısına ilişkin koşullara yer verilmediğinden bu hususta SerPK ve Kurul’un II.-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT)¹¹⁰ ile ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ) yol gösterici olacaktır. KYİ m. 4’te, halka açık A.Ş.’lerde yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken özellikler belirlenmiştir. Maddede ayrıca yönetim kurulu üyeleri icrada görevli olan, icrada görevli olmayan ve bağımsız yönetim kurulu üyeleri biçiminde gruplandırılmıştır (KYİ m. 4.3)¹¹¹. Yönetim kurulu içinde bağımsız yönetim kurulu üyesi ve icracı olmayan üyeler bulunmalıdır¹¹².

¹⁰⁷ RG, 8/11/1998 T., 23517 S., Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: VI, No: 11) (“Mülga tebliğ”).

¹⁰⁸ Mülga tebliğe göre gerçek veya tüzel kişi ortaklardan en az birisi lider girişimci olmalıdır. Lider girişimci, ani kuruluşta payların %25’i oranında aynı veya nakdi sermaye koymakla yükümlüdür. Lider girişimci gerçek kişiye 8. maddede belirlenen mesleki tecrübeye ve mali yeterliliğe sahip olmalıdır. Ayrıca lider girişimciye ait nama yazılı olması gereken hisse senetleri halka arz ile satış sürecinin bitiminden itibaren bir yıl boyunca üçüncü kişiye devredilemez. GYO’nun unvanında ismi, unvanı ve bağlantısı olan kişiler lider girişimci olmak zorundadır. Lider girişimci kamu tüzel kişisiyse, tebliğde belirlenen mali yeterlilik koşulları aranmayabilir. Birden fazla kişinin toplam sermayeleri %25’e ulaştığı takdirde bu topluluğun lider girişimci olduğu kabul edilir.

¹⁰⁹ Yönetim kurulu üyelerinin ve genel müdürün, Tebliğ m. 7’deki şartlardan maddenin e bendi haricindeki şartları taşımaları gerekir. Aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun ve genel müdürün dört yıllık yükseköğrenim kurumlarından mezun olmaları ve taşınmaz (sadece taşınmaz satımı olmamak üzere), hukuk, altyapı, inşaat ve finans alanlarından birinde en az üç yıllık tecrübeye sahip olmaları aranır. Genel müdürün münhasıran ve tam zamanlı olarak istihdam edilmesi zorunlu olup başka kuruluşlarda, icrai nitelikte olmamak ve ortaklıktaki çalışmasını engellemek şartıyla, yönetim kurulu üyeliği yapabileceği düzenlenmiştir (Tebliğ m. 17 ve m. 18).

¹¹⁰ RG, 03.01.2014 T., 28871 S.

¹¹¹ SPK, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması bakımından SerPK’ya tabi ortaklıklar yönünden halka açık ve payları borsada işlem gören ortaklık ayrımı yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, M. Aslı, Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 329; Ayan, Özge, “Pasif Yönetim Kurulu Üyesi, İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Karşılaştırılması”, Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 25, sa.1, 2021, s.61-98, s. 61 vd. (“Yönetim Kurulu”).

¹¹² Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 139.

GYO'yu temsil ederek önemli kararlarını alacak yönetim kurulunun sadece ortaklık menfaatlerini gözeterek karar alması ve bunun sonucunda ortaklığı ve yatırımcıları koruyan profesyonel bir yapıda olması gerekir¹¹³.

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak, ortaklığı yönetme yetkisine sahip olmayıp yönetim kurulu üyeliği haricinde bir görevi olmayan üyelerdir (KYİ m.4.3.2). İcrada görevli olmayan üyeler şirketin karar alma sürecinde oldukça etkindir. Çünkü SerPK'ya tabi A.Ş.'lerde yönetim kurulu üye sayısının en az beş olması (KYİ m. 4.3.1) ve üyelerin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üye olması gerekir (KYİ m. 4.3.2). Bağımsız üyelerin, icrada görevli olmayan üyeler arasından seçilmesi gerekliliği (KYİ m. 4.3.3) ve bağımsız üye sayısının ikiden az olmamak üzere yönetim kurulu üye tam sayısının üçte birini aşması gerektiği belirtilmiştir (KYİ m. 4.3.4)¹¹⁴.

2. Kuruluş İşlemleri

GYO'nun esas sözleşmesi SerPK ve Tebliğ'de yer alan koşullara uygun olarak yazılı şekilde hazırlandıktan sonra bütün kurucuların imzaları noterce onaylanır veya esas sözleşme ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanır (TTK m. 339/1). Ayrıca kurulacak veya dönüşecek olan GYO'lar, şeklini ve esaslarını SPK'nın belirlediği standart form ve bu formda belirtilen belgelerle birlikte SPK'ya başvurmak durumundadır (Tebliğ m. 8/1). SPK kuruluşu izin vermediği takdirde kuruluş tescil edilmez.

SerPK m. 128'in ifadesiyle "özel nitelikli kararlar"dan olan kuruluşu izin kararı SPK'nın birel işlemlerine bir örnek teşkil eder¹¹⁵. Düzenleyici işlemlerin uygulanabilmesi için ilanı veya yayımlanması

¹¹³ Ayan, Özge, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Üçüncü Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1-2, 2011, s. 63-89, s. 63 ("Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü"); Karaege, Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. XVI, 2012, sa.3, s. 67-94, s. 68 vd.

¹¹⁴ Böylece yönetim kurulunun çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması ve üyeler arasında da bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bulunması zorunlu tutulmuştur. SerPK ilkelerinde, yönetim kurulunda bağımsız üye bulunmasına ayrı bir önem atfedilmiştir. Bağımsız üye sayısının artırılarak ortaklıktaki menfaat çatışmalarının önlenmesi ve yönetim kurulunun her türlü etkiden uzak bir biçimde bağımsız karar alabilmesi amaçlanmaktadır. Bkz. Usluer Gürbüz, Aslı, E., "İcra Kurulu", TBB Dergisi, 2019, s. 142, s. 257-381, s. 257 vd; Özkorkut, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 145; Paşlı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 25 vd., ("Kurumsal Yönetim"); Küçükgüngör, s. 329; Ayan, Yönetim Kurulu, s. 82.

¹¹⁵ Tan, Emre, "Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası Hukuku, Kutlu Gürsel, Meltem (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 123-153, s. 131; Yasin, Melikşah, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.194.

gerekliken, birel idari işlemlerin ilgisine tebliği kafidir¹¹⁶. DİDDGK, verdiği bir kararda¹¹⁷, kanunda belirtilen amaçlarla kurulan, menkul kıymetler borsaları için gözetim/denetim organı olan ve kamu hizmeti yürüten Kurul'un bu hizmetler kapsamındaki işlemlerinin idari nitelikte olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda Kurul'un birel işlemlerinin idari işlem statüsünde olduğu söylenebilir¹¹⁸. Kurul'un birel işlemleri de yargısal denetime tabi olup SerPK m. 134'e göre bu işlemlere karşı açılacak idari davalar acele işlerden sayılarak idare mahkemelerinde görülür. Kurul'un kararlarına karşı açılacak davalar bakımından yetkili mahkeme Ankara İdare Mahkemesidir¹¹⁹. Tebliğ m.8/2 ve gerekse Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşmede Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ¹²⁰ (İzin Tebliği) m. 5 gereğince, Kurul'un onayı kuruluş için tek başına yeterli değildir. Kurul'un, başvurunun Tebliğ ve SerPK'ya uygun olduğunu onaylaması sonrasında başvuru Bakanlığa¹²¹ gönderilir (Tebliğ m. 8/2). İzin Tebliği'nde zikredilen belgeler ile Kurul tarafından kuruluşun onaylanması talebi Bakanlığın İç Ticaret Genel Müdürlüğü'ne sunulur. Bakanlık, "Devletin gözetimi" kenar başlığı ve "İzin" başlığı altında düzenlenen TTK m. 333 uyarınca inceleme yaparken, kuruluşun TTK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil edip etmediğini denetler¹²². Ancak bakanlık bu denetimi yaparken ekonomik ve hukuki yönden yerindelik denetimi yapamaz. SerPK m. 48'de kolektif yatırım kuruluşlarının kuruluş esaslarının belirlenmesi ve izin konuları düzenlenmiştir. Dolayısıyla SerPK'nın bu hükmünün özel ve yeni kanun olması hasebiyle TTK m. 333'ten önce uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹²³. GYO, Kurul'un onayı ve Bakanlık tarafından kuruluş izni verilmesi sonrası ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanır. SerPK'da veya Tebliğ'de Bakanlığın izin başvurusunu hangi süre içinde değerlendirip sonuçlandıracağına dair bir hüküm yoktur. Bakanlık, ret kararı verebilir. İYUK m. 10 gereğince,

¹¹⁶ Tok, Ahmet, Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi, MÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s. 26.

¹¹⁷ DİDDGK 26.6.1998 T. 1998/355 E. ve 1998/277 K. sayılı kararı için bkz. Akgül, Aydın, Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 91,

¹¹⁸ Tan, Kutlu Gürsel (Ed.), s. 132.

¹¹⁹ İdari işlemin yargısal denetiminin sınırı ile ilgili öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Tan, Kutlu Gürsel (Ed.), s. 137-139.

¹²⁰ RG, 15.11.2012 T., 28468 S.

¹²¹ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın adı 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı RG'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

¹²² Türkçe'deki denetim veya denetleme teriminin bütün denetim faaliyetlerini kapsayıp daha isabetli bir kavram olduğu yönünde, Aışkan, Murat, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, Legal Yayıncılık, s. 8, ("Denetim").

Yürürlükteki mevzuat dikkate alındığında, iç ve dış denetim olmak üzere bir ayırım yapıldığı görülmektedir. İç denetim, şirketin kendi içinde yapılan denetimi ifade eder. Dış denetim ise kamu otoriteleri tarafından yapılan denetim ve bağımsız muhasebe uzmanları tarafından yapılan denetim olmak üzere yine kendi içinde ikiye ayrılır. Konuyla ilgili detaylı izahat için bkz. Aışkan, Denetim, s. 22-33.

¹²³ TTK m. 333 ile kuruluşların izin verme yetkisini bakanlık vasıtasıyla kullanması amaçlanmış ise de bakanlık izin verme konusunda ilgili kuruluşun kararıyla bağlı değildir. Bunun sonucu olarak ilgili kuruluş kendisine izin konusunda verilen yetkiyi kullanamayacaktır. TTK m. 333 bu anlamda TTK m. 330'dan ayrıldığı yönünde, bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 283-284.

Bakanlık otuz gün içerisinde cevap vermezse istek reddedilmiş sayılır. Aynı maddeye göre otuz gün süre içerisinde talep yanıtlanmamış veya ret kararı verilmiş ise, ret kararından itibaren altmış gün içerisinde idari yargıda dava açılmalıdır. Kurul'un verdiği uygun görüşün Bakanlığın izin işlemine dair bir hazırlık işlemi olduğu ifade edilmektedir¹²⁴.

3. GYO'nun Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Olarak ve Paylarının Asgari %25'i Halka Arz Edilmek Üzere Kurulması

GYO kayıtlı sermaye sistemine tabidir (SerPK m. 49/1-a , Tebliğ m. 6). Kayıtlı sermaye sistemi, esas sözleşmeye konulan hükümle TTK'nın sermaye artırımı hükümlerine tabi olmadan yönetim kurulunun sermayeyi artırabileceği tavan miktarın ticaret siciline tescil edildiği sermaye sistemidir. Kayıtlı sermaye sistemine özel bir tabir olan başlangıç sermayesi, TTK m. 332'de tanımlanmıştır. Başlangıç sermayesinin esas sermaye sistemine tabi bir A.Ş. için gereken asgari sermaye ile aynı anlama geldiği söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, başlangıç sermayesi sadece kuruluştaki değil ayrıca kayıtlı sermaye sistemine geçildiğinde de A.Ş.'nin sahip olması gereken sermayedir. Nitekim SerPK m. 3/1'e göre başlangıç sermayesi, kayıtlı sermayeli anonim ortaklıkların sahip olmaları zorunlu asgari çıkarılmış sermayeleridir¹²⁵.

Çıkarılmış sermaye, esas sermayenin kayıtlı sermaye sistemindeki karşılığıdır¹²⁶. Çıkarılmış sermaye, başlangıç sermayesiyle yönetim kurulunun sermayeyi artırma yetkisine sahip olduğu sermaye tavanı arasında değişken olan şirketin güncel ve gerçek sermayesidir. SerPK m. 3/1-d'ye göre çıkarılmış sermaye, kayıtlı sermayeli A.Ş.'lerin satışı yapılmış paylarını temsil eden sermayelerini temsil eder. SerPK m. 18'e göre, çıkarılan ancak satılamayan paylar çıkarılmış sermayeye dahil edilmez ve iptal edilir. SerPK ve TTK'daki tanım ilk bakışta farklı gibi görünse de SerPK'nın sistematığı dikkate alındığında aynı anlamlara geldiği sonucuna ulaşılmaktadır¹²⁷.

¹²⁴ Gözübüyük, A. Şeref /Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 377.

¹²⁵ TTK'da başlangıç sermayesi miktarının kuruluş sermayesine nispeten daha yüksek bir miktar olarak belirlenmesi şirketlerin başlangıçta kayıtlı sermaye sistemini benimsemesini engelleyebilir. Sistemin işleyişi için yürürlükteki düzenlemelerle alınan tedbirler yönetim kurulunun yetkilerini istismar etmesini önlemektedir. Bu nedenle başlangıç sermayesinin yüksek belirlenmesinin gereksiz olduğu, İsviçre ve Alman hukuklarında başlangıç sermayesinin öngörülmediği yönünde, Cenkcı, Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 32-33.

¹²⁶ TTK m. 332/2'de çıkarılmış sermaye, çıkarılmış payların tamamının itibari değerleri toplamı olarak tarif edilmiştir.

¹²⁷ Nitekim satışı yapılan paylar da sermaye artırımı kararı tescil edildiğinde doğrudan TTK anlamında çıkarılmış pay halini alır. Bkz., Cenkcı, s. 40.

GYO, başlangıç veya çıkarılmış sermayesinin (issued capital) en az %25'ine tekabül eden paylarını Tebliğ'de belirtilen süre ve koşullarla halka arz etmek üzere kurulur¹²⁸(Tebliğ m.6). Münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işleten GYO'lar ise başlangıç veya çıkarılmış sermayesinin en az %25'ine tekabül eden paylarının halka arz edileceğini veya nitelikli yatırımcıya satılacağını Kurul'a taahhüt eder (Tebliğ m.6/2-h). Tebliğ m. 11'de halka arz prosedürü ve bu yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonuçları, Tebliğ m.12'de halka arz sonrası BİAŞ'a kotasyon zorunluluğu düzenlenmiştir.

4. GYO'nun Asgari Sermaye Miktarı

Tebliğ m. 6'da GYO'nun başlangıç sermayesinin kuruluşta en az 30 Milyon TL olma şartı getirilmiştir¹²⁹. Eğer GYO münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek ise bu rakam 100 milyon TL olarak belirlenmiştir. Sermaye rakamlarının TTK'da A.Ş.'ler için belirlenen asgari esas sermaye tutarından çok daha yüksek olarak belirlenmesinin sebebi, Tebliğ'de belirlenen gayrimenkule dayalı faaliyetleri yürütmeye elverişli bir portföy oluşturulabilmesidir. Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 2013'ten sonra meydana gelen enflasyon nedeniyle sermaye miktarlarının artırılması gerektiği düşünülebilir.

Başlangıç sermayesi 60 Milyon TL'den fazlaysa en az 6 milyon TL'lik kısmı nakit olarak konulur. Asgari nakit sermaye miktarı münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'lar için 10 milyon TL olarak belirlenmiştir.

Mülga Tebliğ'deki başlangıç veya çıkarılmış sermayenin %25'inin nakit getirilmesi zorunluluğu, yürürlükteki Tebliğ'de kendisine yer bulmamıştır. Bunun sonucu olarak daha fazla miktara tekabül edecek şekilde aynı sermayenin konulması mümkündür. Mülga tebliğler dönemindeki, faaliyet konusu gereği aynı sermaye GYO'nun yapısına uygun düştüğünden, kuruluşta ve sermaye artırımında aynı sermaye konulması imkanının genişletilmesine yönelik eleştirilerin dikkate alındığı söylenebilir¹³⁰. Halka arz sürecinde GYO'nun hisselerine rağbet olmasa dahi başlangıç sermayesi yatırımcının mağdur olmasını engeller.

¹²⁸ Tebliğ'in m. 11'de, GYO'ların çıkarılmış sermayelerinin asgari %25'ini temsil eden payların halka arzına ilişkin izahnamenin onaylanması talebiyle Kurula başvurmaları ve halka arz sonrasında, ortaklığın çıkarılmış sermayesinin asgari %25'i oranındaki paylarının halka açık pay niteliğinde olması zorunlu tutulmuştur.

¹²⁹ ABD Hukukunda asgari sermaye miktarı yoktur. Bkz. Palmiter, Alan R., Corporations, Seventh Edition, Wolters Kluwer, 2013, s. 47.

¹³⁰ Bahtiyar, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 77.

5. Ticaret Unvanında “Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı” İbaresinin Bulunma Zorunluluğu

GYO’nun ticaret unvanında “Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı” ibaresi bulunması zorunludur (Tebliğ m. 6/2-ç). GYO dışındaki şirketler bu ibareyi kullanamaz (Tebliğ m. 43). Çekirdek ve ek kısımdan oluşan ticaret unvanının çekirdek kısmı A.Ş.’nin işletme konusu ve anonim şirket kelimelerinden oluşmak durumundadır (TTK m.43/2). TTK’deki bu düzenleme dikkate alındığında Tebliğ’de belirtildiği şekilde GYO’nun unvanında Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı ibaresinin yanında A.Ş. veya AO yazılması gerektiği değerlendirilebilir¹³¹.

6. GYO’nun Portföyünün Oluşturulması

GYO Tebliğ m. 4’te belirlenen varlıklardan oluşan portföyünü işletmek üzere kurulur. Portföyü oluşturmanın yanında, portföydeki varlıkların alım-satımı, kiralaması ve Tebliğ’de izin verilen diğer faaliyetler kapsamında bunları işletecek donanım ve personelin de temin edilmesi gerekir. Buna göre GYO’nun SPK’ya portföy işletmeciliği faaliyet izni için başvurması gerektiği gibi ayrıca hisse senetlerinin kayda alınması talebini de yazılı olarak iletmesi gerekir.

Tebliğ’de GYO’nun portföyündeki varlıkların aktif toplam içinde oranı ve nitelikleri belirlenmiştir. Mülga tebliğlerde, GYO’ya portföy oluşturmak için bir yıl süre tanınmışken yürürlükteki Tebliğ’de bu şekilde süre veren bir düzenleme olmadığından portföyün, kuruluş veya dönüşüm işlemleriyle eş zamanlı hazırlanması gerekeceği söylenebilir.

B. GYO’ya Dönüşüm

A.Ş.’ler esas sözleşmesini SerPK ve Tebliğ hükümlerine uygun hale getirerek GYO’ya dönüşebilir (Tebliğ m. 6/1). A.Ş.’de kurucu veya ortak olmak için GYO’daki gibi sıkı ölçütler aranmadığından dönüşecek A.Ş.’nin ortaklarının Tebliğ’deki ölçütleri karşılaması gerekir¹³².

GYO’ya dönüşecek şirket A.Ş. değilse, TTK m. 180 ve devamı doğrultusunda öncelikle tür değiştirmesi gerekir. Dönüşüm için SPK’nın onayı sonrasında Bakanlığa esas sözleşme değişikliği için izin başvurusu yapılır¹³³. Bakanlığın izin vermesiyle dönüşüme ilişkin genel kurul kararı tescil edilir ve GYO’nun portföyü oluşturulur.

¹³¹ Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 135.

¹³² Tebliğ m.7/2’ye göre dönüşecek şirketin mevcut ortaklarının bir tek Tebliğ m.7/1-e’deki şartı sağlaması gerekmez. Bu “kuruluş için gerekli kaynağı kendi ticari, sınai ve sair yasal faaliyetleri sonucunda her türlü muvazaadan arı olarak sağlama ve taahhüt edilen sermaye miktarını karşılayabilecek mali güce sahip olma” ölçütüdür.

¹³³ Alışkan, Murat/Tok, Ahmet, “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Halka Açık Şirket Esas Sözleşmesi Değişikliklerine Uygun Görev Verme Yetkisi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, sa. 6, s. 45-65, s. 45.

Tebliğ m. 6/2-b'ye göre, GYO'ya dönüşecek ortaklığın mevcut ödenmiş veya çıkarılmış sermayesi ile öz sermayesinin her birinin 30.000.000 TL'den az olmaması gerektiği gibi dönüşecek ortaklığın münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek olması halinde bu miktar 100.000.000 TL'den az olamaz. Sermaye miktarı 60 milyon TL'den az ise sermayenin en az %10'una, sermaye miktarı 60 milyon TL'den fazlaysa 6 milyon TL'lik kısma tekabül eden paylar dönüşümde nakit karşılığı çıkarılır. Ayrıca ortaklığın son hesap dönemine ilişkin bağımsız denetimden geçen konsolide olmayan veya bireysel finansal tablolarında dönen varlıklar grubu altındaki nakit ve nakit benzerleriyle finansal yatırımlar kalemleri toplamının yukarıda belirtilen oranlara uygun olması gerekir (Tebliğ m. 6/2-c-2).

Diğer YO'ların ve halka açık şirketlerin GYO'ya dönüşüm başvurularında, portföydeki varlıkların şirket aktif toplamına oranının Tebliğ'deki sınırlamalara uygun hale getirilmesi koşulu, dönüşümle ilgili esas sözleşme değişikliklerinin tescilini müteakip en geç altı ay içerisinde sağlanmadığı takdirde GYO olarak faaliyette bulunma hakları ortadan kalkar (Tebliğ m.6/3).

C. Yatırım ve Faaliyet Esasları

GYO'ların faaliyetlerine ve yatırımlarına ilişkin esasların belirlendiği Tebliğ m. 22 ila m. 33'te çizilen çerçeve kapsamında yatırım ve faaliyetlerde bulunabilir. Düzenleme uyarınca, GYO'ların bazı işlemleri yapması açıkça yasaklanmış ve bazı işlemleri de sınırlandırılmıştır.

Düzenlemeye göre GYO'lar alım satım kârı veya kira geliri elde etmek amacıyla her türlü taşınmazı alıp satabilir, kiracı ve kiraya veren olabilir veya kira ve satış vaadine ilişkin işlemler yapabilir. Bu sözleşmeler için harç ve kanuni vergileri ödeyip, gerekirse alım satım komisyonu ödemek durumunda kalabilir. Ancak komisyon miktarının işleme konu değer %3'ünü aşmaması gerekir. Bu sınırlama yurt içinde yapılan işlemler için geçerlidir¹³⁴.

GYO'nun portföyüne dahil edeceği her türlü bina¹³⁵ ve benzeri yapıların yapı kullanma izni bulunmalı ve kat mülkiyeti tesis edilmiş olmalıdır. Bununla birlikte gerek GYO'nun tek başına ve gerekse başka kişilerle malik olduğu otel, AVM, iş merkezi, hastane, ticari depo, fabrika, ofis binası ve şube gibi yapıların, tamamının veya bölümlerinin sadece kira geliri elde etmek için kullanılması durumunda, bu taşınmazların yapı kullanma izninin alınması ve tapu senedinde yer alan niteliklerinin

¹³⁴ Bu sınırlama yurt dışında yerleşik yabancılara yapılacak satışlarla yurt dışından alınacak taşınmazlar yönünden uygulanmaz (Tebliğ m.22/1-p).

¹³⁵ Önceki Tebliğ'de de bina ifadesi kullanılmıştır. Binanın bir taşınmaz olmadığı, üzerinde bulunduğu arzun mülkiyet hakkı kapsamında yer alan bir değer olduğu, binanın ancak üst hakkına konu olup, hakkın da bağımsız ve sürekli bir hak olması ihtimalinde ve talep halinde ayrı bir sayfa açılan bir taşınmaz niteliğinde olabileceğinden bina kavramının kullanılmasının isabetli olmadığı yönünde, Belen, s. 74.

taşınmazın mevcut durumuna uygun olması yeterlidir. GYO'nun mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde atıl veya riskli yapı varsa veya tapuda mevcut görünmesine rağmen yapı yıkılmış ise, bu durumlardan birinin gayrimenkul değerlendirme raporunda tespit edilmiş olması ve gerektiği takdirde taşınmazın tapudaki niteliğinde gerekli değişikliğin yapılacağına SPK'ya beyan edilmesi ile GYO portföyüne dahil edilebilecektir.

GYO'lar portföylerine ancak üzerinde ipotek olmayan veya taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi bulunmayan gayrimenkuller ile gayrimenkule dayalı hakları dahil edebilir. Düzenlemenin istisnası olan Tebliğ m. 30'a göre, kat karşılığı ve hasılat paylaşım esaslı projelere konu arsanın maliki, bedelsiz veya düşük bedelle GYO lehine üst hakkı tesis eder veya arsayı devrederse, GYO, teminat olarak portföyündeki taşınmazlar üzerinde arsa maliki lehine, ipotek veya diğer sınırlı ayni haklar tesis edebilir. Hükümdeki muğlak olan "düşük bedel" ifadesi yerine bir ölçüt getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde göreceli bu ifade nedeniyle uygulamada Tebliğ'e aykırılıklar gündeme gelebilir.

GYO finansman temin etmek üzere portföyündeki varlıklar üzerinde ipotek, rehin ve diğer sınırlı ayni haklar tesis edebilir ancak belirtilen bu amaçlar dışında portföydeki varlıklar üzerinde hiçbir suretle üçüncü kişiler lehine ipotek, rehin ve diğer sınırlı ayni haklar tesis edemeyecek ve herhangi bir tasarrufta bulunamayacaktır (Tebliğ m. 30). Burada muğlak olan diğer bir ifade "başka herhangi bir tasarrufta bulunamaz" ifadesidir. Örneğin, portföydeki bir varlığı satmak da varlık üzerinde tasarrufta bulunmaktır. Nitekim GYO satım işlemi ile elde edeceği geliri başka bir projenin finansmanında da kullanabileceğinden madde bu yönüyle eleştirilebilir.

GYO'lar maliki olmadıkları arsa ve araziler üzerinde hasılat paylaşımı veya kat karşılığı arsa satışı sözleşmeleri akdederek proje geliştirebilir¹³⁶. GYO'lar mülkiyeti başka kişilere ait taşınmazlar üzerinde ortaklık lehine üst hakkı, intifa hakkı ve devre mülk irtifakı tesis edebileceği gibi bu hakları üçüncü kişilere devredebilir. Ayrıca maliki oldukları taşınmazları üzerinde üçüncü kişiler lehine üst hakkı, intifa hakkı ve devre mülk irtifakı tesis edebileceği gibi bu hakların üçüncü kişilere devrine izin verebilirler. Yine Yap-İşlet-Devret modeliyle geliştirilecek projelere ortak olarak gelir elde edebilirler.

GYO'lar aracılık faaliyeti kapsamında olmayacak şekilde yerli ve yabancı sermaye piyasası araçlarını alıp satabilir, yurt dışındaki taşınmazlara yatırım yapabilir. GYO'lar devredilebilmesi konusunda bir sınırlamaya tabi olan varlıklara ve haklara yatırım yapamazlar. Ayrıca Takasbank para piyasası ve ters repo işlemi yapabilir, TL cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para

¹³⁶ Mülkiyeti GYO'ya ait olmayan ipotekli arsalar üzerinde proje geliştirilebilmesi, ipotek bedelinin projeye konu arsa değerinin %50'sini aşmaması şartıyla mümkündür (Tebliğ m.22/1-e).

cinsinden ise vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesabı açtırabilir ve belli sınırlamalarla sermaye piyasası araçlarını ödünç verebilirler.

GYO'lar, hiçbir şirketin sermaye veya oy haklarının %5'inden fazlasına sahip olamaz ve tek bir ihraççıya ait para ve sermaye piyasası araçlarına yaptığı yatırımın toplamı GYO'nun aktif toplamının %10'unu aşamaz. Ayrıca GYO'lar altın, kıymetli madenler ve diğer emtialar ile bunlara dayalı vadeli işlem sözleşmelerine yatırım yapamazlar.

Sermaye piyasası araçlarını açığa satmaları mümkün olmayan GYO'lar, kredili menkul kıymet işlemi yapamayacakları gibi sermaye piyasası araçlarını ödünç alamazlar. Ayrıca, türev araçları kullanarak korunma amacını aşan işlemler yapamazlar.

GYO ağırlıklı olarak taşınmazdan oluşan portföyü işlettiğinden kamuyu aydınlatma yükümlülükleri, halka arz işlemleri ve değerlendirme raporları gibi başlıca prosedürlerin yerine getirilmesi gerekir. Yine sermaye artırımını, gayrimenkul sertifikası ve tahvil ihracı yoluyla proje finansmanı sağlayabilir ve kârını artırabilirler. Bunun haricinde faaliyetlerinin devamı için büro kiralayabilir ve personel istihdam edebilir.

D. Yatırım ve Faaliyet Sınırlamaları

GYO, portföy işletmeciliğini Tebliğ'deki sınırlamalar dahilinde yapabilir¹³⁷. SerPK'da GYO'ların hak ehliyetine ilişkin bir sınırlama yoksa da Tebliğ ile portföy sınırlamaları ve yasak işlemler düzenlenmiştir. TTK'da artık yer almayan ultra vires ilkesi¹³⁸ GYO'lar yönünden etkisini devam ettirmektedir. Nitekim GYO esas sözleşmesinde yazılı olan ve Tebliğ'de cevaz verilen işletme konusunun dışına çıkmamak üzere haklara sahip olabilir ve borç altına girebilir.

Faaliyet sınırlandırmalarına aykırı işlemlerin akıbeti öğretide tartışmalı olup, bir görüş¹³⁹, esas sözleşmede yazılı işletme konusu haricinde yapılan işlemlerin hukuken yok hükmünde olduğunu, işlemin bağlayıcı olmasının ancak esas sözleşme değişikliği sonrasında işlemin tekrar yapılmasıyla mümkün olacağını ifade eder. İşlemi batıl kabul eden görüş ise¹⁴⁰, işlemin kurucu unsurları tam olmakla

¹³⁷ Portföye alınan varlıklar, portföyün içeriği ve esas sözleşmede yazılı yatırım faaliyetlerinin GYO'nun hak ehliyetinin sınırlarını belirlediği yönünde, Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 67.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alışkan, Murat, "İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", MÜHFHAD, c. 18, İstanbul 2012 sa. 2, s. 207-220, ("Ehliyet ve Temsil"); ABD Hukukunda ultra viresin artık önemini kaybettiği ve şirketlerin herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan çok geniş amaçlarla kurulmalarının gittikçe daha kolay olduğu, hukuki düzenlemelerin de buna imkan sağladığı yönünde yonde, Pinto/Branson, s. 18; Emanuel, Steven L., Corporations and Other Business Entities, Wolters Kluwer, s. 24.

¹³⁹ Çamoğlu, Ersin, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1972, s. 183; Tekinalp, Ünal, "Ticaret Ortaklıklarının İşletme Konuları ile İlgili Olmayan Ortaklıklara Katılıp Katılamayacakları Sorunu Üzerine Düşünceler", İktisat ve Maliye Dergisi, c. XXVIII, sa. 10, s. 422-426, s. 425 vd. ("İşletme Konusu").

¹⁴⁰ Belen, s. 114-115; Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1973, s. 114.

birlikte kamu düzenini ilgilendiren sebeplerle hukuki sonucun doğmayacağını ve esas sözleşme değişikliği veya sonradan icazet verilmesiyle işlemin geçerlilik kazanamayacağını değerlendirmektedir.

İşletme konusu dışındaki işlemlerin geçersizliği pay sahiplerinin çıkarını korur. Bu işlem nedeniyle üçüncü kişiler şirketten talepte bulunamaz. Geçersizliğe rağmen borcunu yerine getiren taraf, istihkak ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilir¹⁴¹. İşletme konusu dışında işlem yapılması yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğunu doğurur¹⁴².

E. GYO'nun Yapamayacağı İşler

GYO'ların yapması yasak işlemler, Tebliğ m. 23'te sayılmıştır. İzin verilen işlemler dışında ticari, sınai veya zirai hiçbir faaliyet yürütemezler. Ayrıca GYO'lar, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda tanımlandığı biçimde mevduat veya katılım fonu toplayamaz ve kredi veremezler. GYO'lar ayrıca sermayesine %100 oranında iştirak ettikleri bağlı ortaklıkları haricindeki ilişkili taraflarına herhangi bir mal satımı veya hizmet sağlanması işlemine dayanmayan borç veremezler. Bu anlamda GYO'ların tamamen gayrimenkul yatırımına odaklanmasının istendiği söylenebilir.

GYO'lar hiçbir şekilde taşınmazların, altyapı yatırım ve hizmetlerinin inşaat işlerini kendileri yapamaz, bunlar için personel istihdam edemez ve ekipman edinemezler.

GYO'lar otel, hastane, AVM, iş merkezi, ticari parklar, ticari depolar, konut siteleri, süper marketler ve bu nitelikteki taşınmazları ticari maksatla işletemez ve işçi çalıştıramaz. Dolayısıyla bu amaçla personel de istihdam edemezler. Bunun istisnası, bu taşınmazların bağımsız bölümleri için güvenlik, temizlik, genel idare ve buna benzer nitelikteki temel hizmetlerin sunulmasıdır. Münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'lar, altyapı tesislerine ilişkin üretim lisansına veya benzeri başka imtiyazlara sahip olmak koşuluyla bu tesislerde söz konusu lisansa ve/veya imtiyaza bağlı olarak gerçekleştirilecek faaliyetleri doğrudan kendisi yürütebilir.

GYO'ların portföyüne dahil olan veya olacak projeler dışında kendi personeli aracılığıyla başka kişi ve kuruluşlara proje geliştirme, proje kontrol, mali fizibilite, yasal izinlerin takibi ve buna benzer hizmetler veremez.

GYO'lar sürekli olarak kısa vadeli taşınmaz alım satımı yapamazlar. Burada kısa vadeli ile kastedilenin ne olduğu açık değildir.

¹⁴¹ Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 68.

¹⁴² Belen, s. 102.

F. Portföy Sınırlamaları

Tebliğ m. 24'e göre GYO'lar, gayrimenkullere, gayrimenkul projelerine, gayrimenkule dayalı haklara, gayrimenkul yatırım fonu katılma paylarına ve sermayesine %100 oranında iştirak ettikleri m. 28/1-ç kapsamındaki şirketlere¹⁴³ aktif toplamlarının asgari %51'i oranında yatırım yapmak zorundadırlar. Münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'ların ise aktif toplamının en az %75'i bu varlıklardan oluşur.

GYO'ların portföyünde yer alan ve portföye alınmasından itibaren beş yıl geçmesine rağmen üzerlerinde proje geliştirilmesi yönünde herhangi bir tasarrufta bulunmadığı arsa ve arazilerin oranı aktif toplamının %20'sinden fazla olamaz. Maddeden görüldüğü üzere GYO'nun portföyündeki bir taşınmazı atıl halde bırakması kabul edilmemiştir.

GYO'ların hesap dönemi sonunda kamuya açıklanan finansal tablolarına göre yukarıda açıklanan yatırım oranları sağlanamazsa, GYO'nun talebi ve SPK'nın uygun görmesi üzerine bu oranların sağlanması için aykırılığın olduğu hesap döneminin sonundan itibaren GYO'ya bir yıl süre verilebilir. SPK'nın verdiği sürenin sonunda halen asgari oranlar sağlanamamış olursa GYO'nun esas sözleşme hükümlerini GYO faaliyetini kapsamayacak şekilde değiştirilmek üzere SPK'ya başvurması gerekir ve bunun yapılmaması durumunda GYO TTK m. 529/1-b ve c gereği sona ermiş sayılır.

Münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'lar haricindeki GYO'lar Tebliğ m. 22/1-ı ve m. 28/1-ç'de belirtilen iştiraklere aktif toplamının en fazla %49'u oranında yatırım yapabilirler.

Tebliğ'deki oransal sınırlamanın GYO'nun başka alanlara yatırım yapma ve risklerin dağıtılmasıyla yatırımcının çıkarına uygun düştüğü ifade edildiği gibi¹⁴⁴ amacın portföy çeşitlendirmesi olmadığı, tam aksine portföydeki varlıkların belli bir alana özgülmesi ve profesyonelleşmenin sağlanması olduğu da savunulmaktadır¹⁴⁵.

¹⁴³ Bu şirketler, belirli gayrimenkullerin, gayrimenkul projelerinin ya da gayrimenkule dayalı hakların portföye alınması amacıyla sınırlı olarak faaliyet konusu yalnızca gayrimenkul olan yurt dışında kurulu şirketlere doğrudan veya sadece bu amaç için yurt dışındaki şirketlere yatırım yapmak üzere yurt içinde veya yurt dışında kurulan özel amaçlı şirketlerdir

¹⁴⁴ Kaçira, Betül, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 86.

¹⁴⁵ Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 75.

G. GYO'nun Denetimi

TTK'nın Dördüncü Kısım Üçüncü Bölümü 397-406. maddeler arasında denetleme konusuna ayrılmıştır. SerPK, bazı anonim şirketlerin bağımsız denetime tabi olduğunu belirtmiştir¹⁴⁶. TTK m. 397/4'e göre hangi şirketlerin bağımsız denetime tabi olacağını belirleyen Bakanlar Kurulu¹⁴⁷ kararına göre GYO'lar bağımsız denetime tabidir. TTK m. 398'e göre GYO yönünden bağımsız denetim, GYO'nun ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimidir. Bu denetim, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığını inceler. Denetleme, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun belirlediği esaslar çerçevesinde, denetçilik mesleğinin gerekleriyle etiğine uygun olarak ve özenle gerçekleştirilir. Denetleme, şirketin ve topluluğun, malvarlıksal ve finansal durumunun m. 515 anlamında dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmamışsa sebeplerini, dürüstçe belirterek yapılır. Bağımsız denetim dışında GYO SerPK'ya tabi olduğundan Kurul'un da ayrıca denetim yapacağı kuşkusuzdur.

1. SPK'nın Denetim Yetkisinin Amacı, Kapsamı ve Niteliği

a. SPK Denetiminin Amacı ile Kişi Kurum ve Kuruluşlar Bakımından Kapsamı

SPK denetiminin amacı, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda çalışmasını ve yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını engelleyen ihmal, ihlal, suiistimal ve benzeri her tür yasal olmayan fiil ve eylemlerin önlenmesidir. Diğer bir deyişle SPK denetiminin amacı, aslında SPK'nın varlık nedeniyle aynıdır¹⁴⁸. SPK denetimiyle amaçlanan, sermaye piyasasındaki kamu düzeninin korunmasıdır.

Sermaye piyasası otoritelerinin sahip olduğu denetim yetkisi ve alanı, diğer sektördeki otoritelere göre oldukça geniştir. Sermaye piyasası otoriteleri sadece kendi yetki alanlarındaki kurum ve kuruluşları değil, kendi yetki alanlarındaki kuruluşlarla ilişkili bütün diğer ortaklık ve kuruluşları denetleyecek yetkilerle donatılmıştır. Bu yetki sadece denetlenen kurumların değil, bireylerin ve

¹⁴⁶ Bağımsız denetim, işletmelerin yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerinin, bu tablo ve bilgiler için belirlenen kriterlere uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla, genel kabul görmüş bağımsız denetim standartlarında öngörülen gerekli tüm bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak, defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesini ifade eder

¹⁴⁷ 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK m. 192 ve TTK m. 397/4'te yer alan "Bakanlar Kurulunca" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" ve m. 397/5'teki "Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" olarak değiştirilmiştir. RG, 30 Kasım 2022 T., 32029 S.

¹⁴⁸ Avcioğlu Aksoy, Ezgi, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetim Yetkisi", Kutlu Gürsel (Ed.), s. 108.

denetim sorumluluğunda olmayan kuruluşların da finansal suçları işleyebilme potansiyeline sahip olmasından kaynaklanan bir zorunluluktur.

Bu husus SerPK m. 89’da vurgulanarak, SPK denetiminin, SerPK kapsamındaki tüm kurum ve kuruluşların, yürürlükteki mevzuatta yer alan sermaye piyasasına ilişkin hükümlerin düzenleme altına aldığı faaliyet ve işlemleri kapsadığı belirtilmiştir.

b. Denetimin İşlem ve Faaliyetler Bakımından Kapsamı

SerPK m. 88 ile, denetim yetkisi, SerPK ve sermaye piyasası ile ilişkili diğer kanunlarda yer alan hükümlerin uygulanması ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerini kapsar. SPK’nın denetimi öncelikle sermaye piyasasına ilişkin temel mevzuat olan SerPK hükümleri kapsamındadır. Sonrasında ise SerPK dayanak alınarak oluşturulmuş tebliğ, yönetmelikler ve sermaye piyasasına ilişkin diğer yasal düzenlemelerin uygulanması söz konusu olur. Sermaye piyasası faaliyet ve işlemleri SerPK ile ayrıca düzenlenmiştir.

c. SPK’nın Denetim Faaliyetlerinin Niteliği

SPK’nın yaptığı denetim faaliyetleri idari eylem niteliğindedir. Keza denetim faaliyetinin niteliğinin tartışıldığı bir davada Danıştay¹⁴⁹ “...dava, herhangi bir idari işlemden dolayı değil, davalı idarelerin ... Bankasının karşılığı olmadığı halde açığa Devlet iç borçlanma senedi satışını engellememeleri, yeterli denetim yapmayıp, hareketsiz kalmaları, bir başka ifadeyle idari eylemleri nedeniyle açılmış bir tam yargı davasıdır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, idarelerin denetim eksikliği veya hareketsizliği idari eylem niteliğini taşımaktadır.” şeklinde görüşünü belirtmiştir.

Denetim faaliyetleri sırasında yapılan işlemler ise SPK’nın icrai olmayan işlemleri arasında nitelendirilebilir. Nitekim denetleme faaliyeti yürütülürken yapılan işlemler ön ve hazırlayıcı işlem niteliğindedir.

d. Denetimde Usul

Denetim usulü “Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir. Yönetmelikte Kurul’un başlıca görev ve yetkileri üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar sermaye piyasası alanındaki mesleki faaliyetleri yürütmek, sermaye piyasası alanında uygulamaya dönük hukuki sonuç doğuran özel nitelikte idari kararlar almak ve sermaye piyasası alanında genel hukuki nitelikli idari karar ve düzenlemeler çıkarmaktır. Söz konusu yönetmeliğin 9.

¹⁴⁹ DİDDK E. 2006/109 K. 2006/353 T. 4.5.2006; <https://karararama.danistay.gov.tr/>, erişim tarihi,28.11.2023.

maddesi uyarınca; “Menkul kıymetleri halka arz edilen ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren kuruluşlar nezdinde ya da bu kuruluşlardan gelen periyodik bildirimler üzerinden merkezde, bu kuruluşların faaliyetlerini mevzuat ve mali bünye açısından denetlemek” biçiminde ifade edilmektedir.

VII. GYO’da SERMAYE

A. Genel Olarak Sermaye Kavramının GYO Yönünden Anlamı ve İşlevi

GYO, SerPK ve Tebliğ gereğince kayıtlı sermayeli anonim ortaklık olarak kurulmaktadır. GYO’nun ticaret siciline tescili ve ilanıyla kuruluş tamamlanır ve sermayenin belirliliği sağlanmış olur. Sermaye, genel kurul kararıyla dağıtılmayan bağlı malvarlığına¹⁵⁰ dahildir. Bu durum, sermayenin karşılığını oluşturan varlıkların, sadece pay sahiplerine iadesi yönünden bir engeldir. Ortaklığın faaliyetinde kullanılan bu varlıklar azalsa veya tükense bile, belli bir usul uygulanmadan GYO kayıtlarındaki ve finansal tablolarındaki sermaye kalemi değişmez. GYO gibi nakit dışı değerlerin şirketin faaliyetlerine büyük katkısı olan şirketlerde, konulan sermayenin miktarından ziyade niteliğinin şirketin faaliyetleriyle ne oranda örtüştüğü ayrı bir önem arz eder¹⁵¹. Örneğin bir GYO finansmandan ziyade inşaatı tamamlanmış, tüm izin ve ruhsatları alınmış ve içinde kiracıları bulunan bir AVM’ye ihtiyaç duyabilir. Bu durumda nakit sermaye yerine bir AVM’nin sermaye olarak konulması faaliyetlerin yürütülmesi bakımından daha yararlı olabilecektir.

Sermaye sadece şirket ve pay sahiplerine değil şirketle ekonomik ilişkilere giren üçüncü kişilere de koruma sağlar. Menfaat sahipleri sadece şirketin pay sahiplerinden ve yöneticilerinden ibaret değildir. Şirketin çalışanları, alacaklıları, tedarikçileri gibi şirketle hukuki ilişki içinde olan herkes bu kapsamdadır¹⁵². Bu kişiler alacak ve haklarının güvence altında olduğunu hissetmek ister. Bu anlamda sermaye, esas sermayenin azaltılması veya şirketin tasfiyesi gibi haller haricinde pay sahiplerine iade edilemeyeceğinden menfaat sahipleri için bir güvence teşkil eder. Elbette ki, bu durum şirket sermayesine hiçbir zaman ve surette dokunulamayacağı anlamına gelmez. Şirket malvarlığının her daim sermaye tutarında olacağının garantisi olamaz. Bu tür bir garanti ticaret hayatının temellerine aykırıdır. Diğer bir deyişle şirketin sermayesine karşılık olan malvarlığı unsurlarının kullanılmayacağı yönünde

¹⁵⁰ Esas sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen kanuni ve esas sözleşmesel yedek akçeler toplamının şirketin bağlı malvarlığı olduğu yönünde, Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 2, (“Sermaye Artırımı”).

¹⁵¹ Yusufoglu, Fülürya, Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 10-11.

¹⁵² Şirket menfaati kavramından anlaşılması gerekenin, şirketin hukuki ve ekonomik yönden varlığını mevcut şartlar altında en iyi biçimde sürdürebilmesi olduğu, bu nedenle şirket menfaatinin diğer bütün menfaatlerden üstün, bağımsız ve hatta bunların dengeleyicisi olduğu yönünde, Helvacı, Mehmet, “21. Yüzyılda Anonim Ortaklığa İlişkin Düşünceler Tüzel Kişiyi ve Bir Örnek Olarak Kar Payı Kavramına Belki Olması Gereken Farklı Bir Bakış,” Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, s. 3-19, s. 4.

bir garanti kanunda yoktur. Ancak bu minvalde kanun TTK m. 376'da olduğu gibi şirket malvarlığının sermaye miktarının altına düşmemesi için önlemler almıştır.

B. GYO'nun Sermaye Tipi

GYO kayıtlı sermayeli bir A.Ş.'dir (SerPK m. 49/1-a, Tebliğ m. 6/2-a). Esas sermaye sistemini benimsemiş bir A.Ş. GYO olarak faaliyet göstermek için kayıtlı sermaye sistemine geçmelidir¹⁵³. Kayıtlı sermaye sistemi bir yandan genel kurul yerine yönetim kurulu kararı ile sermaye artırımını pratik hale getirirken, diğer yandan yönetim kurulunun hiçbir sınır gözetmeksizin sermaye artırımına gitmesine de engel olur.

Bu yönüyle kayıtlı sermaye sistemi bir yandan sermayenin esas sözleşmeyle belirlenen sermaye tavanını aşmamak şartıyla hızlı bir şekilde artırımına imkan tanırken diğer yandan da yönetim kuruluna sermaye artırımının sınırını çizdiğinden ortaklar bakımından bir güvence tesis eder. Yönetim kurulunun artırmaya yetkisi olduğu tavan miktar genel kurul kararıyla artırılabilir.

C. GYO Bakımından Portföy, Malvarlığı ve Sermaye Kavramları

1. Portföy

Fransızca cüzdan anlamına gelen portföy, sermaye piyasasında riskin dağıtılması prensibi doğrultusunda çeşitli varlıklardan oluşan bir nevi yatırım sepetidir. Portföy aynı zamanda para ve sermaye piyasası araçları ile kıymetli madenlerden oluşan varlık grubu anlamında da kullanılmaktadır. Portföyün, vade, getiri, risk, değer, tür ve sağladığı haklar bakımından birbirinden farklı özellikler taşıyan bir paket anlamında kullanıldığı da görülmektedir¹⁵⁴.

Tebliğ m. 3/1-r'ye göre GYO'nun portföyü, şirketin aktifinde bulunan Tebliğ m. 4/1'de sayılan varlık ve haklardan oluşan malvarlığıdır. Tebliğ m. 4/1'de bu varlıklar ise; gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, altyapı yatırım ve hizmetleri, sermaye piyasası araçları, Takasbank para piyasası ve ters repo işlemleri, TL cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para cinsinden vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesapları ile iştirakler ve Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklar" biçiminde sayılmıştır. GYO'nun temel faaliyeti portföy

¹⁵³ SerPK m. 3/1-l'de kayıtlı sermaye "anonim ortaklıkların, esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, yönetim kurulu kararı ile 31.01.2011 tarihli ve 6102 Sayılı TTK'nın esas sermayenin artırılmasına dair hükümlerine tabi olmaksızın pay çıkarabilecekleri azami miktarı gösteren, ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş sermaye" şeklinde tanımlanmaktadır. Kayıtlı sermayenin, ayrıca tanımlanmasına ihtiyaç duyulan başka bir kavram olan sermaye ile tanımlanmasının yerinde olmadığı yönünde, Cenkei, s. 8.

¹⁵⁴ Bahtiyar, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 63.

işletmeciliğidir¹⁵⁵. Tebliğ ile bu husus zorunlu kılınmıştır. Portföy, GYO'ların faaliyetlerini yürütmesinin bir aracıdır.

2. GYO Bakımından Portföy, Malvarlığı ve Sermaye Kavramlarının Karşılaştırılması ve Birbirleriyle Bağlantısı

Portföy, malvarlığı ve sermaye kavramlarının ayrımı ve kapsamalarının belirlenmesi için aktif toplam, varlık ve malvarlığı kavramlarını açıklığa kavuşturmak gerekir. GYO'nun portföyünün ortaklığın aktifinde yer alan ve Tebliğ m. 4/1'de sayılan varlık ve haklardan oluşan malvarlığı olduğuna yukarıda değinmiştik. Aktif toplam ise Tebliğ'de aksi öngörülmedikçe GYO'nun konsolide olmayan/bireysel finansal tablolarında yer alan aktif toplamıdır (Tebliğ m. 3/1-p). Portföy ve aktif toplam kavramlarının tanımlanması gereken başka kavramlar olan aktif toplam, varlık ve malvarlığı ile tanımlanmaları kanaatimizce yerinde değildir.

Bu tanımların karşımıza çıkardığı ilk kavramlar olan aktif ve varlık¹⁵⁶ kavramları aynı anlama gelmektedir¹⁵⁷. Aktif (varlık) kavramı, şirketin malvarlığının resmedilip sınıflandırıldığı bilançoda karşımıza çıkar¹⁵⁸. Bilanço latince iki kefeli terazi anlamına gelen “bilancium” sözcüğü ile dengeyi ifade etmektedir¹⁵⁹. Bilanço, çeşitli malvarlığı unsurlarını ifade eden aktif (varlıklar) ve pasifler (kaynaklar) biçiminde iki bölümden oluşur¹⁶⁰. Bilançonun, aktif kısmında A.Ş.'nin mevcut ve alacakları gösterilirken; pasif kısmında sermayesi ve borçları yer alır. Buna göre ortaklığın aktifleri, maddi, gayri maddi ve mali yatırım malvarlığı ile döner malvarlığından oluşur¹⁶¹ ve şirketin bütün malvarlığını ifade

¹⁵⁵ Portföy işletmeciliği ve portföy yöneticiliği kavramlarının portföy yönetimi kavramının alt kavramları olduğu yönünde, Mert, Bekir Selçuk, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Yapısı, Faaliyetleri ve Gayrimenkul Sektöründeki Risklerin İncelenmesi, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 35.

¹⁵⁶ Türkiye Muhasebe Standartları'nda (TMS) varlık, (a) Geçmişteki bazı olayların sonucu işletme tarafından kontrol edilen ve (b) İşletmeye gelecekte ekonomik yarar sağlaması beklenen bir kaynaktır, (TMS 38 Maddi Olmayan Duran Varlıklar).

¹⁵⁷ Biçer, Levent/Hamamcıoğlu, Esra, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK md. 408/2-f)”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2013, sa. 1, s. 33-52, s. 40; TTK'da önemli miktarda malvarlığı üzerindeki işlemlerle ilgili düzenlemelerde faaliyet aşamasındaki ortaklıklar için “varlık”, tasfiye sürecindeki ortaklıklarda ise aktif teriminin tercih edildiği yönünde, Songur, Damla, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemlerin Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 99.

¹⁵⁸ Kumkale, Ruknettin, Hukukçular İçin Muhasebe Bilgileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 49.

¹⁵⁹ Karayalçın, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, s. 40, (“Muhasebe Hukuku”); 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'de “planço” ifadesi kullanılmış, 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda bilanço terimi kullanılmıştır.

¹⁶⁰ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 127.

¹⁶¹ Detaylı bilgi için Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, (“Bilanço”); Biçer/Hamamcıoğlu, s. 40.

eder. Bir başka anlatımla A.Ş.'nin malvarlığı ile kastedilen A.Ş.'nin öz varlığı ile maddi duran, finansal, dönen malvarlığı ile alacaklarıdır¹⁶².

Sermaye, kurucuların getirdiği ortaklığın ihtiyacı olan kaynaklar biçiminde ifade edilmektedir¹⁶³. Bir şirketin sermayesi şirketin temel unsuru ve malvarlığının özünü oluşturur. Diğer bir deyişle şirketin kuruluş anında sermayesinin ve malvarlığının miktarı eşittir. Şirket sermayesini kullanarak faaliyetlerini yürütür ve malvarlığını artırmayı amaçlar.

Bu bilgiler ve Tebliğ'deki hükümlere göre GYO'nun portföyünün aynı zamanda malvarlığı ve sermayesiyle aynı anlama gelip gelmediğini irdelemek gerekir¹⁶⁴. Bizim de katıldığımız görüşlerde, portföyün GYO'nun malvarlığından bağımsız ve ayrı bir değerler topluluğu olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁵. Nitekim yukarıda sunulan Tebliğ'deki tanımlara göre portföy malvarlığına ve dolayısıyla sermayeye dahildir. Portföy Tebliğ'de izin verilen unsurların karmasından oluşabileceği gibi tek bir unsurdan da oluşabilir¹⁶⁶. GYO kuruluşun veya dönüşümün tesciliyle birlikte portföyünü belirlemelidir¹⁶⁷.

GYO'nun portföyü, şirketin aktifinde bulunan Tebliğ m. 4/1'de sayılan varlık ve haklardan oluşan malvarlığı olduğundan bundan çıkan sonuç bir taşınmazın mülkiyetinin GYO tarafından edinilmesiyle portföye de dahil olacaktır.

GYO'ların tek bir portföyü vardır ve birden fazla portföy oluşturulamayacaktır. GYO'nun portföyü malvarlığının en önemli bölümüdür. Kural olarak malvarlığının hukuken bir bütün olup portföy yönetim şirketlerinin oluşturduğu fonlar¹⁶⁸ gibi bir yapı GYO'da öngörülmemiştir¹⁶⁹.

¹⁶² Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 306.

¹⁶³ Yusufoglu, s. 8, dñn 13.

¹⁶⁴ Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 25 dñn 17. Yazar diğey YO'larda portföyün ayrı bir malvarlığı değeri olarak kabul edilmekle YO malvarlığından ayrı tutulduğunu ve birden çok bağımsız fonların oluşturulduğunu belirtmektedir. Portföy yönetim şirketlerinin faaliyet konusunun fonların kurulması ve yönetimi olmasını örnek gösteren yazar, portföy yönetim şirketleri içinde, özellikle gayrimenkul yatırım fonu ve çeşitli fonlar kurulmasının mümkün olduğuna dikkat çekmektedir.

¹⁶⁵ Bahtiyar, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 64; Belen, s. 133; Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları s. 26

¹⁶⁶ Kaçira, s. 76.

¹⁶⁷ Mert, s. 36.

¹⁶⁸ Fonun tüzel kişiliğı bulunmamakla birlikte fonun malvarlığı kendisini kuran tüzel kişiliğın malvarlığından ayrıdır. SerPK'ya göre fon malvarlığı rehnedilemez, teminat gösterilemez ve üçüncü kişiler tarafından haczedilemez. Diğey bir deyişle kanunla fon malvarlığının korunması sağlanmıştır. Bkz, Nomer Ertan, Yatırım Ortaklıkları, s. 21

¹⁶⁹ Malvarlığının tekliğı ve bütünlüğünün istisnaları kanunda düzenlenmiştir. SerPK kapsamında oluşturulan fonların malvarlığının, kurucu ortaklık malvarlığından ayrı tutulması (SerPK m. 53) donatanın deniz serveti ile sorumlu olduğuy (TTK m. 946), gibi düzenlemeler örnek olarak verilebilir. GYO'larla ilgili düzenlemelerde portföyün ayrı bir malvarlığı oluşturduğuna ilişkin bir hüküm yoktur.

GYO, kuruluş safhasında Kurul'a portföy işletmeciliği faaliyet izni başvurusunda bulunmak durumundadır¹⁷⁰. Tebliğ m. 6/2'ye göre GYO, portföydeki varlıkların ortaklık aktif toplamı içindeki oranlarını ve bu varlıkların niteliklerini Tebliğ'deki sınırlamalara uygun hale getirmelidir.

D. GYO'ya Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler

1. Genel Olarak

TTK m. 127'de;

- a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,
- b) Fikri mülkiyet hakları,
- c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz,
- d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,
- e) Kişisel emek,
- f) Ticari itibar,
- g) Ticari işletmeler,
- h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
- i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,
- j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer,

olarak sayılan malvarlığı unsurları ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilir. Hükümdeki j bendinden anlaşılacağı üzere numerus clausus ilkesi söz konusu değildir. Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, maddede ayrıca belirtilmese dahi ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir.

Bu madde, bazı küçük değişiklikler haricinde eTTK m. 139'un aynısıdır. Mülga hükümdeki yorum güçlüklerine yol açan ifadenin düzeltildiği ve sermaye türlerinin güncellendiği söylenebilir¹⁷¹. Maddenin ikinci fıkrasıyla sermaye olarak konulabilecek değerler bakımından sermaye şirketi ve şahıs şirketi ayrımı getirilmiştir¹⁷². Bu noktada GYO'da özünde bir sermaye şirketi olduğundan ayrımın dikkate alınması gerekir. Fakat, TTK m. 127'de sayılan değerlerin tamamı GYO'ya sermaye olarak

¹⁷⁰ Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 163.

¹⁷¹ Hükümde ucu açık olan "fikri mülkiyet hakları" teriminin tercih edildiği ve "haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler" in de yeni sermaye kalemleri olarak yer aldığı yönünde, Kendigelen, İlk Tespitler, s. 123.

¹⁷² Maddenin ikinci fıkrası tasarıda mevcut değildi. Öğretide bu yönde eleştiriler yapılmış ve belki de biraz da bunun etkisiyle ikinci fıkra maddeye eklenmiştir. Bkz. Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 76.

getirilemeyeceğinden hükümde sayılan değerlerden hangilerinin GYO'ya sermaye olarak getirilebileceğini tespit etmek için Tebliğ'e bakmak gerekir.

Hüküm uyarınca nakdi ve aynı sermaye şeklinde iki farklı sermaye türünün şirkete karşı taahhüt edebileceği söylenebilir. Nakdi sermaye para (TL ve döviz), kıymetli evrak, alacak gibi değerlerden oluşurken¹⁷³ aynı sermaye taşınır-taşınmaz mallar, fikri mülkiyet hakları ve ticari işletme gibi gayri nakdi fakat parasal değeri bulunan varlıklardan oluşur¹⁷⁴.

Maddenin c bendine göre taşınır ve her çeşit taşınmaz ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. eTTK m. 139/3'te her nevi gayrimenkuller ifadesi kullanılmıştır. TTK m. 127/1-d ile "taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma haklarının" da sermaye olarak ticaret şirketlerine getirilmesi mümkün kılınmıştır. Faydalanma ve kullanma haklarıyla kastedilenin, mülkiyet hakkı dışındaki taşınır ve taşınmazlara ilişkin intifa hakkı ile taşınmazlara ilişkin üst hakkı, kaynak hakkı, geçit hakkı gibi irtifak hakları ile ortaklık lehine tesis edilecek taşınmaz yükü gibi sınırlı aynı haklar olabileceği değerlendirilmektedir¹⁷⁵.

İleride detaylı biçimde ele alınacağı üzere taşınır ve taşınmazlar ile taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma haklarının GYO'da katılma payı¹⁷⁶ olabilmesi için Tebliğ'de belirlenmiş koşulları karşılamaları gerekir.

2. Aynı Sermaye

Aynı sermaye kavramı TTK'da ve Tebliğ'de tanımlanmamıştır. Aynı sermaye nakdi sermaye haricindeki her türlü değer ile ifade edilen sermaye türüdür¹⁷⁷. 77/91 AET sayılı 2. Şirketler Hukuku Yönergesi'nin¹⁷⁸ 10. maddesinde aynı sermaye için nakdi olmayan sermaye terimi kullanılmıştır. Ancak aynı sermaye ortaklığın muhasebe kayıtlarında ve finansal tablolarında parasal değer olarak belirtilir.

¹⁷³ Özkan, Ahmet Fatih, Şenocak, (Ed.), Şirketler Hukuku Şerhi, c. 1, s. 105.

¹⁷⁴ Çonkar, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 33 vd.

¹⁷⁵ Özkan, s. 110.

¹⁷⁶ Katılma payı ifadesinin ortaklık payı ile karıştırılmaması gerektiği, ortaklık payının kolektif ve komandit şirketlerde ortaklık payını, anonim şirketlerde payı, limited şirketlerde ise esas sermaye payını karşıladığı, katılma payının ise ortakların sermaye borcu kapsamında şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri ekonomik değeri ifade ettiği yönünde, Özkan, s. 104.

¹⁷⁷ Domanıç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 185; İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s. 46; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 351; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 95; Akdağ Güney, Necla/Gümüş, Alper, "Taşınmazların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", REGESTA 2013, c. 3, sa. 1, s. 33-55, s. 35, ("Taşınmazlar"); Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2103, Seçkin Yayıncılık, s. 150

¹⁷⁸ Zaman içinde bazı değişikliklerle birleştirilerek yerine 2017/1132 sayılı yönerge geçmiştir ve halen yürürlüktedir. ABRG 169, 30.06.2017, 46-127, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2017/1132/oj>, erişim tarihi: 07.12.2023.

Dolayısıyla sermaye, ortaklığa getirilen nakdi sermaye ile aynı sermayenin parasal değerinin toplamıdır¹⁷⁹.

Aynı kelimesi eşya hukukundaki aynı ifadesini çağrıştırmaktadır¹⁸⁰. Ancak aynı sermayenin tanımını doğrudan eşya hukuku ekseninde yapmak yanıltıcı olabilir. Aynı sermayenin kapsamı eşyadan daha geniştir. Eşya hukukunda hakim görüş uyarınca aynı hak, sahibine hakka konu eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen subjektif bir haktır¹⁸¹. İçinde aynı hakları da barındıran aynı sermaye kavramına, aynı hak olarak değerlendirilmeyen gayri maddi haklar da dahildir. Bu nedenle aynı sermaye yerine nakit dışı sermaye kavramının kullanılması önerilmiştir¹⁸². Diğer yandan 1926 tarihli TTK'dan beri öğretide ve mevzuatta “aynı” ve “aynı sermaye” tabirinin kullanıldığı, TTK'da da “aynı sermaye” kavramının tercih edilmesiyle aynı sermaye kavramının terkedilmesine gerek olmadığı bizce de haklı olarak ifade edilmektedir¹⁸³.

3. GYO'da Aynı Sermaye Olarak Kabul Edilme Şartları

a. Genel Olarak Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye

GYO bir A.Ş. olduğundan öncelikle A.Ş.'ler yönünden konunun genel olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. TTK m. 127/1-j'de, TTK m. 342 /1 hükmü saklı kalmak koşuluyla, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen bütün değerlerin sermaye olarak ticaret şirketlerine getirilebileceği düzenlenmiştir. eTTK'da yer almayan TTK m. 342¹⁸⁴; “Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir

¹⁷⁹ Bahtiyar, Mehmet, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Kayıtlı Sermaye Sistemi*”, Makaleler II, İstanbul 2008, s. 237-251, s. 8, (“Kayıtlı Sermaye”); Dal, Seniha, “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Konulması*”, MÜHFHAD, c. 18, sa. 2, s. 371-398, s. 372-373.

¹⁸⁰ Aynı sözcüğü, nakit para dışında belirlenmiş bir mal veya eşya olarak verilen anlamına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁸¹ Antalya, O. Gökhan/Topuz Murat, Eşya Hukuku, c. IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021 s. 91

¹⁸² Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.148; Yusufoglu, s. 20.

¹⁸³ Çonkar, s. 34.

¹⁸⁴ Moroğlu'na göre maddenin kenar başlığının “Paradan başka sermaye”, alt kenar başlığının ise “Paradan Başka Sermaye Olarak Konulabilecek Malvarlığı Unsurları” olması gerekir. Bu önerinin sebebi TTK'da “aynı” ve “aynı sermaye” ifadesinin çok yerde “işletme” ve “haklar” sözcükleriyle birlikte kullanılması ve daha çok taşınır ve taşınmaz malları çağrıştırmasıdır. Yazara göre, “Aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları” şeklindeki kenar başlığının “Aynı Sermaye Olarak Konulabilecek Malvarlığı Unsurları” olarak düzeltilmesi gerekir. Yazara göre vadesi gelmemiş alacakların sermaye olamayacağını gerekçesi doyurucu değildir. Ayrıca bu ifade vadeli para alacağını içeren kıymetli evrakın sermaye olarak konulabilmesini önlemesi bakımından da sakıncalıdır. TTK m. 130 dikkate alındığında müccel alacaklara ilişkin yasak anlamsızdır ve bu yasak, portföyünde tahvil vs. alacaklılık hakkı veren menkul kıymetler bulunduran şirketlerin birleşmeleri ve bölünmelerinde sorun çıkarır. Zira değerlemenin de TTK m. 343 uyarınca yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporuyla belirlenecek olması yasağı ayrıca anlamsız kılmaktadır. Üzerinde sınırlı aynı hak bulunan malvarlığı unsurlarının da sermaye olarak değerli ve amaca uygun olması mümkündür, bunlara ilişkin yasak gereksizdir. Bkz. Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 144; Konu ile ilgili Alman, İsviçre ve AB hukukunda da vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konulmasına bir engel bulunmadığı gibi Alman Hukukunda daha da esnek bir yaklaşımla şarta bağlı alacaklar ile beklenen hak kapsamındaki alacakların da sermaye kapsamında sayılmasının tartışıldığı, şarta bağlı ve beklenen hak kapsamındaki alacakların sermaye olarak konulabileceğine ilişkin görüşlerin arttığı yönünde,

bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. 128 inci madde hükmü saklıdır.” biçimindedir¹⁸⁵. Maddenin birinci cümlesinde hangi malvarlığı unsurlarının hangi şartlarla aynı sermaye konabileceği, ikinci cümlesinde ise nelerin aynı sermaye olamayacağı belirtilmiştir. TTK’da yapılan atıflar doğrultusunda bu hüküm hem esas sermaye sisteminde hem de kayıtlı sermaye sisteminde yapılacak sermaye artırımlarında uygulanır (TTK m. 459/3, m. 460/3).

eTTK döneminde, bazı zorlukları beraberinde getirse de aynı sermaye unsurları üzerinde intifa, haciz, rehin ve hapis hakkı gibi bazı külfetler bulunmasının aynı sermaye yeterliliğini olumsuz etkilemediği, önemli olanın bilirkişinin bu külfetleri de hesaba katarak aynı sermaye konusu malvarlığı unsurunun net değerini tespit etmesi olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁶.

eTTK döneminde, ipotekli taşınmazın değerlemesi ve aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin Bakanlığın uygulaması zaman içerisinde değişmiştir. 2000’li yıllara kadar Bakanlık, üzerinde ipotek ve benzeri yük bulunan taşınmazların sermaye olarak konulmasında, lehine takyidat verilen kişinin yazılı izni aramaktaydı. Daha sonra Bakanlık, taşınmazın bilirkişilerce saptanmış değerinden takyidat miktarı düşülerek ulaşılan miktarın %25 eksikliğine tekabül eden miktarı aynı sermaye değeri olarak kabul etmiştir¹⁸⁷.

Bakanlığın 8.3.2000 tarihli ve 1508 sayılı genelgesine göre, üzerinde takyidat bulunan taşınmazın aynı sermaye olarak taahhüt edilmesinde, lehine takyidat verilen kişinin yazılı onayı gerekecek ve ayrıca esas sözleşmeye, takyidat sebebiyle taşınmazın satılması durumunda, satış tarihindeki bilirkişilerin tespit ettiği değer kadar miktarı aynı sermaye taahhüt edenin şirkete nakden ödeyeceği yazılacaktı. Bu taahhüt kapsamında ayrıca, konulacak aynı sermaye karşılığında oluşacak paylar, takyidatın kaldırılmasına kadar devredilemeyecekti. Yüklü taşınmazların aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin bu uygulama bizce de isabetlidir¹⁸⁸. Ancak sonrasında, eTTK’da bir dayanağı olmaksızın Bakanlığın yayımladığı 2003/3 sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve

Arıcı, Mehmet Fatih, “*Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı*”, İÜHFİM, c. 73, 2016, s. 319-337, s. 323-324, (“Alacak Hakkı”).

¹⁸⁵ Maddenin Bilim Komisyonu tarafından yazılan gerekçesine göre; üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan ayınların anonim şirkete sermaye olarak konulması, sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulunmuş, eTTK’da düzenlenmeyen bu nokta açıklığa kavuşturulmuştur. <https://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, erişim tarihi 15.09.2023.

¹⁸⁶ Domaniç, s. 197 vd; Korkmaz, Yakup, “*İpotekli Taşınmazın Anonim Şirkete Aynı Sermaye Konulması ve Değerinin Tespiti*”, Legal Hukuk Dergisi, 2008, sa. 61, s. 89 vd.

¹⁸⁷ Korkmaz, s. 90 vd.

¹⁸⁸ Korkmaz, s. 91 vd.

Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”¹⁸⁹ m. Ek-1/G’de, kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinde istenecek belgeler arasında, “ayni sermaye gayrimenkul ise, üzerinde takyidatın olmadığına dair ilgili tapu dairesinden alınacak yazı” sayılmış; Ek-2 m. F’de ise, “ayni sermaye olarak gayrimenkul konulduğu takdirde gayrimenkul üzerinde herhangi bir takyidatın bulunmadığına dair belgeler”in dilekçeye eklenmesi hususu düzenlenmiştir.

Ayni sermaye taahhüdü rejiminin eTTK dönemine kıyasla A.Ş.’ler özelinde TTK’da daha da sıkılaştırıldığı ve ayni sermayenin sınırlarının daraltıldığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁹⁰.

b. GYO’da Ayni Sermaye

aa. Genel Olarak

SerPK m. 49/5’ye göre, “SPK’nın portföye alınmasını uygun gördüğü varlıklar” GYO’ya kuruluş ve sermaye artırımlarında ayni sermaye olarak konulabilir. Hükmün A.Ş.’lere nelerin ayni sermaye konulabileceğini düzenleyen TTK m. 342 hükmüne nazaran farklı bir belirleme yaptığı görülmektedir. Nitekim TTK m. 342’ye göre A.Ş.’lere “fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil malvarlığı unsurlarının” ayni sermaye olarak konulabileceği belirtilmiştir¹⁹¹.

Tebliğ m. 3/1-r ile portföyün GYO’nun aktifinde yer alan m. 4/1’de sayılan varlık ve haklardan oluştuğunu belirtmiştik. Tebliğ m. 4’te bu varlık ve haklar “gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, altyapı yatırım ve hizmetleri, sermaye piyasası araçları, Takasbank para piyasası ve ters repo işlemleri, TL cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para cinsinden vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesapları ile iştirakler ve Kurulca belirlenecek¹⁹² diğer varlık ve haklar” biçiminde sayılmıştır. Bununla birlikte Tebliğ’in “Ayni sermaye” başlıklı 9. Maddesine göre (Öz Varlığa Dayalı) GYO’ya ayni sermaye olarak konulabilecek değerler “gayrimenkuller ve gayrimenkule dayalı ayni haklar”dır. Hükmün devamında münhasıran altyapı

¹⁸⁹ 25.07.2003 tarih ve 25179 sayılı RG’de yayımlanan bu tebliğ, Bakanlık tarafından çıkarılan ve 15.11.2012 tarih ve 28468 sayılı RG’de yayımlanan “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” (İzin Tebliği) ile ilga edilmiştir.

¹⁹⁰ Çonkar, s. 25.

¹⁹¹ TTK m. 342’de, TTK m. 127 yerine saklı tutulan TTK m. 128, ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcunun taahhüt ve tasarruf aşamaları ile ifa etmemenin yaptırımlarına dair genel bir hüküm olduğundan özel düzenleme bulunmayan hallerde zaten genel düzenlemenin uygulanacağını ifade eden, Bahtiyar, Mehmet, “Anonim ve Limited Şirketlere Konulacak Ayni Sermaye Unsurları Üzerinde Ayni Hak Bulunmaması Şartına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, YÜHFD 2021, sa. 18, s. 515-528, s. 517, (“Ayni Sermaye”). TTK m. 127’de açıkça sayılan, fikri mülkiyet haklarıyla sanal ortamların TTK m. 342/1’de tekrarlanmasına ihtiyaç olmadığı ve TTK m. 342/2’de sermaye borcuna ilişkin TTK m. 128’in saklı tutulmasının da hukuki bir anlamı olmadığı, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulması halinde saklı tutulması gereken hükmün TTK m. 128 değil, TTK m. 581/2’de olduğu gibi TTK m. 127 olabileceği yönünde, Kendigelen, İlk Tespitler, s. 230.

¹⁹² SPK’nın başkaca bir hak ve/veya varlık belirlediğine ilişkin bir düzenleme tarafımızca tespit edilememiştir.

yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'lara "gayrimenkuller ve gayrimenkule dayalı aynı haklar"ın haricinde SPK'nın uygun gördüğü varlıkların da aynı sermaye olarak getirilebileceği belirtilmiştir¹⁹³. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden SerPK ve dolayısıyla Tebliğ'in TTK'ya nazaran aynı sermaye olarak konulabilecek değerleri daha dar biçimde belirlediği anlaşılmaktadır.

SerPK ve Tebliğ hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ise, SerPK m. 49/5'te SPK'nın portföye alınması uygun görüldüğü varlıkların aynı sermaye olarak konulabileceği belirtilmiş ise de Tebliğ m. 9'da bu varlıklardan sadece gayrimenkuller ile gayrimenkule dayalı aynı hakların aynı sermaye olabileceği hüküm altına alınmıştır. Tebliğ m. 9 ile SerPK m. 49/5 arasında bu anlamda bir uyumsuzluk olduğu söylenebilir. SerPK m. 49/5'e göre portföye alınması mümkün olmakla aynı sermaye olarak konulabilmesi gereken ve fakat Tebliğ m. 9'da aynı sermaye olabilecek değerler arasında sayılmayan "gayrimenkul projeleri" ve "altyapı yatırım ve hizmetleri" konumuz ile ilgili olduğundan ilerleyen bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Diğer yandan yine Tebliğ m. 4 uyarınca portföye alınması mümkün olan değerler arasında "gayrimenkule dayalı haklar" olarak sayılan unsur Tebliğ m. 9'da "gayrimenkule dayalı aynı haklar" biçiminde yazılmıştır. Bu farklı iki ifadenin bilinçli kullanılıp kullanılmadığı ve ayrı ayrı ne anlamlara geldikleri (gelebilecekleri) ayrıca konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus olarak çalışmamızda irdelenmeye çalışılacaktır.

SerPK'da ve Tebliğ'deki keskin sınırlama nedeniyle TTK m. 127 ve TTK m. 342'de sayılan malvarlığı unsurlarının tamamı Tebliğ'de aranan aynı sermaye yeterliliğini karşılarsa dahi aynı sermaye olarak GYO'ya konulamaz. Bu minvalde taşınırların veya fikri mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak GYO'ya getirilemeyeceği yönündeki görüşe katılıyoruz¹⁹⁴. Ancak bunun sonucu olarak, dünya çapında bir şirket, kuruluş ya da GYO'nun marka, know-how, alan adları ve sanal ortamlar gibi bir takım gayri maddi haklarını Türkiye'deki bir GYO'ya aynı sermaye olarak getiremeyeceği, bu durumun ise SPK'nın sermaye piyasasının gelişimini sağlama yönündeki görevi ile bağdaşmadığı bizce de haklı olarak ifade edilmektedir¹⁹⁵.

TTK, SerPK ve Tebliğ'de aynı sermaye kalemi olarak sayılan değerler doğrudan aynı sermaye olarak konulamayacak aynı zamanda bazı koşulları sağlamaları gerekecektir. TTK'da yukarıda belirtilen malvarlığı unsurları ancak "üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmadığı, nakden değerlendirilebilir ve devrolunabilir" oldukları takdirde aynı sermaye kabul edilebilir. Tebliğ m. 9'da ise yukarıda saydığımız malvarlığı unsurları "üzerinde ipotek bulunmama veya gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmama" ölçütlerini

¹⁹³ SPK'nın başkaca bir varlık belirlediğine ilişkin bir düzenleme tarafımızca tespit edilememiştir

¹⁹⁴ Belen, s. 63.

¹⁹⁵ Uyar, s. 109.

karşılığında TTK m. 342 ve m. 343 çerçevesinde aynı sermaye olarak GYO'ya getirilebilir. Bir sonraki başlık altında TTK m. 342 ve TTK m. 343'e yapılan atfın da ne anlama gelebileceği değerlendirilecektir.

GYO'lara kuruluşta ve sermaye artırımında aynı sermaye getirilirken, Tebliğ m. 6'da miktarı ve tüm sermayeye oranı öngörülen nakit sermayenin konulması gerekir. Başka bir anlatımla kural olarak GYO'nun sermayesi tamamen aynı sermayeden ibaret olamaz. Diğer yandan, sermayenin tamamen ve sadece nakit getirilmesi imkanı bulunmakla birlikte nakit sermaye Tebliğ'de aranan sınırlamalara uygun şekilde portföyün oluşturulması için kullanılmalıdır¹⁹⁶. Öğretide, esas sözleşmeye yazılmak suretiyle GYO'ya aynı sermaye konulmamasının kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir¹⁹⁷. Bu görüş ile ilgili belirtmek isteriz ki; aynı sermaye getirilmesi, taahhüt eden ile diğer kurucuların hepsinin kabulüne bağlıdır. Dolayısıyla esas sözleşme hazırlığı sürecinde daha sözleşme yazılıp imzalanmadan kurucular arasında aynı sermaye konulmaması yönünde bir karar verilebilir. Aynı sermaye getirilmesine karşı çıkan kurucular sözleşmeyi imzalamayarak daha baştan buna engel olabilir. Bu görüşten hareketle bizce esas sözleşmeye yazılmak suretiyle olası bir sermaye artırımında aynı sermaye getirilmeyeceği kararlaştırılabilir.

bb. Aynı Sermaye Yeterliliğinin Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirilmesi

aaa. Genel Olarak

Tebliğ m. 9/1'de sayılan malvarlığı unsurları TTK m. 342 ve TTK m. 343 çerçevesinde aynı sermaye olarak konulabilir. Mülga Tebliğ m. 9/A'daki ifade "Ortaklıklar, kuruluşlarında ve sermaye artırımlarında, TTK hükümleri çerçevesinde aynı sermaye koyabilirler." biçimindedir. Önceki tebliğ döneminde yapılan bu atfın esasen değer bilirdirlerce tespitini sağlayan eTTK m. 303/2'ye yapılmış olduğu ifade edilmiştir¹⁹⁸. Bu görüşün doğruluğunu teyit edersene Tebliğ'de de aynı sermayeye değer biçilme prosedürünü düzenleyen TTK m. 343'e atıf yapıldığı görülmektedir. Hatta Tebliğ m. 9/2'de

¹⁹⁶ GYO'nın geniş kitlelere ulaşması ve etkin bir şekilde tanıtımının yapılabilmesi için Emlak Konut A.Ş.'nin GYO'ya dönüşümünde sermayenin tamamen aynı sermaye olarak konulmasına imkan tanınmıştır. 24.03.2001 T. ve 24352 sayılı RG'de yayımlanan ve o dönem yürürlükteki tebliğe ek 1. maddeyi ekleyen Seri:VI No:14 sayılı Tebliğ ile asgari nakit sermaye koyma zorunluluğuna istisna getirilmiştir. "Nakit Sermaye Şartı Aranmaması" başlıklı ek m.1 uyarınca 29.12.1999 tarihli ve 23921 sayılı RG'de yayımlanan "588 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hesaplarının Tasfiyesine Dair Kanun Hükmünde Kararname" çerçevesinde GYO'ya dönüşümde, bu tebliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının B bendinin değişik d alt bendinde belirtilen, sermayesinin en az %25'inin nakit karşılığı çıkarılmış olması şartı aranmaz." Asgari nakit sermaye şartı aranmaksızın GYO'ya dönüşen Emlak Konut A.Ş., bu sayede tüm taşınmazlarını aynı sermaye olarak GYO'ya koymuştur. Bkz. Susar, Özkan, Tüm Yönleriyle Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 77-78.

¹⁹⁷ Bahtiyar, Mehmet, "4487 Sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanununda Yapılan Önemli Bir Değişiklik: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarında Aynı Sermaye Olanağı", Prof.Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 87-110, s.91 ("GYO'da Aynı Sermaye"); Belen, s. 66.

¹⁹⁸ Bahtiyar, GYO'da Aynı Sermaye, s. 101.

kuruluştaki ve m. 9/3'te sermaye artırımlarında aynı sermayeye değer biçmede TTK m. 343'ün uygulanacağı tekraren yazılmıştır. Diğer yandan TTK m. 342'ye yapılan atfın amacını tespit etmek gerekir.

Kanaatimizce burada amaç, Tebliğ m. 9'da aynı sermayeye konu olabileceği belirtilen gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı aynı haklara TTK m. 342'de belirtilen malvarlığı unsurlarının eklenmesi değildir¹⁹⁹. Esas amaç TTK m. 343'teki değer biçme prosedürünün işletilmesi ve bu yapılırken Tebliğ m. 9 uyarınca aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun haiz olması gereken, üzerinde “ipoteke bulunmama” ile “değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmama” koşullarının yanında TTK m. 342'deki “üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmama, nakden değerlendirilebilme ve devrolunabilme” ölçütlerinin de dikkate alınmasıdır. Ayrıca TTK m. 342'nin TTK m. 128'e yaptığı atıf ile, aynı sermayenin taahhüt ve ifa aşamalarına dair düzenlemeye de atıf yapılmıştır. TTK m. 343 çerçevesinde düzenlenen bilirkişi raporu getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin TTK m. 342'deki şartlara uygunluğunu da değerlendirmek durumundadır²⁰⁰. Bu anlamda TTK m. 343'ün TTK m. 342'den bağımsız düşünülmemeyeceği söylenebilir.

Tebliğ m. 9'un özensiz bir şekilde yazıldığı görülmektedir. İlk cümlede “ve” yerine hatalı biçimde “veya” bağlacı kullanılması nedeniyle hüküm, kastedilenin bu olmadığını düşünsek de aynı sermaye unsuru üzerinde ya “ipoteke bulunmamalı”, ya da ipotek bulursa dahi “üzerinde gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmamalı” şeklinde anlaşılmalı müsaittir²⁰¹. Bu şekilde anlaşılabilir olmasının bir diğer gerekçesi maddedeki “takyidat şerhi” ifadesidir. Çünkü ipoteğin doğması için kural olarak tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir (TMK m. 856), ipotek şerh olarak işlenmez. Başka bir anlatımla, bir taşınmazın “üzerinde ipotek bulunmaması” ve “gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmaması” bir arada aranmayan bağımsız iki ölçüt biçiminde yazılmıştır. Hükümde “gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmayan gayrimenkuller” ifadesinin devamında “ve gayrimenkule dayalı aynı haklar” denildiğinden, yine

¹⁹⁹ Nitekim eTTK'da yer alan tedrici kuruluş TTK'da yoktur. TTK m. 346'ya göre aynı sermaye taahhüdü halka arz edilecek paylar için mümkün olmamakla birlikte sınırlı şekilde GYO'larda aynı sermayeye izin verilmiştir. Bkz. Akdağ Güney, Kuruluş, s. 95.

²⁰⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 340; Taahhüt edilecek sanal ortamlara değer biçmede, mahkemenin atadığı bilirkişi, sanal ortam olduğu ileri sürülen bilgiler bütünü, gerçekten bir sanal ortam niteliğini taşıyıp taşımadığını irdeleyeceğinden, söz konusu bilgilerin bir sanal ortam meydana getirdiğini ortaya koymalıdır. Bkz. Yusufoglu, s. 91.

²⁰¹ Nitekim TTK m. 342'de aynı sermaye yeterliliği ölçütleri “üzlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan” biçiminde aralarında “ve” bağlacı kullanılarak yazılmış, bu sayede üç kriterin tamamının bir arada sağlanması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

kastedilenin bu olmadığı düşünülse de düzenlemeden gayrimenkule dayalı ayni hakların ayni sermaye yeterliliği bakımından hiçbir koşul aranmadığı gibi bir anlam çıkabilir²⁰².

Netice olarak Tebliğ m. 9'a göre ayni sermaye olarak kabul edilmenin şartları "üzerinde ipotek bulunmama", "üzerinde taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte takyidat şerhi olmama", "üzerlerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve tedbir bulunmama", "nakden değerlendirilebilir ve devrolunabilir olma" biçiminde sayılabilir. Tebliğ m. 9'da GYO'ya ayni sermaye konulmasına cevaz verilen malvarlığı unsurları ve ayni sermaye yeterliliklerinin ilerleyen bölümlerde ele alınması sonrasında hükmün kanaatimizce nasıl olması gerektiği yönündeki önerimizi sunacağız. Şimdi sırasıyla tespit ettiğimiz ayni sermaye kabul edilme şartlarını sırasıyla ele alacağız.

bbb. Üzerinde İpotek Bulunmama

Tebliğ m. 9'un mefhumu muhalifinden üzerinde ipotek bulunan bir taşınmazın ayni sermaye olamayacağı anlamı çıkmaktadır. Hükümle amaçlanan, GYO'nun sermaye olarak konulan ayın üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir. İpotek, TMK Dördüncü Kitap, İkinci Kısım'da "Sınırlı Ayni Haklar" başlığı altında taşınmaz rehininin bir türü olarak düzenlenmiştir. Ayni teminatlar arasında en yaygın taşınmaz rehni olan ipoteğin kurulmasıyla malik bakımından ayni sorumluluk doğar²⁰³. Alacağın ödenmemesi nedeniyle ipotek konusu taşınmaz paraya çevrilerak alacaklı tatmin edilir²⁰⁴. İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşme ancak resmi şekilde yapılırsa geçerlidir (TMK m. 856)²⁰⁵. Kural olarak ipoteğin tapu kütüğüne tescil ile kurulacağını belirtmiştik²⁰⁶. Çalışmamızın sınırını aşmamak için detaya girmemek üzere belirtmek gerekir ki; TMK m. 865/3, m. 867/2 ve TMK m. 876 tescile tabi olmayan

²⁰² Diğer yandan Değerleme Tebliği Ek-1'e göre, değerleme konusunun üst hakkı ve devre mülk hakkı olması durumunda, bu hakların devrine ilişkin özel kanun hükümlerinden ayrıca bir devir kısıtı olup olmadığının raporda belirtilmesi gerekir.

²⁰³ Acar, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 149.

²⁰⁴ Taşınmazın değeri alacağı karşılamaya yetmediği takdirde borçlunun diğer mallarına başvurulacağından, ipotekte borçlunun kişisel sorumluluğunun devam ettiğine dikkate çeken, Barlas, Nami, *"Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk"*, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 569-570.

²⁰⁵ İpoteğin kurulması için resmi senet düzenleneceği kuralına TK m. 26/8'de "Kamu kurum ve kuruluşları (OYAK dahil), bankalar, Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatiflerince açılacak tüm kredilere karşılık teminat gösterilen gayrimenkullerin ipotek işlemleri, tarafların istemi halinde resmi senet tanzim edilmeksizin alacaklı ile borçlu ve varsa kefilleri arasında yapılan kredi veya borç sözleşmelerine istinaden, tapu sicil müdürlüklerince tapuya tescil edilir." biçiminde istisna getirilmiştir.

6083 sayılı Kanun m. 10b. 8 ile tapu sicil müdürlüğü ifadesindeki sicil sözcüğü kaldırıldığından bu müdürlüklerin adı tapu müdürlüğü biçiminde değişmiştir. Bkz. RG. T. 10.12.2010, S. 27781.

İpotek verme vaadi konusundaki sözleşmelerin noterde düzenlenmesi durumunda geçerli olmayacağı yönünde, Budak, Ali Cem, *"Yabancı Unsurlu Sözleşmeler İçin Verilen Ayni Teminatların Paraya Çevrilmesi"*, YÜHFD, c. VII, sa. 1, İstanbul, 2010, s. 17.

²⁰⁶ İngiliz hukukunda aynı esas benimsenmiştir. Smith, Lionel, *"Security"*, English Private Law, Second Edition, Oxford University Press, New York 2007, s. 403-495, s. 412. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mülkiyeti satış senediyle devrolur. Bzk. Swadling, William, *"Property: General Principles"*, English Private Law, Oxford University Press 2007, s. 220-399, s. 259.

ipotepleri düzenlemiştir. “Üzerinde ipotek bulunmama” koşulunun varlığının tespitinde, tescile tabi olmayan ipoteklerin de dikkate alınıp alınmayacağına duraksama olabilir. Ancak tescile tabi olmayan ipoteklerin doğumundan önce zaten taşınmaz üzerinde bir rehin hakkı bulunduğundan mevcut rehin baştan belirlilik ilkesine uyularak kurulmuş ve tescile tabi olmayan rehin bakımından da aynı şartlar yerine getirilmiştir²⁰⁷. Taşınmaz üzerinde baştan mevcut bulunan rehin hakkı taşınmazın üzerinde TTK m. 342’da belirtildiği şekilde sınırlı bir ayni hak olduğu anlamına geleceğinden, taşınmaz üzerinde tescile tabi olmayan bir ipotek bulunması ayni sermaye yeterliliği değerlendirmesinde etkili olmayacaktır.

Bu açıklamalarımız ışığında GYO’ya taahhüt edilen ayni sermayeye konu değer üzerinde TTK m. 342 çerçevesinde sınırlı bir ayni hak bulunmaması gerektiği ve ipoteğin de TMK’da sınırlı ayni haklar başlığı altında düzenlendiği dikkate alındığında Tebliğ m. 9’da “üzerinde ipotek bulunmama” koşulunun özellikle yazılmasına gerek olmadığını söyleyebiliriz.

Öğretide bir ayni sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun üzerinde rehin, ipotek ve başkaca takyidat bulunması nedeniyle sermaye olarak kabul edilmemesi eleştirilmiştir²⁰⁸. Eleştirilerin ortak noktası nakden değerlendirilip devrolunabilen bir aynın üzerinde ipotek gibi bir sınırlı ayni hak bulunmasının üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamayacağı²⁰⁹, sadece değerini etkileyeceği ve bu kısıtlayıcı yaklaşımın ortaklıklar hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayacağıdır. Nitekim üzerinde ipotek bulunan bir taşınmazın sadece değeri azalacak fakat taşınmazın kullanımı olumsuz etkilenmeyecektir. Elbette bu durum alacağın ödenmemesi halinde taşınmazın satılarak paraya çevrilmesi riskini barındırmaktadır. Ancak riskin gerçekleşmesiyle taşınmazın satılmasında dahi alacaktan arta kalan değer GYO’ya ait olacaktır. Bunun sonucu olarak sermayenin eksik teşekkül etmesi gündeme gelebilecek olsa da bilirkişi değerlendirme raporunda bu olasılığı hesaba katarak taşınmazın değerini tespit etmelidir. Başka bir anlatımla, ortaklığa konulan sermayenin teminat altına aldığı alacak olarak belirtilebilecek pasifi aynın değeri olan aktifinden fazla olmadığı takdirde sermaye olarak konulması kabul edilmelidir²¹⁰.

²⁰⁷ Acar, s 387.

²⁰⁸ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 230; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye s. 237-251; Paşlı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 197-200.

²⁰⁹ Nitekim Yargıtay eTTK döneminde verdiği kararlarda üzerinde ipotek bulunan taşınmazın ayni sermaye olarak kabul edileceğini belirtmiştir. “Kural olarak ipotekli bir taşınmazın bir şirkete ayni sermaye olarak konulmasına hukuken bir engel yoktur. Ancak bu taşınmazların gerçek değerlerinin, onu kısıtlayan ipotek bedelinden fazla olmaması gerekir. İpotekli taşınmaz bu artık değeriyle ve artık değeri kadar sermaye olur. Aksi halde, sermaye taahhüdü ve konulması hayali (fiktif) bir işlem olur.”; Y.11. HD. 16.06.2011 T., 2009/11773 E, 2011/7602 K; karar metni için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, sa.1, 2012, s. 394-397; “ipotekli taşınmazın ayni sermaye olarak konulması mümkünse de ipotek bedelinin ayni sermaye değerinden indirilmek suretiyle bakiye değer ayni sermaye olarak konulabileceği ve mahkemece bu hususun göz önüne alınarak karar verilmiş bulunmasına göre, hükmün onanmasına”, bkz.Yusufoğlu, s. 45-46, dph 119.

²¹⁰ Arkan, Sabih, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 41-66, s. 49; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 248; Paşlı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 197-200.

Buna karşın öğretide TTK m. 342'nin yerinde bir düzenleme getirerek muhtemel riskleri önlediğini ifade eden görüşler mevcuttur²¹¹. Bu görüşe göre hükmün amacı aynı sermayenin bir kısıtlamaya tabi olmadan ortaklığın üzerinde tasarruf edebilmesi ve sermaye değerinin eksiksiz belirlenmesidir.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na "Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı"²¹² ile TTK m. 342/1'den sonra eklenmesi önerilen hüküm dikkat çekicidir: "Özel kanunlar uyarınca üzerinde irtifak hakkı tesis edilen taşınmazlar ile şirket ortağı veya üçüncü kişiye ait olmakla birlikte daha önce şirket tarafından kullanılan kredi nedeniyle teminat olarak gösterilen ve üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazlar şirkete sermaye olarak konulabileceği belirtilmiştir. İpotekli taşınmazın sermaye olarak konulabilmesi için ipotek alacaklısının yazılı muvafakati gerekir" biçimindeki değişiklik önerisi, TTK m. 342'deki katı tutumun bir nebze esnetilmesini amaçlamış ancak yasalaşmamıştır.

Tebliğ'de üzerinde ipotek bulunan taşınmazların aynı sermaye olarak kabul edilmeyeceği (Tebliğ m. 9) ve portföye dahil edilemeyeceği belirtilmiştir (Tebliğ m. 22/1-c). Diğer yandan Tebliğ'de mülkiyeti GYO'ya ait bulunmayan ipotekli arsalarda dahi belli ölçütlerle proje geliştirilebileceği kabul edilmiştir²¹³. Bununla birlikte arsa payı karşılığı ve hasılat paylaşımı inşaat projelerine konu üçüncü kişilere ait arsaların GYO'ya düşük bedelle veya bedelsiz devri veya GYO lehine üst hakkı kurulması durumlarında, teminat olarak portföyde bulunan başkaca taşınmazlar üzerinde devreden arsa sahipleri lehine ipotek veya diğer sınırlı aynı haklar kurulabileceği belirtilmiş, hatta GYO'ya finansman için portföyde bulunan varlıklar üzerinde rehin, ipotek ve diğer sınırlı aynı haklar kurulabileceğine hükmedilmiştir (Tebliğ m. 30).

Portföyde bulunan veya portföyde bulunmaksızın üçüncü kişilere ait taşınmazlar üzerinde ipotek veya başkaca sınırlı aynı haklar bulunması veya tesis edilmesi, GYO'nun faaliyetlerini yürütmede bir sakınca olarak görülmemiş ve hatta ipoteğin bir finansman aracı olduğu kabul edilmiştir. Aynı sermaye olarak konulan taşınmaz hem GYO'nun faaliyetleri hem de finansman için bir araç olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla Tebliğ'deki bu yaklaşıma rağmen özellikle diye konulacak malvarlığı

²¹¹ Sevi, s. 159; Özdamar, Mehmet, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, sa.1, s. 143-155, s. 146, ("Aynı Sermaye").

²¹² TTK Değişikliği Tasarısı, o dönemki adıyla Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çeşitli kurum ve kuruluşlardan görüş alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Metnin Ekonomi Bakanlığı tarafından sirküler tarih/no:15.03.2016/252 ve Sayı: EGT 2448 ile gönderilmiş olduğu ve metne İstanbul İhracatçılar Birlikleri'nin web sayfasından ulaşıldığı (<http://www.iib.org.tr/tr/diger-duyurular-turk-ticaret-kanunu-tasarisi.html>) bilgisi için bkz. Yusufoğlu, s. 44, dph 116.

²¹³ Bu ölçüt, "ipotek bedelinin en son hazırlanan değerlendirme raporuyla ulaşılan arsa değerinin %50'sini geçmemesi ve proje konusu arsaların ipotek bedellerinin, GYO'nun bağımsız denetimden geçen kamuya açıkladığı son finansal tablolarında mevcut aktif toplamının %10'unu aşmaması" biçiminde açıklanmıştır (Tebliğ m. 22/1-e).

unsuru üzerinde ipotek bulunmamasını şart koşmak Tebliğ'in kendisi içerisinde birbiriyle çelişen maddeler içerdii ğerekçesiyle eleştirilebilir.

Netice olarak değer biçme sürecinde ipoteğin aynı sermayenin değerine etkisi hesap edilerek ulaşılan miktarın sermaye olarak konulması veya en azından Tebliğ m. 22/1-e'de olduğu gibi aynı değerinin belli bir yüzdesini geçen miktarda ipotek söz konusu olduğunda sermaye olarak kabul edilmemesi yönünde bir düzenleme yapılması kanaatimizce yerinde olacaktır.

ccc. Taşınmazın Değerini Doğrudan ve Önemli Ölçüde Etkileyecek Nitelikte Herhangi bir Takyidat şerhi Olmaması

c.1. Genel Olarak

Tebliğ m. 9'da aynı sermaye konusu taşınmazın haiz olması gereken ikinci ölçüt "taşınmazın üzerinde değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmaması" biçiminde ifade edilmiştir. Bu koşulu değerlendirirken, değeri doğrudan ve önemli ölçüde "olumsuz" ve "değeri azaltacak" biçimde etkileme şeklinde anlamak gerektiğinde tereddüt yoktur. Aynı sermaye yeterliliği bakımından hükmün lafzından her iki koşulun bir arada bulunması gerektiği sonucu çıkar.

Bu ölçüt ilk bakışta TTK m. 342'deki "sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmama" koşulunun farklı bir şekilde ifadesi olarak değerlendirilebilir. Giderek "değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkilemediği" takdirde taşınmazın üzerindeki takyidat şerhinin aynı sermaye konulmasında bir sakınca doğurmadığı ve bu yönüyle Tebliğ hükmünün TTK m. 342'ye nazaran daha esnek bir yaklaşım sergilediği düşünölebilir²¹⁴. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere TTK m. 342'deki ölçütler Tebliğ m. 9 daki ölçütlerin yanında ayrıca aranacağı gibi, "takyidat şerhi" ifadesi aslında TTK m. 342'deki aynı sermaye yeterliliği koşullarını bir nebze daha sıkılaştırmış olacaktır. Bu ölçütün amacını ve anlamını tespit için öncelikle takyidat şerhi kavramını açıklamak gerekir.

c.2. Takyidat şerhi

TMK'da "takyidat şerhi" şeklinde bir ifade olmadığı gibi Türk Dil Kurumu sözlüğünde takyidat diye bir kelime yoktur. Takyidat, "kayıtlama"²¹⁵ anlamına gelen takyit sözcüğünün çoğuludur. eMK m.

²¹⁴ Ayan, Tebliğ m. 9'daki yaklaşımın GYO'nun yapısına daha uygun olduğunu belirtmiş, hükmündeki TTK m. 342'ye yapılan atıfla ilgili bir değerlendirme ve tartışma yapmaksızın, sınırlı aynı hak, tedbir ve haciz gibi sınırlandırmaların taşınmazın değerinden daha az olabileceği ve aynı sermayenin değerinin bilirkişi ve ekspertiz tarafından tespitinde taşınmaz üzerindeki yükler çıktıktan sonra net sermaye değerinin esas alınması görüşünün yerinde olduğunu ifade etmiştir. bkz. Ayan, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, s. 171.

²¹⁵ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi, 11.12.2023.

657'nin kenar başlığı "gayrimenkul mülkiyetinin takyitleri" ve TMK m. 731'in kenar başlığı "Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları"dır. Dolayısıyla takyit sözcüğünün karşılığı olarak kayıtlama, sınırlama, daraltım ve kısıtlama sözcükleri kullanılabilir²¹⁶. Şerh ise, tapu sicilinin aleniliğinin bir gereği olarak, kanunda belirtilip sicile işlenmiş bazı hususların alenileştirilmesine hizmet eden bir tapu sicili işlemidir. Tapuya şerh edilen hususların bilinmediği iddiası hukuken korunmaz²¹⁷. TMK'da "kişisel hakların şerhi"²¹⁸ (TMK m. 1009), "tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi" (TMK m. 1010) ve "geçici tescil şerhi" (TMK m. 1011) olmak üzere üç tip şerh düzenlenmiştir. Tapuya şerh edilecek hususlar bu sayılanlardan ibaret olmamakla birlikte TMK ve diğer kanunlarda sayılanlar haricindeki bir husus tapu kütüğüne şerh edilemez²¹⁹.

Bu şerhlerden hangilerinin "taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte" olabileceğinin konumuz açısından değerlendirilmesi gerekir. Fakat bu tespitten önce belirtelim ki, söz konusu şerhlerden bazıları üzerine konulduğu taşınmazı tasarrufa kapatacağından TTK m. 342'de bulunan ve GYO'ya ayni sermaye konulmasında dikkate alınması gereken "devrolunabilirlik" ölçütüne aykırılık teşkil eder. Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ (III-62.3)²²⁰ (Değerleme Tebliği) Ek-1 m. 3/b'ye göre, taşınmazla ilgili herhangi bir takyidat veya devredilmesine ilişkin bir sınırlama bulunup bulunmadığı yapılacak değerlendirme sonucunda düzenlenecek raporda açıklamalarıyla belirtilecektir.

Taşınmazı tasarrufa kapatan şerhler arasında iflas ve konkordato kararları (TMK m. 1010/I-2), aile yurdu kurulması (TMK m. 1010/I-3) ailenin ekonomik varlığının korunmasını sağlamak amacıyla tasarruf yetkisinin sınırlandırılması²²¹ (TMK m. 199/3) ve paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, evliliğin iptali

²¹⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 1.

²¹⁷ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 679.

²¹⁸ Bu tabirin yanıltıcı olduğu, bunun yerine "nispi nitelikte hak" tabirinin daha uygun olduğu yönünde, Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 92; Şerh edilebilen şahsi hakların bir kısmının alacak hakkı değil, birer yenilik doğuran hak olması itibarıyla "şerhedilebilir nisbi hak" ifadesini öneren Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 29. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 164.

²¹⁹ Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984, s. 273; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, c. I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 378.

²²⁰ RG, T. 31.08.2019, S. 30874.

²²¹ Hüküm uyarınca mahkeme ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin talep etmesi durumunda, tedbiren diğer eşin maliki olduğu taşınmazla ilgili tasarrufları ancak tedbir talep eden eşin rızasıyla yapabileceğine ve bunun re'sen tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verebilir. Bunun sonucu olarak tasarruf yetkisi kısıtlanmış olan eşin taşınmaz üzerindeki tasarrufları geçersiz olup yapılan tescil yolsuzdur. Burada şerh kurucu değil açıklayıcıdır. Tapu kütüğü malik olmayan eşin rızasına dayanmayan tasarruflara kapatılmış olacak ve artık üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunması mümkün olmayacaktır. Diğer bir deyişle ancak malik olmayan eşin rıza gösterdiği tasarrufların gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır. Detaylı açıklamalar için bkz. Gümüş, Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 94.

veya boşanma halinde aile konutunda kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangi eşin devam edeceği hakkında yapılan sözleşmeden doğan konutta kalma hakkı (TMK m. 254)²²² sayılabilir.

Bununla birlikte taşınmazın aile konutu olarak özgülenmesinde (TMK m. 194/3) durum biraz daha çetrefillidir. Konumuzun sınırını aşmamak ve öğretideki tartışmalara girmemek üzere belirtelim ki, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eş açıkça rıza göstermedikçe, taşınmazı devredemez veya onun aile konutu üzerindeki haklarını sınırlayamaz. Aile konutunun maliki olan eşin tasarruf yetkisi evlilik birliği kurulduğu anda kanundan dolayı kısıtlanır. Bunun bir neticesi olarak da aile konutunun maliki olan eşin aile konutu üzerindeki tasarrufları, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça geçersiz ve yapılan tescil de yolsuz olur. Malik olmayan eş taşınmazın aile konutu olarak özgülendiği konusunda şerh verilmesini tapu müdürlüğünden talep edebilir (TMK 194/3, TST m. 17/2).

Yargıtay eski tarihli kararlarında (YHGK., T. 4.10.2006. E. 2006/2-591, K. 2006/624, Yarg. HGK, T. 29.1.2014, E. 2013/2-472, K. 2014/41) işlemin karşı tarafının iyiniyetle aynı hak kazanmasının mümkün olduğu görüşünderken, yeni tarihli kararlarında (Yarg. HGK., T. 19.6.2015, E. 2015/2- 528, K. 2015/1713, Yarg. HGK, T. 22.6.2016, E. 2015/2-3615, K. 2016/848) TMK m. 194 ile bir fiil ehliyeti sınırlaması söz konusu olduğundan, işlemin karşı tarafının iyiniyetli olmasının bir etkisi olmadığını ifade ederek aynı hak kazanımının geçersiz olduğuna hükmetmiştir²²³.

Bu nedenle yukarıdaki paragraflardaki saydığımız şerhlerin taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkilemesine yönelik bir değerlendirme yapmak gereği kalmamıştır. Ayrıca TMK m. 1010/I-1'deki çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarıyla ilgili ihtiyati tedbirin, TMK m. 1010/I-2'deki haczin ve de TMK m. 1011'de katıldığımız hakim görüş uyarınca²²⁴ amacı ve sağladığı yarar göz önünde bulundurularak usul hukukuna ilişkin ihtiyati tedbir niteliğinde düzenlendiği kabul edilen geçici tescil şerhinin, TTK m. 342 uyarınca aynı sermaye konulmasına engel olduklarından değeri etkileme konusunda bir değerlendirme yapılmayacak, çalışmamızın devamında tedbir ve haczin

²²² Hükmün gerekçesinde, bu şerh ile diğer eşin bu konutu satış suretiyle devrederek diğer eşin konuttan yararlanmasını ortadan kaldırmasının engellendiği belirtilmektedir.

Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf, erişim tarihi 12.12.2023.

²²³ Kararlar ve konuyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Demirbaş, Feride, “Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), 4, 2017, s. 420-427.

²²⁴ Ayiter, Nuşin, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 77; Aybay, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 60, (“Muvakkat Tescil”); Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 253; Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 170; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, Fakülteler Barış Kitabevi, 2018 s. 180; Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “Geçici Tescil Şerhi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sa. 11, 2018, s. 375-407, s. 393; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut /Ateş, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s. 331; Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 362; Delipınar, Yusuf Can, Geçici Tescil Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 164; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, s. 400; Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 235; Gürsoy/ Eren/Cansel, s. 309.

ne anlama geldiği ve yerindeliği tartışılmaya çalışılacaktır. Takip eden başlık altında değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyebilecek takyidat şerhlerinin hangileri olabileceğini değerlendirmeye çalışacağız.

c.3. Tapuyu Tasarrufa Kapatmayan Takyidat Şerhlerinin Taşınmazın Değerini Doğrudan ve Önemli Ölçüde Etkileme Ölçütü Bakımından Değerlendirilmesi

Kişisel hakların şerhi tapuyu tasarrufa kapatmamakla birlikte, şerhe konu haklar nispi kimliklerinden sıyrılarak daha güçlü bir etkiye bürünür²²⁵. Şerhin, şerh verilen nispi hakkın niteliğini değiştirip aynı hak haline getirmeyeceği, sadece etki alanını genişleteceği kabul edilmektedir²²⁶. Bu anlamda şerh, sadece şerh verilen nispi hakkın, taşınmazın sonraki maliklerine ve o taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan diğer kişilere karşı ileri sürülmesine ve böylece nispi hak sahibinin bu kişilere karşı da korunmasını sağlar.

Tapuya şerh edilmiş kişisel haklar, TTK m. 342'deki aynı sermaye yeterliliği koşulları bakımından değerlendirildiğinde, TTK'nın uygulama alanına girmeyeceği ifade edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak TTK m. 342'nin istisnai bir düzenleme olduğu, aynı sermaye yeterliliğini engelleyen hususlar yönünden sınırlı bir sayım yaptığı ve bu nedenle uygulama alanının kıyasen genişletilmesinin yerinde olmayacağı belirtilmiştir²²⁷.

Türk hukukunda tapu kütüğüne şerh edilebilecek kişisel haklar veya bu hakların doğumunu sağlayan sözleşmeler, arsa payı karşılığı (m. 1009) ve hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmeleri²²⁸, taşınmaz satış vaadinden doğan hak (TMK m 1009/1, TK m. 26/7, Noterlik Kanunu m. 60/3), kira sözleşmesinden doğan kiracılık hakkı (TMK m. 1009/1, TBK m. 312²²⁹), sözleşmeden doğan alım hakkı (TMK m. 736, m. 1009/1, TBK m. 238), sözleşmeden doğan önalım hakkı (TMK m. 735, m. 1009/1, TBK m. 238),

²²⁵ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 684.

²²⁶ Oğuzman/Barlas, s. 165.

²²⁷ Paslı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 199; şerh edilerek etkisi kuvvetlendirilmiş nispi hakların niteliklerinin değişmediği, geçici bir süre için bunlara aynı etki sağladığından hareketle, TTK m. 342'deki sınırlamanın üzerinde nispi hak bulunan bu taşınmazlara teşmil edilmemesi gerektiği yönünde, Çonkar, s. 97.

²²⁸ Değerleme Tebliği Ek-1 "Gayrimenkulün yasal durumuna ilişkin bilgiler" başlıklı m. 3'ün e bendinde değerlendirme raporunda "Gayrimenkule ilişkin olarak yapılmış sözleşmelere (gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve hasılat paylaşımı sözleşmeler vb.) ilişkin bilgilerin yer alacağı düzenlenmiştir.

TMK m. 1009/1'de açıkça yazılmamakla birlikte, TMK m. 1009/1'de taşınmaz satış vaadinin ve TK m. 26/7 uyarınca taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin taraflar arasında bir şerh anlaşması yapılması gerekmeksizin tapu siciline şerh edilebileceği, bu durumda hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmesinde taşınmaz satış vaadi sahibi olan alıcıların haklarını şerh ettirme yetkisi bulunduğu yönünde, Çelen, Salih, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 58.

²²⁹ TBK'da ürün kirasına ilişkin kısımda ürün kirasının şerh verilebileceği yönünde bir hüküm bulunmadığını, ancak kanunun adı kira ayırımına yer vermediğini, TBK m. 358'deki atıf doğrultusunda genel hüküm olan TBK m. 312 ile ürün kirasına ilişkin kiracılık hakkının şerh verilebileceğinin anlaşıldığı yönünde, Sirmen, s. 225, dñn 476.

sözleşmeden doğan gerilim hakkı (TMK m. 736, m. 1009/1, TBK m. 238), rehinli alacaklının boşalan dereceye ilerleme hakkı (TMK m. 871/3), paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin olarak paydaşların yaptıkları anlaşma (TMK m. 695/2), paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler (TMK m. 698/2), taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi hakkındaki sözleşmeler (TMK m. 731/2), yasal önalım hakkından feragat sözleşmesi (TMK m. 733/2), taşınmaz malikine kalan yapılan için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk haline getirilmesine ilişkin anlaşmalar (TMK m. 830), paylaşımlı mal ayrılığı sisteminde evliliğin iptali veya boşanma halinde aile konutunda kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangi eşin devam edeceği hakkında yapılan sözleşmeden doğan konutta kalma hakkı (TMK m. 254) bağışlamadan rücu hakkı (TMK m. 292/2) olarak sayılabilir.

Bir takyidat şerhinin taşınmazın değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkilemesine ilişkin değerlendirme yapmak kolay değildir. Burada “önemli ölçüde etkileyecek” ifadesinin muğlaklığı karşısında, tespiti yine de kolay olmayacaksa da “taşınmazın değerinin %5’ini geçme” şeklinde bir belirleme yapılması düşünülebilir. Her bir şerhe konu hak ve hatta hakka konu sözleşme şartlarının değerlemeyi yapacak bilirkişi tarafından dikkate alınarak bu ölçütle ilgili bir değerlendirme yapılması elzemdir. Sözleşme şartlarına ilişkin tüm ihtimallerin burada değerlendirilmeye çalışılması konumuzun sınırını oldukça aşacağından şerhle ilgili bazı özellikli durumlar bakımından taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyebileceğini düşündüğümüz noktaları ana hatlarıyla belirtmekle yetineceğiz.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından bir değerlendirme yapacak olursak yapının özellikleri, paylaşım oranı, sözleşmenin süresi gibi etkenler değere etki bakımından değişkenlik gösterebilir. Şerhin en fazla beş yıllık bir süre için verilebileceği²³⁰ ve beş yıl içinde sözleşmeden doğan satışın yapılmaması halinde bu şerhin re’sen terkin edileceği²³¹ dikkate alındığında, sürenin dolması veya sürenin dolmasına kalan zaman ayrıca dikkate alınması gereken etkenlerdir. Şerh verilmesinin etkisi, üzerine şerhin konulduğu taşınmazı devralan yeni malikin şerhe konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olmasıdır²³².

²³⁰ Beş yıllık sürenin şerhin tapuya verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı yönünde, Avcı, Ali, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Sonuçları”, SÜHF, c. 3, sa 1, 2015, s. 41-66, s. 58.

²³¹ Her durumda beş yılın bitmesinin şerhin terkinini gerektirmediği, inşaat somut durumunda göre değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz, Özmen, Etem Saba/Akçura Karaman, Tuba, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İstanbul Barosu Dergisi, c. 87, sa. 1, 2013, s. 47-74, s. 72.

²³² Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 10. Arsa malikinin sözleşme uyarınca arsa payını yükleniciye devretmesi sonrasında, yüklenicinin payını üçüncü kişiye devretmesiyle devralanın sözleşmenin borçlusu durumuna gelmeyeceği yönünde, Öz, Turgut, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması (İnal, Emrehan/Baysal, Başak, Ed.), İstanbul 2017, s. 447-470, s. 447.

Satış vaadi sözleşmesi bakımından uygulama²³³ ve çoğunluk görüşü²³⁴ gereği, satış vaadi alacaklısının devir yapılmaması üzerine açacağı dava ile doğrudan mülkiyetin vaad edilene ait olacağına karar verilebilir. Şerhin verilmesinden itibaren beş yıl içinde satım sözleşmesi yapılmadığı takdirde, satın alma hakkının şerhi re'sen terkin olunur (TK m. 26/9)²³⁵. Satış vaadi sözleşmesine konu olan taşınmaz GYO'ya devredilse bile, satış vaadi alacaklısına ya rızaen ya da mahkeme kararı ile taşınmazın devredilmesi kuvvetle muhtemeldir. Burada yine şerhin etki göstereceği sürenin dolması önemli olduğu gibi, satış vaadi imzalandığı zaman satış bedelinin ödenip ödenmediği dikkate alınmalıdır. Netice olarak satış vaadi sözleşmesi nedeniyle taşınmazın alacaklıya tapuda devri ile taşınmazın satış miktarı henüz ödememişse devirden sonra GYO'ya ödenir. Ancak dört yıl önce şerhedilen ve bedeli ödenen bir satış vaadi sözleşmesine konu taşınmaz GYO'ya devredilmek istendiğinde geçen zaman içinde baştan ödenen satış bedeli artık taşınmazın güncel değerini karşılamayabilir. Kaldı ki bu durumda herhalde taşınmazı devreden artık satış bedelini GYO'ya getirmesi gündeme gelir ki, bu da aynı sermaye değil nakdi sermaye olacaktır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile ilgili şerhin bu yönleriyle taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkilemesi söz konusu olabilir.

Alım, geri alım ve önalım hakları ve buna ilişkin sözleşmeler en fazla on yıllık bir süre boyunca etkili olacak şekilde tapu siciline şerh verilebilir (TMK m. 735, m. 736, TBK m. 238). Bu haklar bakımından değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek etken sürenin dolup dolmadığı ile özellikle satış bedeli olmak üzere sözleşme koşullarıdır. Her üçü bakımından verilen şerh, etkisini sonraki maliklere karşı kullanılmada gösterir.

Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı irade açıklamasıyla taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Alım hakkı sahibi, hakka konu taşınmaz üzerinde malikin bir inşaat başlatması üzerine inşaatın durdurulması için ihtiyatı tedbir kararı alabilir. TBK m. 171/1'in kıyasen uygulanmasıyla, alım hakkı tanıyan kişi, bu hak kullanıldığında ortaya çıkacak borcunu gereği gibi ifa etmesini önleyen her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Üzerinde yapı bulunmayan arsa üzerinde alım hakkı sahibi olan kişinin, hakkını kullandığında arsanın kendisine aynı şekilde teslim edilmesini istemekte çıkarı olduğu kabul edilir²³⁶.

²³³ YİBK 25.10. 1971, 1/2, karar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 397

²³⁴ Kocayusufoğlu, Yusuf, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 170; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 695; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023, s. 238.

²³⁵ Beş yıllık sürenin sözleşmenin şerh verdirilmesine değil, şerhin etkisini sürdürebilmesini ilişkin olduğu yönünde, Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, c. 1, 11. Baskı, Beta, İstanbul 2022, s. 284.

²³⁶ Yavuz/Acar/Özen, c.1, s. 286.

Geri alım hakkı, taşınmazını başkasına devretmiş kişiye, tek taraflı irade açıklamasıyla o taşınmazı geri alabilme yetkisi sağlayan yenilik doğuran bir haktır²³⁷. Geri alma bedeli kararlaştırılabilir. Bedel kararlaştırılmamışsa, satıldığı zamanki bedelle geri alınır²³⁸.

Önalım Hakkı, taşınmaz malikinin taşınmazını bir üçüncü kişiye satması durumunda önalım hakkı sahibine tek taraflı irade beyanıyla taşınmazı satın alma yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. Burada satış bedeli önalım hakkının nitelikli veya basit önalım olmasına göre değişir. Tarafların satış bedelini belirlediği önalım hakkı nitelikli önalım, önalım hakkının kullanılmasına esas oluşturan satış sözleşmesindeki bedelin satış bedelini belirlediği önalım hakkı basit önalım hakkı olarak adlandırılır²³⁹. Konumuz ile doğrudan bağlantısı bakımından belirtmek gerekir ki, önalım hakkına konu taşınmazın GYO'ya sermaye olarak konulması durumunda, şerh verilip verilmediğinin bir etkisi olmaksızın önalım hakkı kullanılamaz²⁴⁰. Bununla birlikte TBK m. 240'a göre sadece satış değil ekonomik bakımdan satışa eş değer olan işlemler de önalım hakkının kullanılması için yeterli görülmüştür. Bu bağlamda önalım konusu taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulması, bir A.Ş.'ye ait olan taşınmazın önalım hakkının kullanılmasını önlemek için taşınmazı satmak yerine ortaklığın tüm paylarını devretmesi veya kimi özellikli durumlarda trampa sözleşmesinin bulunması hallerinde de önalım hakkının kullanılabileceği savunulmuştur²⁴¹.

Ayrıca bir kişinin aynı sermaye koyması sonucunda aynı sermaye konulan ortaklığın paylarını edinmesi bir ivaz kabul edilerek aynı sermaye koymanın da ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işlem biçiminde değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak ortaklık sözleşmelerinde edimlerin değiş tokuşu değil, ortak bir amaç için kullanmak üzere birleştirilmesi söz konusu olur. Nitekim Yargıtay²⁴² ve öğreti²⁴³ ortaklık sözleşmesini tam veya eksik iki taraflı bir sözleşme olarak değerlendirmemektedir. Ortaklık sözleşmelerinde taraflar diğer taraf olan ortak veya ortaklardan karşı edimi elde etmek için edim yükümlülüğü altına girmemekte, başka bir anlatımla karşı edim o ortağın

²³⁷ Nomer, Haluk Nami, Vefa Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 1992, s. 3.

²³⁸ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, c. I/1, 4. Bası, Ankara 1988, s. 275

²³⁹ Yavuz/Acar/Özen, c. 1, s. 291.

²⁴⁰ Yavuz/Acar/Özen, c. 1, s. 295; TBK m. 240'ın gerekçesinde bir taşınmazın anonim veya limited ortaklığa sermaye olarak konulmasında önalım hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Antalya, Gökhan, Gerekçeli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s. 295.

²⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 540; Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 507; Yavuz/Acar/Özen, s. 292; Trampa sözleşmesinin önalım hakkını kullanma yetkisi vermeyeceği yönünde, Serozan, Rona, "TBK m. 282-284 Şerhi", İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu", Cilt 4,5 (Madde 207-392) (Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, Hüseyin Murat, Ed.), Yetkin Yayınları, İstanbul 2019, s. 2723.

²⁴² YHGK, 11.12.1963 T., 26/96; Y. Tic. D., 07.12.1967, 3944/4529, Y. 13 HD, 22.01.1975, 3820/372, kararlar için bkz. Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 66.

²⁴³ Doğanay, Ümit Yaşar, Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968, s. 22; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 3. Bası, Ankara 1971, s. 445; Şener, Oruç Hami, Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 14; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 577; Barlas, s. 66.

kendi edimine nazaran bir karşılık teşkil etmemektedir. Nitekim, ortaklıktan elde edilecek kazanç payı da bu anlamda bir ivaz değildir²⁴⁴.

Ayrıca değerlendirme yapan bilirkişiler genelde hukuk eğitimi almamış olduklarından sözleşme şartlarına baksalar dahi, sözleşme hükümlerinin hukuki etki ve sonuçlarını değerlendiremeyecektir. Dolayısıyla taşınmazın üzerindeki takyidat şerhlerini dikkate alarak değer tespitinin de layığıyla yapılması ve takyidat şerhlerinin taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkilemelerine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmaları kanaatimizce mümkün olmaz. Bu nedenle takyidat şerhine ilişkin ölçütün hükümden çıkarılması ve TTK ile uyumlu hale getirilmesi düşünülebilir.

Tebliğ'deki aynı sermaye yeterliliklerine ilişkin ölçütlerden sonra TTK m. 342'de yer alan aynı sermaye yeterliliğine ilişkin koşulları ele almaya çalışacağız.

cc. Nakden Değerlendirilebilir Olma

TTK m. 342'de aynı sermaye konulabilecek değerın nakden değerlendirilebilir²⁴⁵ olması aranmaktadır. eTTK'da aynı sermayenin açıkça maddi edim niteliği vurgulanmamış ise de öğretide A.Ş.'ye sermaye olarak getirilecek değerin bir maddi edim niteliği taşıması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁶.

Nakden değerlendirilebilir olma ile taahhüt edilen aynı sermayenin parasal bir değerin olması kastedilmektedir²⁴⁷. Aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun nakden değerlendirilebilmesi temel bir şart olmakla birlikte, değerin tespitinin zor olmasının veya değerin değişken olmasının sermaye olarak konulmasına engel olmadığını ifade eden görüşler olduğu gibi²⁴⁸ parasal değerin tespitinin güç olduğu malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak kabul edilemeyeceğini savunan görüş de ileri sürülmüştür²⁴⁹. Biz de zor da olsa yaklaşık biçimde değeri tespit edilebilen malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

²⁴⁴ Barlas, s. 64.

²⁴⁵ Nakden değerlendirilebilme ifadesindeki “değerlendirilebilme” sözcüğünün bir şeyi yerinde ve yararlı bir yerde kullanmak anlamına da geldiği, bunun yerine ekonomik bir değer ifade etme ve parasal bir değeri bulunma anlamındaki “değerlenebilme” sözcüğünün kullanılmasını öneren, Çonkar, s. 55.

²⁴⁶ Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler I: Umumi Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 34; Arıcı, Alacak Hakkı s.14.

²⁴⁷ Akdağ Güney, s. 96.

²⁴⁸ Yusufoglu, s. 39; Çonkar, s. 72-73.

²⁴⁹ Akdağ Güney, s. 96.

Aynı sermayenin ortaklığın amacıyla uyumlu olması gerektiği ifade edilmekle birlikte²⁵⁰ GYO'lar bakımından bunun peşinen böyle olacağını söylemek doğru değildir. Nitekim Tebliğ m. 9 ile aynı sermaye olarak konulabilecek unsurlar belirlendiği gibi, "Ortaklığın amacı ve faaliyet konusu" başlıklı Tebliğ m. 5'te GYO'ların ya Tebliğ m. 4'teki unsurları portföye dahil ederek veya münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan bir portföyü işletmek üzere kurulabileceği belirtilmiştir. SerPK m. 49/5' e göre aynı sermaye olarak portföye alınması uygun görülen varlıkların konulabileceği de dikkate alındığında GYO'lar bakımından aynı sermaye konusunun amaca uygunluğu aranmalıdır. TTK m. 343 doğrultusunda bilirkişi raporu ile tespit edilecek aynı sermayenin değeri TL cinsinden ifade edilir.

Değerleme sonucunda mutlak bir meblağa ulaşılması zordur. Nakden değerlendirilebilir olma kriteri bu anlamda asgari bir belirlilik aramaktadır. Esas olan hem GYO'nun faaliyette bulunabilmesini sağlayan hem de GYO'nun alacaklılarının tatminine imkan veren bir sermayenin tedarikidir.

dd. Devrolunabilirlik

TTK m. 342'de aynı sermaye konusu malın devrolunabilen bir değer olması şart koşulmuştur²⁵¹. Devrolunabilirlik mülkiyetin devri yanında TTK m. 127/1-d uyarınca taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları gibi mülkiyetten başka bir iktisadi menfaatin de ortaklığa devri anlamına gelmektedir. Devrolunabilirlik ile kastedilen öncelikle ortaklığa devredilebilir olmaktır. Aynı sermaye olarak şirkete getirilebilecek bir malvarlığı unsuru şirketin yararlanmasına sunulabilmelidir²⁵².

Bununla birlikte GYO'ların portföyünde bulunan veya aynı sermaye olarak GYO'ya konulacak aynı sermayenin değerlemesinin ne şekilde yapılacağını düzenlendiği Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Esaslar Tebliği²⁵³ Ek-1 uyarınca "Analiz sonuçlarının değerlendirilmesi ve sonuç" başlıklı m. 6'da değerlendirme raporunun, "değerlemeye konu gayrimenkulün devredilebilmesi konusunda bir sınırlandırmaya tabi olup olmadığı hakkında bilgi"nin ve "değerlemeye konu üst hakkı veya devre mülk hakkı ise bu hakların devredilebilmesine ilişkin olarak sözleşmelerinden ve kanunlardan kaynaklananlar hariç başkaca bir sınırlama bulunup bulunmadığına dair bilgi"nin yer alması gerekir.

²⁵⁰ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 350; İşletme konusu inşaat yapmak olan bir A.Ş.'ye getirilecek aynı sermayenin inşaat yapmak için kullanılacak bir araç olmasının zorunlu olmadığını ifade eden, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 98-99.

²⁵¹ eTTK'da bu yönde bir hüküm bulunmamakla birlikte, öğretide bir malvarlığı unsurunun aynı sermaye olarak getirilmesi için devrolunabilir olması gerektiği ifade edilmiştir. Arslanlı, s. 34; Aksi yöndeki bir kabulün, taahhüde konu sermayenin şirketin tasarrufu altına girmesini güvence altına alan özel düzenlemelere (eTTK m. 140, 142) aykırılık teşkil edeceği yönünde, Arıcı, Alacak Hakkı, s. 22-23.

²⁵² Çonkar, s. 75.

²⁵³ RG, T. 31.08.2019, S. 30874.

Devrolunabilme özelliği bulunan aynı sermaye hem alacaklılar için bir güvence teşkil edecek hem de ortaklığın faaliyetlerini yürütmesi bakımından önemli bir işlevi haiz olacaktır²⁵⁴. Bu nedenle ilk aşamada sermaye olarak konulacak değer, taahhüt edenin malvarlığından çıkarak ortaklığın malvarlığına dahil olabilmesi gerekir. Aksi takdirde, şirketin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir değer, şirkete sermaye olarak getirilmesini konu edinen bir taahhüdün hukuki ve ekonomik bir yararı yoktur.

Devrolunabilirlik ile ilgili akla gelebilecek diğer bir husus, aynı sermaye değerinin ortaklığa intikal ettikten sonra ortaklık tarafından devredilebilir olmasının aranıp aranmayacağıdır. Bu konu tartışmalı olup, ortaklığa devredilen malvarlığı üzerinde doğrudan ve sınırsız bir biçimde kullanım ve değerlendirme hakkının tanınması gerektiğinden aynı sermayenin ortaklığa devredilebilir olmasının yanında ayrıca üçüncü kişilere yeniden devredilebilir, hatta üçüncü kişiler tarafından haczedilebilir ve paraya dönüştürülebilir olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Buna karşılık aksi görüş²⁵⁶ aynı sermayenin ortaklığa devrinden sonra ayrıca devredilebilir ve haczedilebilir olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe dayanak olarak, ortaklardan birisinin sahibi bulunduğu arazi üzerinde otel işletmesi kurmak isteyen bir A.Ş. lehine intifa hakkı tesis etmek istediği senaryoda intifa hakkı devredilemeyeceğinden ortaklığın kurulamayacağı, dolayısıyla ortaklık tarafından devredilebilir ve alacaklılar tarafından haczedilebilir nitelikleri bulunmayan malvarlığı değerlerinin kuruluş bakımından vazgeçilmez olabileceğine işaret etmektedir.

İntifa hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, bir başkasına devri hukuken mümkün olmayıp, devredilmiş olsa bile yapılan işlem hukuki imkansızlık sebebiyle kesin olarak geçersizdir (TBK m. 27/1)²⁵⁷. Bununla birlikte, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir (TMK m. 806/I)²⁵⁸. Alacaklılara teminat sağlama işlevi bakımından intifa hakkının haczedilmesi imkanı bulunmakla birlikte burada haczedilecek olan üzerinde intifa hakkı tesis edilen taşınmaz değildir. İntifa hakkının haczi ile kastedilenin intifa hakkının semerelerinin haczi olduğu ifade edilmektedir²⁵⁹.

²⁵⁴ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 351.

²⁵⁵ Akdağ Güney, s. 97; Sevi, s. 156; Yusufoglu, s. 40; eTTK döneminde bu yöndeki görüşler için, bkz. Göle, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976, s. 16; Domaniç, s. 202;

²⁵⁶ Çonkar, s. 81.

²⁵⁷ Ünal, Mehmet, Sınırlı Aynı Haklar, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 331-332.

²⁵⁸ İntifa hakkı aynı bir hak iken, intifa hakkının kullanımının devri ise nispi bir haktır.

²⁵⁹ Detaylı açıklamalar için bkz, Ertaş, Şeref/Uyar, Talih, “İntifa Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesinin (İİK) Uygulamada Yarattığı Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 2021, c. 16, sa. 182, s. 2026-2033.

Aynı sermayenin şirkete devrinden sonra devredilebilir olması gerektiği görüşü, devrolunabilme özelliğinin alacaklılar için güvence ve ortaklık için faaliyetlerinde kullanabilme işlevi yönünde önem taşıdığından, aynı sermayenin hem devredilebilir hem de haczedilip paraya çevrilebilir olmasına dikkat çekmektedir. Her şeyden önce aynı sermayenin haczedilebilir olması itibarıyla alacaklılar bakımından teminat teşkil etmesinin zorunlu olması gerektiğinde bizce de bir tereddüt yoktur. Kanaatimizce ortaklık tarafından da devrolunabilir olması gerektiği koşuluyla ilgili en azından GYO'lar bakımından bu denli belirgin sınırların çizilmesi kolay değildir. Bir örnekle somutlaştırmaya çalışacak olursak, daha önce belirttiğimiz gibi, üzerinde TMK m. 1009/1 uyarınca önalım hakkına ilişkin şerh bulunan ve çok yüksek getirisi olan taşınmaz GYO'ya aynı sermaye olarak devrolunabilir²⁶⁰. Bu durumda GYO aynı sermayeden yüksek kira geliri elde ederek amaca uygun şekilde faaliyetlerini yürütmektedir. Diğer yandan üzerinde önalım hakkına ilişkin şerh bulunan bu taşınmaz alacaklılar bakımından da teminat teşkil eder. Çünkü alacaklılar bu taşınmaz üzerinde icra hukuku çerçevesinde prosedürü işlettikten sonra taşınmaz üzerinde haciz konulmasını sağlayabileceği gibi, TMK m. 733/1'e göre taşınmazın cebri artırmayla satılması halinde de önalım hakkı kullanılamayacaktır. Üzerinde tasarruf etmek bakımından ise GYO taşınmazı devretmek istediğinde önalım sözleşmesindeki koşullar uyarınca önalım hakkı sahibine belki de zararına olacak şekilde taşınmazı devredecektir. Ancak önalım hakkına ilişkin şerhlerin en fazla on yıl için geçerli olduğunu dikkate alarak, şerhin süresine kısa bir süre kaldığı durumda, şerhin terkinini bekleyerek bu dönemi kira geliri elde etmeye devam ederek geçirebilir. Bununla birlikte üzerinde önalım hakkı bulunan arsa niteliğindeki bir taşınmaz aynı sermaye olarak GYO'ya devrolunabilirse de daha önce belirttiğimiz gibi GYO ekonomik olarak satışa eş değer kabul edilen üst hakkını taşınmaz üzerinde tesis edemez. Taşınmazların zaman içinde değer kazanmaları itibarıyla GYO zarar etmeyecekse de ve yine burada şerhin süresinin dolmasını bekleyebilecekse de bu sefer Tebliğ m. 24/1-c'de belirtilen "Portföyde bulunan ve alımından"²⁶¹ itibaren beş yıl süre geçmesine rağmen üzerinde proje geliştirilmesine yönelik herhangi bir tasarrufta bulunulmayan arsa ve arazilerin oranı aktif toplamının %20'sini aşamaz." biçimindeki sınırlamanın göz önüne alınması gerekir.

Özetle devrolunabilirlik elbette ki öncelikle ortaklığa devredilebilir olma anlamına gelir. Bu koşul sağlanamazsa taahhüde konu ayın zaten aynı sermaye olamaz. Çünkü sermayenin tedariki ilkesinin amacı, rakamsal bir değer olarak esas sözleşmede belirtilen sermaye miktarını karşılayan bir malvarlığının temini ve şirketin kullanımına sunulmasıdır. Ayrıca alacaklılar bakımından bir teminat işlevi sağlaması bizce de şarttır. Diğer yandan sadece üzerinde önalım hakkına ilişkin şerh bulunmasında dahi çeşitli ihtimallerin gündeme gelebileceği dikkate alınarak, üzerinde tasarruf etme hususunda biraz

²⁶⁰ Alım, önalım ve geri alım gibi kişisel hak boyutundaki devir sınırlamalarının taşınmazın bağımsızlığını zedelediği ve taşınmazı bağımlı hale getirmedeği yönünde, Acar, s. 14-15.

²⁶¹ "Alımından" ifadesi kanaatimizce GYO'ların ve Tebliğ'in genel amaç ve ruhu çerçevesinde sadece satın alma işlemi olarak değil aynı sermaye olarak devralınmasını da içerir.

daha esnek bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Tespit etmeye çalıştığımız üzere GYO üzerinde serbestçe tasarruf etmese de gelir elde edebilir. Her bir şirket dair kısıtlama özelliklerinin tüm ihtimalleriyle gözden geçirilmesi ve bunun sonucunda üzerinde serbestçe tasarruf etme bakımında kesin bir sonuca varmak çok zordur. Değerleme yapan bilirkişiler mümkün olduğunca ilgili kısıtlamaya dair ihtimalleri değerlendirerek bir değerlendirme yapmalıdır. Ancak yatırım yapma konusunda çok kapsamlı bir değerlendirme yaparak rapor düzenlemeleri de kendilerinden beklenmemelidir. Nitekim GYO'nun özelliği bu işin Tebliğ'de belirlenen koşulları haiz yöneticileri marifetiyle yapılmasıdır.

ee. Üzerinde Sınırlı Ayni Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması

TTK m. 342/1'e göre ayni sermaye konusu değer üzerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması gerekir. Düzenlemenin amacının sermayenin ve alacaklıların korunması olduğu ifade edilmiştir²⁶². TTK bu ölçüt ile gerek TTK'dan ve gerekse 2012/30 EU Konsey yönergesinden farklı biçimde ayni sermaye getirilmesi imkanını bir hayli kısıtlamıştır. Hüküm sırf üzerinde sayılan yükler bulunması nedeniyle bir değer kullanılabılır olmasına rağmen ayni sermaye olarak kabul edilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir²⁶³. Halbuki konumuz çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, taşınmaz üzerindeki devre engel olmayan bu yüklerin değere etkisi düşülerek taşınmazın net değerine ulaşılabilir ve net değer üzerinden sermaye olarak kabul edilebilir²⁶⁴. Hükümde sayılan her bir külfetin ayni sermayenin değerine etkisi aynı olmayacak ve somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmektedir²⁶⁵.

TTK m. 342'nin gerekçesinde bu husus, "üzerinde sınırlı ayni 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." biçiminde ifade edilmiş²⁶⁶, ancak öğretide değerlendirme prosedürü çerçevesinde tereddütlerin giderilmesi mümkünken, kolaycı davranılarak peşin bir yasaklama yoluna gidildiği belirtilmiştir.

²⁶² Manavgat (Kıra/Şehirali Çelik), s. 352.

²⁶³ Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 248; Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 148. Kanundaki istisnalar haricinde TMK m. 939/1'e göre taşınır rehni zilyetliğin alacaklıya devriyle kurulacağından taşınır bakımından hükümdeki sınırlama makul kabul edilebilirse de yapılması gerekenin hangi sınırlı ayni hakların eşyanın ayni sermaye olarak getirilmesine engel teşkil edeceğini belirlemesi, diğer durumlarda hak sahibinin tasarruf yetkisinin ne ölçüde sınırlandığını değerlendiren yapan mahkemeye bırakması olduğu yönünde, Yusufoglu, s. 48; Aynı yönde, Akdağ Güney, Kuruluş s. 100; Paslı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 198 vd; Sevi, s. 158.

²⁶⁴ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 230; Paslı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 199.

²⁶⁵ Hatta yüklerin niteliğine göre ayni sermaye konusu unsurun değerinin sıfır çıkabileceği yönünde, Çonkar, s. 87.

²⁶⁶ İsviçre hukukunda bazı yazarların TTK m. 342'ye paralel olarak, ayni sermaye konusu malların her türlü takyidattan ari olmaları gerektiği, şirketin ayni sermaye yeterliliği şartı olarak devrolunabilirlikten bahsederken ortaklığın tescili ile kuruluşun sonra ayni sermaye konusu şey üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin beklendiği, taşınmazlar bakımından tapu sicilinde ortaklık adına tescilin kayıtsız şartsız yapılabilmesi önemli olduğundan mülkiyetin geçirilmesi konusundaki

Hükümdeki diğer ölçüt olan üzerinde haciz bulunmama şartı daha önce belirttiğimiz üzere Tebliğ m. 9'daki takyidat şerhlerinden birisidir. Üzerinde haciz şerhi bulunan bir taşınmazın alacaklının ve icra müdürünün izni olmaksızın üçüncü bir kişiye devredilebileceğini belirtelim²⁶⁷. Haciz, bir icra takibinin kesinleşmesi sonrasında, icra takibine konu edilen para alacağının ödenmesini temin etmek üzere, takibe konu alacağı karşılayacak değer ve miktardaki borçluya ait malvarlığı unsurlarına ve haklara icra müdürlüğü tarafından el konulması biçiminde tanımlanır²⁶⁸. Tebliğ m. 9'da yer alan TMK m. 1010/2'deki takyidat şerhlerinden birisi hacizdir. Tebliğ uyarınca değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte olmadıktan sonra taşınmaz üzerinde haciz bulunması kabul edilebilse de daha önce değindiğimiz üzere TTK m. 342 ve TTK m. 342'e yapılan atıf nedeniyle artık böyle bir değerlendirme yapmak imkanına gerek olmayacak, taşınmazın üzerinde haciz bulunduğu²⁶⁹ takdirde aynı sermaye olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

TTK m. 342 uyarınca aynı sermaye konusu malvarlığı üzerinde tedbir bulunmamalıdır. Maddede "tedbir" kavramının kullanılması birtakım eleştirilere sebep olmuştur. Öğretide tedbir kavramının öncelikle HMK m. 389 ila m. 399 arasında düzenlenmiş ihtiyati tedbiri akla getirdiği belirtilmiş, ihtiyati tedbirin geçici hukuki korumaların bir türü olduğundan bahisle, delil tespitin de bu kapsamda olabileceği ifade edilmiştir. Hatta HMK m. 406'daki diğer geçici hukuki korumalar arasında defter tutma veya mühürleme kararlarının geçici hukuki korumalara dahil olduğu vurgulanmış, öğretide ve uygulamada ihtiyati tedbir kavramının zaman zaman ihtiyati haciz ve geçici korumalar kavramlarının yerine ve bazen de bunları kapsayacak biçimde bir üst kavram olarak kullanıldığına dikkat çekilmiştir²⁷⁰. Tebliğ m. 9'da sayılan takyidat şerhleri kapsamına TMK m. 1010/1'de çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları girmektedir. TTK m. 342'de tedbirin sayılması hacizde olduğu gibi değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkilenmesi bakımından bir değerlendirme yapmayı gereksiz kılacaktır. Diğer yandan TTK m. 342 uyarınca devrolunabilen unsurların aynı sermaye olarak kabul edileceği de

sınırlı aynı haklar gibi serbestçe tasarruf imkanına ters düşecek her türlü engelin bu anlamda ters düşeceği yönünde ortaya koyulan görüşlerden kanun koyucunun etkilenmiş olabileceği yönünde, Çonkar, s. 87-88, dpn 123.

²⁶⁷ "...Hacizli gayrimenkullerin hacizle yükümlü olarak satılması durumunda 3. Kişinin hacizli şekilde satın alınmasından kaynaklı alacaklının herhangi bir hak kaybı olmayacağı, alacak anlamında gayrimenkuller üzerinde haczin devam edeceği..." Y. 17 HD, 2016/14649 E., 2019/4306 K. için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

²⁶⁸ Kuru, Baki/Arslan, Yılmaz/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2007, s. 231.

²⁶⁹ TTK m. 342'deki haciz kavramının geçici haczi ve ihtiyati haczi de kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışılmış, geçici haciz kararı verilmesi için İİK m. 69 uyarınca hakimin borcun varlığı ve aidiyeti anlamında kuvvetli bir kanaate ulaştığı ifade edilmiştir. Ayrıca ihtiyati haciz henüz alacağın çekişmeli hale gelmediği, davaya ve takibe konu edilmediği bir dönemde tesis edilebilir. Buna rağmen tedbir kapsamında olduğundan ihtiyati haczin ve geçici haczin TTK m. 342 anlamında aynı sermaye yeterliliğini olumsuz etkilediği yönündeki görüş ve detaylı açıklamalar Çonkar, s. 103-109.

²⁷⁰ Hatta yazar, maddedeki tedbir ifadesinin belirsizliği nedeniyle, delil tespiti, ceza hukukundaki el koyma, yürütmenin durdurulması, gayrimenkul hakkında ferağdan men kararı verilmesi gibi birtakım uygulamaların geçici koruma ve ihtiyati tedbir kavramlarının çerçevesine girebileceğine ve dolayısıyla aynı sermaye yeterliliği yönünden duraksamaya sebep olabileceğine değinmiştir. Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz, Çonkar, s. 103-109.

belirtilmiştir. Bu nedenle tedbir ifadesi hem devrolunabilir olma hem de üzerinde tedbir bulunmama biçimindeki iki ölçütü de karşılayan bir ifadedir.



İKİNCİ BÖLÜM

GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA TAŞINMAZIN SERMAYE OLARAK TAAHHÜDÜ VE SERMAYE KOYMA BORCUNUN İFASI

I. GAYRİMENKUL YATIRIM ORTAKLIĞINA AYNİ SERMAYE OLARAK KONULABİLECEK MALVARLIĞI UNSURLARI

A. Genel Olarak

Tebliğ m. 9 uyarınca GYO'ya önceki bölümde tespit etmeye çalıştığımız koşulları karşılayan gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı ayni haklar ayni sermaye olarak konulabilir. Madde uyarınca bir şeyin sadece taşınmaz olması onun ayni sermaye olarak GYO'ya getirilebileceği sonucunu doğurmaz. Bu nedenle öncelikle bu iki kavramın ne anlama geldikleri ve bu kavramların özelliklerine göre ayrımlarının neler olduğunu tespit ederek ayni sermaye yeterlilikleri bulunup bulunmadığı irdelenmelidir.

Ayni sermaye başlıklı Tebliğ m. 9'da gayrimenkul terimi kullanılmış iken TTK'da taşınmaz teriminin kullanıldığı görülmektedir²⁷¹. Taşınmaz tüm detayları ile TMK'nın Dördüncü Kitabı'nda düzenlenmiş ve terim olarak taşınmaz ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda mümkün mertebe taşınmaz kavramını kullanmayı tercih ettik.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla gayrimenkule dayalı ayni hak kavramı bir tek Tebliğ'de geçmektedir. Bu kavramın ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu bölümde sırasıyla önce taşınmaz kavramı ve sonra gayrimenkule dayalı ayni hak kavramı ele alınacaktır. GYO'nun en önemli portföy kalemi olan taşınmaz kavramı, portföy içeriğinin belirlenmesi ve değerlemesinin yapılması yönünden de ayrı bir önem içerir.

B. Taşınmaz Mülkiyeti

1. Genel Olarak

TMK eşyayı taşınır ve taşınmaz ayırımına tabi tutarak taşınmaz mülkiyetini TMK m. 704 ila m. 761 arasında düzenlemektedir. Kişinin üzerinde hakimiyet kurduğu eşya taşınmaz ise, bunun hukuki sonuçları taşınır eşyaya göre farklı olacaktır. TMK'da tanımlanmamış eşya kavramının ne anlama

²⁷¹ Tebliğ'de taşınmaz terimi sadece m. 22'de bir kere geçmektedir.

geldiği öğretiyi ve uygulamaya bırakılmıştır²⁷². Maddi malların hukukta eşya olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir²⁷³.

TMK m. 704'te taşınmaz mülkiyetine konu eşyalar sayılmış, TMK m. 762'de ise taşınır mülkiyetinin konusu eşyalar, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler biçiminde tanımlanmıştır.

Taşınmaz eşya ise, özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınması imkanı bulunmayan ve hukuk kurallarının taşınmaz olarak belirlediği eşya biçiminde tanımlanmaktadır²⁷⁴. Bununla birlikte taşınmaz kavramının tipik konusu olan araziye sahip olanın o şeyin bütünleyici parçası niteliğindeki taşınırın ve asıl şeyden ayrılana kadar onun bütünleyici parçası olan doğal ürünlerin de maliki olması gibi bazı durumlarda taşınır taşınmazla ilişkilerine istinaden taşınmaz hükümlerine tabidir (TMK m. 684 ve m. 685/3)²⁷⁵. Bunun sebebi, katılma ilkesi veya bağlanma ilkesine göre bir asıl şeye katılmak suretiyle veya bağlı kılınmakla onun bir parçası olan eşyanın asıl şeyin hukuki rejimine tabi olmasıdır²⁷⁶. “Taşınmaz mülkiyetinin konusu” kenar başlıklı TMK m. 704'te taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak; tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar da sayılmıştır. Bununla birlikte kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler tapu kütüğüne kaydedildiği takdirde taşınmaz kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir yerden bir yere taşınabilme ölçütünün yanında kanun koyucunun eşyanın işlevine uygun olarak ona yüklediği nitelik de önem arz eder. Örneğin, TTK m. 936'da tüm gemilerin taşınır olduğu belirtilmekte, ancak TTK m. 954'te sicil tutulmasında TMK m. 1007'ye yapılan atıfla tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu kapsamında gemiye taşınmaza benzer bir nitelik verildiği tespit edilmektedir. Benzer yaklaşım hava araçları ile motorlu kara taşıt araçlarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda da gözlemlenmektedir. Ancak yine TTK m. 936 uyarınca TTK ve diğer kanunların uygulanması bakımından bütün gemilerin sicile kayıtlı olup olmaması önem arz etmeksizin taşınır eşya olduğu düzenlendiğinden gemiler taşınmaz eşya kabul edilmeyecektir.

²⁷² Nomer /Ergüne, s. 6.

²⁷³ Özlük, Betül, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, SÜHFD, 27/1 2019, s. 139-166, s. 143

²⁷⁴ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 84; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10; Sirmen, s. 13; Taşınır ve taşınmaz eşya ayrımının sadece eşya hukukunda değil, diğer özel hukuk alanlarında etkili olduğu, buna örnek olarak TBK'nın satış sözleşmesi hükümlerinin bu ayrıma uygun şekilde, taşınmaz satışı (TBK m. 213 vd.) ve taşınır satışı (TBK m. 184) biçiminde düzenlendiği yönünde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 25; Acar, s. 1vd.

²⁷⁵ Sirmen, s. 299.

²⁷⁶ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 174; Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 129.

2. Taşınmaz Kavramı ve Taşınmaz Şey Ayrımı

Taşınmaz kavramı ve taşınmaz eşya kavramı aynı anlama gelmemektedir²⁷⁷. Taşınmaz şey kavramı eşyanın doğasıyla ilgiliyken, taşınmaz kavramı hukuki bir kavramdır²⁷⁸. Taşınmaz şey özünde değer kaybı olmadan bir yerden bir yere taşınamayan şeydir²⁷⁹. Yerinde sabit olan şey taşınmaz şey olarak nitelendirilebilir²⁸⁰. Hukuki anlamıyla taşınmaz kavramı ise istisnalar haricinde Medeni Hukukta taşınmaz olmayı ifade eder²⁸¹.

3. Dar Anlamda Taşınmaz ve Geniş Anlamda Taşınmaz Kavramı

Tebliğ’de taşınmaz yerine gayrimenkul kavramının kullanıldığını ifade etmiştik. Gayrimenkul terimiyle dar anlamda veya geniş anlamda taşınmaz kavramlarından hangisinin kastedildiğini belirlemek yerinde olacaktır. Geniş anlamda taşınmaz kavramı ile arazi ile kader birliği halindeki diğer nesnelerin bir bütün halinde, hukuki işlemlere ve bu arada aynı hak oluşumlarına konu olmaları kastedilmektedir²⁸². Taşınmaz mülkiyetinin yatay, dikey ve madde itibarıyla üç kapsamı mevcut olup, yatay kapsam ile arazinin sınırları içinde kalan toprak parçası, dikey kapsamı ile arazinin altındaki toprak katmanları ile üstündeki hava boşluğu ve madde itibarıyla kapsamı ile yatay ve dikey kapsam içerisinde yer alan tüm varlıklar kastedilir ve geniş anlamda taşınmaz bu üç kapsama dahil olan her şeyi kapsayan bir kavramdır²⁸³. Bu doğrultuda TMK m. 704’te taşınmaz olarak sayılan arazi ile altındaki ve üstündeki her şey ve TMK m. 686 uyarınca üzerinde eklentiler taşınmaz kapsamında kabul edilir.

Dar anlamda taşınmazın bütünleyici parça ve eklentilerden soyutlanmış olarak sadece araziyi kastettiği ifade edilmektedir²⁸⁴.

Tebliğ’de taşınmaz konusunda yatırım yapmak, projeler geliştirmek, gerektiğinde hem ortaklık hem üçüncü kişiler lehine üst hakkı ve sair irtifaklar tesis etmek yoluyla veya arsa payı karşılığı-hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmeleri akdetmek gibi faaliyetler dikkate alındığında Tebliğ m. 9’daki

²⁷⁷ Acar, s. 1 vd.

²⁷⁸ Taşınır şeyle taşınmaz şeyin birbirinin karşısı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde, Acar, s. 1.; Bir eşyanın taşınır veya taşınmaz olup olmadığını o eşyanın bulunduğu ülke hukukunun belirleyeceğini ifade eden, Carruthers, Janeen M, The Transfer of Property In The Conflict Of Laws, Oxford University Press, 2005, s. 17.

²⁷⁹ Topuz, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 22, (“Taşınmaz Mülkiyeti”).

²⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277.

²⁸¹ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 22.

²⁸² Acar, s. 5.

²⁸³ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 24.

²⁸⁴ Uygulamada taşınmaz ile bazen tek başına arazi üzerinde yapının da kastedildiği ve çoğu zaman bu anlamın arazinin önüne geçtiği; bu durumun özellikle üst hakkında ve kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler bakımından ortaya çıktığı yönünde, bkz. Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 24.

gayrimenkul kavramıyla geniş anlamda taşınmaz kavramının kastedildiği dar anlamda taşınmaz kavramının kullanıldığını gösteren bir hüküm bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Taşınmaz şeyler, “Taşınmaz mülkiyetinin konusu” başlıklı, TMK m. 704, “Taşınmazların kaydedilmesi” alt başlığı ve “Kaydedilecek taşınmazlar” kenar başlığı altında TMK m. 998 ve “Tapu siciline kaydı gereken taşınmazlar” başlığı altında TST m. 8’de,

“1-Arazi,

2-Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar,

3-Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler” biçiminde belirlenmiştir.

Bu hükümlerle taşınmazın neler olabileceği sınırlı sayıda (numerus clausus) belirlenmiş olup, kişiler kendi iradeleriyle hukuken yeni taşınmazlar oluşturamaz. Kanunda sayılan şeyler ancak tapu siciline kaydedilmeleriyle hukuken taşınmaz olarak kabul edilebilir²⁸⁵.

4. Bağımlı-Bağımsız Taşınmaz Ayrımı

Taşınmazın aynı sermaye olarak kabulü GYO’ya devredilebilir olmasına bağlıdır. Bu minvalde bağımlı-bağımsız taşınmaz ayrımını ele almak gerekir. Taşınmaz belirli bir şahsa veya taşınmaza ya da malvarlığına bağlanmış olduğunda ayrı bir hukuki kadere sahip değilse, bağımlı taşınmazdan bahsedilir²⁸⁶. Böyle bir taşınmaz tek başına veya ayrı olarak devredilemez. Bazı durumlarda bu kısıtlama kanundan kaynaklanır²⁸⁷. Bağımsız taşınmazda taşınmazın devredilebilir olması başka bir şeye bağlanmamıştır²⁸⁸. Kanundan kaynaklanan kısıtlamalarda taşınmaz kişiye bağlı olduğundan mutlak olarak devredilemez.

Taşınmazın bir başka taşınmaza bağlanmış olması mümkündür. Bunun anlamı bir taşınmazın mülkiyetinin hukuki kaderinin, bağlı olduğu taşınmazın mülkiyetine tabi olmasıdır. Bağlı taşınmaz başka bir taşınmaza bağlı ise, bağlı olduğu taşınmazın mülkiyeti devredildiğinde bağlı olan taşınmazın mülkiyeti de kendiliğinden devrolur²⁸⁹. Bu husus TST m. 29’da düzenlenmiş olup buna göre sosyal tesis, ticari alan, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmazlar edinilen taşınmazın kullanımına sunulmuştur. Bağlı taşınmaz olan bu taşınmazlardan yararlanacak taşınmazlar tapu kütüğünün beyanlar sütununa

²⁸⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 372-373; Acar, s. 3.

²⁸⁶ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 37.

²⁸⁷ Çiftçilerin toprak edinmelerine yönelik devletin vermiş olduğu arazilerin devrinde kanuni kısıtlama söz konusudur.

²⁸⁸ Gümüş, Mustafa Alper, “Yeni Medeni Kanun Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ile İlgilileri İçin Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, c. 2, İstanbul 2003, s. 533 vd, s. 537, (“Üst Hakkı”).

²⁸⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19.

bilgileriyle işlenir ve bağlı taşınmazlar kanuni istisnalar haricinde yararlanan bütün taşınmaz maliklerinin oybirliği olmaksızın paylı mülkiyete dönüştürülemezler.

Bu durumda iki taşınmaz birbirine bağlanır ve ana taşınmaz bağımsızlığını korurken özgülenilen taşınmaz bağlı taşınmaz olacaktır. Ana taşınmazın bu durumda devrine engel bir durum olmadığından GYO'ya aynı sermaye olarak konulabilir. Ancak bağlı taşınmazın tek başına ana taşınmazdan bağımsız olarak GYO'ya sermaye olarak konulması mümkün değildir. Eşyaya bağlı mülkiyet kamu hukuku kurallarından doğabilir ancak belirtelim ki eşyaya bağlı mülkiyet arazilerde söz konusu olmaz²⁹⁰.

5. Tapulu (Tapuya Kayıtlı Olan)- Tapusuz (Tapuya Kayıtlı Olmayan) Taşınmaz Ayrımı ve Tapusuz Taşınmazların Gayrimenkul Yatırım Ortaklığına Sermaye Olarak Getirilmesi Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak Tapulu-Tapusuz Taşınmaz Ayrımı

Sayısı çok fazla olmasa da ülkemizde halen tapusuz taşınmazlar mevcuttur. Bunun sebebi kadastro çalışmalarının ve kesinleşmelerinin görece uzun zaman almasıdır. Bir grup tapusuz taşınmaz ile ilgili hiçbir resmi kayıt bulunmamakta ve eski arazi kanunlarına göre birbiri ile ahenksiz bir şekilde tutulan kayıtlara ulaşılması mümkün olmamaktadır. Bunlarla ilgili aynı hak tespiti ve kazanımı mümkün değildir. İkinci grup ise TMK anlamında tapu kaydı olarak değerlendirilebilecek eski hukuktan kaynaklı bazı resmi olmayan belgelerle elde bulunan ve tapusuz taşınmaz oldukları kabul edilen taşınmazlardır. Üçüncü grup ise eski hukuktan gelen ve tapu kaydı sayılan evraka bağlanmış, Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra tapu kütüğüne geçirilen tapulu taşınmazlardan oluşur²⁹¹.

Tapulu taşınmazlar, tapu kütüğünde ayrı bir sayfada kaydedilen taşınmazlardır (TMK m. 998/1, m. 1000/1, TST m. 8). Böyle bir kayıt ile tescil edilmemiş taşınmazın fiziken eşya niteliğini haiz olsa da hukuken taşınmaz olmadığı ifade edilmektedir²⁹². Taşınmazın tapuya kaydedilmesi, üzerinde bir aynı hak veya şerh edilmiş bir kişisel hak ya da başkaca bir kısıtlama bulunup bulunmadığının tespitine imkan verir ve diğer bir deyişle aynı hakların aleniyetini sağlar²⁹³.

TMK m. 998 uyarınca tapuya kaydedilecek taşınmazlar; arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerdir. Arazinin tapu siciline kaydı, özel

²⁹⁰ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 42.

²⁹¹ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 25.

²⁹² Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2023, s. 310-311; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 370; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 400.

²⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 122; Sirmen, s. 114.

kanun hükümlerine tabidir. Bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usul Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerekir. Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.

TMK m. 999 uyarınca, özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir ayni hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunamaz. Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tabi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır. Bu durum taşınmazların tapusuz olması anlamına gelmeyecek, söz konusu taşınmazlar kendilerine özgü ayrı sicillere kaydedilecektir²⁹⁴.

b. Kamu Mallarının ve Sahipsiz Malların GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağı

Tapuya kayıtlı olmayan araziler özel mülkiyete konu olabilen ve özel mülkiyete konu olamayan arazilerdir. Özel mülkiyete konu olamayan araziler devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmaktadır. Bunlar kamu malı olarak adlandırılıp, idare hukuku kurallarına tabi, kamunun kullanımına tahsis edilmiş yerine başkasının ikamesi mümkün olmayan mallar biçiminde ifade edilebilir²⁹⁵.

İdarenin özel mülkiyeti altındaki mallar da kamu malı sayılmakla ancak kamu hizmetine tahsis edilmemiş olmakla birlikte bunlar idarenin özel mülkiyeti altında bulunur ve hazine malları olarak adlandırılır²⁹⁶.

TMK m. 715'teki düzenleme uyarınca sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir. Bu minvalde sahipsiz yerlerin de GYO'ya ayni sermaye olarak kabulü mümkün değildir.

Belirtilen düzenlemeler uyarınca kamu malları, kamu hukuku hükümlerine tabi olup, kural olarak özel mülkiyete konu olmaları, devir ve temlik edilmeleri, haczedilmeleri, kazandırıcı zamanaşımıyla kazanımları ve intifa haricinde sınırlı ayni haklara konu olmaları mümkün değildir. Bu

²⁹⁴ Her taşınmazın tapu kütüğüne kaydedilmeyeceği, burada kastedilenin özel mülkiyete tabi olmayan kamu malı niteliğindeki taşınmazlar olduğu, bu konunun 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 16 ile kamunun ortak mallarına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere ilişkin tespitin ne şekilde yapılacağına düzenlendiği yönünde, Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 28, dph 31.

²⁹⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 402.

²⁹⁶ Gürzumar, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Beta Yayınları, 2001, s. 198.

nedenle kamu mallarının mülkiyeti kural olarak GYO'ya ayni sermaye olarak getirilemez. Ancak 2873 Sayılı Milli Parklar Kanunu m. 8'de, turizm alanları haricindeki milli parklar, tabiat parklarında turistik amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri lehine Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilmek suretiyle, en fazla 49 yıllığına intifa hakkı kurulabilir. Tebliğ m. 6/4-a'ya göre kamu kurum ve kuruluşları GYO'ya ortak olabilir. Dolayısıyla 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu çerçevesinde milli parklar ve tabiat parklarında turistik amaçlı bina ve tesisler yapma üzere GYO lehine intifa hakkı tesis edilerek ayni sermaye konulması kanaatimizce mümkündür²⁹⁷.

İdarenin özel mülkiyet altında olmakla Hazine adına tapuya kaydedilen taşınmazlar kamu hukuku karakterli bazı yasal sınırlamalarla birlikte devre, sınırlı ayni haklara ve kiralamalara konu olabilir²⁹⁸. Konumuzun sınırını aşmamak üzere belirtmek isteriz ki, söz konusu kamu hukuku karakterli yasalar bakımından bir engel bulunmadığı takdirde, kamu kurum ve kuruluşlarının Tebliğ m 6/4-c uyarınca kendi özel mevzuatları uyarınca başka bir makam veya organın karar veya onayı gerekiyor ise kuruluş veya dönüşüm başvurusunda bu karar veya onayın bulunması şartını da dikkate alarak GYO'ya ortak olması ve tapuya kayıtlı taşınmazlarını ayni sermaye olarak getirmeleri mümkündür.

c. Tapusuz Taşınmazların GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulup Konulamayacağını Değerlendirilmesi

Tapusuz bir taşınmazın hukuken taşınmaz niteliğini kazanması için tapuya kaydedilmesine gerek olup olmadığı hususu tartışmalıdır. TMK m. 704/2'te bağımsız ve sürekli hakların ve TMK m. 704/3'te kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin TMK anlamında taşınmaz sayılabilmelerinin tapuya kayıtlı olmalarına bağlı tutulduğu dikkate alınarak tartışmaların daha çok arazi kavramı çerçevesinde cereyan ettiği söylenebilir. Bir görüş, TMK m. 704/2'te bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin tapuya ve kat mülkiyeti kütüğüne kaydedileceğinin belirtilmesine rağmen arazi için bu çeşit bir kaydın öngörülmemesini gerekçe göstererek arazinin tapuya kaydedilmese de hukuken taşınmaz olduğunu ifade etmektedir²⁹⁹. Aksi yöndeki görüş ise, hukuken taşınmaz vasfını kazanmak için arazinin kadastro olarak adlandırılan tapulama işleminin yapılması ve tapu siciline kaydedilmesi gerektiğini, ancak bunun elbette tapusuz taşınmazlar üzerinde hak tesis edilemeyeceği anlamına

²⁹⁷ TTK m. 128/3'te "taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan ayni bir haktan bahsedilmesiyle yeni bir irtifak hakkının doğrudan şirket lehine tesisi suretiyle ayni sermaye getirmenin mümkün olduğu yönünde, Çonkar, s. 114.

²⁹⁸ Acar, s. 13.

²⁹⁹ Sınırları belirli toprak parçasının taşınmaz niteliği tapu kütüğüne geçirilmiş olmasından doğmaz. Aksine, taşınmaz eşya niteliğinde olduğu için tapu kütüğüne geçirilir, Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 579; Öğretideki tartışmalar için bkz. Acar, s. 8, dpn 31.

gelmeyeceğini, bununla birlikte tapusuz taşınmazların TMK'nın taşınmazlar için öngördüğü rejime tabi olamayacağını belirtmektedir³⁰⁰.

TTK m. 342'nin gerekçesinde tapusuz taşınmazların A.Ş.'ye aynı sermaye olarak getirilebilmesi hususunun içtihadın çözmesi beklenen bir sorun olduğu belirtilmiştir.

Tapusuz taşınmazların aynı sermaye olarak kabulü sorunu ile ilgili öğretide görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar³⁰¹ TTK m. 342'de açıklandığı şekilde üzerinde sınırlı bir aynı hak olmayan, haciz veya tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen bir tapusuz taşınmazın sermaye olarak konulmasına bir engel olmadığı görüşündedir³⁰².

Diğer yandan TTK m. 128'deki şerh işleminin tapusuz taşınmazlar yönünden yapılma imkanı yoktur. Tapusuz taşınmazlar ile ilgili ayrı bir sicil de bulunmadığına göre tapusuz taşınmaz taşınır rejimine tabi olarak aynı sermaye olarak getirilebilir mi sorusu akla gelecektir. Bu ihtimalde TTK m. 128/2'de belirtilen güvenli bir kişiye tevdi edilme ile, tapusuz taşınmazın aynı sermaye olarak A.Ş.'ye getirilebileceği düşünülebilir. Ancak, hükümdeki güvenilir kişiye tevdi ile tam olarak neyin kastedildiği açık olmamakla birlikte öğretide güvenilir kişinin yeddi emin olabileceği ve olması gerektiği belirtilmiştir³⁰³.

Aynı sermaye başlıklı Tebliğ m. 9'da aynı sermayeye TTK m. 343 çerçevesinde değer biçileceği ve buna ek olarak Tebliğ'in sekizinci bölümünde yer alan esaslar çerçevesinde aynı sermayenin değerlemesine ilişkin rapor alınacağı düzenlenmiştir. Tebliğ m. 35'te, m. 34'e göre değerlemeyi yapacak gayrimenkul değerlendirme kuruluşlarının seçimi konusunda esaslara yer verilmiştir. Tebliğ m. 3/1-g'de

³⁰⁰ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 33; Yargıtay konuyla ilgili görüşünü; “davalı taşınmaz kadastrodan önce tapusuz bulunduğuna göre, taşınır mal hükmünde olduğundan satış sözleşmesinin tanık dahil her türlü deliller kanıtlanmasının mümkün olduğu, satış tarihi itibarıyla tapusuz olan uyuşmazlık konusu taşınmazların satış ve devir bakımından TMK m. 762 ve m. 763 uyarınca taşınır mal hükmünde olduğu, zilyetlik devir ve teslim edilmedikçe satışın tamamlanmayacağı” biçiminde ifade ederek tapusuz taşınmazların taşınır hükümlerine tabi olacağına hükmetmiştir. Y. 8. HD, 2021/6440 E., 2021/11781 K. için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

³⁰¹ Moroğlu, Erdoğan, “Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Aynı Hakkında Konulması Taahhüdü”, Makaleler I, 3. Tıpkı Baskı, Arıkan Yayınları, 2006, s. 27-40, (“Taşınmaz Mal Taahhüdü”).

Özdamar, Mehmet, “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10/1, 2006, s. 99, (“Taşınmaz”).

³⁰² Yargıtay'ın 9.10.1946 gün, E.6., K., 12 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda “Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı, tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün başkasına satın teslim etmesi ileride mülkiyet iktisabına yarayan o mal üzerindeki fiili tasarruf hakkını, zilyetliğini devre mahmul olduğu ve aynı bir hak olan zilyetliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup, resmi şekle tabi bulunmadığı cihetle bu muamelenin, tapulu gayrimenkullerin harici satışına kıyas suretiyle, kendiliğinden hükümsüz sayılmayacağını ve böyle bir devre karşı aldanma, rıza fesadı ve sair gibi sebeplerle vuku bulan sataşmalarda diğer tarafın zamanaşımına veya hak düşüren sürelerle dayanarak savunmaya hakkı olacağı..” kabul edilmiştir, karar için bkz. Moroğlu, Taşınmaz Mal Taahhüdü, s. 7. Tapusuz taşınmazlar ancak üzerinde mülkiyet hakkı mevcut ise ve tescil davası ile tapu kütüğüne tescil edilmişse A.Ş.'ye aynı sermaye olarak konulabileceklerinden, üzerinde mülkiyet hakkı olmayıp, hakka dayanmayan zilyetlik bulunan tapusuz taşınmazların, Yargıtay tarafından satış ve devir bakımından taşınır olarak görülse bile, taşınır eşya olarak bile bir A.Ş.'ye sermaye olarak konulamayacakları yönünde, Akdağ Güney, Necla/ Gümüş, Alper, “Taşınırın Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi”, REGESTA, 2013/3, s. 5, (“Taşınır”).

³⁰³ Özkan, s. 123; Hükümdeki ifadenin “ana sözleşmede belirtilecek kuruculara veya yediemine” şeklinde değiştirilerek yedieminle birlikte kuruculara da tevdi edilebilmelerine olanak sağlanması gerektiği yönünde, Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 79.

gayrimenkul değerleme kuruluşunun tanımı; sermaye piyasasında değerleme faaliyetinde bulunacak değerleme kuruluşlarına ve değerleme faaliyetine ilişkin Kurul düzenlemelerinde tanımlanan ortaklık biçiminde yapılmıştır. Gayrimenkul değerleme kuruluşları Değerleme Tebliği ile dzenlenmiřtir³⁰⁴. Değerleme Tebliği m. 23'te, değerleme raporunun, tebliğ Ek-1'de yer alan asgari unsurları içermesi gerektiği belirtilmiştir. Tebliğ Ek-1 m. 3/a hükmünde, gayrimenkulün tapu kayıtları bilgisinin sunulması gerektiği ve Ek-1 "Rapor Eki" başlıklı hükmünde de raporun ekinde değerlemeye konu taşınmazın tapu örneğinin yer alacağı belirtilmiştir. Ayrıca Ek-1 m. 6'ya göre raporda, gayrimenkulün tapudaki niteliğinin, fiili kullanım şeklinin ve portföye dahil edilme niteliğinin birbiriyle uyumlu olup olmadığı hakkında görüş ile portföye alınmasında herhangi bir sakınca olup olmadığı hakkında görüş (bu bentte GYO'lar için Tebliğ'in ilgili maddeleri kapsamında ve ilgili maddelere atıf yapmak suretiyle değerlendirme yapılması gerekmektedir) sunulmalıdır. Bu hükümler çerçevesinde GYO'ya aynı sermaye olarak konulacak gayrimenkulün tapuya kayıtlı taşınmaz olmasının arandığı kabul edilebilir.

GYO halka açık bir A.ř. olmakla şeffaflığın ön planda olduğu bir yapıdır. Bu anlamda portföye dahil edilerek yatırım elde etmek için sermayenin belirli olmasının ayrı bir işlevi bulunmaktadır. Tapusuz bir taşınmazın yatırımcı açısından tapulu taşınmaza göre daha az güven vermesi söz konusu olabilir. Nitekim tapuya kaydedilme ile taşınmazlarda aleniyet sağlanır. Aynı hakların mutlak hak özelliğinin etkisini gösterebilmesi, eşya üzerindeki hakkın herkes tarafından varlığının ve aynı hakkın sahibinin tespit edilebilir olmasını ifade eden aleniyet ilkesi ile saęlanabilir³⁰⁵.

Tapusuz taşınmazların taşınırın rejimine tabi olduğu, değerleme raporunda tapu kayıtlarına bir önem atfedilmesi ve vurgu yapılması, Tebliğ m. 9'da aynı sermaye olarak konulabilecek değerler arasında ve gerekse Tebliğ'in 4. maddesinde portföye dahil edilebilecek değerler arasında taşınırın sayılmaması da dikkate alındığında tapusuz taşınmazların GYO'ya sermaye olarak getirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

C. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu

1. Arazi

TMK'da arazi tanımlanmamıştır. TMK m. 998'de arazinin tapu siciline kaydının özel kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Arazinin tanımı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

³⁰⁴ Tebliğ m. 1'de düzenlemenin amaçlarından birisi; sermaye piyasasında gayrimenkul değerleme faaliyeti; sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıklar, ihralar ve sermaye piyasası kurumlarının, sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki işlemlerine konu olan gayrimenkullerin, gayrimenkul projelerinin veya gayrimenkullere bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki muhtemel değerinin Kurul düzenlemeleri ve Kurulca kabul edilen değerleme standartları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak takdir edilmesidir.

³⁰⁵ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 133.

Kanunu m. 3/ç’de toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçası; TST m. 9’da ise sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası olarak yapılmıştır. TST’de yapılan tanımlamada sınırların belirlenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu sınırlama sayesinde, toprak yüzeyinden ayrılan bir arazi parçası hukuki hakimiyetin devamı için gerekli olan bağımsızlığı elde eder. Yeryüzü zemini, taşınmaz olma vasfını, ancak onun arazi olarak nitelenmesi ile kazanır³⁰⁶.

Kadastrusu yapılan alanlarda kadastro planıyla sınırlandırılan ve tapu kütüğünün bağımsız bir sayfasına kaydedilmiş arazi parçası parsel olarak adlandırılır. Parseller başka parsellere ayrılabilir. İmar planı dahilindeki arazi ile imar planına dahil olmayan ancak belediye veya mücavir alan sınırları içinde bulunan ve belediye hizmetlerinden istifade eden meskun mahalde bulunan arazi ise arsa niteliği taşır³⁰⁷.

Kadastrusu yapılmamış alanlarda mahkeme kararı ile kütüğe geçirilmesi gereken ve kaydedilen taşınmazlar ile ilgili olarak fen memurlarınca ve mühendislerce çizilen haritalar arazi sınırlarını gösterir. Açıklandığı şekilde bir haritası olmayan ancak zabıt defterlerinde kaydedilmiş taşınmazların sınırları ise, sicilde yazılmış bilgiler ve sınır komşuları yazılmak suretiyle belirlenir.

Tapuda kayıtlı arazilerin üstünde veya altında bulunan herhangi bir yapı, bina, direk, sığınak, ağaç, otopark vs. bulunması halinde bu sayılanlar da TMK m. 684 uyarınca arazinin mütemmim cüzü olur ve fakat tapu kütüğüne ayrıca kaydedilmez. Bu kapsamdaki yapılar arazinin kayıtlı olduğu sayfadaki taşınmazın niteliklerini yazan kısmına işaret konulmak suretiyle belirtilir. Arazi, uzunluk ve genişliğinin yanında, altındaki yer tabakasıyla ve üstündekilerle bir hacmi ifade eder³⁰⁸. TMK m. 718 doğrultusunda arazinin yatay sınırları olduğu gibi yukarıya, aşağıya ve havaya doğru üç boyutu olduğu belirtilmelidir. Maddedeki ifadeyle arazi üzerindeki mülkiyet kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Maddenin devamında mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakların da girdiği belirtilmiştir. Ancak taşınır bitkiler, mecra hakkı, üst hakkı, kat mülkiyeti kapsamındaki bağımsız bölümler ile taşınır yapı arazi malikinden başka bir kişinin mülkiyetinde olabilir³⁰⁹.

³⁰⁶ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 58.

³⁰⁷ Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 163.

³⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 244-245.

³⁰⁹ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 257.

Arazinin sadece eni ve boyu olan bir yeryüzü parçasından ibaret olmadığı, yerin altına ve üstüne doğru devam eden bir derinliği ve yüksekliği bulunan üç boyutlu bir hacmi ifade ettiği belirtilmiştir³¹⁰. Arsa ise arazinin kamu hukuku alanında kullanılan karşılığıdır³¹¹.

3213 sayılı Maden Kanunu m. 4 uyarınca; madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir. Ayrıca, Anayasa m. 168 uyarınca; tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir.

2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

a. Genel Olarak

Tapu kütüğünde bağımsız ve sürekli hakların tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilmeleri ve Tebliğ m. 9'da gayrimenkullerin ayni sermaye olarak konulabilmeleri dikkate alındığında taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar GYO'ya ayni sermaye olarak konulabilirler. TMK m.704'te ve TMK m. 998'de bağımsız ve sürekli hak kavramına yer verilmiş ve bu hakların taşınmaz olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebileceği düzenlenmiştir. Süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, hak sahibinin yazılı istemi üzerine tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir (TST m. 10)³¹². Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün üst hakkına ilişkin 15 Haziran 2010 tarihli Genelgesinde, bağımsız ve sürekli üst hakkının kurulması, tescili, üzerinde ipotek kurulması ve terkinine ilişkin esaslara yer verilmiştir³¹³. Belirtilen hükümler bu hakların niteliğini değiştirmez ancak taşınmaz gibi işlem görmesi sonucunu doğurur. Bağımsız ve sürekli haklar eşya vasfında değildir. Bir hakkın taşınmaz olarak nitelendirilmesinin sebebi hukuk sisteminin taşınmaz kapsamına alacağı değerleri belirlerken daha çok ekonomik ve sosyal ihtiyaçlardan yararlanmasıdır³¹⁴. Tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar artık üzerinde kurulu bulundukları taşınmazdan bağımsız olarak hukuki işlemlere konu olabilecek ve üzerlerinde sınırlı ayni haklar tesis edilebilecektir.

³¹⁰ Ünal/Başpınar, s. 312-313.

³¹¹ 22.02.202 tarih ve 31047 sayılı RG'de yayımlanmış Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m. 4/1-b'de arsa; "imar planı ve imar mevzuatına göre oluşmuş imar parseli" biçiminde tanımlanmıştır. Ayrıca 11.03.1983 tarihli ve 17984 sayılı RG'de yayımlanmış 28.02.1983 tarih ve 83/6122 sayılı "Arsa Sayılacak Parsellenmemiş Arazi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı"nda arsa; "Belediye ve mücavir alan sınırları içinde imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmış yerlerde bulunan, belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunup da bu imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmamış olmakla beraber fiilen meskûn halde bulunan ve belediye hizmetlerinden faydalanmakta olan yerler arasında kalan, parsellenmemiş arazi ve arazi parçalarıdır." biçiminde tanımlanmıştır.

³¹² TST m. 30/5'e göre, bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün en son sayfasına tescil edilir. Ayrıca taşınmaz ve üzerindeki hakların tapu kütüğü sayfaları arasında bağlantı sağlanır.

³¹³ Söz konusu 1705 (2010/12) sayılı Genelge için bkz. <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx>, erişim tarihi 17.12.2023.

³¹⁴ Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 164.

Söz konusu düzenlemelere göre bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz üzerinde tesis edilmiş birtakım irtifak haklarıdır³¹⁵. Adından anlaşılacağı üzere bağımsız ve sürekli haklar niteliği itibarıyla bir hak olmalarına rağmen sağlanan taşınmaz statüsüyle taşınmaz gibi işlem görebilirler³¹⁶.

b. Bağımsızlık ve Süreklilik Unsuru

Hakkın bağımsız olması, hak sahibinin konu hak üzerindeki tasarruf yetkisinin, zorunlu biçimde bir başka hak üzerindeki tasarruf yetkisine bağlı olmamasını ifade eder³¹⁷. Bunun sonucu olarak söz konusu hak serbestçe devredilebilir ve mirasçıya geçebilir.

Bir hakkın devri imkanı sözleşmeyle kısıtlanmış veya kaldırılmış olabilir. Bu minvalde hakkın devrini taşınmaz malikinin rızasına bağlı kılan sözleşme hükümleri, bağımsızlık unsuru yönünden göz önünde bulundurulmalıdır³¹⁸.

Süreklilik unsuru TMK m. 998/3'te hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş olması biçiminde tarif edilmiştir. Hakka konu taşınmaz malikinin tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanacak biçimde tescil talep etmesi mümkün değildir (TST m. 16/2).

Devrin mümkün olup olmadığına göre kişisel irtifaklar üç gruba ayrılır. Devri mümkün olmayan birinci grup haklar intifa ve oturma hakkıdır. İkinci gruptakiler ise aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadığı takdirde devri mümkün olan üst hakkı ve kaynak hakkıdır. Üçüncü gruptaki haklar ise aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadığı takdirde devri mümkün olmayan geçit ve mecra irtifakıdır. Başka bir anlatımla, devri ve intikali mümkün olmayan intifa hakkı ve oturma hakkı tapuya taşınmaz olarak kaydedilemez. Bu haklar şahısla kaim haklardan olmakla ne kadar uzun bir süre için kurulursa kurulsunlar bağımsızlık özelliği bulunmadığından tapuda ayrı bir sayfada kaydedilmeleri de mümkün değildir. Diğer irtifak hakları tarafların iradelerine göre devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir. Buna göre, tarafların devredilmesini açıkça ve kesin olarak yasaklaması halinde irtifak hakkının bağımsızlık niteliği ortadan kalkar³¹⁹.

İrtifak hakkı süreyle sınırlandırıldığında, sürenin dolmasının sonucu olarak hem irtifak hem de taşınmaz gibi işlem gören bu irtifak üzerindeki diğer sınırlı ayni haklar kendiliğinden sona erecektir³²⁰.

³¹⁵ Atlan Gürer, Hülya, Tapu Kütüğünde Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 6. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 374-375; Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 605-606.

³¹⁶ Kuntalp, Erden, “Bağımsız ve Sürekli Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, s. 528.

³¹⁷ Atlan Gürer, s. 7-8.

³¹⁸ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 112.

³¹⁹ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 63.

³²⁰ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 112; Acar, s. 35.

Vurgulamak gerekir ki bağımsız ve sürekli hak kapsamındaki bir irtifak hakkı re'sen taşınmaz olarak kaydedilmeyecek, bunun için irtifak hakkı sahibinin talebi gerekecektir. Bunun için üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş taşınmazın malikinin veya taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin muvafakati gerekmez. Bunun sebebi taşınmaz malikinin veya diğer hak sahiplerinin ilgili hakka ayrı sayfa açılmasından bir zarar görmeyecek olmalarıdır.

İrtifak hakları haricindeki sınırlı aynı haklardan özellikle taşınmaz yükünün hakim görüş uyarınca bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olması mümkün olmaz³²¹.

TMK m. 838'de yer alan diğer irtifaklar kural olarak devredilemez ve mirasçılara intikal etmez. Ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkündür. Maddeye göre bu haklar sözleşme ile hakların devri mümkün kılındığı takdirde bağımsız niteliği haiz olur. Her ne kadar TMK m. 826'da ve m. 837'de belirtilen üst hakkı ve kaynak hakkının kütükte ayrı bir sayfaya kaydedileceği yazılmış ise de öğretide artık TMK m. 838 uyarınca kurulmuş irtifakların da bu kapsamda düzenlenebileceği kabul edilmektedir³²².

c. Kat İrtifakı Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Kat irtifakının taşınmaz olarak kaydının mümkün olup olmadığı ve kat irtifakının niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre³²³ kat irtifakı gerçek bir irtifak olmayıp, hakkın sahibine asli edim yükümü olarak hiçbir zaman yapma edimi yüklemmez. Bununla birlikte kat irtifakı, irtifak sahibinin kat mülkiyetinin kurulması yönünde gereken tüm gayreti göstermesi bakımından bir yapma edim yükümlülüğü yüklemektedir. Kat irtifakı tamu memuru önünde kurulur. Buradaki amacın eşyaya bağlı borçların aleniyetinin sağlanması olduğu ifade edilmektedir³²⁴. Dolayısıyla kat irtifakı irtifaktan ziyade paya veya eşyaya bağlı bir borç olarak tezahür eder. İrtifak hakkının sahibi olan pay sahibi diğer kat irtifakı hakkı sahiplerine karşı yapıya zamanında başlanması ve yapının tamamlanması yönünde gayret göstermek yükümlülüğü altındadır. TMK m. 779/f.2'de bir şeyi yapma borcunun başlı başına irtifak kavramıyla bağdaşmadığı açıkça belirtilmiştir. Birinci görüşün kabulü halinde kat irtifakının tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkün değildir.

³²¹ TMK m. 704 uyarınca tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz mülkiyetine konu olabilir. Maddede bu bağımsız ve sürekli hakların neler olduğuna ilişkin bir sınırlama yoktur. Fakat TST'nin bağımsız ve sürekli hakları düzenleyen 10. maddesinde, taşınmaz olarak kaydedilecek bu haklar irtifaklar ile sınırlandırıldığından bağımsız ve sürekli nitelikteki bir taşınmaz yükünün tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmesinin mümkün olmadığı düşünülse de taşınmaz yükünün iktisadi bir değer olarak daha verimli kılınabilmesi için TST'de yer alan sınırlayıcı ifadenin kaldırılmasını öneren, Tek, Gülen Sinem, "İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü", İstanbul Hukuk Mecmuası 77, s. 217-239, s. 222-223.

³²² Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 118; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 166.

³²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 614; Sirmen, s. 516.

³²⁴ Turanboy, Kürşad Nuri, "Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti", SEÜHFD 3/1,1990, s. 173-180, s. 179.

Buna mukabil diğer bir görüş ise, kat irtifakını kendine özgü yapısı bulunan bir irtifak hakkı olarak niteler ve Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m. 3/3'ün bunu açıkça bir irtifak çeşidi olarak nitelediğini savunmaktadır³²⁵. Bu görüşün kabulü halinde dahi kat irtifakının taşınmaz olarak tapuya kaydedilmesinin ancak bağımsız ve sürekli olabildiğinde mümkün olduğunu belirtmek gerekir. İkinci görüşün kabulü ile kat irtifakının tapuya taşınmaz olarak kaydı bir an için mümkün gibi görünse de esasen kat irtifakı KMK m. 3/3 ile arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olarak nitelendirildiği ve KMK m. 26/2'de kat irtifakının arsa payına bağlı olduğu belirtildiğinden kat irtifakının artık bağımsız bir hak olarak nitelendirilemeyeceği görüşüne katılıyoruz³²⁶. Ayrıca kat irtifakı ile amaçlanan inşaatın mümkün olan en kısa zamanda tamamlanması ve kat mülkiyetine geçilmesi olduğu dikkate alındığında bu irtifakın en az otuz yıl süre ile tesis edilmesi makul değildir.

Sonuç olarak kat irtifakının bağımsız ve sürekli olarak kurulmasının mümkün olmaması nedeniyle kat irtifakının taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilemeyeceği değerlendirilmektedir.

d. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler ve Devre Mülk Hakkı

KMK m.1'e göre tamamlanmış ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan bölümler üzerinde bağımsız mülkiyet kurulabilir. Bütünleyici parça kuralının istisnasını teşkil edecek şekilde, bağımsız bölümler üzerinde kurulan bu mülkiyet kat mülkiyeti olarak adlandırılır³²⁷.

Ana gayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet hanesine gayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrildiği yazılarak, sayfa ana taşınmazın leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları dışındaki işlemlere kapatılır. Kat mülkiyetine tabi her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve ana taşınmazın kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir (KMK m. 13).

Bununla birlikte kat mülkiyeti kurulurken aynı katta ve aynı nevideki birbirine bitişik birden fazla bağımsız bölüm veya iktisadi açıdan ya da kullanma bakımından bütün olan, taşınmazın birden çok katı veya bölümü, kat mülkiyeti kütüğüne tek bağımsız bölüm olarak tescil edilebilir (KMK m. 10). Buna göre kat mülkiyeti resmi senetle ve tescil ile doğar. Tapu sicili ve kat mülkiyeti sicili şeklindeki araçlar ile eşyaya borçlar da dahil olmak üzere ayni hakların kamuya açıklığı (aleniyeti) sağlanır³²⁸. Kat

³²⁵ Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 196; Reisoğlu, Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Özel Basım, Ankara 1976, s. 143.

³²⁶ Acar, s. 38.

³²⁷ Sungurbey, İsmet, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Adalet Yayınevi, 2003, s. 742; Ertaş, Şeref, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, 2015, s. 15, ("Kat Mülkiyeti").

³²⁸ Ayni hakkın devrine ilişkin tasarruf işleminin yapılması, ayni hakkın kazanılmasına tek başına yeterli değildir. Ayni hakkın kazanılması için tasarruf işleminin tamamlayıcı olgu olan tescille tamamlanması gerekir. Bu durumda, tescilin kurucu etkisi

mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm böylece ayrı bir taşınmaz vasfını kazanır. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bir taşınmaz GYO'ya aynı sermaye olarak konulabilir.

KMK'ya 3227 sayılı Kanunla devre mülk hakkı eklenmiştir. Devre mülk hakkı, özellikle tatil bölgelerindeki bağımsız binalardan veya binalardaki bağımsız bölümlerden birden çok malikin belirli dönemlerde yararlanmasını öngören sözleşmelerle kazanılır. Paylı mülkiyet rejimine tabi bu taşınmazdan paydaşların yararlanmasına yönelik sözleşmelerin cüzi halefleri bağlaması önemli bir sorundu. Ancak 3227 sayılı Kanunla KMK'ya eklenen 57-65. Maddeleri uyarınca devre mülk hakkı, mesken olarak kullanılabilecek bir bağımsız bölüm veya yapının ortak maliklerden her birine yılın belli dönemlerinde söz konusu yapı veya bağımsız bölümden yararlanma hakkı sağlayan müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkıdır. Ancak öğretilerde devre mülk hakkının bir irtifak hakkı olarak değerlendirilmesi eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre³²⁹, burada bir irtifak hakkı kurulmayıp, paylı maldan paydaşların yararlanmaları zaman göre düzenlenmiştir. Bu şekilde yararlanmayı sağlayan sözleşme, tapu kütüğünde gösterilerek sonraki maliklere karşı etkili olur. Devremülk hakkının GYO'ya aynı sermaye olarak konulması mümkündür.

e. Gayrimenkule Dayalı Aynı Haklar

Tebliğ m. 9'da GYO'ya aynı sermaye olarak gayrimenkule dayalı aynı hakların konulabileceği belirtilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu kavram sadece Tebliğ'de yer almış olup, yürürlükteki mevzuatta başka bir yerde geçmemekle birlikte tanımı da yapılmamıştır. Mülga tebliğde benzer bir kullanım ile gayrimenkule dayalı hak olarak sayılan değer Tebliğ m. 4'te de portföyü oluşturan değerlerden birisi olarak yine gayrimenkule dayalı hak biçiminde anılmıştır.

Gayrimenkule dayalı aynı hakların sadece bunlarla sınırlı olduğunu düşünmemekle birlikte Değerleme Tebliği ek-1 m. 6'da değerlendirme raporunda özellikle üst hakkı ve devre mülk hakkıyla ilgili detaylı bilgilerin yer almasının arandığı dikkate alındığında bu hakların GYO için özellikle gayrimenkule dayalı aynı hak olarak değerlendirildiği düşünülmektedir.

Bununla birlikte Tebliğ m. 9'daki gayrimenkul (taşınmaz) kavramı bağımsızlık ve süreklilik unsuru taşımakla tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilecek sınırlı aynı hakları da içerdiğinden gayrimenkule dayalı aynı hak kavramının hükümde tekrar sayılması gereksiz görülebilir. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere bağımsızlık ve süreklilik unsuru içeren sınırlı aynı haklar ancak hak sahibinin talebiyle tapuya taşınmaz olarak kaydedilir. Dolayısıyla gayrimenkule dayalı aynı hak kavramıyla

söz konusu olacağından bu etkiye tescilin olumsuz etkisi veya tescilin olumsuz hükmü denir. Detaylı açıklamalar için bkz. Antalya, O. Gökhan, "Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi", MÜHFHAD, sa. 23, 2017, s. 419-440, ("Aleniyet İlkesi").

³²⁹ Sirmen, s. 550; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 727.

bağımsızlık ve süreklilik unsuru içeren ancak tapuya taşınmaz olarak kaydedilmeyen ve hatta süreklilik unsuru içermeksizin sadece bağımsızlık unsuru içeren sınırlı ayni hakların kastedildiği söylenebilir. Bununla birlikte TTK m. 128/3 çerçevesinde GYO lehine bir sınırlı ayni hak tesisine yönelik bir taahhüdün de ifade edilmeye çalışıldığı düşünülebilir. GYO'ya ayni sermaye olarak konulabilecek sınırlı ayni haklardan bağımsız ve sürekli haklar başlığı altında üst hakkı, kaynak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, mecra ve geçit hakkının ayni sermaye yeterlilikleri yukarıda değerlendirilmiş olduğundan burada tekrar açıklanmayacaktır.

Gayrimenkule dayalı ayni hak kavramına sınırlı ayni haklardan taşınmaz yükü ve rehin hakkının girip girmeyeceğini değerlendirmek gerekir. Taşınmaz yükünün bağımsız ve sürekli hak olarak tapuya taşınmaz olarak kaydedilemeyeceği yönündeki hakim görüşü daha önce dile getirmiştik³³⁰. TMK m. 839/1'e göre taşınmaz yükü yüklü taşınmazın malikinin bir borcu karşılığında o taşınmazı teminat olarak göstermesidir. Diğer bir deyişle taşınmaz yüküne aynilik sağlayan unsur teminattır³³¹. Bu yükümlülük, herhangi bir taşınmazın maliki kim ise onun lehine olmak üzere de kurulabilir³³². Taşınmaz yükü belirli bir kişi lehine kurulabileceği gibi, belirli bir taşınmaz lehine de kurulabilir. Taşınmaz yükü TMK m. 840 uyarınca tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Maddenin üçüncü fıkrasına göre taşınmaz yükünün kazanılması ve tescili yönünden taşınmaz mülkiyetine ait hükümler kıyasen tatbik edileceğinden taşınmaz yükü alacaklısının, hakkını sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı takdirde bir başkasına devretmesi mümkündür³³³. Bunun sonucu olarak taşınmaz yükü gayrimenkule dayalı ayni hak çerçevesindeki sınırlı ayni haklardan biri olarak kabul edilmelidir. Buna göre kişi lehine kurulduğu ve devrine engel bir sözleşme hükmü bulunmadıkça taşınmaz yükü alacaklısı bu hakkını GYO'ya ayni sermaye olarak koyabilir.

Sınırlı ayni haklardan rehin hakkı bakımından konu değerlendirildiğinde, taşınmaz üzerindeki rehin hakkının ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi olarak üç türü bulunmakla birlikte ipotek ayni teminatlar arasında en yaygın taşınmaz rehni olarak gösterilebilir.

İpoteğin kaderi teminat altına aldığı alacağın kaderine bağlıdır³³⁴. Bu husus dikkate alındığında ipoteğin teminat altına aldığı alacaktan ayrı bir şekilde devri mümkün değildir³³⁵. Alacak ile ipotek

³³⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 143; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 710; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 165; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 190; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 248; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 196; Acar, s. 51-52.

³³¹ Tek, s. 223.

³³² Tekinay, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Eşya Hukuku II/3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 67 (Menkul Mülkiyeti); Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 126; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 710.

³³³ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 79.

³³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 883.

³³⁵ İsviçre Hukuku'nda gerçekleştirilen revizyon ile ZGB Art. 843'te "tescile dayalı ipotekli borç senedi" ve "senede dayalı ipotekli borç senedi" olmak üzere iki tür ipotekli borç senedine yer verildiği ve her iki ipotekli borç senedinin de temel amacının güvence sağlamaya ek olarak tedavül işlevi görmeleri olduğu ve Avrupa ipoteğinin (Eurohypotec),

arasındaki kader birliği o kadar öne çıkmaktadır ki rehinli alacağın devri TBK m. 189 gereğince ipoteğin de alacağı devralana geçmesi sonucunu doğurur³³⁶. Buna göre GYO’da hissedar olmak isteyen bir kişinin ipoteği devri dolaylı olarak alacak hakkını da devretmesi anlamına gelir. Bu durumda ipoteğin değil alacağın aynı sermaye olarak getirilmesinden bahsedilebileceği ifade edilmektedir³³⁷. İpotek henüz muaccel olmamış bir alacağın teminatı ise zaten aynı sermaye olarak özünde bir A.Ş. olan GYO’ya getirilemez (TTK m. 342/1)³³⁸. Müeccel alacakların aynı sermaye olarak getirilememesinin sebebi alacağın tahsil kabiliyeti anlamında riskli kabul edilmesi olabilir. Ancak alacağın tahsil edilememesi durumunda konu taşınmazın paraya çevrilmesi imkanını bahşeden ipotek gibi sağlam bir teminat bulunduğu müeccel alacakların da aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin bir istisnanın öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Muaccel alacaklar bakımından ise alacak kavramının sadece para alacaklarını değil nakden değerlendirilebilir bütün alacakları içeren bir kavram olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Diğer yandan muaccel bir para alacağı da aynı sermaye olarak değerlendirilir³³⁹.

İpotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir (TMK m. 891). Buna göre alacağın devri işlemi tamamlansa dahi, halen eski rehinli alacaklının ismi tapu siciline kayıtlı olacaktır. Alacağın devredildiğini, bu sebeple de ipotek hakkının sicil dışı kazanıldığını iddia eden, bu hususun tapu kaydında düşünceler sütununa işlenmesini talep edebilir. Nitekim rehin hakkının kuruluşundaki şartlarda yapılan değişikliğe ait sözleşmeler, alacağın kısmen ödenmesine ilişkin istemler, TBK m. 183 uyarınca yapılacak alacağın devri sözleşmeleri ve benzerleri düşünceler sütununda belirtilir (TST m. 31/2). TST m. 31/2’deki atıfla TST m. 35/3 ve m. 73 uyarınca, devralanın bilgileri alacaklılar siciline kaydedilir. Rehlinli alacağın devredilmesi durumunda; kütük sayfasının ilgili sütununda devreden alacaklının bilgileri kırmızı mürekkepli kalemle çizilerek üzerine düşüncelere bakınız ibaresi, düşünceler sütununda da devralan alacaklının kimlik bilgileriyle işleme ait tarih ve yevmiye numarası kaydedilir. Sicile yeni kaydedilen

hukumumuzdaki ipotek ile benzer olmakla birlikte ayrıca tedavül imkanı sayesinde uygulamada rağbet görececek bir rehin türü olarak karşımıza çıktığı, Avrupa ipoteğinin başarılılabirle ilerleyen yıllarda Avrupa ülkelerinde müşterek bir taşınmaz rehni türü olarak öne çıkacağı, ülkemizde de benzer bir revizyon ile bu imkana ulaşılacağı yönünde bkz. Atar, Eray Aksın/ Esen, Emre, “İsviçre ve Türk Hukuku’ndaki Taşınmaz Rehni Türleri ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa İpoteği (Eurohypotec) Kavramına Genel Bir Bakış”, 2022 AÜHFD 71, s. 1125-1164, s. 1159.

³³⁶ Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 120.

³³⁷ Çonkar, s. 119.

³³⁸ Gerçekten de nakden değerlendirilme ve devredilme imkanı bulunan malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak kabul edildiğine göre, bu kapsama girdiğinde tereddüt bulunmayan vadesi gelmemiş alacakların A.Ş.’ye sermaye olarak kabul edilmemesinin haklı bir gerekçesi olmadığını ifade eden, Kendigelen, İlk Tespitler, s. 230; Bu yasağın portföyünde tahvil gibi alacak hakkı veren menkul kıymetler bulunan ortaklıkların birleşme ve bölünmelerinde sorun çıkarabileceği, TTK m. 343’e göre alacak değerlemesi yapıldığından yasağın anlamsız olduğu yönünde, Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 153; Akdağ Güney, s. 105; A.Ş.’lerde taahhüt edilen nakdi sermaye borcunun vadeye bağlanabilmesinin mümkün olduğu (TTK m. 344/1); alacağı sermaye koyanın alacak ödenmediği sürece, sermaye borcundan kurtulamadığı; alacağın tahsil edilebilirliği ve risk analizi bakımından esasen vadeli alacakların değil, muaccel alacakların daha sorunlu ve riskli olabileceği, ticari dürüstlük kuralı gereği, ticari hayatta vadesi gelmiş alacağın derhal ödenmesi gerektiğine işaret edilerek vadeli alacağın sermaye olarak konulmasına izin verilmesi gerektiği yönünde, Arıcı, Alacak Hakkı, s. 330 vd.

³³⁹ Çonkar, s. 164.

rehinli alacaklıya tebligatlar yapılır. İpotek ile teminat alınmış alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (TBK m. 184/1)³⁴⁰. Dolayısıyla esas sözleşmedeki alacağın devrine ilişkin taahhüdün geçerli olduğunda tereddüt yoktur. İpotekli alacağın devri için de borçlunun onayı gerekmemekle birlikte kendisine devir işlemi bildirilmeyen borçlu, eski alacaklıya iyiniyetli olarak yaptığı ödemeyele borcundan kurtulur (TBK m. 186).

Kanaatimizce her ne kadar ipoteğin devri için alacağın temlik gerektirse de esas amaç ipoteğin üzerinde tesis edildiği taşınmazın temin ettiği nakdi değerini yani sınırlı ayni hakkın GYO'ya sermaye olarak konulmasıdır. Alacağın temlik ipoteğin GYO'ya intikali için bir ön şarttır. SerPK m. 49/5'te, Tebliğ m. 4'te ve m. 9'da açıkça alacak hakkı portföye dahil edilecek kalemler arasında sayılmamış olsa da gayrimenkule dayalı ayni haklar çerçevesinde sınırlı bir ayni hak olan ipotek de herhangi bir alacak hakkı biçiminde değerlendirilmemeli ve GYO'ya sermaye olarak konulabilmelidir. GYO payları halka arz edilmek üzere kurulan, taşınmaz sektörüne ilişkin profesyonelliğin ve şeffaflığın hakim olduğu bir kolektif yatırım kuruluşudur. Taşınmaza ilişkin her türlü değer GYO gibi bir kurumda değerlendirilebilir olması gerekir. Tebliğ m. 30 düzenlemesinden ipoteğin GYO için önemli bir finansman aracı olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim ABD'de mREIT (Mortgage Real Estate Investment Trusts)³⁴¹ biçiminde adlandırılan GYO türü teminatları finansman aracı olarak kullanarak ekonomiye önemli iktisadi değerler kazandırmaktadır.

Taşınmaz rehni türlerinden ipotekli borç senedi ve irat senedi alacağı ipotekle güvence altına alan ve mücerret olan kıymetli evraktır. İpotekli borç senedi ayrıca taşınmazın değerini taşınmazın bizzat kendisinden bağımsızlaştırmak üzere düzenlenir. Bu sayede maliki değişmeyen taşınmazın değeri tedavül etmekte ve elinde ipotekli borç senedi bulunan kişi alacağın tahsili için taşınmazın güvencesi ile donatılmaktadır.

Ancak burada gerek GYO lehine bir ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlendiği halde ve gerekse mevcut bir ipotekli borç senedinin veya irat senedinin GYO'ya devrinde artık kıymetli evrakin sermaye olarak konulması yönünden konunun değerlendirilmesi gerekir.

Gerek ipotekli borç senedi ve gerekse irat senedi seri halde çıkarıldığında menkul kıymettir³⁴². Menkul kıymet sermaye piyasası araçlarının bir türüdür (SerPK m. 3/1-ş).

³⁴⁰ İpotekli alacağın temlikine ilişkin detaylı bilgiler için bkz. Şafak, Ali/Diren, Duygu/Çakıroğlu, Evren Baklacı/ Almac, Tuğçe Öztürk, Alacağın Temlik (Devri), 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

³⁴¹ <https://www.reit.com/what-reit/types-reits/guide-mortgage-reits>, erişim tarihi: 18.12.2023.

³⁴² Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet (Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan), Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 36; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul, 2021, s. 7. Bir ayni hakkın mündemice olduğu senetlerden olması nedeniyle ipotekli borç senedi, irat senedi, makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konişmento için eşya hukuku senedi kavramının kullanılmasının yerinde olduğu yönünde, Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Yetkin Yayınları, 26. Baskı, Ankara, 2022, s. 34.

SerPK m. 49/5'e göre, GYO'ların kuruluşlarında ve sermaye artırımlarında, SPK'nın portföye alınmasını uygun gördüğü varlıklar aynı sermaye olarak konulabilir. Tebliğ m. 4'e göre "sermaye piyasası araçları" GYO'nun portföyünde bulunabilir. Ancak Tebliğ m. 9'da sermaye piyasası araçları aynı sermaye olarak konulabilecek değerler arasında sayılmamıştır. SerPK m. 49, Tebliğ m. 4 ve Tebliğ m. 9 arasında bir uyumsuzluk bu anlamda tekrar kendisini göstermektedir. Dolayısıyla seri halde çıkarılmaları halinde gerek ipotekli borç senedinin ve gerekse irat senedinin GYO'ya aynı sermaye olarak konulmasında ilk bakışta bir engel yoktur. Ancak TTK m. 342'de vadesi gelmemiş alacakların A.Ş.'ye aynı sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda ipotekli borç senedi ve irat senedinin konu olduğu alacağın vadesi henüz gelmemiş ise GYO'ya aynı sermaye olarak konulmalarının her halükarda mümkün olmayacağı sonucu doğmaktadır.

Bu nedenle seri halde çıkarılmaları halinde menkul kıymet niteliğini kazanacak olan ipotekli borç senedi ve irat senedinin SerPK m. 49 ve Tebliğ m. 4 hükümleri dikkate alındığında neden m. 9 ile aynı sermaye kapsamı dışında bırakıldığı sorusu gündeme gelebilir. Burada ipotekli borç senedi ve irat senedinin düzeltici yorumla gayrimenkule dayalı hak olarak değerlendirilerek GYO'ya aynı sermaye olarak konulabilmesi kanaatimize göre mümkündür.

SerPK m. 49/5, Tebliğ m. 4 ve Tebliğ m. 9 arasında bahsi geçen uyumsuzluk gayrimenkul projeleri, altyapı yatırım ve hizmetleri ve karşılığını ayrıca tespit etmek gerekliliği bulunan gayrimenkule dayalı haklarla ilgili olarak da mevcuttur. Bu üç varlık GYO'nun portföyünde bulunması mümkün olan varlıklar olduğundan SerPK m. 49/5 uyarınca bunların da aynı sermaye olarak konulabilmesi gerekir. Bu kavramların ne anlama geldiği ve Tebliğ m. 9'daki gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı aynı hak kapsamında sayılıp sayılamayacağını da ayrıca belirlemek gerekir. Öncelikle bu başlık altında gayrimenkule dayalı hak kavramını ele almaya çalışacağız.

Gayrimenkule dayalı hak kavramı olsa olsa eşya hukuku kapsamında bir kavram olabilecektir. Ancak gayrimenkule dayalı aynı hak kavramı gibi bu kavram da TMK'da yer almamaktadır. Hatta Tebliğ'de gayrimenkule dayalı aynı hak kavramı sadece Tebliğ m. 9'da aynı sermaye konusu bir değer olarak sayılmaktadır. Tebliğ m. 22 1/c'e göre GYO'ların aynı sermaye yeterliliği ile ilgili düzenleme olan Tebliğ m. 9'da olduğu şekliyle, portföylerine ancak üzerinde ipotek bulunmayan veya gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmayan gayrimenkuller ile gayrimenkule dayalı haklar dahil edilebilir. Dolayısıyla bu iki kavramın aynı anlamda kullanıldığı sonucuna ulaşılmaktadır³⁴³.

³⁴³ Mülga tebliğde aynı sermaye olarak konulabilecek malvarlığı kalemleri arasında gayrimenkule dayalı aynı hak veya gayrimenkule dayalı hak kavramı geçmemekte, ancak GYO'nun tanımının yapıldığı m. 4'te GYO'nun faaliyet konularından birisinin gayrimenkule dayalı haklara yatırım yapmak olduğu belirtilmiştir. Belen, tebliğin bütününe bakıldığında bu kavram ile başta mülkiyet hakkı olmak üzere, birtakım sınırlı aynı hakların, bu hakların tanıdığı yetkilerin

f. Gayrimenkul Projeleri ile Altyapı Yatırım ve Hizmetleri

Proje kelimesinin anlamlarından birisi “mal sahibinin isteğine göre yapılacak bir yapı, belli bir programa göre inşa edilecek bir yapı bütünü, bir makine veya bir kuruluşu plan durumunda gösteren çizim”dir³⁴⁴. Düzenlemelerde gayrimenkul projesi tanımlanmamış ve düzenlenmemiştir. Tamamen kelime anlamını değerlendirirsek burada know-how’ın sermaye olarak konulmasından bahsedilir ki, SerPK m. 49/5, Tebliğ m. 4 ve Tebliğ m. 9 uyarınca bunun GYO’ya sermaye olarak konulması mümkün değildir³⁴⁵. Bu anlamıyla da projenin GYO’ya ayni sermaye olarak konulabileceğini düşünmekle birlikte, Tebliğ’de kastedilen, projelerde gayrimenkulün değerini de artıracak biçimde, hukuki işlemlerle ortaya yeni bir şey çıkarılmasıdır³⁴⁶.

Tebliğ m. 22/1’de, arsa üzerinde gayrimenkul projesi geliştirilmesi, projelere üst hakkı tesis edilmesi, gerçekleştirilecek projelerin ilgili mevzuatta gerekli izinlerinin alınmış olunması, üst hakkı tesisi ile yap-işlet-devret modeliyle projeler geliştirilmesi biçiminde kullanılan ifadelerden anlaşılan kendi lehine veya üçüncü kişiler lehine üst hakkı tesisi, eser sözleşmesi, arsa payı karşılığı ve gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinin akdedilmesi suretiyle portföydeki taşınmazlara değer katılmasıdır.

Üst hakkının ayni sermaye olarak GYO’ya konulabileceğini daha önce açıklamıştık. Bir başka kişinin üst hakkını GYO’ya sermaye olarak koyması esasen üst hakkının devri sözleşmesi niteliğindedir. Üst hakkının devri sözleşmesinin kapsamı ise, ana taşınmaz maliki ile üst hakkı lehdarı arasındaki kurulan ve devre konu olan hakkın hukuki sebebini oluşturan üst hakkı sözleşmesinin kapsamı ile sınırlıdır (TMK m. 827). Bu bakımdan, üst hakkı sözleşmesinde yüklü taşınmazdan yararlanma şekli, özellikle yapı eseri yapılması veya mevcut bir ya da birden fazla yapının muhafaza edilmesine ilişkin düzenlemeler, hakkı devralan için bağlayıcı niteliktedir. Bununla birlikte üst hakkının devri sözleşmesinde de tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda diledikleri düzenlemeleri yapmaları düşünülebilir. Ancak TMK m. 827’ye aykırı olarak yapılan üst hakkının devri sözleşmesi TBK m. 27/1’e göre başlangıçtaki imkansızlıktan dolayı kesin hükümsüzdür³⁴⁷. Bağımsız ve sürekli nitelikte olmakla taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkının devri taahhüdü, artık irtifak hakkının değil

ve bazı kişisel hakların kastedildiğini ifade etmektedir, bkz. Belen, s. 240; Tebliğ’deki bu ifadenin eski tebliğ dönemindeki hatalı kullanımın devamı niteliğinde olduğu görülmektedir.

³⁴⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi, 20.12.2023.

³⁴⁵ Bilginin somutlaştığı plan, proje gibi malvarlığı unsurlarının emeğin sermaye olarak konulması biçiminde değil know-how çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, “know-how”ın ancak bir emek birikimini, soyut plan ve soyut bir bilgi birikimini aşp, ekonomik açıdan bir bütün olarak kullanılabilir olan plan, proje, grafik gibi araçlarla somutlaştırılan bir niteliğe büründüğü takdirde ayni sermaye olarak A.Ş.’ye konulabileceği yönünde, Yusufoglu, s. 88-89.

³⁴⁶ Belen, s. 214.

³⁴⁷ Yücer Aktürk, İpek, Üst Hakkı Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 57.

taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırııcı bir işlemdir. Bu nedenle TMK m. 706 ve TK m. 26 uyarınca devir sözleşmesi resmi şekle tabidir³⁴⁸.

Hakkında arsa payı karşılığı veya gelir paylaşımı inşaat sözleşmesi ve eser sözleşmesi imzalanmış taşınmaz bakımından da bu işlem bir gayrimenkul projesi olarak değerlendirilebilir. Yüklenicinin bu sözleşme ile kendisine düşecek payları veya alacağını adi yazılı bir şekilde üçüncü kişilere devretmesi mümkündür³⁴⁹. Ancak burada yüklenicinin muaccel bir alacağı bulunmadığından alacağını devir anlamına gelecek şekilde sözleşmeden doğan müeccel alacakların GYO'ya sermaye olarak getirilmesi mümkün olmaz.

Tebliğ'de altyapı yatırım ve hizmetleri, kamu idarelerinin yürüttüğü tarım, madencilik, enerji, ulaştırma, turizm, konut, kentsel ve kırsal altyapı, kentsel dönüşüm, çevre, ar-ge hizmetleri ile eğitim, sağlık, güvenlik, adalet, genel idare altyapısı ve benzeri yatırım ve hizmetleri ile bu yatırım ve hizmetlere ilişkin projeler ve bunlara dayalı haklar biçiminde ifade edilmiştir. Kavramda yine proje ifadesi yer aldığından gayrimenkul projelerine ilişkin açıklamalarımız burada da geçerlidir. Bu kavramın içeriği çok geniştir. Ancak konumuz çerçevesindeki sayılan kamu hizmetlerine ilişkin hakların yine eser sözleşmesi ve üst hakkı minvalinde olduğu genel olarak söylenebilir. Diğer yandan bir tarafın idare (kamu) olduğu sözleşmelerdeki hakların devri de ayır bir inceleme konusu olup, özel hukuktaki gibi bir tasarruf serbestisi olmayacağı tabiidir³⁵⁰.

D. Birlikte Mülkiyetin GYO'da Ayni Sermaye Yeterliliği Bakımından Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Tebliğ'in Konuya Yaklaşımı ve Birlikte Mülkiyet Kavramı

Gerek Tebliğ'de ve gerekse TTK'da ayni sermayeye konu unsurun paylı mülkiyete tabi olmasının ayni sermaye yeterliliği bakımından bir engel teşkil edeceği belirtilmemiştir. Elbette, birlikte mülkiyete tabi olsun olmasın ayni sermayenin öncelikle GYO'ya devredilebilir olması gerekir. Tebliğ m. 22/1-b konuyla ilgili olumsuz bir yaklaşım bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Hükme göre GYO'nun portföyüne alınacak her türlü bina ve benzeri yapının yapı kullanma izni alınmış olmalı ve kat mülkiyeti tesis edilmelidir. Ancak, mülkiyeti tek başına ya da başka kişilerle birlikte ortaklığa ait olan AVM, otel, hastane, iş merkezi, fabrika, depo, şube ve ofis binası gibi yapıların, tamamının veya bölümlerinin yalnızca kira geliri için kullanılması durumunda, söz konusu yapının yapı

³⁴⁸ Ertay, Şeref/Cumalıoğlu, Emre/Serdar, İlknur, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 16. Baskı, İzmir 2021, s. 554; Sirmen, s. 614; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 994.

³⁴⁹ Seçer, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 1067; Erman, s. 21.

³⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Odyakmaz, Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789920>.

kullanma izni haiz olması ve taşınmazın mevcut durumuyla tapu senedinde belirtilen niteliğinin uyumlu olmasının yeterli kabul edileceği belirtilmiştir. Hükümden çıkan anlama göre, paylı mülkiyete tabi olarak malik bulunan payın GYO'ya ayni sermaye olarak getirilmesinde kural olarak bir sakınca yoktur.

Mülkiyet hakkının tek bir kişiye ait olması “tek kişi mülkiyeti” ve birden çok kişiye ait olması ise “birlikte mülkiyet” olarak adlandırılmaktadır. Birlikte mülkiyet de paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) (TMK m. 688-700) ve elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) (TMK m. 701-703) biçiminde ikiye ayrılır. Hükümde, başka kişilerle birlikte ortaklığa ait olan ifadesi hem paylı mülkiyete hem de elbirliği mülkiyetine karşılık gelmektedir.

2. Paylı Mülkiyet Kavramı ve Kavramın Hukuki Niteliği

Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malikdir (TMK m. 688). Paylı mülkiyet aynı hukuki statüdeki birden çok kişinin belirli bir eşyaya aynı anda paylı olarak malik oldukları bir birlikte mülkiyet şeklidir³⁵¹. Paylı mülkiyetin hukuki niteliği tartışmalı olup bu konuda öğretilde üç görüş mevcuttur³⁵². Bir görüş uyarınca, paylı mülkiyet ve bu mülkiyet üzerinde ortakların sahip oldukları paylar, eşyanın bizzatı fiziki, maddi varlığına ilişkindir³⁵³.

İkinci görüş ise, eşyanın değil, mülkiyet hakkının kendisinin paylara ayrılmış olduğunu, böylece paylı mal üzerindeki mülkiyet hakkının paydaşlar arasında bölünmüş olduğunu savunmaktadır. Bu kısmi haklar toplanınca eşya üzerindeki tüm mülkiyet hakkı ortaya çıkar³⁵⁴.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş ise, mülkiyet hakkının bazı yetkiler ve yükümlülüklerden oluştuğu fikrine dikkat çekerek, bu yetkilerin bazılarının tasarruf yetkisinde olduğu gibi bölünebilir olduğunu, bazılarının ise eşyayı kullanma ve zilyetlikte olduğu gibi bölünemez olduklarını ifade etmektedir. Paylı malda bölünebilen yetkiler üzerine her paydaşın payı oranında bağımsız hakkı vardır, fakat bölünemeyen yetkilerde herkesin hakkı eşyanın tamamına yayılmıştır³⁵⁵. Paylı mal üzerinde tek

³⁵¹ Geniş bilgi için bkz. Ağca Toplandı, Pınar, Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 31-36; Öztaş, İlker, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 5 vd.

³⁵² Bu görüşler için Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 89-90; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 401 vd; Akipek/Akıntürk, s. 390; Acar, s. 39; Kurşat, Zekeriya, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayıncılık, 2008, s. 15 vd.

³⁵³ Burada hak veya hak sahipliği değil, eşyanın kendisi, fiziki varlığı, paylara, maddi parçalara bölünmüştür. Her pay, paylı malın, belirli ve bağımsız maddi bir parçasını teşkil eder. Ancak, mevcut olan bir dış bağlantı bu kısmi parçaları bir birlik halinde göstermektedir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 401.

³⁵⁴ Bu görüşün TMK m. 688'in kenar başlığı ve metnine ve de TMK m. 690'da paylı yönetim için söz konusu olan çoğunluk ilkesine uygun olmadığı yönünde, Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 89.

³⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Oktay Özdemir, s. 254; Akipek/Akıntürk, s. 390; Öztaş, s. 21-22; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 402.

bir hak bulunduğu, paydaşların, bölünebilen yetkilerde bu yetkilere payları oranında, bölünemeyen yetkilerde ise, bütün eşyaya sahip olduğunu belirten üçüncü görüşün TMK m. 688 vd. hükümlerine daha uygun düştüğü ifade edilmektedir³⁵⁶.

Paylı hak sahipliği mülkiyet bakımından olduğu gibi, sınırlı ayni haklar yönünden de söz konusu olabilir. Hatta maddi olmayan mallar üzerinde de paylı hak sahipliği ilişkisi kurulabileceği ifade edilmektedir. Bu durumda paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin, bu ilişkilere de bünyeleri elverdiği ölçüde kıyas yoluyla uygulanabileceği belirtilmiştir³⁵⁷. Buna karşılık, hakim görüş uyarınca, alacak haklarıyla, bunları teminat altında alan rehin haklarında paylı hak sahipliği ilişkisi kurulamayacaktır³⁵⁸.

3. Paylı Mülkiyete Tabi Taşınmaz Üzerindeki Payın GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulması ve Buna İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi

TMK m. 688 uyarınca paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Paylı mülkiyette her ortak soyut bir pay üzerinde diğer paylardan bağımsız bir tasarruf yetkisini haizdir³⁵⁹. Payın mülkiyet hakkının bir görünümü olarak “hak” olduğu ifade edilmektedir³⁶⁰. Pay tarzındaki bölünmüşlüğe rağmen payın paydaşa bahsettiği yetki ve yükümlülükler bakımından her bir ortak taşınmaz üzerindeki payı oranında malik sıfatıyla tasarruf edebilir³⁶¹. Diğer bir deyişle pay ayrı ve bağımsız bir hukuk objesi olarak hukuki işlemlere konu olabileceğinden kural olarak ve Tebliğ’e de aykırılık içermediği tespit edilmekle, GYO’ya ayni sermaye olarak konulabilir.

Bu bilgiler ışığında her paydaş payını dilediği kişiye ve diğer paydaşların onayını almak zorunda kalmaksızın devredebilir. Hatta paydaş yine diğer paydaşların rızasını almaksızın, payını yasal sınırlar içinde daha küçük paylara ayırabileceği gibi (ifraz), payının tamamını veya bir kısmını da devredebilir. Örneğin bir taşınmaz üzerindeki ½ payının yarısını üçüncü bir kişiye devredebilir³⁶².

Belirtelim ki, paydaşın payı üzerinde devir işlemlerinde bulunması bakımından bazı sınırlamalar söz konusudur. Bu sınırlamaların başında taşınmazlar yönünden yasal önalım hakkı, eşyaya bağlı paylı

³⁵⁶ Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 90; Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 72; Ağca Toplandı, s. 44.

³⁵⁷ Akipek/Akıntürk, s. 390; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 402; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 255.

³⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256.

³⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 565.

³⁶⁰ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 75.

³⁶¹ Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 93; Kurşat, s. 27; Acar, s. 43-44.

³⁶² Berki, Şakir, Ayni Haklar, Ankara 1965, s.7; Esmer, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Baskı, Kazancı Hukuk, İstanbul 1990, s. 146; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 257; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 405; Akipek/Akıntürk, s. 393; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 581.

mülkiyet ilişkisi ile edinilmiş mallara katılma rejimi gelir. Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler (TMK m. 732). Ancak paydaşların, önalım hakkından feragat etmeleri mümkündür (TMK m. 733)³⁶³. Bununla birlikte yasal önalım hakkını kullanmak için öncelikle kanundaki şartlara uygun olarak kurulmuş, geçerli bir satış sözleşmesi bulunması gerekir³⁶⁴. Bununla birlikte satış sözleşmesinden önceki hazırlık ve görüşme hallerinde de satış sözleşmesi yapılmadığından yasal önalım hakkı kullanılamaz. Ancak yasal önalım hakkının kullanılması için borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin yapılması yeterli olup, sözleşmenin ifası yani tescil işleminin yapılması şart değildir³⁶⁵. Konumuz özelinde belirtelim ki, payın bir şirkete sermaye olarak konulduğu hallerde yasal önalım hakkı kullanılamaz³⁶⁶.

Edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (TMK m. 223/2). Burada paydaşlardan her birinin kendi payı üzerinde serbestçe tasarruf kuralından sapma söz konusudur³⁶⁷. Buna göre mal rejimi sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, eşlerden biri diğerinin rızası bulunmadıkça payı üzerinde tasarrufta bulunamaz³⁶⁸.

Paylı mülkiyete konu mal bir taşınmaz ise diğer eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen tasarruflarda işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz. Rızası alınmayan eşin üçüncü kişiye karşı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açarak yolsuz tescilin düzeltilebilmesi mümkündür. (TMK m. 1025/1). Bununla birlikte taşınmaz payını devralan kişi adına tapu kütüğündeki yolsuz tescile güvenerek hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu edinimi TMK m. 1023 gereği korunur³⁶⁹.

³⁶³ Paydaşın payı üzerinde kurduğu sözleşmeden doğan önalım hakkının yasal önalım hakkından sonra geldiği yönünde, Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 95.

³⁶⁴ Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı, Alfa Basım, 1994, s. 54 vd, (“Önalım”); Eren, Fikret, “*Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı*”, GAÜHFD, C. XX, Sa. 1-2 (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan, Ankara 2010, s. 103-126, s. 111, (“Yasal Önalım Hakkı”), Karahasan, M. Reşit, Eşya Hukuku, c. II, Beta Yayınları 2002, s. 830, 839.

³⁶⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 616; Şıpka, s. 54 vd; Eren, Yasal Önalım Hakkı, s. 113.

³⁶⁶ Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 418-419.

³⁶⁷ Sadece devir işleminde değil pay üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis edilmesinde de hükmün uygulanacağı yönünde, Şıpka, Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 135, (“Edinilmiş Mallar”); Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 67.

³⁶⁸ Eşler haricinde üçüncü kişilerin de paydaş olması halinde yine de diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bu halde de tasarruf işlemleri bakımından diğer eşin rızası aranır, bkz. Ayan, Serkan, “*Evlilik Birliğinin Korunması*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 119; aksi yönde, Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (“Aile Hukuku”), detaylı açıklamalar için bkz. Bulut, Meltem, “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX, Sa. 3-4, 2016, s. 48-125.

³⁶⁹ Bulut, s. 136. Bu durumda devre rızası bulunmayan eş tescilin yolsuzluğundan bir hak elde edemeyecekse de bu kez yasal önalım hakkı çerçevesinde hak iddia edebilecektir.

Paydaşın pay üzerinde bazı sınırlı ayni haklar tesis etmesi de mümkündür. Ancak tesis edilecek sınırlı ayni hak, üst hakkı ve kaynak hakkında olduğu gibi eşyanın tamamı üzerinde fiili hakimiyeti gerektiriyorsa, bu sebeple de paylı olarak kurulamıyorsa pay üzerinde bu tip sınırlı ayni haklar kurulamaz³⁷⁰. Buna karşılık payın rehin, intifa veya taşınmaz yüküyle kısıtlanması mümkündür. Söz konusu sınırlı ayni haklar payın tamamı üzerinde kurulabilir, paydaşın sahip bulunduğu payın belirli bir kısmı üzerinde sınırlı bir ayni hak kuramaz³⁷¹.

Netice olarak paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerindeki pay GYO'ya ayni sermaye olarak konulabilir. Payın GYO'ya mülkiyetinden sonra GYO'nun devretmek istediği durumda diğer paydaşların yasal önalım hakkı bulunacağı gibi paylı mülkiyetin yönetimi ve pay üzerindeki tasarruflara dair sınırlamalara riayet etmesi gerekir. Bu anlamda GYO, paydaşların paylı mülkiyet üzerinde fiili taksim yapmamış oldukları durumlarda paylı mülkiyetin tamamı üzerinde fiili hakimiyet gerektiren kira, ürün kirası ve ariyet gibi işlemleri payı üzerinde gerçekleştiremez. Bunun sebebi paylı taşınmaz üzerindeki payın madde ve yer olarak belli olmamasıdır.

4. Elbirliği Mülkiyeti Kavramı ve Kavramın Hukuki Niteliği

TMK m. 701'de elbirliği mülkiyeti, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti biçiminde tanımlanmıştır. Maddenin devamında yer alan, elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkının, ortaklığa giren malların tamamına yaygın olduğu düzenlemesiyle bu durumun bir mülkiyet ortaklığı olduğu belirtilmiştir. Elbirliği mülkiyetinin varlığı ortaklar arasında daha önce mevcut olması gereken bir topluluk ilişkisinin varlığıyla, bu ilişki nedeniyle meydana gelen ve malın tamamını kapsayan paylara bölünmemiş bir elbirliği hak sahipliğiyle söz konusu olur. Hukukumuzda yer alan elbirliği ortaklıkları, miras ortaklığı, mal ortaklığı, aile malları ve adi ortaklıktır. Elbirliği mülkiyetine konu bir taşınmazda maliklerin hepsinin taşınmazın tamamı üzerinde bölünmemiş bir hak sahipliği vardır.

Elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerden³⁷² ilki olan, “ne kadar pay değil, ne oranda pay” görüşüne göre, her ortak, diğer ortakların aynı nitelikteki haklarıyla sınırlı olmak üzere, şeyin tamamına maliktir. Diğer bir görüş paylara bölünmüş paylı hak sahipliği görüşü olup, buna göre, ortaklar, elbirliği mülkiyetinde paylara sahiptir. Öğretideki hakim görüş uyarınca, elbirliği ortaklığının tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Tüzel kişiliğin mevcut olduğu kabul edilirse bu elbirliği mülkiyeti değil

³⁷⁰ Eren, Mülkiyet Hukuku, s.96.

³⁷¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 408.

³⁷² Ayiter, Nuşin, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 15; Akipek/Akıntürk, s. 409.

tek kişi mülkiyeti olacaktır. Ancak, söz konusu ortaklığın bir malvarlığı bulunur ve malvarlığı ortakların tamamına aittir. Hakkın kullanılması ve şey üzerinde tasarruf yetkisi ortakların tamamına aittir (TMK m. 702/2)³⁷³.

Elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyette olduğunun aksine ortaklar bölünmüş veya bölünmemiş maddi veya fikri paylara sahip değildir. Dolayısıyla ortaklar eşya üzerinde tek başına serbestçe tasarruf edemez. Örneğin miras ortaklığı ve eşler arasındaki mali rejimlerinden biri olan mal ortaklığında durum böyledir. TMK m. 257/2 ve 3'te eşlerin ortaklık mallarına bölünmemiş biçimde bir bütün olarak sahip oldukları ve hiçbir eşin ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf edemeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle elbirliği mülkiyetinde ortaklık üyeleri, paylı mülkiyetteki gibi paydaş değil ortak olarak nitelendirilir.

5. Elbirliği Mülkiyetine Tabi Taşınmaz Üzerindeki Hakkın GYO'ya Ayni Sermaye Olarak Konulması ve Buna İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi

Elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz tapu kütüğüne tescil edilirken paylı mülkiyette olduğu gibi bağımsız paylar mevcut olmadığından, tapuda pay şeklinde bir şey gösterilmez. Ortakları tapu kütüğünde pay gösterilmesini talep etseler dahi, bu mümkün değildir, gösterilmişse de geçersiz olduğundan re'sen terkin edilir. Paylar somut ve belirli olmadığından, bunların mülkiyeti de devredilemeyeceği gibi üzerinde sınırlı ayni hak da kurulamaz. Dolayısıyla bunlar yönünden tapuya şerh de verilemez³⁷⁴. Elbette elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz gerek ortakların aralarında anlaşmasıyla ve gerekse mahkeme kararıyla paylı mülkiyete çevrilebilir ve bundan sonra paydaş kendi payını GYO'ya ayni sermaye olarak koyabilir. Bununla birlikte elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazın tüm paydaşların oybirliğiyle GYO'ya taşınmazı sermaye olarak koyabilir.

Netice olarak kanaatimizce elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğu bir taşınmazdaki ortaklık payı GYO'ya ayni sermaye olarak konulamayacaktır.

6. Taşınmazı Taahhüt Edenin Aynı Zamanda Taşınmazın Maliki Olması Gerekliliği

Tebliğ m.7/e uyarınca bir kurucunun GYO'nun kuruluşu için gerekli kaynağı kendi ticari, sınai ve sair yasal faaliyetleri sonucunda her türlü muvazaadan ari olarak sağlaması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükmün sonucunda taşınmazı GYO'ya sermaye olarak getirmeyi taahhüt eden kişinin taşınmazın

³⁷³ Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 130.

³⁷⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 437.

aynı zamanda maliki olması ve taşınmaz edinirken muvazaadan ari olarak edinmiş olması gerekir. Kuruluş için gerekli kaynak GYO'ya taahhüt edilen sermayedir.

Sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın her türlü muvazaadan ari olarak sağlanması ile amaçlanan hususun GYO'ya karşı bu muvazaalı taşınmaz ile ilgili taleplerde bulunulması ihtimalini en baştan bertaraf etmek olduğu söylenebilir. Bu durumda taşınmazı sermaye olarak koymayı taahhüt edenin taşınmazı muvazaalı olarak elde ettiği durumda bunun maddeye aykırılık teşkil edeceği ortadadır. Hatta bu durumda olası bir yargılamada taşınmaz üzerinde uygulamada ihtiyati tedbir konulduğu görülmektedir. Böylece uzun süren yargılama boyunca GYO taşınmaz üzerinde devre ilişkin tasarrufla bulunamayacak ve ortaklığın hisse değeri olumsuz etkilenecektir. Nitekim, Yargıtay'ın uygulaması da tescilin yolsuz olduğunu bilen üçüncü kişinin bu tescile dayanamayacağı yönündedir³⁷⁵.

Sermaye konusu taşınmaz taahhüt eden kurucu tarafından muvazaa değil de inançlı temlik ile edinilmiş ise burada inançlı işlemin özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Muvazaa, gerçekte tarafların istemedikleri bir işlemi üçüncü kişileri yanıltmak için gerçekleştirmeleridir (TBK m. 19). Bu nedenle muvazaa geçersizlik yaptırımına tabidir. İnançlı temlik, inanan kişinin, bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir mal veya hakkı, aynı amacı güden hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak amacıyla inanılan kişiye kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işlemle gerçekleştirilir³⁷⁶. İnançlı işlemler, hakkın devri tarafların iradelerine uygun olduğu için ilke olarak geçerlidir. Ancak, taraflar inananın alacaklılarından mal kaçırmak için bir taşınmazın mülkiyetini inanılana devretmiş, fakat aslında borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesini ve dolayısıyla mülkiyetin devrini istemiyorlarsa burada yine muvazaa söz konusu olduğundan işlem geçersizdir. İnançlı temlik ile muvazaanın benzer ve farklı yönleri vardır. Benzer yönler olarak hem muvazaalı hem de inançlı işlemlerde yeni malikin dışarıya karşı tüm hak ve yetkilerle donatılmış olarak görünmesi, iç ilişkide ise yeni malikin hak ve yetkilerinin sınırlandırılması, konu taşınmazın belli şartlar altında korunacağını ve belirli bir süre sonra eski malike iade edileceğinin kararlaştırılması sayılabilir³⁷⁷. Farkları ise, inançlı işlemlerde muvazaalı işlemlerde olduğu gibi üçüncü kişileri aldatma kastının olmaması, gizli bir işlem olmaması ve tasarruf işleminin tarafların iradesini

³⁷⁵ Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyi niyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK m.1023'te "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki TMK m. 1024'te "bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz." biçiminde vurgulanmıştır.

Y. 14. H.D. 2016/6915 E. Ve 2019/1502 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

³⁷⁶ Öztürk, Gülay, İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, 1998, s. 21.

³⁷⁷ Yılmaz, Süleyman/Pınar, Hamdi, "İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme", AÜHFD 68, 2020, s. 959-998, s. 985.

yansıtması, hukuken geçerli olması ve zamanaşımının TBK m. 125 gereğince on yıl olması şeklinde özetlenebilir³⁷⁸. İnançlı temlik hükümde sayılmadığından Tebliğ m. 7 ve dolayısıyla kanuna bir aykırılık söz konusu olmayacak, muvazaalı biçimde yapılmayan inanca temlik ile edinilen taşınmaz GYO'ya aynı sermaye olarak konulabilecektir. Çünkü açıklandığı üzere inanca temlikte genelde taşınmazı edinenin karşılığında bir alacağı bulunmakta ve bu alacağın teminatı olarak devre konu taşınmaz kendisine temlik edilmektedir.

E. Yurt Dışındaki Taşınmazlar ve Yabancı Ortaklı GYO Yönünden Konunun Değerlendirilmesi

Münhasıran alt yapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan portföyü işletecek GYO'lar hariç olmak üzere Tebliğ'in m. 22/1-ı, GYO'ların mülkiyetlerini edinmek kaydıyla yurt dışındaki gayrimenkullere yatırım yapabileceğini belirtmiştir. Ancak maddeden yabancı ülkede bulunan taşınmaza dair mülkiyet hakkı dışındaki sınırlı aynı hakların sermaye olarak GYO'ya konulamayacağı anlamı çıkmaktadır. Burada ilk başta yabancı ülkedeki taşınmazın değerlemesinin nasıl yapılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Tebliğ m. 35'te "Yurt dışındaki gayrimenkullerle ilgili olarak 34'üncü madde kapsamında yapılacak değerlemelerde, birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz." denilmekle yurt dışındaki taşınmazlarla ilgili m. 34'e atıf yapıldığı görülmektedir. Tebliğ'in "Değerleme gerektiren işlemler" başlığı altında yer alan m. 34/1-h'de değerlendirme gerektiren işlemler arasında "ortaklığa aynı sermaye konulması" sayılmıştır. Dolayısıyla yurt dışındaki taşınmazın aynı sermaye olarak konulması imkanının Tebliğ'de kabul edildiği kanaatindeyiz. Tebliğ m. 35'te yurt dışındaki taşınmaz ile ilgili olarak yapılacak değerlemelerde "gayrimenkul değerlendirme kuruluşlarının Kurulca listeye alınmış olması," şeklindeki şartın aranmayacağı belirtilmiştir. Yine m. 35'in devamındaki ifadede, taşınmazın bulunduğu ülkede Kurul'un muadili bir kurumun bulunması durumunda muadil kurumun listesinde bulunan bir kuruluşun değerlendirme yapabileceği düzenlenmiştir.

Bunun sonucunda yurt dışında bulunan bir taşınmazın GYO'ya aynı sermaye olarak konulmasının ilk şartı taşınmazın bulunduğu ülkede Kurul'un muadili bir kurum olması ve aynı zamanda o kuruluş tarafından yetkilendirilen bir değerlendirme şirketine veya uzmanına değerlemenin yaptırılmasıdır. Vurgulamak gerekir ki; Tebliğ m. 24/1-d uyarınca tüm portföyün yurt dışındaki taşınmazlardan oluşması mümkün değildir. Bu oran ortaklık aktifinin en fazla %49'u olarak belirlenmiştir.

³⁷⁸ Yılmaz/Pınar, s. 986.

Burada yurt dışında bulunan bir taşınmaz ile ilgili TTK m. 343 bakımından mahkeme marifetiyle keşif işleminin ve taşınmaz üzerinde takyidat olmadığına ilişkin belge aslının sunulmasıyla tapuya şerh verilmesi işlemlerinin nasıl yapılacağı üzerinde düşünülmelidir.

Yurt dışında bulunan taşınmaz ile ilgili TTK m. 343 doğrultusunda değer tespiti için açılacak davada keşif ancak istinabe yoluyla yapılması söz konusu olacaktır. Bu durum iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da söz konusu olabilir³⁷⁹. Uluslararası alanda istinabeden yararlanılması için ülkelerin bu konuda ikili anlaşmalarının olması zaruridir. Bu konuda yürürlükte olan çok sayıda ikili anlaşma mevcuttur. Dolayısıyla taşınmazın bulunduğu yabancı ülke ile ülkemiz arasında istinabeye ilişkin ikili bir anlaşma bulunması durumunda taşınmazın değer tespitine ilişkin keşif işlemi o ülkede istinabe yoluyla yapılabilir.

Tapuya şerh verilmesi ve taşınmaz üzerinde takyidat olmadığına ilişkin belge aslının ticaret siciline sunulması zorunluluğu bakımından her ülkenin tapu sicil sisteminde farklı uygulamalar olabileceği dikkate alınmalıdır³⁸⁰. Şerh ile ilgili olarak İTO'nun internet sayfasında aynı "sermaye olarak konulacağına dair beyan" ifadesi yer almaktadır³⁸¹. TSY m. 69'da yer alan; konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı ile aynı sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge biçimindeki hükümlerde "ilgili sicil" ve "kayıtlı bulundukları sicil" ifadeleri ile kastedilenin aleniyeti sağlayan sistem olarak yorumlanması gerekir. İTO'nun aradığı beyanların ilgili ülkenin resmi makamları tarafından usulüne uygun şekilde verilmesi ile ve bu belgelerin apostille tasdik şerhinde olduğu gibi doğrulanmasıyla sorunun aşılabileceği kanaatindeyiz. Nitekim Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına Dair 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olan ülke sayısı 92'dir. Bu yönde bir belgenin ticaret siciline sunulmasında belki uygulamada tereddütler hasıl olabilse de genelge, özelge veya yargı kararları ile yurt dışında bulunan taşınmazların aynı sermaye olarak GYO'ya getirilmesi konusunda uygulamanın gelişeceği değerlendirilmektedir.

GYO'nun kurucularının yabancı uyruklu kişiler olması kanunlara veya Tebliğ'e aykırılık teşkil etmez. Ancak burada yabancı kişilerin ortak olduğu ve taşınmaz ağırlıklı bir portföyü işletecek olan GYO'nun TK m. 36 yönünden değerlendirilmesi gerekir. Bu hükme göre, yabancı sermaye ile kurulan bütün şirketlerin taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinimi ve kullanımı şirket sözleşmesindeki faaliyet amaçlarına uygunluğu yönünden izin ve denetim sistemine tabidir. 2012 yılındaki değişiklik ile

³⁷⁹ Türkiye'de açılan tapu kaydının iptali davasında Alman Mahkemesi tarafından istinabe yoluyla Almanya'da bulunan kişiye yemin ettirilmiştir. Y. 2.HD. T. 13.03.1973 E. K 1627/1564 için bkz. Acun Mekengeç, Merve, Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 344, dñn 1016.

³⁸⁰ Tapu sicil sistemlerinin ve ülkelerdeki farklı uygulamalarına ilişkin açıklamalar için bkz. Antalya/Topuz, Eşya Hukuku, s. 473-496.

³⁸¹ <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler/ticaret-sicili-islemleri/tescil-islemleri/anonim-sirketler>, erişim tarihi: 23.01.2023.

bu düzenleme yabancı sermayenin şirketteki oranının %50'nin altına düşmesi durumunda mülkiyet ve sınırlı ayni hak edinmede yerli sermayeli şirketler ile aynı hükümlere tabi olacağı yönünde yumuşatılmıştır³⁸². Burada, değişikliğin amacının yabancı yatırımcının şirketin paylarının çoğunluğunu ele geçirerek şirket esas sözleşmesinin değiştirmesi ve şirketin faaliyet alanları dışında edinilen taşınmazın kullanılmasının önüne geçmek olduğu düşünülmektedir³⁸³.

II. TAŞINMAZIN SERMAYE OLARAK KONULMASI USULÜ

A. Taahhüt Aşaması

1. Genel Olarak

Sermaye koyma borcunun taahhüt ve tasarruf aşamaları TTK m. 128'de düzenlenmiştir. Hüküm sadece A.Ş.'ler için değil TTK'da düzenlenmiş tüm şahıs ve ticaret şirketlerine sermaye koyma borcu bakımından uygulanacak genel hükümdür. TTK m. 128'deki esaslardan bir bölümü eşya ve borçlar hukukundaki birtakım genel hükümleri tekrar etmekte, önemli bir bölümü ise onlardan ayrılmaktadır. Hükümde taşınmazların sermaye borcuna konu olması için esas sözleşmede yer almasının yeterli olduğu ve bunların ortaklığa devri için ayrıca bir resmi şekil şartına lüzum bulunmadığı kabul edilmektedir.

TTK m. 128/2'de şerh verilmesi sadece taşınmazların ayni sermaye konulmasının ön şartı olarak düzenlenirken sınırlı ayni haklara yer verilmemesi bir eksiklik olarak ifade edilmiştir³⁸⁴. Hükümde sadece taşınmazların tapuya şerh verilmesinden bahsedilmesinin sebebi bilinçli olabilir. Nitekim üst hakkında olduğu gibi bağımsız ve sürekli biçimde tesis edilebilen sınırlı ayni hakların tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebileceğini belirtmiştik. Bu kapsamdaki sınırlı ayni haklar taşınmazlar gibi işlem göreceğinden bunların ayni sermaye olarak taahhüdünde tapuya şerh verilecektir. Ancak bağımsız olmakla beraber süreklilik niteliğini haiz olmadığından taşınmaz olarak kaydedilemeyen veya bağımsız ve sürekli olmakla birlikte kendisine ayrı sayfa açılmamış olan üst hakkının, tasarruf işlemlerine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş tapu sicil sistemimizin işleyişine uygun olmadığından taşınmaz olarak kaydedilmeyen üst hakkı üzerinde bağımsız niteliği haiz olsa dahi tasarruf etmenin mümkün olmadığını savunmaktadır³⁸⁵.

³⁸² Turanlı, Hüsnü, “Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2018, sa. 2, s. 175-212, s. 207.

³⁸³ Turanlı, s. 207.

³⁸⁴ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 75.

³⁸⁵ İmre, Zahit, Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s. 77.

Konuyla ilgili diğer bir görüş³⁸⁶ ise taşınmaz olarak kaydedilmemiş üst hakkının devri için taşınmaz mülkiyeti hükümlerine gerek olmadığını ve alacağın temlik hükümleri çerçevesinde devredilebileceğini ifade etmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş³⁸⁷ bu hususta bir kanun boşluğu olduğunu, sorunun üst hakkının kurulması için gerekli şartların uygulanmasıyla çözülebileceğini, TMK m. 780/2'deki “kazanma” teriminin irtifak hakkının hem tesisini hem de devrini içerdiğini ifade eder. Buna göre üst hakkı nitelik itibarıyla alacak hakkından daha çok taşınmaz mülkiyetine benzemektedir. Sonuç olarak taşınmaz olarak kaydedilmeyen üst hakkının devri için resmi şekle tabi sözleşme sonrasında tapuda devralan lehine tescil yapılması gerekir.

Maddenin getirdiği yeniliklerden birisi aynı sermayenin taahhüdü aşamasında, kurulacak ortaklığın menfaatlerinin korunması amacıyla bazı ek işlemlerin öngörülmesidir. Bu minvalde taşınmazlar bakımından tapu siciline şerh verilmesi aranmaktadır. Hukuken önce taahhüt sonra tasarruf işlemi yapılması gerekmesine rağmen önce hükmün ikinci fıkrasında tasarruf işlemi (şerh verilmesi) ve sonra üçüncü fıkra da taahhüt işleminin düzenlenmesi eleştirilmiş ve bu iki fıkranın yer değiştirmesi gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmiştir³⁸⁸.

TMK uyarınca taşınmazın devri resmi şekil şartına tabidir. Taşınmazı borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere iki aşama ile devredilir. Tapu memuru nezdinde düzenlenen satış senedi ile borçlandırıcı işlem aşaması yerine getirilir ve bu aynı zamanda mülkiyetin devrini sağlayan tasarruf işleminin hukuki sebebi olur³⁸⁹. Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Noterlik Kanunu'na eklenen m. 61/A³⁹⁰ ile sadece satış sözleşmesi yapma

³⁸⁶ Köprülü/Kaneti, s. 169-170; Gürzumar, s. 40-41; Akipek, Jale, G., “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 25-69. s. 34-35; Ünal, Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, s. 147, (“Üst Hakkı”); Gürsoy, Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 204; Kuntalp, s. 549-550.

³⁸⁷ Oğuzman, Kemal, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s. 55, dñn. 105; Aral, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul Üniversitesi, 1962, s. 46 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 683, dñn 425; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 895; Üst hakkı üzerindeki tasarruf işleminin devir olması durumunda bu çözümü benimseyen ve devirden başka bir tasarruf işleminin söz konusu olması durumunda ise öneriler için bkz. Ergüne, Mehmet Serkan, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, İÜHFM, sa. 66/1, 2010, s. 275-291, s. 285-288

³⁸⁸ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 76.

³⁸⁹ 6083 Sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve görevleri Hakkında Kanunu m. 9/4'e göre Genel Müdürlük, sicilleri ve arşivini elektronik ortamda tutma yetkisini haizdir. Hukukumuzda TST'nin Tapu Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması başlıklı m. 12 ve devamı ile TAKBİS uygulaması başlatılmış, yine de defter (kağıt) tapu sicili tamamen terk edilmemiştir. Diğer bir deyişle tapu sicili açısından ülkemizde bilgisayar destekli tapu sicil sisteminin uygulandığı söylenebilir. Detaylı açıklamalar için bkz. Antalya, O. Gökhan, Elektronik Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 30; Kılıç, Mehmet, Türk Özel Hukukunda Elektronik Tapu Sicili, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 2005, s.40.

³⁹⁰ “Taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir. Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler, taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu

yetkisi tapu müdürlükleri haricinde noterlere de tanınmıştır³⁹¹. Taşınmazların genelde taşınırlara göre daha değerli olması nedeniyle taşınmazların devrinde tarafları daha fazla dikkatli olmaya ve düşünmeye yönlendirmek gerekir. Şekil kuralı sayesinde tapu siciline yapılacak olan tescil için sağlam ve güvenilir bir dayanak elde edilir. Taşınmazın devrine ilişkin taleplerin resmi memur önünde açıklanması ve bu arzusun resmi senede geçirilmesiyle tarafların ehliyetsizlik, irade bozukluğu veya sözleşme şartlarının resmi senettekinden farklı olduğuna ilişkin afaki itirazlarda bulunmaları zorlaşır. İspat kolaylığının sağlanmasında sadece tarafların değil, kamunun da yararının bulunması resmi şekil şartı aranmasının gerekçeleri olarak sayılabilir³⁹². TTK m. 128 ile taşınmazın sermaye olarak devrine özgü hiçbir şekil şartı olmadığı söylenemeyecektir. Burada devir için esas sözleşmenin imzalanmasına ilişkin şekil şartı aynı zamanda sermayenin devrine ilişkin borçlandırıci işlemin de şekil şartıdır.

TTK m. 128’de genel olarak sermaye borcunun ifa edilmemesi durumunda ortaklığın veya diğer ortakların başvurabileceği dava ve ihtiyati tedbir müesseseleri düzenlenmiş olup, kanunda ayrıca bu hususlara dair detaylı düzenlemeler yer almıştır.

2. Taahhüdün Hukuki Niteliği

a. Sermaye Koyma Borcu

GYO’nun bir A.Ş. biçiminde kurulması veya A.Ş. biçiminde kurulmadıysa GYO olmadan önce A.Ş.’ye dönüşmesi zorunluluğu, Tebliğ kadar TTK’da A.Ş.’lere ilişkin konumuzla ilgili hükümlerin değerlendirilmesini gerektirir. TTK m. 329’da anonim şirketin sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olduğu, ortakların sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu olduğu ifade edilmiştir³⁹³. Yine aynı anlamda TTK m. 480’e göre, kanundaki istisnalar hariç pay sahibine, esas

sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır.

Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğünce taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir.

Noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar.

Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez.”

³⁹¹ Sadece borçlandırıci işlemin değil tasarruf işlemlerinin de noterler tarafından yapılabilmesi gerektiği görüşü ve düzenleme ile ilgili detaylı eleştiri ve değerlendirmeler için Özmen, Etem Saba, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, Ankara Barosu Dergisi, 80, 2022, s. 501-540.

³⁹² Kılıçoğlu, Ahmet M., “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, AÜHFD, 38, 1981, s. 209-222, s. 209.

³⁹³ eTTK döneminde m. 269 hükmündeki tanım yerine “TTK’ya göre A.Ş., bir unvan altında, iktisadi maksat ve konular için kurulan, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, paydaşların sorumluluğu, üstlendikleri sermaye payları ile sınırlı, ortaklık sıfatı paya göre belli olan, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı, tüzel kişiliği olan bir ticaret ortaklığıdır.” biçiminde önerilen tanım için bkz. İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 22.

sözleşmeyle pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez. Tek borç ilkesi diye adlandırılan bu ilke ile ortağın şirkete karşı sadece sermaye koyma borcu olduğu genelde kabul edilmektedir³⁹⁴.

TTK m. 339/2 çerçevesinde ortaklığın sermayesiyle her payın itibari değeri ve bunların ödenmesine ilişkin şekil ve şartlar A.Ş.’de esas sözleşmenin zorunlu içeriğine dahildir. Hüküm uyarınca pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye paylarının türü ve miktarı da esas sözleşmede yazılmalıdır. Kanun koyucu tarafından esas sözleşmede sadece taahhüt edilen aynı sermayenin miktarının belirtilmesi yeterli kabul edilmemiş ayrıca her bir pay sahibi açısından getirdiği aynı sermayenin miktarının da esas sözleşmede yazılması öngörülmüştür.

b. Sermaye Taahhüdü

Şirketin unsurlarından biri de sözleşme unsurudur. Ticaret şirketi kurmak için kurucular tarafından şirket sözleşmesinin hazırlanarak usulüne uygun şekilde imzalanması ve ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. GYO’ların kurucu sayısı ile ilgili olarak gerek SerPK’da ve gerekse Tebliğ’de bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle TTK m. 338 doğrultusunda GYO tek bir gerçek kişi veya tüzel kişi ile kurulabilir³⁹⁵. Kurucunun/kurucuların irade beyanının yazıldığı esas sözleşmedeki imzaları noter tarafından tasdik edildiğinde veya esas sözleşme ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalandığında bu işlem TBK’nın genel hükümlerinde yer alan tek taraflı varması gerekmeyen irade beyanı kapsamında değerlendirilebilir. Ancak yine de bu durumun esas sözleşmenin (taahhütnamenin) çifte karakterini ortadan kaldırmadığı, şirketin tescili ile tüzel kişilik kazanması sonrasında bu taahhütnamenin (esas sözleşmenin) korporatif etkiye bürünerek kurucunun iradesinden bağımsız bir belge haline geleceği söylenmektedir³⁹⁶.

Birden fazla kurucu varsa, esas sözleşme kurucuların bir GYO kurma konusunda anlaştıklarını gösterir³⁹⁷. Kurucuların birbirlerine yönelmiş irade beyanlarının yazıldığı esas sözleşme özünde edimlerin değişimini amaçlamaz. GYO’nun tesciline kadar TBK’nın genel hükümleri kapsamında şekle, geçersizliğe, irade beyanlarının sakatlığına ilişkin düzenlemelerin gündeme gelebileceği düşünülebilir. Esas sözleşme, bir organizasyon sözleşmesi olarak kabul edilerek tüzel kişiliğin kazanılmasıyla

³⁹⁴ TTK m. 421/2-a hükmünün tek borç ilkesinin istisnası sayılması gerektiği yönünde bkz. Kayış, Ferhat, “Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK 421/2-a Bendinin Değerlendirilmesi”, SÜHFD, sa. 30, 2022, s. 1209-1252, s. 1233.

³⁹⁵ Ayan, GYO’nun Kuruluşu, s. 97.

³⁹⁶ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 281.

³⁹⁷ Öğretideki ağırlıklı görüş, birden fazla kişinin kurucu olduğu A.Ş.’nin esas sözleşmesinin kuruluşta şekle tabi ve çok taraflı bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir; Göle, s. 33; Arıcı, Alacak Hakkı, s. 89, 90; Çok taraflı sözleşme kavramının yapay bir kavram olduğu, ortaklık sözleşmesinin organizasyon sözleşmesi olma özelliğini de içeren bir borç sözleşmesi olmakla birleşme akdi ifadesinin kullanılması görüşündeki, Barlas, s. 63.

bağlayıcı ve düzenleyici bir belge hüviyetine bürünecektir. Bunun sonucu olarak esas sözleşme gerek borç yükleyen ve gerekse organizasyon sözleşmesi özelliklerini barındıran çift karakterli bir hukuki niteliği haizdir.

Borçlar hukukunda borcun kaynaklarından belki de en önemlisi taraflardan birisine veya taraflara çeşitli borçlar yükleyen hukuki işlemler olan sözleşmelerdir. Bir A.Ş. olan GYO'nun esas sözleşmesinden doğan borç ise sermaye koyma borcudur. Esas sözleşmeyle kurucular katılma payı olarak Tebliğ'de sayılan değerleri GYO'ya getirmeyi taahhüt ederler. Bu borcun yerine getirilmemesinin GYO'nun gayrimenkul yatırım ortaklığı olarak faaliyet yürütmemesi ve hatta sona ermesine kadar uzanacak birçok sonucu olacaktır.

Sermayenin GYO'ya konulması için öncelikle esas sözleşme ile taahhüt edilmesi gerekir. Bu minvalde A.Ş. biçiminde kurulan GYO'nun esas sözleşmesi TTK ve Tebliğ'de esaslı unsurları belirlenmiş tipik bir sözleşmedir³⁹⁸. Nitekim, TTK m. 340'a göre esas sözleşme ancak kanunda açıkça izin verilen haller söz konusuysa A.Ş.'ye ilişkin hükümlerden sapabilir. Öğretide³⁹⁹ tipik-atipik sözleşme ayrımının genellikle iki taraflı sözleşmeler için kullanılan bir kavram olduğundan, bu ayrımın esas sözleşme bakımından sadece esas sözleşmenin asgari içeriğinin ve esaslı unsurlarının kanunda öngörülmüş olmasına yönelik bir anlam ifade ettiği belirtilmiştir. Bununla birlikte TTK'nın esas sözleşmenin içeriğini sınırlı bir zorunlulukla belirlediği ve bunun sonucunda her bir A.Ş.'nin esas sözleşmesinin birbirinden farklı hükümler içerebileceğine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla tek kişilik bir A.Ş.'de pay sahibinin kurumsal bir yapıdan bilinçli bir şekilde kaçınmasıyla düzenlenen esas sözleşmenin, halka açık ve payları borsaya kote edilmiş bir A.Ş.'nin esas sözleşmesiyle farklılık arz etmesi olağandır. Sonuç olarak esas sözleşmenin tipik bir sözleşme olması iki taraflı sözleşmelere özgü tipiklik biçiminde tezahür etmeyecek, yani edimlerin değiş tokuşunu değil, kanun esas sözleşmenin asgari içeriğini belirlemek suretiyle paya bağlı düzeni güvence altına almayı hedefleyecektir.

Esas sözleşme TTK'da düzenlenen bir ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilir⁴⁰⁰. Ortaklık sözleşmeleri iki veya daha ziyade kimsenin ortak bir amaca erişmek için emek ve/veya sermayelerini birleştirmeyi borçlandıkları sözleşmelerdir. Tek kişi tarafından kurulan GYO yönünden esasen ortada bir sözleşme yoktur. Tek pay sahibi bulunan AO'larda esas sözleşmenin yerini tek yanlı bir hukuki işlem olan taahhütnamenin alacağı hatta esas taahhütname biçiminde adlandırılabilceği ifade edilmiştir⁴⁰¹.

³⁹⁸ Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 21, ("Anasözleşme")

³⁹⁹ Yusufoglu, s. 144-145 dnp 410.

⁴⁰⁰ Yavuz/Acar/Özen, c. 1, s. 25.

⁴⁰¹ Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 82-83, ("Tek Kişi Ortaklığı").

Aynı sermaye taahhüdünün, bir katılım taahhüdü ve diğer yandan da ifanın nasıl yapılacağına ilişkin bir sermaye anlaşması bağlamında iki farklı hukuki işlemin iç içe geçmiş şekilde dış dünyaya yansımaları olduğu ifade edilmektedir⁴⁰². Söz konusu yansıma esas sözleşme sayesinde gerçekleşir. İç içe geçen katılım taahhüdü ile sermaye anlaşması taşınmazın aynı sermaye olarak konulmasında özellikle kendini gösterir. Çünkü TTK m. 128/3 uyarınca taşınmaza ilişkin sermaye taahhüdü esas sözleşmede yer almakla ayrıca bir şekil şartı aranmaz ve ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek olmaz. Bunun manası, kuruluştaki esas sözleşmede yer alan aynı sermaye taahhüdünün bir kurucu tarafından diğer kuruculara yöneltilen ve sermaye artırımında ise şirkete yöneltilen bir irade beyanı oluşudur⁴⁰³. Aynı sermaye taahhüdünde bulunan kurucu, hem diğer kuruculara yönelik şirket kurma yönündeki iradesini ortaya koymakta ve ortak sıfatını kazanmanın ön şartı olan sermaye koyma borcunu taahhüt etmekte, hem de koyacağı sermayenin niteliklerini sermayenin belirliliği ilkesi doğrultusunda bildirmiş olmaktadır.

Aynı sermaye taahhüdünde bulunan, TTK m. 128 uyarınca esas sözleşmeyle borçlandırıci işleminin mevcudiyetini ancak şerh verilmesiyle sağlayabilir. Esas sözleşmenin hazırlığı ile başlayan ortaklık kurma süreci, noterde imza tasdikine veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanmaya kadar adi ortaklık, bundan sonra A.Ş. ile benzer özellikleri haiz, tüzel kişiliği bulunmayan bir ön şirket şeklinde değerlendirilmektedir⁴⁰⁴. Aynı sermaye taahhüdünün ileride tüzel kişilik kazanacak GYO lehine yapılmış TBK m. 129 anlamında üçüncü kişi yararına taahhüt niteliğine sahip bir alacak hakkı oluşturduğu söylenebilir⁴⁰⁵. Bunun kabulü halinde tüzel kişiyi oluşturan işlem, gelecekte var olacak tüzel kişi lehine taahhüt de içermektedir. Taahhüt anında GYO'nun henüz hukuk alanında bulunmayışı üçüncü kişi lehine sözleşme yönünden lehdar olmasına engel değildir⁴⁰⁶. Bu durumda işlemin bir tür geciktirici şarta bağlı olduğu ifade edilebilir⁴⁰⁷.

⁴⁰² Arıcı, M. Fatih, “Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, (Ed. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 103-127, (“İmkansızlık”); Bu iki hukuki işlemin ayrı şekilde yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı yönünde, Çonkar, s. 311.

⁴⁰³ Yusufoglu, s. 167.

⁴⁰⁴ Barlas, s.14; Bahtiyar, s. 48-49; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 39; Tek ortaklı A.Ş.'nin kuruluşunda ön şirketin söz konusu olamayacağı, çünkü bu şirketteki elbirliği mülkiyet yapısının birden fazla kişinin katılımını şart koştuğu ve bunun da tek ortaklı kuruluştaki söz konusu olamayacağı yönünde, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar I, s. 346.

⁴⁰⁵ Kapancı K. Berk, “Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Hakların Anonim Ortaklıklara Aynı Sermaye Olarak Getirilmesinde Türk Ticaret Kanunu'nun 128.Maddesinin İkinci Fıkrası Uyarınca Tapu Siciline Düşülmesi Öngörülen Şerh Kaydı Üzerine Düşünceler”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Karagöz, Havva/Özcanlı, Beril/Palanduz, Seda (Eds.), 20-22 Temmuz 2020 Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, s. 55-85, s. 75.

⁴⁰⁶ Kapancı, s. 76.

⁴⁰⁷ Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 91; Aslan, Yavuz Can, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 38.

c. Sermaye Taahhüdünün Şekil Şartı

aa. Esas Sözleşmeye Yazılma

Kurulacak veya dönüşecek olan GYO'ların şekli ve esasları SPK tarafından belirlenecek standart form ve bu formda belirtilen belgelerle birlikte Kurula başvurmaları zorunludur (Tebliğ m. 8/1)⁴⁰⁸. Söz konusu formlar arasında sayılan standart esas sözleşmede başlangıç sermayesinin ne kadarının aynı sermaye olarak konulduğu yazılacak ve Ek 3- GYO kuruluş başvuru formunda ise şirketin ortaklık yapısı ve sermayesi hakkında bilgiler yer alacaktır. Bir A.Ş. için esas sözleşmede yer alması gereken hususlar TTK m. 339/2 ile hüküm altına alınmış olmakla birlikte GYO'lar için Tebliğ'de esas sözleşmede yer alması gereken zorunlu unsurlara standart esas sözleşmede yer verilmiştir. Burada TTK m. 340'ta belirtildiği şekilde SerPK'nın öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri çerçevesinde TTK'nın A.Ş.'lere ilişkin hükümlerinden sapma söz konusudur. Bunlara örnek olarak sermaye tutarı, oranları ve kurucuların özelliklerine ilişkin hükümler verilebilir. Bu şekilde A.Ş.'ye uygulanacak hükümler, sözleşmenin tarafları yerine Tebliğ ve dolayısıyla SerPK tarafından belirlenmiştir.

Tebliğ'de sermaye taahhüdüne ilişkin şekil şartı hakkında başkaca bir belirleme yapılmadığından, Tebliğ m. 9'un atfıyla TTK m. 342, m. 343 ve m. 342'deki atıf ile TTK m. 128'i dikkate almak gerekir. Ticaret şirketlerine aynı sermaye getirilmesi için gereken şekil şartının TTK m. 128'de düzenlendiğini belirtmiştik. Buna göre, GYO'ya aynı sermaye olarak taşınmaz veya taşınmaza dayalı sınırlı aynı hakların getirilmesinde, taşınmazı ve taşınmaza dayalı hakları içeren esas sözleşme, noter veya tapu sicilindeki resmi senet ile aynı geçerliliktedir⁴⁰⁹. eTTK'daki taşınmazın aynı sermaye olarak getirilmesine ilişkin şirket sözleşmesi kaydının resmi şeklin yerini tutacağı prensibi TTK'da muhafaza edilmiştir.

Standart esas sözleşmede aynı sermaye konulduğunun belirtilmesi halinde çıkarılmış sermayenin nakden ödenen kısmının Tebliğ'de belirtilen oranın altına düşmemesi gerektiği hususunun dikkate alınması gerekir. Bunun sonucu olarak Tebliğ'de belirlenen başlangıç sermayesinin tamamen aynı sermayeden oluşması mümkün değildir. Ancak tamamen nakit olarak konulmasına bir engel yoktur. Elbette, nakit olarak konulan sermaye ile Tebliğ'de belirlenen oranlara uygun şekilde taşınmaz ağırlıklı GYO'nun portföyünün oluşturulması şarttır.

⁴⁰⁸ SPK'nın internet sitesinde başvuru belgeleri arasında "standart esas sözleşme" biçiminde esas sözleşme de sayılmıştır.

<https://spk.gov.tr/kurumlar/yatirim-ortakliklari/gayrimenkul-yatirim-ortakliklari/basvuru-surecleri/kurulus-donusum>, erişim tarihi: 25.12.2023.

⁴⁰⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 115.

GYO'ya karşı sermaye koyma borcu üstlenen kurucu, koyduğu sermaye karşılığında GYO'da pay sahibi olur. Ancak sermayenin şarta bağlı olarak getirilmesi kabul edilmeyecektir (TTK m. 335/1). Benzer şekilde, tasarruf yetkisinin ortaklığa geçmemesine yönelik bir hüküm de geçersizdir. İrade sakatlığının ortaklığın tescilinden önce ileri sürülmesi istisna olmak üzere, sermaye taahhüdü, müstakbel ortağın ortaklığa karşı yükümlendiği şarta bağlı olmayan ve geri alınamayan taahhüdüdür⁴¹⁰. Esas sözleşmenin imzalanması ve onaylanmasıyla geçerlilik kazanan bir borç olan sermaye koyma borcunun, ortaklığın tüzel kişilik kazanamaması bozucu şartına bağlı olduğu ifade edilmektedir⁴¹¹. Diğer bir deyişle borç, ortaklık tüzel kişilik kazanmadığı takdirde sona erecektir.

Aynı sermaye konulması diğer kurucuların bunu kabul etmelerine bağlı olduğundan, burada tek taraflı bir taahhütten bahsedilemez. Aynı sermaye taahhüdü ancak diğer kurucular tarafından kabul edildiğinde sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır⁴¹².

GYO tüzel kişiliğinin ortaklarından ayrı bir malvarlığı ve kişiliği bulunmaktadır. Bunun sonucunda, ortağın tek borucu şirkete karşı olan sermaye koyma borcudur. Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi halinde şirket alacaklıları pay sahiplerine başvuramayacaktır⁴¹³.

bb. Tapuya Şerh Verilmesi

TTK m. 128/2, aynı sermaye konusu değer, taahhüt edilmesinden ortaklığın kuruluşuna kadar olan sürede geri dönüşü olmayacak biçimde üçüncü kişilere geçişini ve ortaklığın hakimiyetinden çıkmasını engelleyen eTTK'da bulunmayan birtakım tedbirler getirmiştir. GYO'lar için de geçerli olan bu tedbirler, taahhüt aşamasından sonra taşınmazlar yönünden tapuya şerh verilmesini öngörmektedir. Şerh işlemi üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf edici bir etkiye sahiptir⁴¹⁴. Düzenleme ayrıca bazı kötü niyetli ortakların, maliki bulundukları taşınmazların mülkiyetini taahhüt ettikleri gibi şirkete intikal

⁴¹⁰ Yusufoglu, s. 166.

⁴¹¹ Göle, s. 34; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 53; Sevi, s. 121.

⁴¹² Yusufoglu, s. 169.

⁴¹³ Sumer, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 183; Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku c. I, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 49-52; Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 15; Pulaşlı, Şerh, c. II, s. 1385-1389; Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 109; Yargıtay konu ile ilgili verdiği bir kararda özetle, (YHGK, 11.05.2016, T., E.2014/12-1078, K. 2016/600) limited şirket alacaklısının, borçlu limited şirkete karşı sermaye koyma borcu bulunan ortağın üçüncü kişi olması nedeniyle bu ortağa İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 89 uyarınca haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle şirkete konulacak sermaye borcunun talep edilebileceği yönünde karar vermiştir. Bu karar bağlamında, limited şirketler hakkında TTK'da 329/2 yönünde bir hüküm bulunmaması birlikte TTK'nın şirket alacaklılarına doğrudan ortaklara başvuru hakkı vermemesi ve bunun İcra ve İflas Kanunu ile mümkün olmasının kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacağı yönünde, Alışkan, Murat/Cankat, Rifat, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 129-178.

⁴¹⁴ Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, 2022, s. 118, ("Ortaklıklar Hukuku"); Bozkurt, Tamer, Şirketler Hukuku, Yetkin Yayınları 2023, s. 118; Şerhin kişisel hakların etkisinin güçlendirilerek üçüncü kişilere karşı ileri sürülme etkisinden ziyade, malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran bir etkisi olduğunu kabul eden, Özkan, s. 122 dnpn 17; Aynı yönde Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 41.

ettirmek yerine konu taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler lehine ayni hak tesis etmelerini önlemektedir⁴¹⁵. Maddenin gerekçesinde, hükmün sermaye olarak konulan para dışındaki değerleri korumak, şirketin kuruluş aşamasında sorunlarla karşılaşmamasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü, şerhin üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıracabileceği düşünüldükten, bunun da sermayenin korunması açısından önemli bir etkiyi haiz olduğu sonucuna varıldığı ifade edilmiştir⁴¹⁶.

TTK m. 128/2'de taşınmazların ancak tapu siciline şerh verildikleri takdirde ayni sermaye olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu gerekliliğin sağlanmaması, TSY m. 69/f ve TSY m. 34/1-c doğrultusunda şirketin tesciline engel olacaktır. Diğer bir deyişle şerh işlemi tevsik edilmediği takdirde ticaret sicil müdürlüğü ayni sermayeyi kabul etmeyeceği gibi GYO'nun tescilini de yapmayacaktır⁴¹⁷. Şerhin kim tarafından verileceği hükümde belirtilmemiş olduğundan şerhin TMK m.1013/1 ve TST m. 17/1 uyarınca malik tarafından verilmesi gerektiğinde tereddüt yoktur. Konuyla ilgili TKGM'nın 06.02.2013 T. ve 1744 numaralı genelgesinde (2013/7) kuruluş ve sermaye artırımlarında şerh talebinin, taşınmazın değerinin tespiti sonrasında raporun tapuya sunulması ile malik tarafından yapılacağı belirtilmiştir⁴¹⁸.

Moroğlu⁴¹⁹, şerh şartından sonra ayni sermayenin mülkiyetinin geçmesi için ticaret sicil müdürü bildiriminin gereksiz olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazara göre, maddenin birinci fıkrasında ortağın sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduğu belirtildikten sonra taşınmazın ancak şerh şartıyla ayni sermaye kabul edileceği yönündeki ifade tutarsızdır ve mefhumu muhaliften şerh şartına uyulmaması halinde nakdi sermaye taahhüdü konulması biçiminde anlaşılabilir. Şirkete taşınmazın sermaye olarak konulmasındaki temel sorun, bu hakların şirketin ticaret siciline tescilinden önce TMK m. 1023 doğrultusunda üçüncü kişiler tarafından iyiniyetle iktisabıdır ve bunun önlenmesi için getirilen şerh şartı yeterli değildir. Hüküm yazılırken sadece kuruluş eksenli kaleme alınmasını ayrıca eleştirmiş, sermaye artırımının da dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmıştır.

⁴¹⁵ Özdamar, Taşınmaz, s. 102.

⁴¹⁶ Düzenleme esasen mehz İsviçre hukukunda uzun bir geçmişe sahip olup, eTTK dönemindeki Türk öğretisinde gündeme gelmiştir. Nitekim mehz hukuktaki buna ilişkin düzenleme eTTK m. 285/2'nin Hükümet Tasarısı metninde yer almış, ancak Adliye Encümeni'nin bu maddeye yaptığı müdahaleyle hükme dahil edilmemiştir. Nakleden, Çonkar, s. 394.

⁴¹⁷ Özkan, s. 122.

⁴¹⁸ Biçkici, Atakan, Taşınmazların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Konulması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 82.

⁴¹⁹ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 77-79.

Şerhin malvarlığının korunması ilkesinin bir tezahürü olduğu söylenebilir⁴²⁰. Burada amaçlanan sermayenin daha taahhüt aşamasında korunmasıdır⁴²¹. Şerh taahhüt aşamasından şirkete intikaline kadar tapuyu tasarruflara kapatmamakla birlikte şerhin varlığını gören üçüncü kişi taşınmazı devralmaktan imtina edebilir ve bu anlamda dolaylı bir koruma sağlanmış olabilir⁴²². Ancak burada kurulmamış bir şirket yönünden malvarlığının sermayeden oluşacağı dikkate alındığında şerh gerekliliği malvarlığının korunması ilkesinden ziyade “sermayenin korunması” anlamında değerlendirilebilir⁴²³. Esas sözleşmeyle taahhüt edilmesine rağmen taşınmaza ilişkin şerhin verilmesinde malikin direnime göstermesi durumunda diğer kurucular taahhüt edene karşı şerhin düşülmesi için bir ifa davası açabilir⁴²⁴. Davanın kazanılması ile verilen mahkeme kararı, taahhüt edenin şerh talebinin yerine geçer⁴²⁵. Sermaye taahhüt edenin şerh talebinde bulunmaması, taahhüt açısından geçersizlik sebeplerinden “noksanlık” olarak değerlendirilebilir⁴²⁶.

TMK’da kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi ve geçici tescil şerhi olmak üzere düzenlenen üç tür şerh mevcuttur. Öğretide tespit edebildiğimiz kadarıyla bu şerh, geçici tescil şerhi olarak değerlendirilmemektedir⁴²⁷. Geçici tescil şerhinin mümkün olmamasının gerekçesi ise henüz ortada sadece borçlandırıcı işlemin bulunması ve bunun ötesinde bir hak kazanımının söz konusu olmaması biçiminde açıklanabilir⁴²⁸. Buradaki şerhin geçici tescil şerhi olduğunun kabulü kanaatimizce ancak tescilsiz iktisap görüşünün kabulüyle mümkündür. TMK m. 1011’de tasarruf yetkisini tespit eden belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasının kanunen mümkün olması ve bütün ilgililerin rızasıyla geçici tescil şerhi verilebileceği düzenlenmiştir. Geçici tescil şerhi verilebilmesinin diğer bir sebebi olan aynı hak iddiasının aynı sermaye taahhüdü bakımından gündeme gelmemesi gerekir. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasının GYO’ya tüzel kişilik kazandıran tescil işlemine karşılık geldiği düşünülebilir. Ancak burada tasarruf yetkisini

⁴²⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 114; Güngör, Seda Ş., “Ticaret Şirketlerinde Sermaye ve Sermaye Koyma Borcunun İfa Edilmesi”, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 2016:02/03, s. 110-117, s. 114; Karaman Coşgun, Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, MÜHFHAD, c.18, sa. 2, İstanbul 2012, s. 333-348., s. 342.

⁴²¹ Özdamar, Taşınmaz, s. 101.

⁴²² Tekinalp, Ünal, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, c. II, s.1681-1699, s. 1683, (“Sermayenin Korunması”).

⁴²³ Kapancı, s. 67.

⁴²⁴ Kapancı, s. 77.

⁴²⁵ Kararın neticesinin ifaya mahkum edilme olduğu yönünde bkz. Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. I, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 389. Dava devam ederken davalının/taahhüt edenin tasarruf yetkisi halen kısıtlanmadığı için kurucunun başkası lehine taşınmaz üzerinde hak tesisine engel olunamayacağı ve bu nedenle TMK m. 1010 b.1 geniş yorumlanarak “çekişmeli haklar şerhi” ile bir tür tasarruf yetkisi kısıtlamasının sağlanabileceği ve bunun sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getireceği yönünde bkz. Kapancı, s. 78, dñn 79.

⁴²⁶ Çonkar, s. 432.

⁴²⁷ Gerekçe sunmaksızın TTK m. 128/2’deki şerhin geçici tescil şerhi mahiyetinde olmadığı yönünde, Çonkar, s. 417.

⁴²⁸ Kapancı, s. 69.

belirleyen belgenin taşınmazın o anki malikinin tasarruf yetkisine ilişkin olduğu belirtilmelidir. Ayrıca şerhe konu hak sonradan gerçekleştiğinde, şerh tarihinden başlayarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TMK m. 1011). Bu durumda şerh tarihinde henüz GYO tescil edilmemiş ve tüzel kişilik kazanmamıştır. Tescilsiz iktisap görüşünde GYO tescil edilip tüzel kişilik kazandığında kendiliğinden mülkiyeti kazanır. Ön GYO bakımından konu değerlendirildiğinde ise, hukukumuzda ön şirket kavramının halen olgunlaşmamış olduğu dikkate alındığında şerh tarihi itibarıyla ön GYO'nun malik olacağı kesin olarak söylenemeyecektir⁴²⁹.

Buradaki şerhin TMK m. 1009'da düzenleme altına alınan bir kişisel hak şerhi olduğu da öğretide savunulmaktadır⁴³⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre, esas sözleşmede taahhüt edilmesi sonrasında bu şerhin düşülmesi, aynı hakkın kazanılmasına kadar geçecek olan zamanda eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki aracılığıyla sermayenin korunmasını sağlar⁴³¹. Bu yönden tescille iktisap veya tescilsiz iktisap görüşlerinden hangisi benimsenirse benimsensin TTK m. 128'deki şerhin kişisel hak şerhi olduğu kabul edilebilir. TTK m. 128 ile esas amaçlanan taahhüde konu taşınmaz üzerinde şirketin tescilden sonra malik sıfatıyla tasarruf etmesine yönelik muhtemel engelleri bertaraf etmektir. Şerhin sağladığı bu güvence, ortaklığın kişisel hakkını kuvvetlendirmekte ve sonradan taşınmaz üzerinde aynı hak edinen kişilere karşı da ileri sürülebilir hale getirmektedir⁴³².

Şerhin kurucu nitelikte olduğu kabul edildiğinde etkisi üçüncü kişilerin iyiniyetinin bertaraf edilmesi değil, geçerli bir şekilde hak kazanan üçüncü kişilerin sonradan şerhin lehine verildiği kişinin hakkına riayet etmesidir⁴³³. Yoksa verilen şerh tapuyu tasarruflara kapatmaz. eTTK döneminde, bu şekilde bir şerh kaydı düşülmesi söz konusu değildi. Uyuşmazlıklarda taahhüt eden hak sahibi aleyhine açılacak TMK m. 716'daki tescile zorlama davasında⁴³⁴ tapuda tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi anlamında ihtiyati tedbir kararı verilmesi gündeme gelmekteydi. Bunun kaynağı, eTTK m. 140/5

⁴²⁹ Ön A.Ş. üzerine bulunan bir taşınmaz varsa devir gereksizsin tapu sicilinden düzeltilmesiyle A.Ş. unvanına tescil edileceği yönünde, Moroğlu, Erdoğan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, Bildiriler-Tartışmalar" BATİDER, 2005, s. 77, ("Batider"); Bu haliyle TTK m. 335 hükmünün hem sermaye olarak konulan taşınmazın mülkiyetinin şirket geçişine ilişkin TTK m. 128 ile, hem şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce yapılan işlemlerin ve giderlerin (dolayısıyla hak ve borçların) şirket tüzel kişiliğine intikali koşullarını belirleyen TTK m. 335/2-3 ile çelişkili olduğuna ilişkin, Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 135; Ön şirketin malvarlığı olamayacağı yönünde, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 43; Ön şirketin tüzel kişilik kazanamaması durumunda, tabi olduğu anonim veya limited şirkete ilişkin yasal düzenlemeye göre tasfiye etmeden, kuruluşa kanunda öngörülen kısmi veya tamamı ödenmiş pay bedellerinin kurucu ortaklara iadesinin hukuken mümkün olmadığı ve dolayısıyla ön şirketin malvarlığı olabileceğini ifade eden, Pulaşlı, Şerh c. 1, Nr. 63.

⁴³⁰ Kapancı, s. 83; Çonkar, s. 424; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 354; Sevi, s. 269. Şerhin tasarruf kısıtlaması şerhi olduğu yönünde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223; Sirmen, s. 238; Şerhin klasik bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi olduğu gibi, şerhin aynı zamanda gerçek olmayan tasarruf kısıtlaması şerhlerine özgü iyiniyeti kaldırıcı bir etkisinin bulunduğu ilişkin, Akdağ/Gümüş, Taşınmazlar, s. 41.

⁴³¹ Kapancı, s. 83.

⁴³² Çonkar, s. 425.

⁴³³ Kapancı, s. 68.

⁴³⁴ Bu davanın aynı hakka dayalı bir tapu sicilinin düzeltilmesi davası olduğu yönünde, Moroğlu, *Taşınmaz Mal Taahhüdü*, s. 17.

c.1'den alınarak TTK m. 128/8'e de konulan ihtiyati tedbir talebinin mümkün olması idi. eTTK m. 140/5' ten alınarak TTK m. 128/8'e de konulan ihtiyati tedbirle ilgili hükme, TTK m. 128/2'nin getirilmesi üzerine özellikle taşınmazlar üzerindeki aynı hakların sermaye olarak getirilmesinde ihtiyaç kalmadığı ifade edilmektedir⁴³⁵. Yine, maddede yer alan şerh ön şartına rağmen ticaret sicil müdürlüğüne verilen tescili talep yetkisinin de gerekli olup olmadığının sorgulanması gerektiği ve şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmesine rağmen ticaret sicil memurunun resen tescili talep yetkisine ve kurucuların ihtiyati tedbir istemine gerek kalmadığı ifade edilmektedir⁴³⁶.

Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ'in (SAİT) m.4/6'a göre, mal ve hakların ilgili sicillere şirkete aynı sermaye olarak konulduklarını belirten bir şerh verilerek belirgin duruma getirilmesine rağmen, ilgili müdürlükçe tescil edilinceye kadar söz konusu mal ve hakların başkasına devredilmesi veya üzerinde aynı bir sınırlama getirilmesi halinde ilgili sicilleri tutan kurumlar durumu derhal ilgili müdürlüğe bildirir. Bildirim üzerine, müdürlük bu hususu gerekçe olarak belirterek tescil talebini reddeder. Böylece şerhe rağmen üçüncü kişiye taşınmazın devredildiğinin tespit edilmesi halinde ticaret sicilinin şirketin tescil talebini reddedeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin TTK m. 128 amacıyla bağdaşmadığı, amacın sermayenin korunması olduğu ve şirketin tüzel kişilik kazandıktan sonra ancak taşınmaz ile ilgili hukuki yollara başvurması mümkün bulunduğundan şirketin tescilinin reddedilmesinin bu imkanı ortadan kaldıracığından bu düzenlemenin ölçüsüz bir çözüm getirdiği söylenebilir⁴³⁷.

Bu iki madde TTK m. 128 hükmü ve gerekçesi ile değerlendirildiğinde, taahhüde konu taşınmazla ilgili verilen şerh sonrasında gerçekleşen kazanımlara karşı bu şerhin ileri sürülebileceğinde tereddüt yoktur. TTK m. 128'de bahsi geçen şerhin gerçekten şerh mi yoksa beyan mı sayılacağı konusunda bir an için duraksama söz konusu olsa bile TMK m. 1012'de bir taşınmazın eklentilerinin malikin istemi üzerine kütükteki beyanlar sütununa yazılacağı belirtilmiştir. TMK m.686'daki tanım karşısında bu şerhin beyan olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını düşünürüz⁴³⁸.

Bu konudaki bir başka muhtemel sorun, şerhin taşınmazı taahhüt eden kişi tarafından ne zaman yapılacağıdır. TTK'da buna ilişkin bir belirleme olmamakla birlikte herhalde bu işlem esas sözleşmenin kurucular tarafından usulüne uygun şekilde imzalanması sonrasında yapılmalıdır.

⁴³⁵ Çelik, Aytekin, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, c. XV, s. 31-64, s. 35.

⁴³⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 126.

⁴³⁷ Bu yönde, Sirmen, s. 238-239, dñ 514; Yusufoglu, s. 178 ve s. 218; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 355. Gürbüz Usluel, Aslı, "Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Aynı Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları", İÜHF 71 2014, s. 145-164, s. 155.

⁴³⁸ Aynı görüşte Çonkar, s. 417.

3. Taşınmazın Değerlemesi Süreci

a. Genel Olarak

Tebliğ m. 9 atfıyla TTK m. 342 ve m. 343 doğrultusunda bilirkişi tarafından ve yine Tebliğ'in sekizinci bölümünde belirtilen esaslar dahilinde aynı sermaye konusu taşınmazın değeri tespit edilir. Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve ayınlara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve TTK m. 342'ye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri, aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir (TTK m. 343).

TTK m. 343 aynı sermayeye mahkemenin atadığı bilirkişiler tarafından değer biçilmesi yönünden eTTK m. 303/2 ile benzerdir. Değerleme raporuna ilişkin düzenlemeler ise yenidir. Mahkeme aracılığıyla bilirkişinin yapacağı ve bağımsız değerlendirme kuruluşu tarafından yapılacak değerlemenin esas sözleşme hazırlanmadan evvel yapılması gerekir. 2017/1132/AB Yönergesinin 49. maddesi uyarınca getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin değeri idari veya yargı makamlarının atadığı üye devletlerin uygulamasına göre bilirkişiler veya tüzel kişiliği bulunan değerlendirme kuruluşları tarafından tespit edilir⁴³⁹. Yönerge m. 51'de bilirkişilerce değerlemesine ihtiyaç duyulmayan haller düzenlenmiş ancak taşınmazlara yönelik bir muafiyet öngörülmemiştir.

⁴³⁹ Yönergenin tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02017L1132-20220812&qid=1704207055835#tocId2>; Bağımsız değerlendirme ve bunun yayınlanmasıyla aynı sermayenin görünen değerinin garanti altına alınabileceği yönünde, Grundmann, Stefan, European Company Law, Intersentia 2nd Edition Uk 2012, s. 221.

İngiliz hukukunda aynı sermaye değerlemesi bakımından büyük ölçüde şirket yöneticilerinin muhakemesi, basireti ve dürüstlüğü öne çıkmaktadır. Mahkemeler normal şartlar altında değerlemenin gerektiği gibi yapılmadığı durumlar haricinde sürece dahil olmamaktadır, bkz. Gerner-Beurle, Carsten/Anderson Schillig, Michael, Comparative Company Law, OUP Oxford, 2019, s. 345.

Buna göre tarafların yaptığı değerlendirme, hile ve kötü niyet olmadıkça veya değerlemenin yetersizliği açıkça tespit edilir nitelikte değilse kabul görecektir Re Wrapp Ltd (1897) kararı uyarınca mahkemeler, yalnızca şirketin dürüstlüğü aykırı hareket ettiği veya açıkça hatalı olan; veya aynı sermaye sözleşmesinin bizzat hile, tehdit veya benzeri nedenlerle imzalandığı durumlarda, taahhüt sırasında yapılan değerlemeye müdahale edebilir. Sonrasında Innes & Co. Limited (1903) davasında, işlemlerle ilgili müzakerelerin "şirketin çıkarları doğrultusunda dürüstçe hareket eden kişiler tarafından yapılması" halinde, bu işlemin mahkeme müdahalesinden arı olduğuna karar verilmiştir. Bu tutum, White Star Line davasında ise şirketin aynı sermaye sözleşmesi karşılığında elde ettiği malvarlığı unsurunun, içinde bulunulan şartlar altında alabileceğinin en iyisi olsa ve buna göre yöneticiler şirketin menfaatlerine en uygun şekilde hareket etmiş bile olsa yine de değerlemenin açıkça aldatıcı olmaması gerektiği biçiminde vurgulanmıştır. Bkz. Davies, Paul/Worthington, Sarah, Gower & Davies: Principles of Modern Company Law, 10th Edition, Sweet&Maxwell, 2016, n24, para 11-14.

Tebliğin sekizinci bölümüne göre yapılacak değerlemenin usul ve esaslar Değerleme Tebliği ile belirlenmiştir. Değerleme Tebliği ile değerlendirme yapacak kuruluşların ve kurucularının özellikleri ile raporda yer alması gereken unsurlar ve değerlendirme metoduna ilişkin hususlar detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

b. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TTK m. 343 hükmüne göre aynı sermayenin tespitiyle ilgili yetkili mahkeme, şirket merkezinin bulunduğu yerde bulunan asliye ticaret mahkemesidir, asliye ticaret mahkemesi olmaması halinde yetkili ve görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir (TTK m. 5/4). Gerekçede, ticaret sicili müdürünün mahkeme bilirkişilerince yapılmış değerlendirmeyi de arayacağı, aksi halde aynı sermayeyi kabul etmeyeceği belirtilmiştir. Tebliğ m. 9 hükmü ve bu hüküm doğrultusunda Tebliğ'in sekizinci bölümündeki esaslar dahilinde alınacak değerlendirme raporunda tespit edilen taşınmazın değerinin mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce alınacak rapordan düşük çıkması halinde bu rapor değerlemeye esas alınır. Dolayısıyla ticaret sicil müdürünün sadece mahkeme bilirkişilerince yapılan değerlendirmeyi araması GYO'lar için uygun değildir. Ayrıca gerekçede devamla şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Diğer bazı kanunlarda yer alan ve "mahkemece atanmış bilirkişi" ilkesine istisna getiren, düzenlemelerin geçerliliğini tanıyan, yani bunları saklı tutan bir hükme, maddede bilinçli bir şekilde yer verilmemiştir. Temel bir Kanun olan TTK'nın söz konusu değerlemenin mahkeme tarafından atanmış bilirkişilerce yapılmasına ilişkin ilkesinin başka kanunlarla aşılması uygun görülmemiş, hatta uygulama dikkate alındığında mezkur istisna sakıncalı bulunmuştur. Çünkü, mahkemece atanmış bilirkişinin bertaraf edilmesi "bürokratik" bir engelin kaldırılması olmayıp bir güvencenin yok edilmesidir. Ayrıca, özel bir kanunla değerlendirme yetkisinin bir kişi veya kuruma verilmesi halinde 550, 551, 562 ve 563'üncü maddeler başta olmak üzere, çeşitli sorumluluk hükümleri uygulanmaz duruma gelmektedir. Sisteme bu çapta istisna getirilmesine izin vermemek işlem güvenliğinin gereğidir.”

Gerekçedeki bu ifadeler Tebliğ m. 9'daki değerlendirme esaslarıyla çelişmektedir. Düzenleme uyarınca bağımsız değerlendirme kuruluşunun yaptığı değerlendirmeyle tespit edilen değer mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce ulaşılan değerden daha az olması halinde, gerekçeye göre bu raporun esas sözleşmeye yazılmaması gerekir. Hatta bağımsız değerlendirme kuruluşunun yaptığı böyle bir değerlendirme işlemi de gerekçeye göre uygun değildir. Giderek değerlendirme raporundaki rakamın aynı sermayenin değeri olarak esas sözleşmeye yazılması üzerine sorumluluk hükümlerinin uygulanamaz duruma gelebileceği dahi gerekçede belirtilmektedir. Halbuki ileride değinmeye çalışacağımız üzere SerPK (m. 10, m. 32, m. 63), Tebliğ (m. 35) ve Değerleme Tebliği'nde (m. 15) sorumluluğa ilişkin

düzenlemeler yapılmıştır. Kaldı ki, SerPK ve dolayısıyla ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde TTK'daki sorumluluk hükümlerinin gündeme geleceği de söylenmelidir.

Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki; GYO'lar bakımından hem bağımsız değerlendirme kuruluştan tarafından hem de mahkeme aracılığıyla değerlendirme yapılması zorunluluğu eleştirilebilir. Kuvvetle muhtemel bu tercihin sebebi yukarıda andığımız gerekçedir. Mahkeme süreçleri uzun sürmektedir. Ayrıca mahkemelerin uygulamaları değişmekte, bazı mahkemeler istinaf yolu açık ve bazı mahkemeler ise kesin olarak karar vermektedir. İstinaf yoluna başvurulması halinde zaten uzun olan değerlendirme süreci daha da uzayacaktır. Halbuki sermaye piyasalarının hızı dikkate alındığında sadece bağımsız değerlendirme kuruluştan marifetiyle değerlendirme yapılması kanaatimizce en uygun çözümdür. Yapılacak değerlendirme çalışmalarının bitiş tarihi ile rapor tarihi arasındaki sürenin beş iş gününü aşmaması ve gayrimenkul değerlendirme raporunun rapor tarihini takip eden iki iş günü içinde ortaklığa teslimi zorunludur (Tebliğ m. 34/6). İki rapor alınması yönündeki sağlamcı yaklaşım iki farklı değerlendirme kuruluştan alınacak rapor ile sağlanabilir.

Öğretide şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması da eleştirilmektedir. Şöyle ki, aynı sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın şirket merkezinden başka bir yerde bulunması durumunda sürecin yavaş işlemesi ve başkaca sorunlar çıkması muhtemel görünmektedir⁴⁴⁰. Ayrıca bir başka görüş, şirket merkezinin henüz belirli olmaması nedeniyle TTK m. 343'ün yetki kuralı yönünden uygulanmasını mümkün görmemektedir. Dolayısıyla burada bir hukuk boşluğu doğacağı, bu boşluğun HMK m. 384'ün tatbiki ile doldurulup taşınmazı sermaye olarak taahhüt edenin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili kabul edileceği ifade edilmektedir⁴⁴¹. Uygulama itibarıyla kuruluştan şirket merkezi olacağı kararlaştırılan yerdeki mahkemeye başvurulmaktadır. Taşınmaz başka yerde ise talimat yoluyla değer tespiti sağlanmaktadır.

c. Değerlemeye İlişkin Talebin Kim Tarafından Yapılacağı

Aynı sermayeye ilişkin değer tespiti talebinin kim tarafından yapılacağı TTK m. 343'te belirtilmemiştir. HMK m. 382/2-e-5'te A.Ş.'ye aynı sermaye konulmasında bilirkişi raporu alınması çekişmesiz yargı işlerinden biri olarak sayılmıştır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK m. 384). Buna göre çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer tarafından başvuru yapılacağı söylenebilir.

⁴⁴⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 231. Aksi görüş için Yusufoglu, s. 189; “Şirket merkezinin bulunduğu yer” ifadesinin daha isabetli olacağı, esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmasıyla birlikte şirketin kurulmuş olduğu yönünde, Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 154; Buna karşın değerlendirme sürecinde henüz esas sözleşme imzalanmamış olduğundan şirket merkezinin bulunduğu yerden bahsedilemeyeceği yönünde, Korkut, Ömer, Şenocak (Ed.), c. 2, s. 1522.

⁴⁴¹ Çonkar, s. 323.

İlgililer kavramının içine öncelikle GYO'ya aynı sermaye getirmeyi taahhüt eden malikin/hak sahibinin gireceğinde tereddüt yoktur. Bununla birlikte kuruluş öncesi GYO'nun ortağı olacak kişiler arasında bir sözleşme hazırlanması durumunda sözleşmenin tarafı olan kişilerin de değerlendirilme talebinde bulunması mümkün kabul edilmelidir⁴⁴². Bu şekilde şirketin kuruluşunu hazırlamaya yönelik, kurucuların tamamı veya bir kısmı arasında gerçekleştirilen sözleşmelerle esas sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada kurucular, ortak bir amaç çerçevesinde bazı yükümlülükler öngörebilir. Kuruluş öncesi şirket biçiminde adlandırılan ve amacı anonim şirket kurmak olan bu birlik öğretide adi ortaklık olarak kabul edilir ve hiçbir şekle tabi değildir⁴⁴³. Bu şekilde bir sözleşme şekle tabi olmasa da yazılı olarak hazırlanmaması halinde ilgili sıfatının ispatının pek mümkün görülmediği haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁴⁴. Kuruluş öncesi sözleşmede aynı sermaye taahhüdünün yer alması ve sözleşmenin varlığının ispatı halinde taahhüt edenin değerlendirilme sürecini başlatmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder⁴⁴⁵.

Bağımsız değerlendirilme kuruluşu tarafından yapılacak değerlendirilme bakımından ise Tebliğ m. 34'te aynı sermaye konulması durumunda GYO'ların rayiç değerleri tespit ettirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ortaklık ise GYO'dur (Tebliğ m. 3/1-ö). Değerleme Tebliği'nde gayrimenkul değerlendirilme hizmeti almak üzere gayrimenkul değerlendirilme kuruluşu ile sözleşme imzalayan gerçek ve tüzel kişiler müşteri olarak tanımlanmıştır (Değerleme Tebliği m. 3/1-h). Tebliğ ve Değerleme Tebliği'nde bağımsız değerlendirilme kuruluşu ile GYO/Müşteri arasında bir sözleşme imzalanması gerektiği vurgulanmış, Değerleme Tebliği'nin "Sözleşme zorunluluğu" başlıklı 21. Maddesinde sözleşmenin asgari zorunlu içeriği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada müşteri kavramına aynı sermaye taahhüt eden ortak veya diğer kurucuların gireceği söylenebilir.

d. Bilirkişilerin ve Değerleme Kuruluşunun Seçimi ile Değerleme Yöntemi

TTK'da bilirkişilerin niteliği ile ilgili bir belirleme olmamakla birlikte gerekçede, bilirkişilerin raporlarında, seçtikleri değerlendirilme yönteminin somut olay için hem en adil hem de en uygun yöntem olduğunu açıklamaları gerektiği vurgulanmıştır. Devamla biraz da muğlak bir ifadeyle bu şartın, bilirkişilerin somut olay gerçeğinin icap ettirdiği uzmanlığa sahip olmaları, ayrıntılı ve karşılaştırmaları içeren açıklamalar yapmaları zorunluluğuna da işaret ettiği ifade edilmiştir. Bu nedenle hem gerekçe hem de HMK m. 266 vd. maddeler dikkate alınmak suretiyle bilirkişinin aynı sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın niteliğine göre konusunda uzman ve teknik bilgiyi haiz bulunması gerekir. Mahkeme gerekli

⁴⁴² Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1521.

⁴⁴³ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 5-6.

⁴⁴⁴ Çonkar, s. 324-325.

⁴⁴⁵ Ancak bağlayıcı olmayan sözleşme öncesi görüşmelerle ilgili olarak culpa in contrahendo gündeme gelecektir. Nitekim sözleşme yapma niyeti bulunmaksızın görüşmeye girişme veya görüşme sürdürme sebebiyle karşı tarafa verilecek zararların culpa in contrahendo çerçevesinde tazmin etmeyi gerektireceği yönünde, Oğuzman/Öz, s. 498.

görürse birden fazla bilirkişi tayin edebilir. Çekişmesiz yargı işleri adli tatilde görülecek işlerden olduğundan, ticaret hayatının da hızı dikkate alındığında adli tatilde bu başvurunun sonuçlandırılması mümkün ve gereklidir.

TTK m. 343 uyarınca değerlemenin somut olay özelinde herkes için en adil ve uygun değerlendirme yöntemi kullanılarak yapılması beklenmektedir⁴⁴⁶. Bilirkişiler kullanacakları yöntemin seçiminde serbesttir. Önemli kriter, herkes için adil ve uygun olduğunun tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkeleri doğrultusunda açıklanmasıdır. TTK m. 78 vd. ile Türkiye Muhasebe Standartları ilkeleri, değerlendirme yapılırken bilirkişilerce dikkate alınmalıdır. Yine Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği ve Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği tarafından yayımlanan Uluslararası Değerleme Standartları da bilirkişilerce dikkate alınması gereken bir yol gösterici olarak kabul edilebilir.

Mahkemece alınacak bilirkişi raporunda yer alması gereken en önemli husus taahhüde konu unsurun karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarıyla TL karşılığının açıklanmasıdır⁴⁴⁷. Somut duruma göre raporun kapsamı bilirkişiler tarafından genişletilebilir. Raporda ulaşılan sonuçların, hesap verme ilkesi gereğince gerekçeli ve karşılaştırmalı biçimde açıklanması beklenir⁴⁴⁸. Örneğin, gelir indirgeme ve emsal karşılaştırma gibi yöntemler kullanılarak taşınmaz değeri tespit edilirken hangi yöntemin esas alındığı raporda yer almalıdır⁴⁴⁹. Mutlak ve kesin bir tutara ulaşılmasının zorluğu karşısında, tespit edilen değere nasıl ulaşıldığına ve yöntemin adil ve herkes için uygun olduğuna ilişkin raporda tatmin edici bir açıklama yapılması yeterlidir⁴⁵⁰. Henüz bu aşamada esas sözleşmenin bulunmadığı ve dolayısıyla şirket sermayesinin de belirli olmadığı dikkate alındığında pay miktarının raporda belirlenmesinin beklenmesi eleştirilebilir⁴⁵¹. TTK m. 343'te açıkça yer almasa da taahhüde konu taşınmazın üzerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve tedbir niteliğinde bir takyidat bulunup bulunmadığının da raporda yazılması gerekir⁴⁵².

⁴⁴⁶ Raporun öncelikle alacaklı olan şirketi korumaya yönelik olduğunu ifade eden, Armour, John, Share Capital and Creditor Protection:Efficient Rules for a Modern Company Law, Modern Law Review 2000, s. 355.

⁴⁴⁷ Esas sözleşme hazırlanmadan önce değerlendirme yapıldığından, GYO'nun kayıtlı sermayesi henüz bilinemeyecek ve pay miktarı da belirlenemeyecektir. Esas sermaye bakımından bu hususa dikkat çeken, Çonkar, s. 328.

⁴⁴⁸ Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 353.

⁴⁴⁹ Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1525; Ayni sermaye olarak konulacak bir taşınmazın değerlemesinde kullanılabilir, gelir indirgeme yöntemi için, Ayan, Ebubekir, "Gayrimenkul Değerlemesinde Gelir İndirgeme Yaklaşımı ve Yaklaşımın Türkiye Koşullarında Uygulanabilirliği (Kocaeli Uygulaması)", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, c. 19, sa. 1, 2010, s. 382-397, s. 382.

⁴⁵⁰ Çonkar, s. 64.

⁴⁵¹ Çonkar, s. 328.

⁴⁵² Yargıtay 11. HD. 2017/3176 E. 2019/661 K. sayılı kararında genel kurul tarafından sermaye artışının bir kısmının nakdi kalan kısmının ayni sermaye ile karşılanmasına karar verilmesi sonrasında ticaret sicil müdürlüğü tarafından ayni sermaye olarak konulan taşınmaz üzerinde ipotek bulunması nedeniyle tescil istemi reddedilmiştir. Tescil işlemi red kararının kaldırılması talebiyle ikame edilen davada, taşınmazın değerinin ... 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2015/1218 E sayılı dosyasında belirlendiği, bilirkişilerce, ipotegin taşınmazın değerini etkileyeceği ancak ilgili bankadan alınacak gerçek borç miktarını gösteren belgeden sonra bakiye kısmın ayni sermaye olarak kabul edilebileceği yönünde rapor düzenlenmesi sebebiyle, ticaret sicilinin red kararının kaldırılarak genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararının tesciline karar

Aynı sermayenin değerini tespit edecek bilirkişi değerleme yaptığı andaki fiyatından ziyade değerleme konusu varlığın değerini esas almalıdır⁴⁵³. Bu anlamda TTK m. 343'te fiyat yerine değer kavramının kullanılması yerindedir⁴⁵⁴. Nitekim hükümdeki tam değer kavramı da değer tespiti edilmesi gerektiğini gösterir⁴⁵⁵.

GYO'lar açısından Tebliğ m. 34/1-h'ye göre ortaklığa aynı sermaye konulması⁴⁵⁶ halinde değer tespitinin Kurulca Değerleme Tebliği ile detaylı bir şekilde nitelikleri belirlenen kurum ve kuruluşlara yaptırılması zorunludur. Gayrimenkul değerleme kuruluşunun seçimi hususu Tebliğ m. 35'te düzenlenmiştir. Buna göre m. 34 uyarınca gayrimenkul değerleme kuruluşlarının, SPK'nın listeye aldığı kuruluşlardan olup ilgili düzenlemeler çerçevesinde bağımsız olması gerekir.

Değerleme raporlarında Tebliğ m. 36'ya göre sermaye piyasasında uluslararası değerleme standartlarına ilişkin Kurul düzenlemelerinde yer alan esaslara uyulur.

Değerleme Tebliği m. 23'e göre değerleme raporunun, EK-1'de yer alan asgari unsurları içerecek şekilde, yazılı olarak hazırlanması ve en az bir sorumlu değerleme uzmanı tarafından imzalanması zorunludur. Değerleme raporunun hazırlanmasına katkı veren kişilerin imzaları da ayrıca değerleme raporunda yer alabilir. Değerleme raporlarının hazırlanmasında Birlik tarafından hazırlanan rehberler ile İyi Uygulama Kılavuzlarından yararlanılır. Bu kapsamda Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği ve Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği tarafından yayımlanan Uluslararası Değerleme Standartlarına uyma mecburiyeti ayrıca getirilmiştir.

Değerleme Tebliği ve Ek-1 incelendiğinde raporun detaylı bilgiler içermesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Buna göre; raporda gayrimenkulün tapu kayıtları, yeri, konumu ve planı gibi teknik bilgilerin yer alması gerekir. Ayrıca konu taşınmazın aynı kuruluş tarafından daha önceki tarihlerde de değerleri yapılmışsa, bu değerlemelerdeki tespitlere raporda yer verilmesi öngörülür. Taşınmazın fiziki özellikleri, yasal durumuna ilişkin bilgiler kapsamında takyidat veya devredilmesine ilişkin bir sınırlama olup olmadığı, gayrimenkule ilişkin yapılmış sözleşmeler (satış vaadi, kat karşılığı inşaat ve hasılat paylaşımı sözleşmeleri gibi), kullanılan değerleme yöntemleri ile, varsa, gayrimenkul üzerindeki takyidat ve ipotekler ile ilgili görüş ve değerleme konusu gayrimenkulün, üzerinde ipotek veya

verilmesi talep ve dava edilmiştir. Ancak üzerinde ipotek bulunan gayrimenkullerin aynı sermaye olarak şirkete konulamayacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin verdiği red kararını onamıştır. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

⁴⁵³ Değerleme sürecinin salt matematiksel bir hesap olmadığı, sürecin sonunda kesin bir rakama ulaşmanın zor olacağı, diğer yandan bunun bir keyfilik anlamına gelmeyeceği ve objektif kriterleri dikkate alarak kabul edilebilir bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde, Çonkar, s. 319-320.

⁴⁵⁴ Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1524.

⁴⁵⁵ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 352-353.

⁴⁵⁶ Hükümde “aynı sermaye konulması” yerine “aynı sermaye taahhüt edilmesi” ifadesinin kullanılması düşünülebilir. Nitekim henüz aynı sermaye konulmamış, konulması taahhüt edilmiştir.

gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat bulunması durumları hariç, devredilebilmesi konusunda bir sınırlamaya tabi olup olmadığı hakkında bilgilerin raporda ayrıntılarıyla sunulması gerekir.

Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki bağımsız değerlendirme kuruluşu tarafından verilen rapora karşı ilgili tebliğlerde bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Verilen raporun taşınmaz ile ilgili gerçeğe aykırı ve hatalı tespitler içermesi halinde başka bir değerlendirme kuruluşundan rapor alınmasına bir engel olmadığı düşünülmekle birlikte, yine de taraflar değerlendirme kuruluşuyla aralarında yapacakları sözleşmede itiraz olması durumunda herhalde itirazlara ilişkin açıklama yapılmasını kararlaştırabileceklerdir.

Mahkeme aracılığıyla alınan rapor ile bağımsız değerlendirme kuruluşu tarafından alınan raporlarda aynı sermaye yeterliliği bakımından çelişki olması durumunda ne olacağını irdelemek gerekir.

Kanaatimizce her ne kadar mahkeme tarafından alınan rapor aynı sermaye yeterliliği bakımından olumsuz olsa da SPK'nın onay verirken Tebliğ'deki aynı sermaye yeterliliğine ilişkin yaklaşımı dikkate alması gerekir. SPK'nın mahkemenin olumsuz raporu nedeniyle kuruluşa onay vermemesi durumunda henüz GYO kurulmamış olduğundan kurucuların ve taşınmazını sermaye olarak taahhüt edenin, idari yargı yoluna başvurusu mümkün olmalıdır. Diğer yandan SPK'nın onayı ve Bakanlığın iznine rağmen ticaret sicili müdürlüğünün mahkemenin olumsuz raporu nedeniyle tescil talebini reddetmesi ihtimalini de düşünmek gerekir. Bu durumda TTK m. 34 kapsamında ilgililer ret kararının tebliğinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler. Burada ilgili ile kastedilen tescil istemi reddedilen kişilerdir⁴⁵⁷. Üçüncü kişilerin karara itiraz hakkı bulunmamakla birlikte TSY m. 37 uyarınca, müdürlüğün kararının gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut kanuna uygun olmadığını, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğunu ispata elverişli birtakım olguları müdürlere bildirebileceğinden, burada SPK'nın üçüncü kişi kapsamında müdürlüğe bilgi ve belge sunması çözüm olarak düşünülebilir. Bu itiraz mahkemece dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Ancak, sicil müdürünün kararı, üçüncü kişilerin sicilde kayıtlı bulunan hususlara ilişkin menfaatlerine aykırı olduğu takdirde, itiraz edenle üçüncü kişi de dinlenir. Bunlar mahkemeye gelmezlerse dosya üzerinden karar verilir.

Bir A.Ş.'nin kuruluşunda ve sermaye artırımında aynı sermaye konulabilir. Değerlemenin yapılacağı zaman bakımından sermaye artırımında sürecin işleyişi kuruluşa nazaran açıktır. TTK m. 128/2 ve m. 339/2 hükümlerine göre aynı sermayeye biçilen değer esas sözleşmeye yazılmalıdır. Dolayısıyla ulaşılan değer esas sözleşmeye yazılmadan, esas sözleşme noterde veya sicil memuru huzurunda imzalanamaz. Diğer bir deyişle aynı sermayeye değer biçilmesi, ön şirketin kuruluşundan

⁴⁵⁷ Nomer Ertan(Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/Kaya), s. 371.

önceki aşamada gerçekleştirilir⁴⁵⁸. Netice olarak değerlemenin esas sözleşmenin hazırlanmasından önce yapılması gerektiğinden, mahkemeler kuruluş işlemlerinin başladığına ilişkin ispat aramaksızın bilirkişi incelemesini yaptırmak durumundadır⁴⁵⁹.

e. Raporla İtiraz

TTK m. 343'te bilirkişi raporuna kurucular⁴⁶⁰ ve menfaat sahiplerinin itiraz edilebileceği⁴⁶¹ düzenlenmiştir. Öğretide menfaat sahipleri kümesine aynı sermaye taahhüt eden kurucu dışındaki şirket ortaklarının dahil olduğu⁴⁶² ve fakat alacaklıların dahil olmadığı belirtilmektedir⁴⁶³. Sermaye artırımı sürecinde ise ortada tüzel kişiliği haiz bir şirket bulunduğundan temsil ve idare yetkisi olan yönetim kurulunun, şirketin yetkilendirdiği avukatın ve de ortakların rapora itiraz etmesi mümkündür⁴⁶⁴. Aksi yönde görüşlerin de mevcut olduğunu belirtelim⁴⁶⁵. Ayrıca, sermaye artırımı sürecinde tespit edilen değer yüksek bir meblağ ise ortakların rapora itiraz etme hakkı bulunmasa dahi rapor doğrultusunda yapılacak sermaye artırımının hükümsüzlüğünün dava edilebileceği savunulmaktadır⁴⁶⁶.

TTK m. 343'te rapora itiraz etme süresi ile ilgili bir düzenleme yoktur. Öğretide bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş hükmün son cümlesindeki mahkemenin onayladığı bilirkişi kararının kesin olduğu ifadesinden hareketle bilirkişi raporuna itirazın en geç mahkemenin onayından önce yapılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁷. Diğer bir görüş itirazın en geç şirketin tescil ve ilanına kadar yapılabileceği yönündedir⁴⁶⁸. Biz bu görüşün kabulü halinde süreci ve belirsizliği çekişmesiz yargı usulünün ruhuna ve de sermaye piyasasının hızına aykırı bir şekilde uzatacağı kanaatindeyiz. Bu yaklaşım en başta TTK m. 343'e aykırılık teşkil edecektir. Rapor alınmış, usulüne uygun şekilde tebliğ

⁴⁵⁸ Çonkar, s. 321-322. Hem esas sözleşmenin hazırlanması hem de değerlendirme sürecinin bir arada yürütülebileceği yönünde, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 340.

⁴⁵⁹ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 318-319.

⁴⁶⁰ “Kurucular” ifadesinin “kuruluş ortaklığının ortakları” biçiminde anlaşılması gerektiği yönünde, Çonkar, s. 332.

⁴⁶¹ eTTK döneminde rapora itirazla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte aynı sermaye sahibinin rapora itiraz edebileceği yönünde, Domaniç, c. II, s. 201.

⁴⁶² Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1530.

⁴⁶³ Sevi, s. 200.

⁴⁶⁴ Sevi, s. 200.

⁴⁶⁵ Çonkar, s. 333.

⁴⁶⁶ Soykan, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 347.

⁴⁶⁷ Karaman Coşgun, s. 341.

⁴⁶⁸ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 192, (“Sermaye Ortaklıkları”); Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 353; Yusufoglu, s. 190; Özdamar, Aynı Sermaye, s. 152-153.

edilmiş, itiraz süreci de geçilmiş ve rapor onaylanmış olduktan sonra tekrar başa dönülmesi hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz.

Bir görüş bilirkişi raporuna itiraz olmasa dahi sermayenin korunmasına ilişkin diğer hükümlerle ortaklığın menfaatlerinin kayba uğratılmayabileceğini, bu nedenle tereddüt oluşturan itiraz müessesesinin kaldırılmasının veya rapora itiraz için kesin bir süre getirilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir⁴⁶⁹. Olması gereken hukuk bakımından düzenlemeyle rapora itiraz için kesin bir süre getirilmesi bizce de tüm tereddütleri ortadan kaldıracak bir çözüm olabilecektir. Bilirkişi raporuna itiraz müessesesinin kaldırılması ise kanaatimizce hatalı ve denetime elverişli olmayan bir raporun düzenlenmesi ihtimalinde başkaca sorunlara sebep olacaktır.

Bizim de katıldığımız görüş konuyla ilgili genel hüküm olan HMK m. 281 düzenlemesine göre çözüm bulunması yönündedir⁴⁷⁰. İtiraz süresi bakımından TTK'da hüküm bulunmadığından genel hüküm olan HMK m. 281'e bakılması gerekir. Hüküm uyarınca taraflar bilirkişi raporuna karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde itiraz edebilirler. Hatta rapora itirazın iki haftalık süre içinde hazırlanmasının çok zor veya imkansız olması ya da özel yahut teknik bir çalışmayı gerektirmesi durumunda yine iki hafta içinde mahkemeye başvurarak, sürenin bitiminden itibaren işlemeye başlamak, bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilebilir.

Dosyada taraf gözükmeyen ve raporun tebliğ edilmediği başvuru haricindeki kişilerin itiraz süreleri öğrenme tarihi ile başlayacaktır. Öğrenme tarihini ispat külfeti bunu iddia eden ilgilide olup, uygulamada bu nedenle ciddi sorunlar yaşanabilir⁴⁷¹. Kanaatimizce dosyada taraf gözükmeyenler için rapora itiraz süresi öğrenme tarihinden itibaren başlayacak olsa dahi öğrenme tarihi itibarıyla mahkeme bilirkişi raporuna onay vermiş olduğu takdirde artık GYO tescil edilmiş olsun veya olmasın itiraz yapılamayacaktır. Aksi kabulün TTK m. 343'e aykırılık teşkil edeceğini düşünüyoruz. Rapora itirazın mahkemece kabul edilmesi halinde ek rapor alınması mümkündür. Belirtmek gerekirse, itiraz olmasa dahi raporun denetime elverişli olmadığı kanaatindeyse hakim yeni bir bilirkişiden veya bilirkişi heyetinden yeniden rapor alabilir⁴⁷².

Aynı sermaye konusunun değerlemesinin doğru yapılması kadar değerın çok fazla değışkenlik göstermesine mahal vermeden sürecin tamamlanması da önemlidir. Dolayısıyla aynı sermayenin

⁴⁶⁹ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 112.

⁴⁷⁰ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 353; Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 318; Sevi, s. 200; Çonkar, s. 334 vd; Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1530

⁴⁷¹ Aynı görüşte Yusufoglu, s. 190; Karaman Coşgun, s. 341. Kuruluşta taahhüt eden kurucuya, sermaye artırımında ise taahhüt eden pay sahibine ve şirkete tebliğ yapılmasının yeterli olduğu, dosyada taraf gözükmeyen diğer ilgililerin itiraz süresini kaırması riskinin bulunduğu düşünülse de sürecin gereğinden fazla uzamaması ve hukuki güvenliğinin sağlanması için sadece ilgiliye tebliğ yapılmasını yerinde gören, Çonkar, s. 337.

⁴⁷² Bilirkişi raporuna itiraz üzerine yeniden bir rapor alınması durumunda iki rapor farklı değerler tespit ettiği takdirde, hangi rapordaki değerlemenin esas alınması gerektiğine mahkemenin karar vereceği yönünde, Domaniç, s. 201-202.

değerinin sermaye olarak konulduğu andaki değeri olması ideal olandır. Değerin tespiti için en uygun anın tescil anı olduğu ifade edilmekle⁴⁷³ birlikte tescil anında değerlendirme yapılması imkansızdır. Bu nedenle raporun onaylanmasından tescil anına kadar yapılacak işlemler de göz önünde bulundurularak söz konusu geçen sürede taşınmazın değerinde bir değişiklik olmaması için TTK m. 354/1 uyarınca şirketin kuruluşundan tesciline kadar otuz günlük bir süre öngörülmüştür. Benzer şekilde Tebliğ m. 8/3'te, kuruluş işlemlerinde esas sözleşmenin konuya ilişkin Kurul izninin tebellüğ edildiği tarihi müteakip en geç 30 gün içinde ticaret siciline tescil ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükümlerin bir amacı da değerlendirme anıyla tescil arasında kısa bir süre öngörerek aynı sermaye unsurlarının gerçek değerleriyle ortaklığın sermayesinde yer almasıdır⁴⁷⁴. Ancak burada taahhüt edenin değerlemeyi yaptırdıktan sonra esas sözleşmeyi imzalamakta gecikmesi ve sürecin uzaması söz konusu olabilir⁴⁷⁵.

f. Mahkemenin Onayı ve Sonuçları

TTK m.343'te yer alan onay ifadesi de tartışmalara ve uygulamada tereddütlere sebep olmuştur. Öncelikle mahkemenin bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi durumunda ayrıca onay vermesinin gerekli olup olmadığının açık olmadığı ifade edilmektedir⁴⁷⁶. Öğretide ayrıca mahkemenin onayı gibi bir usuli işlemin bulunmadığı ve ancak onayın rapora itiraz halinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁴⁷⁷. Kanaatimizce hükümden böyle bir anlam çıkmamaktadır. Hükümde rapora itiraz edilebileceği yazıldıktan sonra devamındaki cümlede mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir yazılması itiraz yoksa onaya da gerek yok biçiminde anlaşılmamalıdır. Nitekim her ne kadar TSY m. 69/d ve m. 73/e hükümlerinde bilirkişi raporu tescil için gereken belgeler arasında sayılmış ve fakat mahkeme onayını tevsik eden belge sayılmamış olsa da bilirkişi atama kararı, bilirkişi raporu ve bilirkişi raporunun onaylanmasına ilişkin mahkeme kararının aslı veya onaylı sureti İTO tarafından tescil için talep edilen belgeler arasındadır⁴⁷⁸. Diğer yandan mahkemenin görevinin TTK m. 343'e göre sadece bilirkişi görevlendirmek olmadığı, maddede onay sürecinin açıkça yazıldığı, onay işleminin değer tespiti ile ilgili belirsizlikleri engellediği bizce de haklı olarak belirtilmektedir⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Sevi, s. 197; Yusufoglu, s. 186.

⁴⁷⁴ Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 310-311; Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 12; Sevi, s. 198.

⁴⁷⁵ Bu duruma ilişkin açıklamalarımız için bkz. s. 112.

⁴⁷⁶ Çonkar, s. 329.

⁴⁷⁷ Akdağ Güney, s. 112.

⁴⁷⁸ <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler/ticaret-sicili-islemleri/tescil-islemleri/anonim-sirketler>, erişim tarihi, 27.12.2022.

⁴⁷⁹ Çonkar, s. 338.

Kanaatimizce mahkemenin onayı yönündeki ifadenin maddede kullanılması çok yerinde olmasa ve usul hukukunda bilirkişi raporunun onayı şeklinde bir usuli işlem yer almasa da mahkemenin onayının raporun içeriğinin doğruluğunun mahkemece tasdik edilmesi şeklinde anlaşılmaması gerektiği, aynı sermayeye değer biçilmesine yönelik mahkemenin yürüttüğü sürecin sonlandırıldığı ve bilirkişi raporunun kesin olduğu anlamına geldiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz⁴⁸⁰. Ancak uygulamada mahkemelerin konu ile ilgili farklı yaklaşımlarla karar verdiği görülmektedir⁴⁸¹.

TTK m. 343'te tartışma konusu başka bir husus mahkeme tarafından verilen hükmün kesin hüküm olup olmadığıdır. Bu tartışmanın sebebi, maddede yer alan mahkemenin onayladığı bilirkişi kararının kesin olduğu yönündeki ifadedir. Yargıtay konuyla ilgili verdiği iki kararında⁴⁸², TTK m. 343'ün son cümlesi gereğince mahkemenin onayladığı bilirkişi kararının kesin olduğunu ifade ederek temyiz talebini reddetmiştir. Bu kararlarda yer alan karşı oy yazısında raporun başvurucuya tebliğ edilmemiş olması nedeniyle itiraz hakkının kullanılmadığına dikkat çekilmiştir. Karşı oy yazılarındaki gerekçeler bizce de isabetlidir. Karşı oy yazılarından çıkan anlam ise raporun tebliğ edilerek itiraz sürecinin beklenmesinden sonra verilecek kararın kesin olduğu ve temyiz/istinafi kabil olmadığıdır. Diğer yandan Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararda⁴⁸³, ilk derece mahkemesinin değerlendirme talebini reddetmesi üzerine yapılan istinaf başvurusunu, çekişmesiz yargı işleri ile ilgili verilen kararın temyizi kabil olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (HMK m. 362).

⁴⁸⁰ Karaman Coşgun, Özlem/Doğrusöz Koşut, Hanefi, Şenocak (Ed.), c. III, s. 3820.

⁴⁸¹ Örneğin bir kararda İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesi 2021/777 E. 2022/292 K. Sayılı dosyasında; 1-Talebin kabulü ile bilirkişi raporu dikkate alınarak; TTK 342. Maddesinde "Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, alacaklar sermaye olamaz." şeklindeki düzenleme göz önünde bulundurularak, arsa niteliğindeki taşınmazın ve sınırlı aynı hakların, rayiç olduğunun tespitine ilişkin bilirkişi raporunun TTK 342 ve 343. maddeleri gereğince ONAYLANMASINA diyerek hüküm kurmuşken İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2022/621 E. ve 2022/676 K. sayılı kararında şöyle hüküm kurulmuştur: Türk Ticaret Kanunu'nun 343. maddesi, şirket ile ilgili 578. ve 581.maddeleri uyarınca sermaye olarak devralınacak işletme veya ayınların değer tespiti için bilirkişi seçiminin mahkemece yapılması öngörülmüş olup uygulamada atanan bilirkişiler mahkemenin denetimi altında inceleme yaparak rapor düzenleyip, mahkemeye sunmalarına ilişkin tatbikat gelişmiş bulunmaktadır. Ancak yasada aynı sermaye değerinin mahkemenin vereceği bir hükümle belirlenmesi öngörülmediğinden; mahkemenin muayyen bir değer tespitine ilişkin hüküm kurması gerekli bulunmadığı gibi uygun da değildir. TTK m. 343 uyarınca ilgililerin rapora itirazı halinde yapılacak inceleme ve onay konusunda verilecek karar saklıdır. Bu nedenlerle tespit istemi bu çerçevede değerlendirilerek; bilirkişi atanması ve yapılacak inceleme sonuçlarını gösterir değerlendirme raporunun sunulmasına karar verilmiştir. Bilirkişilerin resen seçildiği, tespitin yapıldığı ve ... tarihli raporun sunulduğu, raporun davacı vekiline tebliğ olunduğu, itirazın vaki olmadığı anlaşılmakla aşağıdaki gibi karar oluşturulmuştur. Bilirkişi raporu alınmış olmakla esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde TTK m. 343 uyarınca kesin olarak oy birliğiyle karar verildi." şeklinde hüküm kurulmuştur (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁴⁸² Y. 11. HD, 2015/15019 E., 2017/2188 K. sayılı ve 2016/7274 E. ve 2017/3110 K. sayılı kararları nakleden, Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1531-1532, dnp 47. Ayrıca Y. 11. HD, 29.05.2015 T, 2015/2384 E. ve 2015/7297 K. sayılı kararında; "TTK m. 343'e göre bilirkişi raporuna karşı itiraz mümkün olup, mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı da kesindir. Bu itibarla mahkemece verilen kararın temyizi kabil olmadığından davacı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir." biçiminde hüküm tesis etmiştir. Nakleden, Yusufoglu, s. 191 dnp 552.

⁴⁸³ Y. 11. HD. 2022/5537 E., 2022/6248 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Hükümde bilirkişi kararı ile kastedilenin bilirkişi raporu olduğunda duraksama yoktur⁴⁸⁴. Öğretide “Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir.” ifadesinin metinden çıkarılmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir⁴⁸⁵. Hükümün mahkemenin de teknik bilgiyi gerektiren bir alanda gerçekleştireceği onay işlemiyle sorumlular arasına girip girmeyeceğinin gündeme geleceği belirtilmektedir⁴⁸⁶.

HMK m. 388 uyarınca kanunda aksine hüküm yoksa, çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. HMK m. 387 uyarınca ise çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, istinaf yoluna başvurulabilir. Her iki hüküm de düzenlenirken kanunda aksine hüküm yoksa biçiminde kuraldan sapılmasına cevaz vermiştir. Dolayısıyla her ne kadar değerlendirme sürecine ilişkin mahkeme kararı çekişmesiz yargı işi olsa da artık kanaatimizce kesin hüküm teşkil edecektir. Ayrıca çekişmesiz yargı işlerinde istinaf yoluna başvurulabilmesi kural olmakla birlikte, HMK m. 387’de istisnai nitelikte özel kanuni düzenlemeler saklı tutulmuştur. Bu tespitlerden sonra artık kanaatimizce değerlendirme sürecine ilişkin bilirkişi raporunu onaylayan karar kesin hüküm teşkil edecek ve hükümle ilgili artık istinaf yoluna başvurulamayacaktır.

Öğretide bir görüş⁴⁸⁷ hükümdeki “kesindir” ifadesinin mahkeme kararının kesin hüküm teşkil ettiği anlamında kullanılmadığını savunmaktadır. Bu görüş uyarınca kesindir ifadesi, mahkemece onaylanan bilirkişi raporunda belirlenen değerın esas sözleşmede yazılması gereken değer olduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle mahkeme kararına karşı itiraz yolunun kapalı olduğu sonucu doğmayacaktır. Kanaatimizce mahkeme kararına itiraz yolu biçiminde bir kanun yolu hükümde öngörülmemiştir. TTK m. 131/1 hükmündeki “sermaye olan konulan ayınlara, bilirkişi tarafından biçilecek değerler, ilgililerce kabul edilmiş sayılır.” karinesi, bizce de söz konusu görüşte belirtildiği üzere rapora itiraz yapılmasını engellemek amacıyla getirilmemiştir. TTK m. 131/1’in amacı ortaklığın tescili sonrasında rapora itiraz edilmek suretiyle esas sözleşmede yer alan değerin değiştirilememesidir⁴⁸⁸. Ancak bu karine mahkeme kararına karşı “itiraz” biçiminde bir kanun yolu

⁴⁸⁴ Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 353; Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 154

⁴⁸⁵ Karaman Coşgun, s. 341.

⁴⁸⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 231-232; Karaman Coşgun, s. 341; Mahkemenin sorumluluk zincirine dahil olmayacağı yönünde, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 112-113.

⁴⁸⁷ Yusufoglu, s.191-192.

⁴⁸⁸ Biçkici, s. 98. Yine konuyla ilgili Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2019/503 E. ve 2019/1108 K. Sayılı kararında: “davanın kabulü ile, dava konusu vincin dava tarihindeki aynı sermaye değerin bilirkişi raporu ile 24.421.284 TL olarak belirlendiğinin tespitine, bilirkişi raporunun kararın eki sayılmasına, TTK 343. maddesi gereğince kurucular, şirket ortakları ve menfaat sahipleri tarafından bilirkişi raporuna itiraz edilebileceğine dair, davacı yönünden kesin, diğerleri yönünden itirazı kabil olmak üzere oybirliği ile verilen karar açıkça okunup tefhim edildi.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Böylece hem çekişmesiz yargı kararlarının ilgililer kümesinin kurucular, şirket ortakları ve menfaat sahipleri biçiminde bir hayli genişletildiği ve rapora karardan sonra karara mı rapora mı itiraz edilebileceği açık olmayacak şekilde itirazların mümkün olduğu hem de davacı hariç diğerleri diye adlandırılan ve kuvvetle muhtemel yine kurucular, şirket ortakları ve

öngörmemektedir. Mahkeme kararının hatalı tespitler içermesi ve değerlemenin layığıyla yapılmaması riski elbette vardır. Ancak bu ihtimal ve risk kesinlik sınırına takılan bütün yargılamalar bakımından söz konusudur. Kaldı ki, değerlemeye ilişkin kararın kesin hüküm teşkil etmediğinin kabulü durumunda başvurucunun tekrar tekrar başvuru yaparak süreci sürüncemede bırakması söz konusu olabilir.

TTK’da benzer bir süreç bilgi alma ve inceleme hakkı ve özel denetçi tayini kapsamında düzenleme altına alınmıştır. TTK’ da özel denetçi tayini usulü detaylı olarak belirlenmiştir. Bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında TTK m. 440 uyarınca mahkeme inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı tayin eder ve burada da yine mahkeme kararının kesin olduğu düzenlenmiştir⁴⁸⁹. Dolayısıyla bu tür süreçler bakımından TTK’nın yaklaşımının istinaf yolu kapalı biçimde karar verilmesi olduğu söylenebilir. TTK m. 442 ile özel denetçi, yaptığı incelemenin sonuçlarını ayrıntılı bir rapor ile mahkemeye sunar. Mahkeme rapor hakkında şirkete ve istem sahiplerine değerlendirmelerini bildirme ve ek soru sormak imkanı tanır. Yönetim kurulu, raporu ve buna ilişkin değerlendirmeleri ilk genel kurulda sunar. Ayrıca her bir pay sahibi genel kurul toplantısından itibaren bir yıl içinde raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir nüshasının kendisine verilmesini isteyebilir. Bu düzenlemede olduğu gibi rapora itiraz sürecinin değerlendirme sürecinde de detaylı bir şekilde belirlenmesi yerinde olacaktır. Her ne kadar özel denetçi tayininde şirket kurulu olduğundan şirkete raporun tebliği imkanı olacak ise de “istem sahipleri” ifadesi ile ilgililerin de rapor hakkında beyanlarını sunma imkanı getirilmiştir. Şirketin en önemli unsurlarından sermayenin oluşması aşamasında taşınmazın değerlemesi ile ilgili sürecin özel denetçi tayininde olduğu gibi detaylı ve net bir şekilde belirlenmemesi bir eksiklik olarak düşünülebilir⁴⁹⁰.

g. Raporun Saklanması ve Ticareti Sicil Müdürlüğü Denetimi

TTK m. 336’da değerlendirme raporları kuruluş belgeleri arasında sayılmıştır. Bu nedenle hem mahkeme kanalıyla alınan bilirkişi raporunun hem de gayrimenkul değerlendirme kuruluşunun verdiği

menfaat sahipleri kastedilerek bu kişilerin karara itiraz edebileceği belirtilmiştir. HMK’da karara itiraz şeklinde bir kanun yolu yoktur. Burada neyin kastedildiğini kesin olarak söylemek zordur.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁴⁸⁹ Özel denetim talebine ilişkin mahkeme tarafından verilen karara karşı kanun yolunun kapalı olmasının özel denetim sürecinin uzamasını engellediği ve hakkın daha etkili bir şekilde kullanılmasına yardımcı olacağı kanaatindeki, Özdamar, Mehmet, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Ed.), 2. Bası, Ankara 2014, Bilge Yayınevi, s. 45-74, s. 59; Sürecin hızlı bir şekilde yürütülmesine hizmet ettiğinden düzenlemenin yerinde olduğu ve istinaf yoluna müracaatın mümkün olmadığı yönünde, Günay, Gözde Engin, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 59; Seyman, Seda, Şenocak (Ed.), c. II, s. 2532.

⁴⁹⁰ Hükümdeki “Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir.” biçiminde bozuk ve muğlak olarak değerlendirilebilecek ifade nedeniyle uygulama mahkemeden mahkemeye değişiklik göstermektedir. Nitekim Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2021/702 E. ve 2022/356 K. sayılı kararı bu duruma bir örnek teşkil etmektedir: “23.02.2022 tarihli bilirkişi raporunun TTK 343. Maddesi uyarınca onaylanarak kararın eki sayılmasına, dair gerekçeli kararın tebliğinden itibaren iki hafta süre içerisinde Ankara Bölge Adliye Mahkemesinde istinaf yolu açık olmak üzere dosya üzerinden karar verildi.” karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

raporun sicil dosyasına konulması ve birer nüshasının şirket tarafından beş yıl süreyle saklanması gerekir. Ayrıca TTK m. 354/3 uyarınca bilirkişi raporunun ticaret sicil müdürlüğüne tevdi gerekir. TTK m. 32/1 uyarınca ticaret sicili müdürü, tescil için aranan yasal koşulların varlığını incelemelidir. Bu minvalde aynı sermaye üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunmadığını teyit etmelidir⁴⁹¹.

4. Değerlemeyle Ulaşılan Değerin Bağlayıcılığı ve Düşük veya Aşırı Değerlemenin Hukuki Sonuçları

a. Düşük Değerleme

Kuruluştaki ve sermaye artırımında ortaklık, pay sahipleri, alacaklılar ve yatırım yapacak üçüncü kişiler bakımından işlevi dikkate alındığında sermaye ortaklık düzeninde merkezi bir konumu haizdir⁴⁹². Malvarlığının korunması ilkesine zarar veren davranışlara yönelik yaptırımlar ilgili hukuki işlemin hükümsüzlüğü ve sorumluluk hükümlerinin işletilmesi sonucunu doğurabilir. TTK ve SerPK hem sermayenin korunmasına hem de şeffaflığın sağlanmasına yönelik birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Taşınmazın değerinin olduğundan düşük belirlenmesi taahhüt edenin daha az paya sahip olmasına yol açacağından diğer pay sahiplerinin yararına sonuç doğurur. Pay sahipliği ise en başta kar payı olmak üzere mali hakları doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle bilirkişi raporu ile nokta atışı biçiminde olmasa da makul bir değer tespiti yapılması gerekir.

SPK tarafından içeriği belirlenen standart esas sözleşmede aynı sermayenin değerinin esas sözleşmeye yazılacağı belirtilmiş ancak sözleşmeye yazılan bu değer bilirkişinin ulaştığı değerle aynı olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Sadece kuruluştaki SPK'ya standart esas sözleşmeyle birlikte değerlendirme raporunun da ayrıca teslim edileceği öngörülmüştür.

eTTK döneminde bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığından değerlendirmeyle ulaşılan tutarın üst sınırı oluşturduğu ve kurucuların bu tutarı aşan bir değeri esas sözleşmeye yazamayacağı; ancak değerlendirme sonucu ulaşılan değerden daha düşük bir tutarı ise yazabilecekleri ifade edilmiştir⁴⁹³. Bu konuyu bilançoda gizli yedek akçe ayrılması imkanı bakımından değerlendirmek gerekir. Nitekim, aktiflerin değerinden düşük gösterilmesi, eTTK m. 458/1'deki gizli yedek akçe ayrılması

⁴⁹¹ Ticaret sicil müdürünün böyle bir yetkisi bulunmadığı yönünde, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 136; Değerleme raporunda açık bir hata bulunmadığı takdirde sicil müdürünün özel bir araştırma yapmasına gerek olmadığını ifade eden, Korkut, Şenocak (Ed.), s. 1533.

⁴⁹² Yusufoglu, s. 321.

⁴⁹³ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 156; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 43.

yöntemlerinden birisi olup, öğretide de gizli yedek akçe ayrılmasının mümkün ve yararlı olduğu değerlendirilmiştir⁴⁹⁴.

TTK ile bu hüküm kaldırılmış olduğundan yeni dönemde gizli yedek akçelerin akıbetinin ne olacağının tespiti için A.Ş.'lerde bilançonun hangi kurallara göre hazırlanması gerektiğine bakılmalıdır⁴⁹⁵. Konsolide finansal tablolar düzenlenirken, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK) tarafından yayımlanan, TMS, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkeleri ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara uymak ve bunları uygulamak zorunludur (TTK m. 88/1). KGK 01/26 sayılı kararıyla⁴⁹⁶ GYO'ların da aralarında olduğu kurum, kuruluş ve işletmelerin 01.01.2014 tarihi ve sonrasında başlayan hesap dönemlerine ilişkin "münferit ve konsolide finansal tablolarının"⁴⁹⁷ hazırlanmasında TMS'nin uygulanacağı ifade edilmiştir. Doğrudan belirtelim ki bu kapsamda olan GYO'lar bakımından iradi gizli yedek akçe ayırma imkanı mevcut değildir⁴⁹⁸. Bunun sebebi iradi gizli yedek akçe ayrılmasının temel gerekçesi olan ihtiyatlılık ilkesinin TMS/TMRS bakımından tali bir nitelik arz etmesi ve bugün gerçek anlamda UMS/UFRS yönünden ihtiyatlılık ilkesinin varlığından bahsetmenin mümkün olmamasıdır. O dönemki adıyla Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi'nin 1989 tarihli Finansal Raporların Hazırlanması ve Sunumuna İlişkin Çerçeve Metin'de güvenilirlik ilkesinin altında tali bir ilke olarak yer verilen ihtiyatlılık ilkesine 2010'da metinde yapılan değişiklikle yer verilmemiştir. Ayrıca Kara Avrupası'ndaki standartlar bakımından gizli yedek akçe ihdasına yer verilemeyeceği düzenlenmiştir⁴⁹⁹.

TTK m. 128/2'de yer alan "esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle" ifadesi ve TTK m. 343 gerekçesinde bilirkişi raporunda tespit edilen değer aynen esas sözleşmeye yazılacağı belirtilmiş olması dikkate alındığında esas sözleşmede yazılacak aynı sermaye değeriyle rapordaki değer aynı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁵⁰⁰. Esas sözleşmede yazılan değer ile

⁴⁹⁴ Tekinalp, Bilanço, s. 126-127; Arslanlı, c. III, s. 20 ve s. 30; Düzenlemeyi eleştiren ve hükmün kaldırılması gerektiğini ifade eden, İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 297.

⁴⁹⁵ Çonkar, s. 341.

⁴⁹⁶ RG, 26.08.2014 T., 29100 S.

⁴⁹⁷ Detaylı açıklamalar için bkz. Koçak, Mahmut Arif, "Anonim Şirkette Finansal Tablolar", Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler, Helvacı, Mehmet/Yıldız, Nurgül/Özsoy, Ahmet/Koçak, Mahmut Arif (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 157-185; Yıldız, Nurgül, "Konsolide Finansal Tablolar", Helvacı/Yıldız/Özsoy/Koçak (Ed.), s. 217-237.

⁴⁹⁸ Finansal raporlarını hazırlarken KGK'nın 01/26 sayılı kararında belirtilen şirketlerin önemli bir kısmına aynı sermaye getirilmesi mümkün değildir.

⁴⁹⁹ Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Çonkar, s. 339-345.

⁵⁰⁰ Dal, s. 391; Yusufoglu, s. 192. TMS/TFRS hükümlerine tabi olsun olmasın A.Ş.'ler bakımından iradi gizli yedek akçe ayırma imkanının kural olarak tanınmamış olduğu, bununla birlikte TTK m. 78/1-d'de yer alan "ihtiyatlılık" ilkesinin bir gereği olarak kurucuların/yönetim kurulunun bilirkişinin belirlediği değer üzerinden indirim yapmasının mümkün olabileceği, bu halde ihtiyatlılık ilkesinin bir sonucu olarak takdiri yedeklere bilanço hukukunun göz yumduğu, netice olarak düşük değerlemenin mutlak olarak yasak olduğunu söylemek yerine, kuruculara ihtiyatlılık ilkesi dolayısıyla tanınması gereken bir takdir payının olduğu ancak düşük değerlendirme olgusunun söz konusu takdir hakkının ötesine geçerek iradi gizli yedek akçeye dönüşmemesi gerektiği yönünde, Çonkar, s. 351.

raporda tespit edilen değerin farklı olması halinde ticaret sicilinin tescili reddetmesi gerektiği yönündeki görüşe⁵⁰¹ katılıyoruz. Tebliğ m. 9’da alınacak iki rapordaki değerden düşük olanın aynı sermaye değeri olarak esas alınacağı yönündeki düzenleme de görüşümüzü destekler niteliktedir.

b. Aşırı Değerleme

Düşük bir ihtimal olsa da hem mahkeme aracılığıyla alınan değerlendirme raporundaki hem de gayrimenkul değerlendirme kuruluşu tarafından düzenlenen rapordaki değerin aynı sermayenin gerçek değerinin çok üstünde olması durumunda ne yapılacağını dikkate almak gerekir. Herhalde TTK m. 343 çerçevesinde alınan ilk rapora ilişkin kararın kesin hüküm teşkil etmesi dikkate alındığında kararın değiştirilmesi pek mümkün olmayacaktır⁵⁰².

GYO’lar açısından iki farklı rapor alınacak olması genel hükümlerdeki çözümsüzlüğü bir nevi kendiliğinden halledebilir. Nitekim iki rapordaki değerden düşük olanı esas sözleşmeye yazıldığında raporlardan birinde aşırı değerlendirme yapılmasının pratikte bir sakıncası olmayacaktır. Ancak her iki raporun da taşınmazın rayicine göre aşırı değerlendirme yapılması halinde GYO’lar yönünden de sorunun çözümünün kolay olmayabilir. Bu anlamda aşırı değerlemenin GYO’nun tescilinden önce fark edilmesi durumunda SPK’nın listeye aldığı başka bir gayrimenkul değerlendirme kuruluşundan tekrar rapor alınması düşünülebilir⁵⁰³.

Daha önce malik dışında adi ortaklık hükümleri çerçevesinde diğer kurucuların da mahkemeden taşınmazın değerinin tespitini talep edebileceğini belirtmiştik⁵⁰⁴. Bu nedenle değerlemeye ilişkin alınan her iki rapordaki değerin de aşırı yüksek olduğu düşünülürse, bu kez HMK m. 114 anlamında aynı sermaye taahhüt eden haricindeki diğer kuruculardan birinin TTK m. 343 çerçevesinde aynı sermaye değerinin tespitini talep edebileceği kanaatindeyiz.

⁵⁰¹ Biçkici, s. 100; Tescilin sadece esas sözleşmede rapordakinden daha yüksek bir bedel yazılması halinde reddedilmesi gerektiği yönünde, Çonkar, s. 352.

⁵⁰² TTK m. 343 kapsamında aynı sermayenin değeri aşırı yüksek belirlenirse ve itiraz süresi de kaçırılsa, değerlemenin açıkça yüksek olduğuna kanaat getiren kurucuların, doğru ve daha düşük bedeli esas sözleşmeye yazabilecekleri yönünde, Çonkar, s. 353; Bu görüşün eTTK m. 303/2 hükmünden mülhem olmakla TTK m. 128/2’de yer alan açık hüküm karşısında kabulünün mümkün olmadığı, bunun sebebinin TTK m. 128/2’de bilirkişi tarafından belirlenen aynı sermaye değerinin esas sözleşmeye aynen kaydedilmesinin zorunluluğu olarak açıklayan, Biçkici, s. 101.

⁵⁰³ Tebliğ m. 40’ta, m. 34 çerçevesinde alınan değerlendirme raporlarının, teslimi takip eden üç iş günü içinde Kamuyu Aydınlatma Platformunda (KAP) ilan edilmesi zorunlu tutulmuştur. Tebliğ m. 34’e göre, aynı sermaye konulması durumunda değerlendirme raporu alınacağı belirtilmiştir. Ancak bu aşamada henüz GYO tescil edilip tüzel kişilik kazanmış değildir. Dolayısıyla KAP’ta bu yönde bir ilan yapılamayacaktır. Hüküm daha çok sermaye artırımında önem arz eder.

⁵⁰⁴ Bkz. s. 111’deki açıklamalarımız.

GYO'nun tescil başvurusundan sonra ve tescil edilmeden önce aşırı değerlemenin fark edilmesi durumunda TTK m. 33 hükmü işletilebilir. Buna göre tescili zorunlu olan ve TTK m. 32/3'teki şartlara⁵⁰⁵ uygun olmayan bir durumu haber alan sicil müdürü, ilgilileri belirleyeceği uygun bir süre içinde kanuni zorunluluklarını yerine getirmeye davet eder. Buna göre, en azından bağımsız değerlendirme kuruluşundan mahkemeye nazaran hızlı bir şekilde yeniden rapor alınarak sorun halledilebilir.

Tescilin yapılmasından sonra aynı sermayenin aşırı değerlemeye konu olduğunun fark edilmesi durumunda izahnamenin açıklanmasından önce SerPK m. 15 ve izahnamenin açıklanmasından sonra SerPK m. 9 çerçevesinde bir çözüm bulunabilir. Özel durum açıklamalarıyla ilgili olarak SerPK m. 15, SPK'ya düzenleme yetkisi vermektedir. Buna göre SPK payları borsada işlem gören ortaklıklar ile payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için iki ayrı tebliğ çıkarmıştır. GYO, kuruluşunun tescilinden sonra ve paylarının halka arzından önce payları borsada işlem görmeyen ortaklık statüsünde olacaktır⁵⁰⁶. Bu safhada aşırı değerlemenin gündeme gelmesi halinde, GYO, Seri:II, No:15.2 sayılı "Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklara İlişkin Özel Durumlar Tebliği"⁵⁰⁷ m. 5'te belirlenen özel durumlarını m. 7'ye göre bu durumun ortaya çıkmasını takip eden beş gün içerisinde kamuya açıklamak zorundadır. Bu durumlardan birisi sermayede meydana gelen önemli değişikliklerdir.

SerPK m. 9 uyarınca izahname 12 aylık bir süre için geçerlidir. Bu süre içerisinde izahnamedeki bilgilerde değişiklik olursa yalnızca değişiklikler için SPK'nın onayına ve ilanına ihtiyaç vardır⁵⁰⁸. Halka arz ve BİAŞ'a kotasyon sonrasında ise GYO artık payları borsada işlem gören ortaklık statüsüne geçecek ve artık Özel Durumlar Tebliği (II-15.1)⁵⁰⁹ çerçevesinde özel durum açıklamalarını yapacaktır. SPK m. 106'ya göre, doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı işlem yapmak suretiyle menfaat temin edenler, bilgi suiistimali suçunu işlemiş kabul edilirler⁵¹⁰. Özel Durumlar Tebliği m. 4/1-e'de içsel bilgi, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi, olay ve gelişmeler olarak tanımlanmıştır. Bu tebliğin 5. maddesine

⁵⁰⁵ Hüküm uyarınca tescil edilecek hususlar gerçeği tam olarak yansıtmalı, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamalı ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

⁵⁰⁶ Tebliğ m. 11/1'e göre, GYO'lar kuruluşlarının ticaret siciline tescilini takip eden üç ay içinde şekli ve esasları SPK tarafından belirlenecek halka arz standart formunu ve formda belirtilen belgeleri tamamlayarak çıkarılmış sermayelerinin asgari %25'ini temsil eden payların halka arzına ilişkin izahnamenin onaylanması talebiyle Kurula başvurmak zorundadır. Bununla birlikte Tebliğ m. 12'ye göre paylarını halka arz eden GYO'lar, satış süresinin bitiminden itibaren 15 gün içinde paylarının BİAŞ kotuna alınması için gerekli belgenin verilmesi talebiyle SPK'ya başvuracak, söz konusu belgenin verilmesini takiben 15 gün içinde, BİAŞ'a paylarının kote edilmesi talebiyle başvuracaktır.

⁵⁰⁷ RG, 23.01.2014 T., 28891 S.

⁵⁰⁸ Bahtiyar, Sermaye Piyasası, s. 73.

⁵⁰⁹ RG, 23.01.2014 T., 28891 S.

⁵¹⁰ Meral, Nevin, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 181.

göre, söz konusu içsel bilgilere ilişkin daha önce kamuya açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde ihraççılar⁵¹¹ tarafından açıklama yapılır.

Şirketin tescilinden sonra aynı sermaye olarak getirilen taşınmazın değerlemesinin aşırı yüksek yapıldığı anlaşıldığı takdirde ise gerçek değer ile esas sözleşmede yazılan değer arasındaki farkın nakden tamamlanması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz⁵¹². Zira, GYO'nun sermayesinin tamamen nakdi olarak konulmasında bir engel yoktur. Ancak aynı sermaye açığı nakden tamamlandıktan sonra bu nakit portföy sınırlamalarına uygun bir portföyün oluşturulması için kullanılmalıdır. Aynı sermayeye aşırı değer biçilmesi bir sorumluluk sebebidir. Şimdi bu sorumluluk hallerinin ve sonuçlarının neler olabileceğini değerlendirmeye çalışacağız.

c. İzahname ve Diğer Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk

aa. İzahnameden Doğan Sorumluluk

aaa. İhraççı Açısından Sorumluluk

Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurları varsa bunlara katılanlar sorumludur (TTK m. 549). Maddede sayılan belgeler ve aykırılıklar sınırlı sayıda değildir⁵¹³.

Hükümde halka açılmaya dair sadece izahname anılmış olmakla birlikte her türlü belge hükmün kapsamındadır⁵¹⁴. Bu minvalde TTK m. 549 hükmünün SerPK karşısında uygulanabilirliği üzerinde durulmalıdır.

İzahname, ihraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme

⁵¹¹ İhraççılar ise sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere SPK'ya başvuran veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler olarak tanımlanmakla GYO'ların bu kapsama girdiği görülmektedir.

⁵¹² Çonkar, s. 354.

⁵¹³ Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 260.

⁵¹⁴ Gerekece m. 549.

yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesidir (SerPK m. 3/j)⁵¹⁵. İzahname, yatırımcının yatırım kararı verirken ihraççı ortaklığa ve sermaye piyasası aracının özellikleriyle taşıdığı risklere ilişkin değerlendirme yapabilmesini sağlayan önemli bir kamuyu aydınlatma belgesidir⁵¹⁶. Bununla birlikte kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün hukukumuzdaki en önemli görünümünün birincil piyasalarda halka arzda düzenlenen izahname olduğu söylenmektedir⁵¹⁷. Halka arz işlemi için SPK'dan onay alan ortaklığın mutlaka izahnameyi de açıklaması gerekir⁵¹⁸. İzahname ile ilgili hususlar SPK tebliğleri ile açıklanmakta olup, bu tebliğlerde izahnamenin formatı dahi belirlenmiştir⁵¹⁹. İzahname sermaye piyasası araçlarının satışı için yapılacak icaba davet ve satın alma için her türlü yoldan çağrıda bulunulması, yeni kurulmuş bir A.Ş.'ye katılmaya davet edilmesi için SPK onayıyla çıkartılan açıklama olarak tarif edilmektedir⁵²⁰. Bununla birlikte söz konusu içeriği nedeniyle izahname bir yazılı icaba davet olarak da nitelendirilmektedir⁵²¹.

İzahnamenin içeriğinde ihraççının sermayesine ilişkin bilgiler de yer alır⁵²². İzahnamedeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından kaynaklanan sorumluluk SerPK m. 10'da özel olarak düzenlenmiştir. SerPK izahnameden doğan sorumluluğu SerPK m. 10 ile düzenlemekle kalmamış, SerPK m. 32 ile kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğu ayrıca düzenlemiştir. SerPK m. 32'de izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar

⁵¹⁵ Hükümdeki tanım, 4 Kasım 2003 tarihli ve 2003/71/EC sayılı Halka Arz İşlemlerinde Kullanılacak İzahnameler Hakkında Yönerge ve bunu yürürlükten kaldıran İzahname Tüzüğü ile uyumludur.

⁵¹⁶ Meral, s. 151.

⁵¹⁷ Turan, Gökçen, "Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, c. XX, sa. 1, s. 191-231, s. 192.

⁵¹⁸ GYO'nun kuruluşlarının tescilini takip eden üç ay içinde şekli ve esasları Kurulca belirlenecek halka arz standart formunu ve formda belirtilen belgeleri tamamlayarak çıkarılmış sermayelerinin asgari %25'ini temsil eden paylarının halka arzına ilişkin izahnamenin onaylanması talebiyle Kurula başvuruları zorunludur (Tebliğ m. 11/1). Ortaklıklar tarafından, payların halka arzı ve satışına ilişkin izahnamenin onaylanması sürecinde yapılacak tanıtım ve reklam amaçlı ilanlarda Kurulun konuya ilişkin düzenlemelerine uyulur (Tebliğ m. 42). 28/5/2013 tarihinden önce kuruluş veya dönüşüm suretiyle GYO statüsünü kazanmış olan ve paylarını halka arz edecek ortaklıkların, kendilerine 28/5/2013 tarihinden önce tanınan sürelerde, çıkarılmış sermayelerinin asgari %25'ini temsil eden paylarının halka arzına ilişkin izahnamenin onaylanması talebiyle Kurula başvuruları zorunludur (Tebliğ Geçici m. 2). Münhasıran altyapı ve yatırım hizmetlerinden oluşacak portföyü işletecek GYO'ların paylarının nitelikli yatırımcılara satışında, izahname ve tasarruf sahiplerine satış duyurusu düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır. (Tebliğ m. 11/A-6-e)

⁵¹⁹ İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği (II-15.1), RG. 22.06.2013, T., 28685 S.

⁵²⁰ Adıgüzel, s. 25.

⁵²¹ Akbulak, Sevinç/Akbulak, Yavuz, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, Beta Basım Yayın, İstanbul 2004, s. 81; Ayoğlu, s. 84; Adıgüzel, s. 25. İzahnamenin icap niteliğinde olduğu yönünde, İhtiyar, Mustafa, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 122; Somer, Mehmet, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerine Etkileri, Kazancı Hukuk, İstanbul 1990, s. 68; ABD Hukukunda Soderquist D. Lary/Gabaldon, Theresa, Securities Law, 5th Edition, Foundation Press, 2014, s. 50; Her iki görüşün de eksik yönlerine dikkat çeken ve yerine göre icaba davetten söz edilebileceği gibi icap yaklaşımının kabul edilebileceği durumlar bulunabileceğini ifade eden, Arıcı, M. Fatih, "Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzı, İzahname ve İhraç Belgesi", Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık, s. 107-123, s. 115, ("İzahname").

⁵²² Arıcı, İzahname, s. 116.

gibi kamuyu aydınlatma belgelerinin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması halinde sorumluluğun kimlere ait olacağı belirlenmiştir. İzahname her ne kadar SerPK m. 32’de sayılmış ise de bundan doğan sorumluluk özel olarak SerPK m. 10’da düzenlendiğinden, sadece izahnameden doğan sorumlulukta, SerPK m. 32 karşısında SerPK m. 10 öncelikle uygulanmalıdır⁵²³. Bununla birlikte SerPK m. 10 ve m. 32 karşısında TTK m. 549’un uygulanabilirliği de ele alınmalıdır. SerPK’ya tabi halka açık bir A.Ş.’nin düzenlediği izahname veya diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan bir sorumlulukta özel hüküm niteliğindeki SerPK m. 10 veya SerPK m. 32’nin öncelikle uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵²⁴. Hükümün bir ayırım yapmaksızın bütün A.Ş.’leri kapsayacak şekilde kaleme alındığı gerekçesiyle TTK m. 549’un halka açık şirketlere de uygulanacağını savunan görüşler olduğunu da belirtelim⁵²⁵.

IOSCO (The International Organization of Securities Commissions) tarafından yayımlanan raporda sermaye piyasası hukuku düzenlemelerinin üç amacı olduğu belirtilmiştir⁵²⁶. Bu amaçlar yatırımcının korunması, sermaye piyasalarının adil, etkin ve şeffaf işleyişinin sağlanması ve sermaye piyasasındaki riskin azaltılmasıdır. Bu husus SerPK m. 1’de de zikredilmiştir. Bu amaçlardan en öne çıkanı yatırımcının korunmasıdır. Kamuyu aydınlatma sistemi sayesinde sermaye piyasalarında bilgiye ulaşma yönünden ve finansal değerlendirme yapma anlamında elverişsiz konumdaki yatırımcının ihraççı karşısında korunması elzemdir. Hem bu hususlar ışığında hem de özel hüküm niteliğinde olmalarını göz önünde bulundurarak, biz de izahnameden ve kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan yatırımcının zararlarına ilişkin sorumluluk açısından SerPK hükümlerinin TTK m. 549’a nazaran öncelikli olarak uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte her ne kadar GYO’nun

⁵²³ Manavgat, Çağlar, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri*”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. II, sa. 1, İstanbul 2005, s. 523-553, s. 550; m. 10’da hüküm bulunmayan hallerde izahname de bir kamuyu aydınlatma belgesi olduğundan, m. 32’nin böyle bir durumda öncelikle uygulanabileceği yönünde, Adıgüzel, s. 38

⁵²⁴ Karaman Coşgun /Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3753-3754 dñn 14; Yazarlar bu iki hükmün uygulanması bakımından farklılıklara dikkat çekmektedir. Buna göre izahname bir kamuyu aydınlatma belgesi olarak m. 32’de yer almakla birlikte, izahnameden doğan sorumluluk özel olarak m. 10’da yer aldığından sadece izahnameye dayalı bir sorumluluğun doğması halinde m. 10 uygulanmalıdır. Bu maddeye göre zarar görenlerin öncelikle zararlarını ihraççılardan talep etmesi, zararın bu kişilerden tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması halinde halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör veya ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebileceği ölçüde sorumludur. Maddenin uygulanmasında zarardan sorumlu olanlar arasında farklılaştırılmış teselsül ilkesinin geçerli olduğuna dikkat çekilmiş, diğer taraftan m. 32 kapsamında, kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişilerin, bu belgelerdeki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmiştir. Düzenlemenin farklılaştırılmış teselsül müessesesinin bir örneği olduğu yönünde, Bahtiyar, Sermaye Piyasası, s. 74; SerPK m. 10’daki düzenlemenin kademeli bir sorumluluk getirdiği yönünde, Manavgat, s. 530; Özkorkut, Korkut, “*Finansal Raporlama, Bağımsız Denetim ve Kamuyu Aydınlatma*”, 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu 6-7 Haziran 2013, Banka ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 181; Odman Boztosun, Ayşe N., Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları, 2013, s. 153-154-155; Memiş/Turan, s. 77.

⁵²⁵ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 235; Halka arz süreçlerinde birçok belge hazırlanıp, beyanlarda bulunulup taahhütler verildiğinden, hükmün anılan işlemlere uygulanacağını ifade eden, Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 425.

⁵²⁶ Objectives and Principles of Securities Regulation, 2010,

<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>, erişim tarihi: 10.01.2024, nakleden, Meral, s. 13 dñn 19.

tescilinden itibaren üç ay gibi bir süreye tekabül etse de henüz halka arz süreçleri başlamadığı dönemde ve sonrasında da yatırımcı haricinde zarar görenlerle ilgili olarak TTK m. 549'un uygulanacağı kanaatindeyiz. Başka bir anlatımla GYO halka açılmadan evvelki zararlarla ilgili olarak TTK m. 549'un, halka arzdan sonraki dönemde sadece yatırımcının uğradığı zararlarla ilgili SerPK'nın sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.

Sorumluluğun hukuki niteliğinin her bir sorumlu açısından belirlenmesi, ispat külfeti, zamanaşımı ve kusurun etkisinin belirlenmesi yönlerinden önemlidir. Öğretide ihraççılarla yatırımcı arasında halka arzlarda culpa in contrahendo veya duruma göre sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁵²⁷. Bu görüş uyarınca ihraççı ile yatırımcı arasında sermaye piyasası aracının türüne göre ortaklık veya alacaklılıktan kaynaklı bir sözleşme ilişkisi doğar. Bunun gerekçesi ihraççı ile potansiyel yatırımcılar arasında halka arz konusu sermaye piyasası aracını konu alan satış sözleşmesinin içeriğinin, izahnamede yer verilen bilgilerle belirlenmesi ve hukuka aykırı eylemin, satıştan önceki duruma ilişkin olmasıdır.

Bununa birlikte öğretide SerPK m. 32/3'te yer alan sorumluluktan kurtulma imkanı gündeme geleceğinden ihraççının sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu da savunulmaktadır⁵²⁸.

Biz ihraççının izahnameden doğan sorumluluğunun, kanundan doğan, birinci derecede ve kusursuz sorumluluk olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz⁵²⁹. Bu görüşün temel gerekçesi kusur ilkesinin sorumluluk hukukunda açıkça zararın karşılanmasında zamanla yetersiz kalmasıdır⁵³⁰. Bu bağlamda kusursuz sorumluluğun amacı adalet düşüncesi olduğundan, zarar gören yatırımcının karşısında bir muhatap bulabilmesi ve zararı ihraççı ortaklıktan karşılayabilmesi gerekir⁵³¹. Kamuya açıkladığı bilgilerin hangilerinin hukuka aykırı olduğunu, bu bilgilerin kimler tarafından hazırlandığını, onaylandığını ve denetlendiğini en iyi bilen ihraççı olacağından bu tespitinden sonra ödediği tazminat ile ilgili diğer sorumlulara rücu edebilecektir⁵³². SerPK m. 10'da ihraççıya izahnamedeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmamasına yönelik özen borcu yüklendiği, aksi takdirde uğranılan zararların

⁵²⁷ Manavgat, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, s. 233-234, ("Halka Arz"); İnceoğlu, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 132.

⁵²⁸ Manavgat, Çağlar, "Kayda Alma Sisteminden İzahnamenin Onayına Halka Arz ve Sermaye Artırımı", Özkorkut (Ed.), s. 117-146., s. 125 ("İzahnamenin Onayı").

⁵²⁹ Ayoğlu, Tolga, "İzahnameden Doğan Sorumluluk", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 639-659, s. 642; Çatakoğlu, Buket, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 120; Üçışık/Çelik, s. 205; Arıcı, İzahname, s. 118-119; Adıgüzel, s. 36; Meral, s. 305.

⁵³⁰ Meral, s. 306.

⁵³¹ Gözüyeşil, Fevzi Fırat, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2020, s. 298.

⁵³² Meral, s. 307.

tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³³. Ayrıca TTK m. 549/1’de benzer bir yaklaşımla halka açılma sürecinde düzenlenen izahnamenin kanuna aykırılığı halindeki sorumluluk düzenlenmiştir. Hükümün ilk cümlesinde izahnamenin de aralarında bulunduğu belgeleri düzenleyenler ile beyanları yapanların sorumluluklarının kusursuz sorumluluk olduğu, ancak bunlara katılan ifa yardımcılarının ise kusur sorumluluğu olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁵³⁴. SerPK ile yakın zamanlarda hazırlanan TTK’nın ilgili hükmünün gerekçesinde ihraççıların izahnameden doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu belirtilmiştir. Yakın zamanlarda çıkarılan her iki kanunda benzer kanun yapma tekniğinin kullanılması gerekçesiyle TTK m. 549 ile uyumlu olarak SerPK m. 10/1 uyarınca ihraççının izahnameden doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilmektedir⁵³⁵. Buna göre SerPK m. 10 uyarınca ihraççı, kusurunun bulunmadığını değil, aslen kendisinden bu anlamda beklenen tüm gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya kendisinden beklenen özeni gösterseydi dahi sonucun gerçekleşmesini engelleyemeyeceğini veya nedensellik bağıını kesen sebeplerin varlığını ispat etmek durumundadır⁵³⁶. Örneğin GYO’nun genel müdürü veya yönetim kurulu üyelerinin izahnamede yer alan sermayeye ilişkin bilgiler çerçevesinde taahhüt eden kurucunun Kurulca listeye alınmış bir bağımsız değerlendirme kuruluşundan rapor aldığını veya TTK m. 343 uyarınca alınan bilirkişi raporuna süresi içerisinde itiraz ettiğini veya itiraz etmemiş olsa bile kendi bilgisi çerçevesinde raporlarda bir yanlışlık tespit edemediği ve aynı konumdaki bir yöneticinin de raporun yanıltıcı biçimde hazırlandığını anlama imkanı bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir.

bbb. İkinci Derecede Sorumlular

SerPK m. 10 uyarınca halka arz edenler, lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri izahnamedeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından dolayı ikinci derecede sorumludurlar. Ancak hükümde bu sayılanların hangi esaslara göre sorumlu olacakları düzenlenmemiştir. Öğretide izahnameden dolayı ikinci derece sorumluluğu bulunanların sorumluluklarının doğrudan haksız fiile dayandırılmayacağı ancak burada haksız fiil hükümlerinin de kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁵³⁷. Diğer bir görüş, ispat bakımından yatırımcı aleyhine

⁵³³ Yılmaz, Süleyman, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*”, AÜHFD 2010, c. 59, sa. 3, s. 551-578, s. 555-556. İhraççı ortaklıkların ekonomideki büyüklükleri ve iş hacmi ile istihdam durumları düşünüldüğünde ülke ekonomisini etkileyen ortaklıkların kamuya yaptıkları açıklamalarda yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler verilmesinin önemli bir tehlike yaratan olağandışı faaliyet olarak nitelendirilebileceği yönünde, Meral, s. 308-309 dpn 1106.

⁵³⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 422; Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s. 342; Üçışık/Çelik, s. 527; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 454; Çatakoğlu, s. 366.

⁵³⁵ Meral, s. 312.

⁵³⁶ Meral, s. 319.

⁵³⁷ Çatakoğlu, s. 124; İncoğlu, s. 133.

olacak haksız fiil sorumluluğunun kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk için geçerli olmayacağını ileri sürmüştür⁵³⁸. Ayrıca izahnameden doğan sorumluluğun haksız fiil olarak nitelendirilmesinin yatırımcıyı SerPK m. 32/4'teki karineden mahrum bırakacağı ve bunun yatırımcının korunması ilkesine ters düştüğü ifade edilmektedir⁵³⁹. Sonuçta ikinci derecedeki tüm sorumluların kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluğunun kusura dayanan, özel hükümlere göre özen borcu ile desteklenen ve kanundan kaynaklanan bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir⁵⁴⁰.

SerPK m.10'da yer alan izahnameden ikinci derecede sorumluluğun müteselsil sorumluluk olup olmadığına dair bir düzenleme hükümde yer almamaktadır. Bu nedenle SerPK m. 32 hükmüne bakıldığında SerPK m. 10'a yapılan atıf gereği birden fazla sorumlu arasında müteselsil borçluluk olduğu söylenebilir⁵⁴¹. İzahname bakımından ikinci derecede sorumlu olanlar için TBK m. 61, TTK m. 557/1 ve SerPK m. 32/1 hükümlerinin dikkate alınmasıyla kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olma durumu, farklılaştırılmış teselsülü ifade eder⁵⁴².

İzahnameden doğan sorumlulukta ihraççı, birinci derecede kusursuz sorumlu, garantör ikinci dereceden kusura dayanmayan sözleşmesel sorumlu, diğer sorumlular ise ikinci derecede kusurlarıyla sorumludur⁵⁴³. Değerleme⁵⁴⁴, derecelendirme ve bağımsız denetim kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere rapor hazırlayan kuruluşlar veya kişiler de raporlarıyla sınırlı olmak kaydıyla kısmi sorumluluğa ve kusurları oranında kusur sorumluluğuna tabi olacaktır⁵⁴⁵.

bb. Diğer Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden (Değerleme Raporundan) Doğan Sorumluluk

İzahname dışındaki diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden birisi de değerlendirme raporudur. Değerleme Tebliği m. 15'e göre, raporu hazırlayan değerlendirme uzmanları SerPK m. 32 ve m. 63 kapsamında sorumludur. Yine SerPK m. 32/2'de değerlendirme kuruluşları gibi kamuyu aydınlatma

⁵³⁸ Ayoğlu, s. 648.

⁵³⁹ Üçışık/Çelik, s. 206; Ayoğlu, s. 648; Çatakoğlu, s. 124.

⁵⁴⁰ Meral, s. 323; Üçışık/Çelik, s. 206; Turan, s. 211.

⁵⁴¹ Manavgat, İzahnamenin Onayı, s. 126.

⁵⁴² Manavgat, Halka Arz, s. 235; Çatakoğlu, s. 124; SerPK m. 10 uyarınca farklılaştırılmış teselsüle TBK m. 51 ve m. 52'de yer alan tazminat tutarındaki indirim sebeplerinin de uygulanabileceği yönünde, Üçışık/Çelik, Kendigelen, İlk Tespitler, s. 465; Çatakoğlu, s. 128.

⁵⁴³ Meral, s. 325-326.

⁵⁴⁴ Gayrimenkul değerlendirme kuruluşunun raporundakinden daha düşük bir değer tespit etmekle aynı sermaye değeri olarak esas alınan mahkeme aracılığıyla düzenlenen raporu hazırlayan bilirkişi de kanaatimizce bu kapsamda sorumludur.

⁵⁴⁵ Meral, s. 326.

belgelerinde yer alan veya bu belgelere dayanak olmak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumların da bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumlu olduğu tekrar edilmiştir. Değerleme kuruluşlarının hazırladıkları raporlardaki hukuka aykırı bilgilerden kaynaklanan sorumlulukların hukuki niteliğinin culpa in contrahendo sorumluluğun bir üst kavramı olan güven sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir⁵⁴⁶. Güven sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluk türü olmakla taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmasını gerektirmemekte ve kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁷. Bir kişinin mesleği itibarıyla başkalarında haklı beklentiler oluşturmaları TMK m. 2 çerçevesinde taraflar arasında güvene dayalı bir ilişki meydana getirir⁵⁴⁸. Bu sorumluluğun türlerinden, bilgi vermeden doğan sorumluluğun, SerPK m. 32'deki bu kişilerin sorumluluklarının hukuki niteliğini daha iyi açıkladığı ifade edilmiştir⁵⁴⁹. Bilgi vermeden doğan sorumlulukta bilgi veren kişi, bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa etmek için bilgi vermekte ve sözleşmenin karşı tarafının bu bilgiyi aktardığı üçüncü kişi ise, bilgiyi kendi tasarruflarında kullanmaktadır⁵⁵⁰. Öğretideki hakim görüş uyarınca güven sorumluluğu hakim hukuk yaratmasına dayandığından, sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğundan daha farklı bir sorumluluk türü olup edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisine dayanır⁵⁵¹.

Netice olarak kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluğun kanundan doğan sorumluluk olarak kabul edilmesi ve bu sorumluluğun kural olarak SerPK m. 10/1 ve m. 32/3 uyarınca kusura dayanması sonucu SerPK'da hüküm bulunmayan durumlarda bu sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir⁵⁵². Kanuni düzenlemelerle bazı sorumlular bakımından kusursuz sorumluluğun öngörülmesi, illiyet karinesinin kabulü, bazı sorumluların yatırımcıyla sözleşme ilişkisine hiç girmeden sorumlu tutulmaları, izahnameden doğan sorumlulukta kademeli sorumluluk sisteminin benimsenmesi dikkate alındığında bu sorumluluğun kanundan doğan sorumluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Urkan, Ercan, Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Sözleşmeleri ve Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 317; Meral, s. 329.

⁵⁴⁷ Durak, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, SEÜHFD 2017, c. 25, sa. 1, s. 239-288, s. 241.

⁵⁴⁸ Kalkan Oğuztürk, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 94; Durak, s. 244; Urkan, s. 316.

⁵⁴⁹ Meral, s. 330.

⁵⁵⁰ Oğuztürk, s. 255-256; Durak, s. 277.

⁵⁵¹ İslamoğlu, Gülşah, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahname Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 87; Kırca, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004, s. 121-122.

⁵⁵² Meral, s. 332; Turan, s. 207; Çatakoğlu, s. 127; İnceoğlu, s. 133.

⁵⁵³ Kara, Sencer, “Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, SEÜHFD, c. 23, sa. 2, 2015, s. 131-172, s. 166.

cc. Sorumluluğun Kapsamı

aaa. İç İlişkide

SerPK m. 10'da ihraççı için kusursuz sorumluluk ve diğer tüm sorumlular arasında farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu öngörülmüştür. SerPK m. 32'ye göre diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlu olanlar arasında müteselsil sorumluluk söz konusudur. Müteselsil sorumlulukta hangi borçlunun hangi oranda sorumlu tutulacağı iç ilişkiye göre belirlenir. Aynı zarardan sorumlu olanlar arasındaki rücu ilişkisi bakımından, zarara kusuru olan sorumlu tarafından katlanılması gerekir⁵⁵⁴. Zarar görene kusursuz sorumlu olanın ödeme yapması durumunda da iç ilişkide ödemeyi yapan kusursuz sorumlu, kusur sorumlusuna veya sözleşmesel sorumluya rücu edebilecektir⁵⁵⁵.

SerPK m. 32/1'e göre kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden dolayı birden fazla kişi müteselsilen sorumludur. Hükme göre sorumluların birlikte hareket etmesine gerek bulunmamakta ve hükümde sayılan kişiler arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olmaktadır. TBK m. 167 uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça veya müteselsil borçlular arasındaki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça borçlulardan her biri alacaklıya yapılan ifadan dolayı eşit olarak sorumludur. Zarar görene ödenen tazminat miktarı doğrultusunda TBK m. 62/1 çerçevesinde kusurlarının ağırlığı ve sebep olunan tehlikenin yoğunluğu göz önünde bulundurularak iç ilişkide müteselsil sorumlular arasında bir paylaştırma yapılır. Sonrasında ise zarar görene iç ilişkiye göre yapması gereken ödemedenden daha çok bir ödeme yapan sorumlu, diğer sorumlulara karşı TBK m. 168/1 uyarınca rücu hakkına sahip olacak ve zarar görenin haklarına halef olacaktır.

İhraççının zararın tamamını ödemiş olması durumunda kamuyu aydınlatma belgesini kendisi hazırlamamış olabileceği için diğer sorumlulara rücu hakkı olup olmadığını hakimın değerlendireceği ifade edilmektedir⁵⁵⁶. İlk kez halka arzda bulunan ihraççının kamuyu aydınlatma belgeleri çoğunlukla yönetim kurulu üyeleri tarafından hazırlanır. Böyle bir durumda özen yükümlülüğüne aykırı davranan yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553 çerçevesinde şirkete karşı sorumluluğu gündeme geleceğinden zarar gören yatırımcıya tazminat ödeyen ortaklık, kusuru bulunan yönetim kurulu üyelerine rücu

⁵⁵⁴ Adıgüzel, s. 121-122.

⁵⁵⁵ Narter, Sami, Kusursuz sorumluluk-Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 39.

⁵⁵⁶ Meral, s. 333; Yönetim kurulu üyelerinin malvarlıklarının zararı karşılamaya yetmeyebileceğinden, neticede zararın dolaylı zarar olarak ortaklık üzerinde kalması ihtimaline göre birinci derecede sorumlu bulunan ihraççının ikinci dereceye rücu edemeyeceği görüşünde olan, Kara, s. 160.

edebilir. Netice olarak yatırımcıya tazminat ödeyen sorumlunun, iç ilişkide farklı derecede sorumlu olan kişiye kusuru oranında rücu etmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁷.

bbb. Dış İlişkide

SerPK m. 10'da garantör haricinde izahnameden ikinci derecede sorumluluğu olan kişiler arasında farklılaştırılmış teselsül ve SerPK m. 32 kapsamında diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumlulukta sorumlu tüm kişiler arasında kanundan doğan müteselsil sorumluluk söz konusudur⁵⁵⁸. Türk hukukundaki borcun çokluğu görüşü doğrultusunda zarar görenin, sorumluların her birine karşı ayrı ayrı yönelen ve birbiriyle yarışan birden çok alacak hakkı bulunduğundan her bir sorumludan zararın tamamı talep edilebilir⁵⁵⁹. Söz konusu sorumlulardan birisi zararın tamamını karşıladığında artık zarar görenin diğer borçlulara başvuru imkanı kalmaz. İzahnamede ikinci derecede sorumlu olanlar gibi aralarında farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk bulunan sorumlular, dış ilişkide yatırımcıya karşı zararın sadece kusurları oranında sorumlu oldukları kısmını ödemekle yükümlüdür⁵⁶⁰. Diğer bir deyişle, dava edilen ve zararın tamamını tazmin etmekle yükümlü olan bir sorumlu, TBK m. 143/1 çerçevesinde kural olarak zararın başka sorumlulardan karşılanmasını talep edemeyecektir.

d. Sorumluluğun Kapsamı

aa. Hukuka Aykırı Eylem

aaa. Bilginin Yanlış, Yanıltıcı veya Eksik Açıklanması

SerPK m. 10/1 ve m. 32/1 çerçevesinde kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilginin yanlış yanıltıcı, eksik olması veya söz konusu bilginin hiç açıklanmaması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kamuyu aydınlatma belgelerindeki açıklanan hata ve eksiklikler veya SerPK m. 6'da yer alan ilkelere aykırı biçimde açıklanan bilgilerin yanıltıcı olması hukuka aykırı eylemi meydana getirmektedir⁵⁶¹.

Bununla birlikte İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği m. 25/3 doğrultusunda sadece özetteki bilgilerin yanıltıcı, hatalı ve tutarsız olması nedeniyle ilgili kişilerin sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiş, ancak m. 13/11-b'e göre özete ilave olarak, izahnameyle birlikte okunduğunda özetin

⁵⁵⁷ Meral, s. 334.

⁵⁵⁸ Uçar, s. 111; Turan, s. 215-216.

⁵⁵⁹ Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, AÜHF Yayınları, Ankara 1971, s. 70; Eren, Borçlar, s. 1225-1226.

⁵⁶⁰ Meral, s. 335.

⁵⁶¹ Manavgat, Çağlar, Kayda alma Sisteminden İzahnamenin Onayına Halka Arz ve Sermaye Artırımı, Özkorkut (Ed.), s. 117-146, s. 123, ("İzahnamenin Onayı").

yanıltıcı, hatalı veya tutarsız bilgiler içermesi durumunda ilgililerin sorumlu olduğu yönünde bir uyarı olması gerekmektedir. Böyle bir uyarı özetle yer almadığı takdirde özetteki bilgilerin tek başına okunduğunda yanıltıcı, hatalı veya tutarsız olmasından dolayı ilgililerin sorumluluğu söz konusu olabilir⁵⁶².

Sonuç olarak açıklamaların yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğunu tespit etmek için kamuya yapılan açıklamaların tamamına bakılması ve bilgiler bir bütün şeklinde değerlendirildiğinde, piyasada doğru ve gerçeğe uygun bilgiye ulaşılabilirdiği takdirde bahse konu açıklamanın da gerçeğe uygun olduğu kabul edilmelidir⁵⁶³.

bbb. Hukuka Aykırılığın Esaslı Olması

Kamuyu aydınlatma belgelerindeki ne tür bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasının hukuka aykırılık teşkil edeceği üzerinde durulmalıdır. Bir bilginin yatırımcıyı yanıltabilmesinin yanında yatırımcının sermaye piyasası aracının fiyatına ilişkin değerlendirmesini de etkilemesi gerekir⁵⁶⁴.

Bu anlamda kamuya yapılan açıklamada rakamın yanlış yazılmasında olduğu gibi bazı küçük hataların belgenin tamamına bakıldığında anlaşılabilir olması gibi basit bir hatadan sorumluluk doğmayacaktır⁵⁶⁵. Bununla birlikte gerçeğe aykırı yapılan bu açıklamanın somut olay bazında değerlendirilmesi ve makul bir yatırımcının yatırıma ilişkin kararı üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır. Bilinseydi kararının sonucunu etkilemeyecek bile olsa, makul bir yatırımcının yatırım kararını verirken değerlendirmeye alacağı ölçüde önemli olduğunu düşündüğü ve ayrıca sermaye piyasası aracının değerini etkileyen bilginin esaslı bilgi olduğu ifade edilmektedir. Bir varlık veya ilgili mali tablo kaleminde %10 ve üzerindeki bir oranda değişiklik oluşturabilecek olan her türlü bilgiyi esaslı bilgi kabul eden görüş⁵⁶⁶ bizce belirlenebilir bir ölçüt getirmesi bakımından yerinde bir çözüm getirmektedir.

bb. Kusur, Kusur Karinesi ve Kusursuzluğun İspatı

TBK’da tanımlanmayan kusur, sorumluluğun sübjektif unsuru olup bir kimse tarafından gerçekleştirilen ve hukuk düzenince kınanan bir davranıştır. SerPK m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk, ihraççının izahnameden dolayı kusursuz sorumluluğu haricinde kural

⁵⁶² Kara, s. 162.

⁵⁶³ Meral, s. 339; İslamoğlu, s. 61-62.

⁵⁶⁴ Simmonds, Andrew R./Sagat, Kenneth A./Ronen, Joshua, “*Dealing With Anomalies, Confusion and Contradiction in Fraud on the Market Securities Class Actions*”, Kentucky Law Journal, vol. 81, 1992-1993, s. 125.

⁵⁶⁵ Meral, s. 340; İslamoğlu, s. 61.

⁵⁶⁶ Ünal, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Asil Yayıncılık, Ankara 2005, s. 381; Akbulak/Akbulak s. 332.

olarak kusur sorumluluğudur⁵⁶⁷. İzahname bakımından SerPK m. 10'da kusurun derecesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından SerPK m. 32/3'te kusurun ağır veya hafif olması ayrı değerlendirilmiştir. Kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatlayan kişiler hüküm uyarınca sorumlu olmaz. SerPK m. 10/1'e göre izahnameden dolayı ikinci derecede sorumlu olanlar ve SerPK m. 32/1'de sayılan kişiler, bilgisizlikleri hafif kusura dayandığı durumlarda sorumlu tutulmaz. SerPK m. 32/3'te kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilginin gerçeğe aykırı olduğunu bilmeme ve bu bilgisizliğin hafif kusurdan kaynaklanma biçiminde tanımlanan sorumluluktan kurtulma imkanını, diğerinin görev alanına giren bilgiyle sınırlı olarak yorumlamak gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁸. Kusursuzluğa veya hafif kusura ilişkin ispat yükü sorumlular aleyhine öngörülmüşken, ağır kusur ve kast anlamında aksi ispatlanabilir bir kusur karanesi getirilmiştir.

SerPK m. 32/3 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olduğu durumlarda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmalden kaynaklanmadığını ispat edenler sorumlu tutulmayacaktır. Bu hüküm izahnameye de uygulanan bir genel hüküm niteliğinde olmakla birlikte, değerlendirme raporu gibi diğer kamuyu aydınlatma belgeleri bakımından sorumluluktan kurtulmak için kusur esas alınacaktır. Kamuyu aydınlatmadan doğan sorumluluk davasında SerPK m. 32'ye göre kusura ilişkin ispat külfeti davalının üzerindedir. Ancak zararı doğuran olayın ve zararın miktarının ispatı davacı yatırımcıdan beklenir. Yatırımcının korunması ilkesi doğrultusunda kusurlarının bulunmadığını ispat yükünün sorumlularda olmasının uygun olduğu değerlendirilmektedir⁵⁶⁹.

SerPK m. 32/3 hükmünde ispat yükünün tersine çevrilmiş olmasıyla kusur karanesi uyarınca davalı sorumluluktan kurtulmak için davalı sorumlunun, hem bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğunun kamuyu aydınlatma belgelerinin hazırlandığı süreçte bilinmediğini hem de bu bilgisizliğin kasıt veya ağır ihmalden kaynaklanmadığını ispatla mükelleftir. Şu durumda Tebliğ m. 17 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin ve m. 18 uyarınca GYO'nun genel müdürünün inşaat, bankacılık, gayrimenkul ve finans gibi alanlarda belli bir tecrübeye sahip olacağının öngörüldüğü dikkate alındığında değerlendirme raporundaki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğunu bilmesi gerekeceğinden bu kişiler sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Meral, s. 344.

⁵⁶⁸ Manavgat, İzahnamenin Onayı, s. 125-126.

⁵⁶⁹ Ayoğlu, s. 148; Memiş/Turan, s. 79; Çatakoğlu, s. 129.

⁵⁷⁰ Çatakoğlu, s. 122; Kara, s. 152; Yetki ve görev devri yapan yönetim kurulu üyesinin, kamuyu aydınlatma belgesindeki hukuka aykırılığı bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin söylenemeyeceği yönünde, Meral, s. 349.

TTK m. 553/1 kapsamında A.Ş. yönetim kurulu üyeleri kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri durumlarda verdikleri zararlardan sorumludur. Ancak bu hüküm dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduklarını ispat yükü, TTK m. 553 anlamında doğrudan zarar gören pay sahibi sıfatıyla davacı yatırımcının üzerindedir. Buna göre, SerPK m. 32/1’de sayılan kişilerden herhangi birinin, SerPK m. 32/3 nedeniyle kendisinin bizzat hazırlamadığı bilgilerden dolayı, kötü niyetli olmadıkça sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷¹.

cc. Zarar, Nedensellik Bağı, Tazminat Davası ve Zamanaşımı

TBK’da zararın tanımı yapılmamıştır. Zarar, zarar verici eylemden sonra zarar görenin rızası dışında oluşan malvarlığının son durumuyla bu eylem meydana gelmemiş olsaydı malvarlığının o zamanki durumu arasındaki fark olarak tarif edilmektedir⁵⁷². Sermaye piyasasında mevzuata uygun bir şekilde işlem yapan yatırımcının, kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması nedeniyle bir zararının ortaya çıkması durumunda sorumluluk doğacaktır. Sorumluluk hukukunda hukuka aykırı her eylem zarara sebep olmaz ve her zarar tazminatı gerektirmez. Buna göre ihlal edilen hukuk kuralı zarar görenin menfaatini korumak amacıyla getirilmemişse, zarar görenin tazmini gerektiren bir zarara uğradığından bahsedilemeyecektir⁵⁷³. SerPK m. 32/5-b uyarınca yatırımcının, söz konusu sermaye piyasası aracını, kamuyu aydınlatma belgelerinde bulunan bilgilerin gerçeğe uygun olmadığını bildiği halde alıp satması nedeniyle uğradığı zararlar bakımından tazminat talebi reddedilecektir⁵⁷⁴. SerPK’da yer alan sorumluluğa ilişkin kurallar öncelikle yatırımcının korunmasına yöneliktir.

Sermaye piyasası hukukundaki zarar kavramı genel hükümlerdekinden farklı ve kapsamı daha dardır⁵⁷⁵. Bu husus SerPK m. 32/4’te belirtilmiş olup, zararın hangi ölçütlerle tanımlanacağı düzenlenmiştir⁵⁷⁶.

SerPK m. 32’deki zararın genel hükümlerden ayrılan en önemli yanı SerPK m. 32/4’ten anlaşıldığı üzere hukuka aykırı açıklamadan sonra belirli süreler içerisinde ilk işlemlerin yapılmasını

⁵⁷¹ Urkan, s. 333; Meral, s. 350.

⁵⁷² Meral, s. 350.

⁵⁷³ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 734-735. Ayrıca zarar görenin rızası dahilinde malvarlığında meydana gelen azalmaların sorumluluk doğuran bir zarar olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin, Oğuzman/Öz, c. II, s. 40, Eren, Borçlar, s. 543.

⁵⁷⁴ Meral, s. 351; Yazar, bir kimsenin zararın büyümesini engellemek adına hukuka aykırı açıklamayı bilmesine rağmen, alım satım yapması sonucunda ileri süreceği tazminat talebinin bu bendin kapsamına girmeyeceğini ifade etmektedir.

⁵⁷⁵ Meral, Nevin, “Türk ve ABD Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Zararın Doğduğu An”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XXIII, sa. 2, s. 121-154, s. 143.

⁵⁷⁶ Gözüyeşil, s. 271; Manavgat, Halka Arz, s. 254.

takiben, düzeltici açıklama sonucunda yalnızca ters işlemin yapılmasından doğan zararın tazmin edilmesidir⁵⁷⁷. Buna göre yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içeren kamuyu aydınlatma belgelerinin açıklanmasını takiben hükümde belirlenmiş süreler içinde ilk işlemin yapılması gerekir. Ayrıca ters işlemin düzeltici açıklamadan sonra yapılması gerekir. Dolayısıyla yatırımcının yanıltıcı kamuyu aydınlatma belgesindeki bilgiye dayanarak bir yatırım kararı vermesi ve bu durumun malvarlığında aktif bir azalmaya neden olması gerekir⁵⁷⁸.

Sermaye piyasası aracının değerini etkileyen birçok faktör olduğu dikkate alınarak kamuyu aydınlatma belgesindeki bilgilerin niteliği ve zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Buna ilişkin ispat yükü kural olarak zarar gören yatırımcı/davacı üzerindedir. Nedenselliğin, yatırımcının bu borsada işlem yapmasıyla kanıtlandığı kabul edilmektedir⁵⁷⁹. Bu nedenle kamuyu aydınlatma belgesindeki bilgilerin yatırımcının zararına yol açtığına yönelik uygun nedensellik bağının ispatının çok zor olduğu haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁸⁰. Dolayısıyla SerPK m. 32/4'te yer alan düzenleme doğrultusunda, yatırımcının sadece borsaya güvenerek işlem yapmasının bile nedensellik bağının varlığı bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir⁵⁸¹.

Değerleme raporu gibi diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından ise zararın, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasından hemen sonra sermaye piyasası aracının alış veya satışının yapılmasıyla doğacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte SerPK m. 32/4'te düzenlenen nedensellik bağı karinesi kapsamında olmayan, ancak yatırımcının zararı ile kamuyu aydınlatma belgesi arasında uygun nedensellik bağının kurulabildiği hallerde, yatırımcı genel hükümlere göre zararını tazmin edebilir⁵⁸².

Türk hukukunda, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk neticesinde öncelikle SerPK hükümlerine göre tazminat davası açılabilir. Ayrıca SerPK tarafından bazı idari tedbirlerin ve yaptırımların uygulanması da gündeme gelebilir. Zarar gören ihraççının birinci derecede sorumlu olduğu tazminat davasının yanında aracı kuruma ve diğer sorumlulara karşı da dava açabilecektir. Bununla birlikte zarar gören pay sahibi yatırımcılar, TTK m. 553 vd. uyarınca ihraççı GYO'nun kurucularının, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerinin veya tasfiye memurlarının kusurlarını ispat etmek suretiyle bu kişilerden zararlarının tazminini talep edebilecektir. Yine kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan kanuna aykırılıklar nedeniyle TTK m. 549 çerçevesinde sorumluluk doğacağı da

⁵⁷⁷ Manavgat, Halka Arz, s. 254; Meral, s. 363.

⁵⁷⁸ Yatırımcının zararının herhangi bir şekilde kazançtan mahrum kalma yoluyla da gündeme gelebileceği ancak bunun ilgili hükümdeki sorumluluğun genişletilmesi biçiminde kullanılmaması gerektiğini ifade eden, İncooğlu, s. 134.

⁵⁷⁹ Manavgat, Halka Arz, s. 243.

⁵⁸⁰ Adıgüzel, s. 37; Gözüyeşil, s. 287.

⁵⁸¹ Manavgat, Halka Arz, s. 243.

⁵⁸² Meral, s. 381.

söylenmelidir. Belirtmek gerekir ki, ihraççı ortaklığın pay sahibi olan yatırımcılar da GYO'nun zarar görmesi nedeniyle uğradıkları dolaylı zararlarını TTK m. 555 ve 556'ya göre talep edebilir.

Tazminat davasının konusu kamuyu aydınlatma belgelerinde yanlış, yanıltıcı veya eksik bulunmasından dolayı sorumlulukları bulunan kişilerin yatırımcının zararını tazmin etmesidir. Tazminat davası niteliği itibariyle bir alacak davası veya eda davasıdır. Davanın davacısı kamuyu aydınlatma belgelerine güvenerek bir sermaye piyasası aracı satın almış yatırımcıdır. Yatırımcılar bireysel yatırımcı olabileceği gibi nitelikli yatırımcı veya kurumsal yatırımcı da olabilir⁵⁸³. Davanın davalısı ise SerPK m. 10 uyarınca; ihraççı, halka arz eden, lider aracı kurum, garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri, ve SerPK m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişilerdir. SerPK m. 32'nin SerPK m. 10'da sayılan kişilerle bu belgeleri imzalayanları ayrı bir şekilde sayılması, SerPK m. 10'dakilerin bu belgeleri imzalamalarının gerekmediği sonucunu ortaya koymaktadır⁵⁸⁴. Genel hüküm olan SerPK m. 32, A.Ş. hukukundaki sorumluluk sistemiyle uyumludur. Buna göre kamuyu aydınlatma tüzel kişi hesabına yapılıyorsa tüzel kişi, başka biri hesabına yapılıyorsa bu gerçek kişiler sorumlu olur⁵⁸⁵. Diğer bir deyişle ihraççı, halka arz eden, lider aracı kurum, ihraççının yönetim kurulu üyeleri, garantör ile bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme gibi işlemleri yürüten kişi ve kurumlar sorumlulukları çerçevesinde davalı olabilir.

İhraççının yönetim kurulu üyeleri SerPK m. 10 ve m. 32'ye göre ve TTK m. 549'daki görevi üstlenmiş olmaları dolayısıyla kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumludur. Şu durumda yönetim kurulu üyeleri öncelikle SerPK m. 10 uyarınca izahnameler yönünden sorumluluğun şartları sağlandığı takdirde, ikinci derecede sorumlu olacaktır. Diğer bir ihtimale göre SerPK m. 32 uyarınca izahname dışındaki diğer kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerden dolayı bu belgeleri imzaladıkları takdirde sorumlu olacaklardır. Son olarak ihraççının SerPK m. 10 veya SerPK m. 32 uyarınca sorumluluğu kuvvetle muhtemel yönetim kurulu üyelerinin kusurlarından kaynaklanacağından SerPK m. 2/2 doğrultusunda TTK m. 553 gereğince sorumluluk yönetim kurulu üyelerine ait olacaktır⁵⁸⁶. Bu ihtimalde sorumluluğun artık sermaye piyasası mevzuatından değil, şirketler hukukundan doğacağı belirtilmelidir.

SerPK m. 10/2'ye göre değerlemeyi yapan kişi veya kurumlar, izahnameye dayanak ve onun eki niteliğindeki raporları hazırlamaları koşuluyla bu raporlardaki bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik

⁵⁸³ 28/6/2013 tarihli ve 28691 sayılı RG'de yayımlanan Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği (II-5.2)'nin 4. Maddesinde kurumsal yatırımcı "yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler dışındaki profesyonel müşteriler" ve nitelikli yatırımcı "yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerde tanımlanan ve talebe bağlı olarak profesyonel kabul edilenler de dahil profesyonel müşteriler" biçiminde tanımlanmıştır.

⁵⁸⁴ Meral, s. 394.

⁵⁸⁵ Manavgat, Halka Arz, s. 236.

⁵⁸⁶ Zararı karşılayan ihraççı iç ilişki gereğince yönetim kurulu üyelerine rücu edebilecektir.

olmasından dolayı sorumludur. Dayanak raporları hazırlayan ve imzalayanların da yerine getirdikleri onay işlevi nedeniyle kendi kısımlarından sorumlu olmaları yerinde görülmektedir⁵⁸⁷. Bununla birlikte izahnameden doğan bu sorumluluğun, kademeli sorumluluk sisteminde nerede olduğu ve sorumluluğun hukuki niteliğinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir⁵⁸⁸. İzahnameden dolayı bu kuruluşların veya kişilerin sorumluluğunun dereceli sisteme girmediği ve ikinci derecede bir sorumluluk niteliğinde olmadığı belirtilerek buradaki sorumluluğunun bağımsız bir sorumluluk türü olduğu belirtilmektedir⁵⁸⁹.

SerPK m. 32/2 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerini hazırlayan veya hazırlanmasına dayanak olan raporları hazırlayan değerlendirme kuruluşları gibi kurum ve kuruluşlar da imzaladıkları kısımlarla ilgili yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi dolayısıyla kusurlarıyla verdikleri zararlardan sorumludurlar⁵⁹⁰.

SerPK m. 32/1’de finansal raporlar gibi kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanların sorumluluğu kabul edilmişken, SerPK m. 32/2’de kamuyu aydınlatma belgelerine dayanak raporları hazırlayanların sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bu durumda dayanak raporları hazırlayan değil imzalayanların sorumlu tutulmaları gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁹¹. Ancak kanundaki açık ifade karşısında dayanak raporları hazırlayanların sorumlu olacağına tereddüt bulunmamakla birlikte dayanak raporları imzalayanların sorumluluğu tartışmalıdır. Dayanak raporlar kamuyu aydınlatma belgelerinin eki niteliğinde veya içeriğine dahilse, bu raporları imzalayanların da SerPK m. 32/1 çerçevesinde sorumlu tutulmaları makul olarak değerlendirilmektedir. Dayanak rapor kamuyu aydınlatma belgelerinin eki niteliğinde olup içeriğine dahil olmadığı takdirde ve bu belgelerde sadece dayanak rapora atıf yapıldığı durumda ise dayanak raporu hazırlayanların yanında bu raporların doğruluğuna dair altına imza atma suretiyle doğruluğunu onaylayanların da sorumlu olmaları gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁹². Değerleme Tebliği’nde sorumlu değerlendirme uzmanı⁵⁹³ olarak tanımlanan kişinin sorumluluğu bu çerçevede değerlendirilmelidir.

SerPK m. 63’te değerlendirme kuruluşlarının kamuyu aydınlatmadan doğan bir başka sorumluluğu düzenlenmiş ve buna göre düzenledikleri raporlarda yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik

⁵⁸⁷ Adıgüzel, s. 38; Ayoğlu, s. 132.

⁵⁸⁸ Gözüyeşil, s. 258.

⁵⁸⁹ Arıcı, İzahname, s. 119; Memiş/Turan, s. 77-78.

⁵⁹⁰ Meral, s. 411.

⁵⁹¹ Kara, s. 164.

⁵⁹² Meral, s. 412.

⁵⁹³ Değerleme Tebliği’nde, gayrimenkul değerlendirme kuruluşunun ödenmiş sermayesinde asgari %10 oranında pay sahibi olan, gayrimenkul değerlendirme uzmanı sayılmak için belirtilen şartların tamamını taşıyan, gayrimenkul değerlemesi alanında en az 5 yıl tecrübesi olan, kuruluş adına değerlendirme faaliyetlerini kişisel sorumluluğu ile yürüten ve kuruluş adına değerlendirme raporlarını tek başına imzalamaya yetkili olan gayrimenkul değerlendirme uzmanı, biçiminde tanımlanmıştır.

olmasından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmuşlardır. Bu anlamda SerPK m. 63'ün, SerPK m.10 ve m. 32'ye gerek bulunmaksızın değerlendirme kuruluşlarının sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğu düşünülebilir⁵⁹⁴.

Kural olarak tazminat davasındaki uyuşmazlık, TTK m. 4/1-e ve f hükümlerine göre ticari davadır ve TTK m. 5 uyarınca görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise genel hükümlere göre belirlenecek olup HMK m. 6 doğrultusunda davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Davalının yerleşim yeri mahkemesi şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Ayrıca HMK m. 16'ya göre hukuka aykırı fiilin işlendiği yer mahkemesinde de dava açılması mümkündür. TTK m. 5/A hüküm uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ticari dava niteliğindeki tazminat davalarında arabuluculuk, dava şartı olarak düzenlenmiş olduğundan, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde zarar gören yatırımcının açacağı tazminat davalarında dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulmalıdır.

SerPK m. 32/7'ye göre kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğu hafifleten veya kaldıran anlaşmalar veya ifadeler yatırımcıya karşı geçersiz olup, iç ilişkide sorumluluk bu tür anlaşmalara göre belirlenecektir⁵⁹⁵.

Davada zararın miktarını ispat yükü davacıda olup, zarar kalemlerinin tam olarak ispatlanması davacı zarar gören açısından mümkün olmadığı takdirde, hakim TBK m. 50/2 uyarınca hakkaniyete uygun şekilde hayatın olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zarar miktarını belirleyecektir⁵⁹⁶.

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk için açılacak tazminat davasında SerPK m. 32/6'ya göre tazminat talepleri, zararın meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Zamanaşımı zararın meydana geldiği an itibariyle başlayacak olup, bu da gerçek bilginin ortaya çıkmasından hemen sonra sermaye piyasası aracına ilişkin ters işlemin yapıldığı tarihtir⁵⁹⁷. Ancak bu kısa zamanaşımı süresini kaçıran zarar gören yatırımcının SerPK'daki sorumluluk maddelerinde düzenlenmeyen zararını genel hükümlere göre tazmin edebileceği kabul edilmektedir⁵⁹⁸. Genel hükümlere göre zararını talep etmek isteyen yatırımcının bu durumda SerPK m. 32/4'te yer alan

⁵⁹⁴ Çetin, Nusret/Töremiş, Hatice Ebru/Cantimur, Zeynep, 6362 Sayılı Sermaye piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi, Yetkin, Ankara 2014, s. 40.

⁵⁹⁵ Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 43.

⁵⁹⁶ Meral, s. 418.

⁵⁹⁷ Zamanaşımı süresinin kısa tutulmasının sebebi gerekçede finansal piyasalardaki tepkilerin çabukluğu ve işlemlerin mevcut bilgiler çerçevesinde kısa sürede yapılması gerekliliği ve bu sayede yatırımcının korunması olarak açıklanmıştır.

⁵⁹⁸ Meral, s. 421.

nedensellik karinesinden yararlanamayacağından, nedensellik bağıını ispat yükünün davacıda olacağı hatırlanmalıdır⁵⁹⁹.

d. TTK Kapsamında Hukuki Sorumluluk

aa. Belge ve Beyanların Kanuna Aykırılığı

TTK m. 549 yeni bir hüküm olmayıp, kaynağı A.Ş.'lerin kuruluşunda, vesikaların doğru olmamasından doğan sorumluluğu düzenleyen eTTK m. 305'tir⁶⁰⁰. Hüküm ile ortaklık yanlış, eksik, kanuna aykırı bilgiyi kullanarak oluşturduğu hukuki görünüş nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁶⁰¹. Buna göre, sorumluluğun türü temelde haksız fiil sorumluluğuna dayanan ancak anonim ortaklıklara özgü, ortaklığın yanlış bilgi vermesinden kaynaklanan bir sorumluluk türü olup, sorumluluğun kaynağını sorumlu gerçek kişiler bakımından illiyet bağına dayalı kusuru sorumluluğu; tüzel kişi bakımından ise satım konusu payla ilgili olarak garanti sorumluluğu veya satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu oluşturabilir⁶⁰². Bu minvalde aynı sermayeye olduğundan fazla değer biçerek hatalı değerler esas sözleşmeye yazılmasına sebep olan bilirkişi veya değerlendirme kuruluğu ile aynı sermayenin özelliklerine ilişkin bilirkişiyi yanlış yönlendiren kişilerin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hükümün amacı temelde, gerçek olmayan ve hileli belge ve beyanlara güvenenlerin uğrayacağı zararın tazmin edilmesidir⁶⁰³. Hükümde diğer kanuna aykırılıklardan bahsedilmesiyle sorumluluk sebepleri sınırlı sayıda öngörülmemiştir. Ancak tazminat ödeme yükümlülüğünün söz konusu olması için zarar ve uygun nedensellik bağıının bulunması gerekmektedir.

Kuruluş belgeleri arasında TTK m. 336 uyarınca esas sözleşme ve değerlendirme raporları da bulunmaktadır⁶⁰⁴. Kuruluş belgelerinden en önemlisi esas sözleşme olup esas sözleşmedeki aynı sermayenin değerinin doğru biçimde yazılması gerekir.

⁵⁹⁹ Manavgat, İzahnamenin Onayı, s. 130-131.

⁶⁰⁰ TTK m. 549'un eTTK m. 305'e nazaran aynı sermaye değerlemesi yönünden daha geniş bir düzenleme içerdiği yönünde, Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 421.

⁶⁰¹ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3751.

⁶⁰² Sorumluluğun niteliğinin sorumlu olanların sıfatlarına göre değişeceği; kurucu, yönetici ve şirket çalışanı avukat, muhasebeci, mali müşavir gibi A.Ş. ile arasında hukuki ilişki bulunanların sorumluluğunun sözleşmesel, sorumlu üçüncü kişi konumundaysa haksız fiil sorumluluğunun bulunduğunu ifade eden Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 261; Karş. Akdağ Güney, Kuruluş, s. 236. Yazar kurucularla ortaklık arasında şirketin tescilinden önce veya sonra herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığından sözleşme ilişkisinin kurucu ortaklar arasında mevcut olduğunu, hükümün amacının, A.Ş.'nin kanunun öngördüğü şekilde kurulması ve bu sayede hem ekonomi ve işlem güvenliğinin sağlanması hem de pay sahipleri ile alacaklıların korunması olduğunu, dava açma hakkının ortaklık dışında belli koşullar altında alacaklılara tanınmasının sebebinin de bu olduğunu ifade ederek bu nedenlerle burada kendine özgü kanuni bir sorumluluk bulunduğu kanaatindedir.

⁶⁰³ Üçışık/Çelik, s. 527.

⁶⁰⁴ Detaylı açıklamalar için bkz. Paslı, Hükümlerin Tanıtılması, s. 163 vd.

TTK m. 549 ile düzenlenen sorumluluğun varlığı için, şirketin kuruluş ve sermaye artırımı gibi işlemlerinin tamamlanmış olması şart değildir⁶⁰⁵. Bu anlamda hükmün SerPK m. 32 ve SerPK m. 10'dan ayrılan bir yönünün bu olduğu söylenebilir. Bu işlemlerle ilgili belgelerin yanlış, hileli, gerçeğe aykırı, sahte veya kanuna aykırı olması durumunda, işlem geçerli bir şekilde tamamlanmamış dahi olsa, zararın varlığı koşuluyla ilgili kişilerin sorumlulukları gündeme gelebilecektir. Yine belirtmek gerekir ki, kuruluş ve sermaye artırımı sicile tescille tamamlanmış olmakla tescilin iyileştirici etkisi söz konusu olsa da bu durum TTK m. 549 çerçevesinde sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır⁶⁰⁶. TTK m. 549 uyarınca söz konusu belgeleri düzenleyenlerin ve beyanları yapanların sorumluluğunun kusursuz sorumluluk, bu beyanlara katılanların sorumluluğunun ise kusura bağlı sorumluluk olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁷. Bununla birlikte hükmün lafzı dikkate alınarak yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması ihtimalinde, tüzel kişinin maddede öngörülen şekilde belge düzenlenmesi, beyanda bulunulması konusunda talimat verip vermediği araştırılmadan sorumluluğuna gidilebileceği, tüzel kişinin temsilcisinin ise bu eylemlere katılan sıfatıyla kusurlu sorumluluğa tabi olacağı belirtilmiştir⁶⁰⁸. Öğretide aksi görüş uyarınca, hükümde sayılan eylem ve kişiler haricinde kusur veya kastın varlığına da atıf yapılmış olup, sorumluluk hukukunda kusurun temel koşul olduğu ve kusursuz sorumluluğun istisna olduğu ifade edilmiştir. Kanunda kusursuz sorumluluk açıkça düzenlenmemiş olduğundan burada kusursuz sorumluluktan bahsedilemeyecektir⁶⁰⁹. Madde kapsamında sorumluluğun doğması, beyanların objektif manada gerçeğe aykırı olmasına bağlı olup, bunun hata, hile veya başka bir sebepten kaynaklanmasının bir önemi yoktur⁶¹⁰. Bununla birlikte, belgenin düzenlenmesine veya beyanın yapılmasına fiilen katılmamış ancak aykırılığı bilmesine rağmen bu durumu engelleme için gereken çabayı sarf etmemiş veya aykırılığı bilebilecek kişiler de kusurları olduğu takdirde sorumlu tutulacaktır⁶¹¹.

Bizim de katıldığımız görüş⁶¹² uyarınca, bilirkişi raporu/değerleme raporu, raporu düzenleyenler bakımından bir sorumluluk kaynağı oluşturmakla birlikte, kurucuların da bu raporun sağladığı veri ve bilgilerin sağlamasını hiçbir şekilde yapmaksızın kabul etmeleri söz konusu

⁶⁰⁵ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3757.

⁶⁰⁶ Soykan, s. 632 vd.

⁶⁰⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 239-242; Sevi, s. 397-399; Üçışık/Çelik, s. 527.

⁶⁰⁸ Develi, Emine, Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları 2016, s.167.

⁶⁰⁹ Yasaman, Hamdi, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013, s. 97-112, s. 102. TTK m. 557'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül ilkesinin de TTK m. 549'da düzenlenen sorumluluk hallerinin hepsinin kusur sorumluluğu olduğunu gösterdiği yönünde, Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 445.

⁶¹⁰ Yusufoglu, s. 328.

⁶¹¹ Akdağ Güney, s. 241; Altay, s. 226.

⁶¹² Yusufoglu, s. 329.

olmamalıdır. Nitekim, TTK m. 343 kuruculara da bu rapora itiraz etme hakkını vermiştir. Ayrıca daha önce değindiğimiz üzere değerlendirme raporunda aynı sermayeye aşırı değerlendirme yapılması halinde en azından kuruluştan yeniden bir değerlendirme raporu alınabilmesi mümkündür. Bu anlamda kurucular, gereken titizliği gösterip, sermayenin gerçeğe uygun bir şekilde oluşturulması için özenli davranmalı ve muhtemel bir usulsüzlük veya gerçeğe aykırılığı kontrol etmelidir. Aksi bir tutum bu kişilerin sorumluluğuna yol açar. Ayrıca hukuka aykırı belgenin düzenlenmesine veya beyanın yapılmasına katılan uzman personelin kusurunun tespiti yönünden, kendi uzmanlık alanlarındaki özen borcunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁶¹³.

Sorumluluk konusu zarar yönünden TTK m. 549 ve m. 551'in uygulama alanına ilişkin bir sorun ortaya çıkmayacağı katıldığımız üzere ifade edilmektedir⁶¹⁴. Gerçekten, TTK m. 551, değer biçmede yolsuzluk nedeniyle sermayenin tam olarak tedarik edilememesine bağlanan zararın tazminine ilişkindir. TTK m. 549 ise, belge ve beyanlardaki bilgilere dayanarak işlem yapanların zararlarının tazminini düzenlemektedir. Kurucular ve yönetim kurulu üyeleri, sermayeye olduğundan yüksek değer biçilmesi için yolsuzluk yapmışlarsa, sermayenin oluşmamasından sorumlu tutulur. Halbuki değerlemede bir kusurları bulunmadığı durumda bile, bu belge ve bilgilere güvenerek işlem yapanların zararlarından sorumluluk gündeme gelir⁶¹⁵.

Hukuki sorumluluk davasında davacı olabilecek kişiler zarar görenlerdir. Zarar gören kavramına, somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle başta tüzel kişi olarak GYO, pay sahipleri, pay sahipliği sıfatını bu işlemler nedeniyle kaybedenler, menkul kıymeti alanlar, bu menkul kıymetleri sonradan devralanlar ve halka arz durumunda alıcılar girebilir⁶¹⁶. A.Ş.'nin iflas etmesi durumunda, şirket alacaklıları da TTK m. 556'ya istinaden dava açabilirler⁶¹⁷.

Hukuki sorumluluk davasının davalısı ise “düzenleyenler, beyanlarda bulunanlar ve taahhüt edenler” ile maddedeki eylemlere “katılanlar”dır⁶¹⁸. Maddenin gerekçesine göre bu kavramların

⁶¹³ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3763.

⁶¹⁴ Yusufoglu, s. 329.

⁶¹⁵ Değer biçmede yolsuzluk açısından, sorumlu tutulabilecek kişilerin birlikteliklerle sınırlı bulunmadığı, kurucuların da sorumluluğuna gidilebileceği, TTK m. 549 ve m. 551'in uygulama alanı ile ilgili sorun çıkabileceği ve kuruluş aşamasında aynı sermayeye değer biçilmesinde yolsuzluk yapanlar kurucular da olsa, TTK m. 549 çerçevesinde kusursuz sorumluluk değil, TTK m. 551 çerçevesinde kusur sorumluluğuna tabi olacakları yönünde, Akdağ Güney, s. 329.

⁶¹⁶ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3758-3759; Biz GYO bakımından menkul kıymeti alanlar ile halka arz durumundaki alıcıların özel hüküm niteliğinde olan SerPK m. 10 ve SerPK m. 32'ye TTK m. 549'a göre öncelikli olarak başvurusu gerektiğini düşünüyoruz.

⁶¹⁷ Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 260.

⁶¹⁸ Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 261; Davalı sıfatının sınırlı sayıda sayılmadığı yönünde Üçışık/Çelik, s. 528.

kapsamı öğreti ve içtihatlarla belirlenir. Bununla birlikte değerleme raporlarını düzenleyen bilirkişi veya değerleme şirketi de sorumlular kapsamındadır⁶¹⁹.

bb. Değer Biçmede Yolsuzluk

TTK m. 551 uyarınca, aynı sermayenin değerlemesinde emsaline nazaran yüksek fiyat biçenler, aynı niteliğini veya durumunu olduğundan farklı gösterenler veya başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, doğacak zarardan sorumludur. Bir malvarlığı unsurunun, gerçeğinden daha yüksek bir değerle ortaklık malvarlığına dahil edilmesi hem ortaklık malvarlığının azalmasına hem de ortaklığın gerçekte sahip olmadığı bir malvarlığı değerine sahipmiş gibi görünmesine sebep olur. Maddede yolsuzluğa yol açacak değerlemeler sınırlayıcı olarak sayılmamış, örnek teşkil edecek biçimde ifade edilmiş; “başka bir şekilde yolsuzluk “denilmekle farklı şekillerde yolsuzluğun söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Aynı ile ilgili herhangi bir yolsuzluk değil değerlemeyle ilgili yolsuzluk sorumluluğa yol açacaktır⁶²⁰.

Öğretide aynı sermayeye yüksek değer biçilmesine sebep olan kurucuların/yöneticilerin, değer biçecek bilirkişi yanlış yönlendiren kişinin, aynı hakkında yanıltıcı beyanda bulunanların, değer biçilecek sermaye yerine başka daha yüksek değerli emsalini bilirkişi incelemesine sunanların, TTK m. 551 çerçevesinde değil, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasını düzenleyen TTK m. 549 çerçevesinde sorumlu olacakları ifade edilmiştir⁶²¹. Bu anlamda TTK m. 551 hükmü sadece yüksek fiyat biçilmesini değil, bununla birlikte aynı niteliğinin ya da durumunun farklı gösterilmesini veya başkaca bir şekilde yolsuzluk yapılmasını da sorumluluğa sebep olan durumlar arasında saymıştır. Bunun bir sonucu olarak TTK m. 549’un TTK m. 551’e göre genel hüküm niteliğinde olduğu ve TTK m. 551 kapsamına girmeyen hallerde TTK m. 549’un uygulanacağı belirtilmiştir

Aynı sermayenin niteliğine ilişkin kanuni kısıtlamaların yanında, değer biçilmesi bakımından da sermayeyi korumak amacıyla alınan tedbirlerden birisi de aynı sermayenin değerinin bağımsız bir şekilde tespit edilmesidir.

Bu anlamda üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunan bir taşınmazla ilgili durumun farklı gösterilmesi, arsanın bina, binasız arsanın binalı, meskenin turistik tesis, imar durumu yokken varmış gibi gösterme, imar durumunu olduğundan iyi gösterme, imar durumu hakkında belirtme yapmama, gibi eylemler başka bir şekilde yolsuzluk yapma ifadesine örnek teşkil edebilir⁶²².

⁶¹⁹ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3759.

⁶²⁰ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3817.

⁶²¹ Çonkar, s. 355.

⁶²² Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 267; Doğrusöz Koşut, Hanife, Şirketler Hukuku, Karahan, Sami (Ed.), 2. Baskı Yetkin Yayınları 2015, s. 788.

Değer biçmede yolsuzluktan şirket doğrudan zarar görürken, alacaklılar ve pay sahipleri yansıma yoluyla zarar görür. Aynın değeri gerçek değerinden yüksek belirlenmişse ortaklığın zarar görmesi söz konusu olur. Aynın değerinin gerçek değerinden düşük belirlenmesi durumunda ortaklık zarar görmez. Bu nedenle aynın değerinin düşük belirlenmesi ortaklığın menfaatine halel getirmediğinden sorumluluk sebebi olarak kabul edilmemiştir. Amacın ortaklığın sermayesinin eksik oluşmasının önüne geçmek olduğu gözetildiğinde düşük değerlendirme yapılması buna yol açmadığından sorumluluk sebebi değildir.

Davacılar bakımından hükümde bir sınırlama getirilmemiş olup, yolsuzluktan zarar gören herkes kişisel zararının tazmini talebiyle bu hükmeye dayanarak dava açabilir. Bu anlamda ortaklığın kendisi ve pay sahipleri davacı olabilir. Ancak TTK m. 555 çerçevesinde pay sahiplerinin ya da GYO'nun iflası durumunda TTK m. 556'daki koşulların varlığı halinde GYO'nun alacaklılarının şirketin uğradığı zarar için dava açmaları mümkündür. Bu davada hükmedilecek tazminat davacıya değil GYO'ya ödenecektir.

Davalı ise aynı sermayenin değerlemesinde yolsuzluk yapanlar olacaktır. Hüküm uyarınca değerlemeye etki edecek herhangi bir usulsüzlük sorumluluğa sebep olacağından sadece değerlemeyi yapanlar değil aynı zamanda bu kişilere bilgi ve belge temin eden veya bilgi ve belgeyi saklayanlar da sorumlu olacaktır. Bu anlamda A.Ş.'nin kuruluşunda kurucular, kuruluştan sonra ise yönetim kurulu üyeleri, ticari mümessil, ticari vekil, müdürler olarak sayılabilecek ortaklık yöneticileri, TTK m. 343'e göre atanan bilirkişiler, değerlendirme kurulu, onlarla yolsuzluk yapmak üzere iş birliği yapan avukatlar, belediye ve imar idaresi gibi resmi yetkililer davalı sıfatına sahip olabilir⁶²³. Bilirkişinin belirlediği değerleri ilgili sicile bildiren ticaret sicili müdürü ve yapılan bu bildirim üzerine mülkiyet intikalini sicile işleyen tapu sicili memurlarına sorumluluk yöneltilmemelidir. Bunun sebebi, bildirim yapan ticaret sicili müdürü ile bildirim yapılan tapu sicili memurlarının belge üzerinden inceleme yapmasıdır. Dolayısıyla, bilirkişinin belirlediği değerde yolsuzluk yapıldığını bilebilmeleri mümkün olmayacaktır⁶²⁴.

Hükümde açıkça kusurdan bahsedilmemiştir. Ancak kusur sorumluluğunun asıl, kusursuz sorumluluğun istisna olduğu, hükmün gerekçesi ve hükümde geçen yolsuzluk eyleminin kusursuz olarak gerçekleştirilmesinin de mümkün olamayacağı dikkate alınarak buradaki sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu söylenmelidir⁶²⁵.

⁶²³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 375; Üçışık/Çelik, s. 531.

⁶²⁴ Doğrusöz Koşut, Karahan (Ed.), s. 789.

⁶²⁵ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 325; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 456.

Hükme aykırılık tazminat sorumluluğuna yol açacaktır. Zarar genellikle ortaklığın zararı olacaktır. Ancak pay sahibinin ve üçüncü kişinin de zarara uğraması mümkün olabilir. GYO dışında zarar görenlerin doğrudan zararları bakımından açılacak davada tazminatın kendilerine ödenmesi talep edilebilecektir. Bununla birlikte GYO'nun uğradığı zarar nedeniyle dolaylı zarara uğrayan pay sahipleri ve üçüncü kişiler tazminatın GYO'ya ödenmesi talebiyle dava açabilir. Açılacak davada kusurun ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı husumetin yöneltildiği kişiyle sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığına göre belirlenir. TTK m. 551 çerçevesinde talepte bulunulması başka hukuki yollara başvurulmasına engel değildir. Başvurulacak yollardan birisinin TTK m. 353 doğrultusunda ortaklığın feshi davası olabileceği belirtilmektedir⁶²⁶.

cc. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

TTK m. 550 uyarınca sermaye tamamıyla taahhüt edilmemiş veya karşılığı esas sözleşme hükümleri ve kanun gereği ödenmediği halde taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları koşuluyla ortaklık yetkilileri, bu payların karşılıkları ile zararları faiziyle birlikte müteselsilen ödemek durumundadır. Hükümde düzenlenen sorumluluk sebebi nakdi sermaye borcuyla sınırlı değildir. Hükümdeki “ödeme” ifadesi ilk başta nakdi sermaye taahhüdünü akla getirebilse de benzer durum aynı sermaye taahhüdü yönünden de söz konusu olabilecektir⁶²⁷. Örneğin TTK m. 128/2 gereği taahhüde konu taşınmaz üzerinde şerh konulmadığı halde konulmuş gibi gösterenler ve bu doğrultuda belge düzenleyenlerin sorumluluğu söz konusu olur. Tapu siciline şerh verilmemesine rağmen ortaklık ticaret siciline tescil edilmişse ve tescilden sonra taşınmaz iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmişse ortaklığın sermayesi eksik teşekkül etmiş olur. Bu durumda ortaklığın sermayesinin oluşmamasının sebebi şerhin konulmaması olduğundan, kurucular sorumlu olacaktır. Bununla birlikte sermayeyi taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösteren diğer kişiler de kusursuz sorumlu olacak ve kusurlu olmaları şartıyla ortaklık yöneticilerinin de sorumluluğu gündeme gelecektir⁶²⁸. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızın ilerleyen kısımların ele alacağımız imkansızlık nedeniyle taahhüdün yerine getirilmemesi bu hüküm kapsamında değerlendirilmemelidir.

Aynı sermayeye değer biçilmesiyle ilgili olarak aynı sermayeye gerçek değerinden yüksek bir değer biçildiği takdirde, gerçek değer ile biçilen değer arasındaki fark kadar sermaye ortaklığa getirilmediği halde getirilmiş gibi gösterilmiş olur. Nitekim pay sahiplerinin aynı sermaye taahhütleri,

⁶²⁶ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, s. 3827. Yazarlar ayrıca TTK m. 551'in kapsamına giren bir sorumluluk sebebinin varlığı durumunda haklı sebeple fesih davası açılabileceğini belirtmektedir.

⁶²⁷ Benzer bir ifadenin yer aldığı TTK m. 456/1 hükmünün kapsamına şirkete konulması taahhüt edilen nakdi, aynı ve diğer hakların tamamının girdiğini belirten, Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı Adalet Yayınları, Ankara 2022, s. 858, (“Genel Esaslar”).

⁶²⁸ Sevi, s. 401; Altay, s. 228-229.

ortaklığın esas sözleşmesinde yazılan sermaye rakamı içinde belirli bir kısım olup, bu taahhütlerini ifa için aynı sermaye ortaklığa konulmaktadır. Sermaye, ortaklığa konulması taahhüt edilen malvarlığı unsularının değil, bunların değerlerinin toplamına karşılık geldiğinden getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayeye yüksek değer biçilmesi sermaye taahhüdünün tamamı ödenmemişken ödenmiş gibi gösterilmesi anlamına gelecektir. Ancak bu durumun TTK m. 550 kapsamında giren bir durum olduğu düşünülebilecekse de sorumluluk burada özel bir düzenleme olan TTK m. 551 çerçevesinde belirlenecektir⁶²⁹. Burada aynı sermayeyi getirme taahhüdü altına giren pay sahibi aynı unsuru ortaklığa getirmekle borcundan kurtulmuş sayılmayacak ve biçilen yüksek değer ile gerçek değer arasındaki fark kadar sermaye ödeme borcu mevcudiyetini devam ettirecektir⁶³⁰. Taahhüt edenin borcunu ifa etmemesi durumunda, taahhüt edilmiş ve ödenmiş gibi gösteren kişi sorumlu olur.

TTK m. 550’de düzenlenen sorumluluk hali aynı zamanda TTK m. 549’un da kapsamına girecektir. Nitekim gerekçede de TTK m. 550’nin TTK m. 549’un tamamlayıcısı olduğu ve sermayede bir boşluk kalmaması için getirilen bir hüküm olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 549’un temel alınması gereken düzenleme olduğu ve ancak bu hüküm kapsamında sorumluluğun tespit edilememesi durumunda TTK m. 550’nin uygulanması gerekir. Ayrıca TTK m. 549’da sadece zarardan sorumluluk düzenlenmiş, sermayeden taahhüt edilmeyen veya ödenmeye kısmın akıbetine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Sorumluluğun kapsamı hükümde payların üstlenilmesi biçiminde düzenlenmiştir. Sermayeyi taahhüt etmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ve kusurları bulunmaları durumunda şirket yetkililerinin bu payları kendi hesaplarına alma ve karşılığını müteselsilen ödeme yükümlülüğü söz konusu olur⁶³¹. Burada elbette ilk derece sorumlu olan payı taahhüt eden kişidir. Taahhüt edenin borcunu yerine getirmemesi durumunda, taahhüt edilmiş ve ödenmiş gibi gösteren kişi sorumlu olur. Ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmesine rağmen onay veren kişinin sorumluluğunun da aynı sermayeyi

⁶²⁹ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3779.

⁶³⁰ Kuruluş veya sermaye artırımının tescilinden sonra durumu fark eden yönetim kurulu üyelerinin sermayenin açık kalan kısmının ödenmesi için gerekli girişimlerde bulunmakla yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğe aykırılık halinde TTK m. 550/1 uyarınca sorumlu olacaklarını ifade eden, Çonkar, s. 355; Buna karşın TTK m. 550/1’in uygulanması için yönetim kurulu üyelerinin sermayenin ödenmiş gibi gösterilmesinde kusurlu olmaları gerektiğini ve kusurları bulunmamak kaydıyla sonradan durumu tespit etmesine karşın eksik kalan kısmın tamamlanması için gerekli hukuki yollara müracaat etmeyen yönetim kurulu üyesinin TTK m. 553 çerçevesinde sorumluluğu bulunacağını belirten, Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3779-3780 dñn 41.

TTK m. 553’e göre, kurucular, yöneticiler, yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederlerse, pay sahiplerine, ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumlu olurlar. Kurucular haricinde, ancak organ sıfatını taşıyanların TTK m. 553 vd. hükümler çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 553 organa özgü genel sorumluluk hali olup, TTK m. 549-551 hükümlerinde sayılan özel sorumluluk hallerinin uygulama alanı bulmadığı durumlarda uygulanacak bir hükümdür. Aynı sermaye konulmasından doğan sorumluluk özel, sorumluluk hükümlerinde düzenlendiğinden genel sorumluluk hükmüne başvurmayaya gerek kalmayacak, bunların birlikte bu hükümlerin kapsamında girmeyen konularda TTK m. 553 hükmü uygulanacaktır.

⁶³¹ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 455- 456; Üçışık/Çelik, s. 529.

kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği, bunu bilmesine rağmen onay veren kişilerin de sorumlu tutulmaları gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmiştir⁶³².

TTK m. 550'ye dayanarak açılacak davanın davacıları; TTK m. 555'e göre pay sahipleri, TTK m. 556'ya göre şirketin iflası durumunda şirket alacaklıları, tasfiye memurları ile iflas idaresi; A.Ş.'nin kuruluşunda veya sermaye artırımında, kuruluşun veya sermaye artırımının yarıda kalması sebebiyle pay taahhüt edenler ile zarar görenler olarak sayılabilir⁶³³.

Davalılar ise öncelikle A.Ş.'nin sermayesi tamamıyla taahhüt olunmamasına rağmen taahhüt edilmiş gibi gösterenlerdir. Bunlara, A.Ş.'nin kuruluşunda bahsi geçen fiilleri gerçekleştiren kurucular, sermayenin artırılmasında ise yönetim kurulu üyeleri dahil edilebilir. Yönetim kurulu üyeleri, şirket yetkilisi olarak değerlendirilebileceğinden, bunların sorumlulukları kusurlu hareket etmeleri halinde gündeme gelir. Ayrıca, ortaklığın kuruluşu ve sermaye artırımını tescil eden ticaret sicili müdürüne ve çalışanlarına davanın yöneltilmesinin, ancak sermayeye ilişkin aykırılıkların tespit edildiği ve ibraz edilen belgelerin gerçeğe aykırılığının açıkça anlaşıldığı hallerde mümkün bulunduğu haklı olarak belirtilmektedir⁶³⁴. Sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme yetersizliğini bilen ve yine de onay veren kişiler de davalı olabilir. Bu kapsama girecek kişiler somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir⁶³⁵. Yönetim kurulu üyeleri bu kapsamda sayılabilir. Sorumluluğun doğması ve dolayısıyla davalı sıfatı için "bilmek" şarttır. Kurucuların taahhütte bulunan kişilerin ödeme yeterliliğini inceleme yetkisi bulunmakla birlikte inceleme mecburiyeti yoktur⁶³⁶.

dd. Zamanaşımı

TTK m. 560'ta sorumluluğu gerektiren hallere ilişkin özel zamanaşımı hükümleri öngörülmüştür. Buna göre sorumlulara karşı tazminat talebi, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Sürenin başlaması için davacının hem zararı hem de zarar vereni öğrenmesi gerekir. Beş yıllık zamanaşımı süresi, fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren başlar.

⁶³² Yusufoglu, s. 331; Sevi, s. 404. Aynı sermaye taahhüdüne konu taşınmazın aile konutu olduğunu bilmesine rağmen aynı sermaye yeterliliğine onay veren bilirkişi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Buradaki sorumluluğun onay verenin durumu bilmesine bağlanmış olması karşısında, bunun bir kusur sorumluluğu olduğu yönünde, Kendigelen, İlk Tespitler, s. 455- 456.

⁶³³ Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 263.

⁶³⁴ Doğrusöz Koşut, Karahan (Ed.), s. 786. Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 264'e de bkz.

⁶³⁵ Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 264.

⁶³⁶ Doğrusöz Koşut, Karahan (Ed.), s. 787.

Sürenin başlangıcı için zararın ya da sorumlunun tek başına öğrenilmesi yeterli olmayıp her ikisinin birden öğrenilmiş olması gerekir. Öğrenme tarihi her zaman kesin olarak tespit edilebilen bir tarih olmayıp, her bir davacı bakımından farklı farklı değerlendirilmelidir. Genelde bilançonun incelenmesi sonucunda anlaşılabilecek zararlar yönünden, bilançonun pay sahiplerinin incelenmesine sunulma tarihi, pay sahiplerinin zarar ve zarar sorumlusunun öğrenildiği tarih olarak kabul edilmekle birlikte bu hususta bir delil yoksa davacının beyanının esas alınacağı ifade edilmektedir⁶³⁷.

Sorumluluk davası açma hakkına öncelikle ortaklık sahip olduğundan, iki yıllık zamanaşımı şirketin zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Şirket alacaklıları ise TTK m. 556/1 çerçevesinde ortaklığın zararını ancak iflas durumunda dava edebilecektir. Bundan önce alacaklıların davacı sıfatı bulunmadığından iki yıllık süre iflasın açılmasıyla birlikte başlayacaktır.

Zamanaşımı süresinin zarar ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı düzenlendiğinden zarara birden fazla kişinin sebep olduğu hallerde, zarar görenin her bir sorumluya karşı açacağı dava yönünden zamanaşımı süresinin başlangıcı da farklılık arz edebilecektir.

TTK m. 560'ta öngörülen diğer bir zamanaşımı süresi ise ceza zamanaşımı süresidir. Sorumluluğa sebep olan fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, bu suça dair zamanaşımı süresinin TTK m. 560'ta belirlenen sürelerden daha uzun olması söz konusuysa, davacı bu süre içerisinde dava açabilir⁶³⁸. Bu durumda açılan sorumluluk davalarında iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin dolduğuna ilişkin defi ileri sürülemez. Suça konu fiilin zamanaşımı süresi, TTK m. 560'ta yer alan sürelerden daha kısa ise bu düzenleme uygulanmaz.

Ortaklar ve alacaklıların dolayısıyla zararlarına dayanarak açacağı davalar bakımından zamanaşımı, ortaklığın, zararı ve zarar vereni öğrenmesinden değil, davacının zararı ve zarar vereni öğrenmesinden itibaren başlar.

TTK m. 558/2'de iki yıllık ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinden daha kısa bir dava açma süresi düzenlenmiştir. Bu süre zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süre olup, genel kurulda ibra kararı alınmış ise, bu karara olumlu oy vermeyen ve ibra kararını bilmeden payı iktisap eden pay sahiplerinin açacağı sorumluluk davası için söz konusu olur. Bu süre ibra tarihinden itibaren altı aydır. Sorumluluğa sebep olan eylem aynı zamanda cezayı gerektiriyorsa ve ceza zamanaşımının daha uzun olması ise altı aylık hak düşürücü sürenin uzamasına sebep olmayacaktır.

⁶³⁷ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3933.

⁶³⁸ Bunun için sanık hakkında ceza yargılamasında verilen hükmün kesinleşmiş olmasının gerektiğini, ceza soruşturması açılmadığı takdirde hukuk hakiminin bekletici mesele yapması gerektiğini, aksi takdirde eylemin suç teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmenin hukuk hakiminin takdirine bırakılmış kabul edileceğini ifade eden, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 454.

Esas sözleşme veya taraflar arasında düzenlenecek başka bir sözleşmeyle TTK m. 560'ta düzenlenen zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi mümkün değildir. Açılmış sorumluluk davasında zararı kısmen veya tamamen ödeyen kişinin açacağı rücu davası yönünden zamanaşımı süresi, zararın ödendiği tarihten itibaren başlayacaktır⁶³⁹.

ee. Sermayenin Tedarikine Yönelik İşlemlerdeki Sakatlıklar Nedeniyle A.Ş.'nin Feshi Davası

68/151/AET sayılı Birinci Yönerge m. 11'de (şu anki 2009/101/AT m.12'de) A.Ş.'lerin butlan sebepleri sayılmaktadır. Söz konusu sebeplerden birisi, ödenmesi zorunlu asgari ortaklık sermayesiyle ilgili mevzuata aykırılıktır⁶⁴⁰. Bu dava butlan davası olarak adlandırılmaktaysa da hukuki sonuçları itibariyle fesih davasına benzediğinden, bu sebepler öğretide fesih davasının kabulü için yeterli kabul edilmektedir⁶⁴¹.

A.Ş.'lerin kuruluşunda esas sözleşmenin düzenlenmesi, aynı sermayeye değer biçilmesi, Bakanlık izni, ticaret siciline tescil ve ilan gibi aşamalar için öngörülen düzenlemeler kuruluştaki hukuka aykırılıkların önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Kuruluştaki eksikliklerin tamamlanması ve hataların düzeltilmesi bakımından ticaret sicil müdürünün önemli bir sorumluluğu bulunmaktadır⁶⁴². Ticaret sicil müdürü, tescil talebine konu hususlarda tescil için aranan kanuni koşulların varlığı, esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olmadığını ve kanunun zorunlu olarak öngördüğü hükümleri içerdiğini teyit etmekle yükümlüdür (TTK m. 32). Bununla birlikte ticaret sicil müdürü tescil edilmesi talep edilen hususların gerçeği tam olarak yansıttığını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandırmamasını ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi hususlarını tespit etmelidir⁶⁴³. Bu incelemeye rağmen tescil yine de gerçekleşirse A.Ş.'nin kanuna aykırı şekilde kurulması nedeniyle ortaklık alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmesi durumunda şirket için fesih davası gündeme gelecektir. Ayrıca A.Ş.'nin tescili kurucu etkiye sahip olup, şirket tescil ile tüzel

⁶³⁹ Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 459.

⁶⁴⁰ Yönerge için bkz. Kendigelen, Abuzer, "Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kurulustan Doğan Sorumluluk", Makalelerim, c. I:1986-2001, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 507-534, s. 507-508. Düzenlemede yer alan butlan sebepleri için bkz. Korkut, Ömer, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", MÜHFAD, c. 18, sa. 2, 2012, s. 411-430, s. 417.

⁶⁴¹ Korkut, s. 417.

⁶⁴² Özellikle TTK m. 340 çerçevesinde esas sözleşmeye kanuna aykırı hükümler konulmasının önüne geçilmesi bakımından ticaret sicil memurlarının büyük önemi haiz olduğunu ifade eden, Türk, Ahmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, c. II, Ankara 2010, s. 2170.

⁶⁴³ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 359.

kişilik kazanır (TTK m. 355). Kurucu tescilin işlevlerinden birisi de her türlü hukuki sakatlığı onarmasıdır. Buna tescilin iyileştirici/onarıcı etkisi denilmektedir.

A.Ş.'nin feshi davası TTK m. 353'te düzenlenmiş olup, hüküm uyarınca kuruluştaki kanun hükümlerine aykırı hareket edilerek alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürüldüğü veya ihlal edildiği hallerde, yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklı veya pay sahibi ortaklığın feshini dava edebilecektir. Ayrıca feshe karar verilebilmesi için zararın doğmuş olması da şart değildir, menfaatin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir⁶⁴⁴.

Bu kapsamda TTK m. 550/1 ile TTK m. 353 birbirlerine engel düzenlemeler olmamakla birlikte, TTK m. 550/1 çerçevesinde sorumluluğa başvurulması sonucunda sermayedeki eksikliğin giderilmiş, kanuna aykırılığın düzeltilmiş olduğu gerekçesiyle mahkeme koşullarının varlığını tespit etmesine rağmen fesih kararı vermeyebilir⁶⁴⁵. Mahkemece fesih kararı verilmesi ise, TTK m. 550/1 çerçevesindeki sorumluluğu bertaraf etmeyecektir. Fesih kararının verilmesinden sonra başlayacak tasfiye sürecinde, sorumlulara karşı hukuki yollara başvurulacak, fesih kararından önce açılan sorumluluk davalarına devam edilecektir⁶⁴⁶. Bununla birlikte fesih davası ortaklığın tescil ve ilanında itibaren üç aylık kısa bir süre için açılabilirken, TTK m. 550/1'e ilişkin sorumluluk davasının açılması daha uzun bir zamanaşımı süresine tabidir.

TTK'da yer alan emredici hükümlere aykırılık fesih davası açılmasına sebep olabilir. Konumuz kapsamında en az sermaye tutarına riayet edilmemesi (Tebliğ m. 6), gerekli olan Bakanlık izninin alınmamış olması, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan taşınmazın aynı sermaye olarak konulması, aynı sermayeye değer biçilmemesi veya değerlemede hile yapılmış olması, bilirkişi raporunun sahte düzenlenmesi, kuruluş belgelerinin düzgün ve amacına uygun şekilde hazırlanmamış olması ve hatta bunlarda sahtekarlık yapılması, esas sözleşmede sermayeye ilişkin bilgilere yer verilmemesi, aynı sermayenin ifa edilmemiş olması, iradenin sakatlanması, ortaklığın kuruluşunda kanun hükümlerine aykırılıklara örnek olarak verilebilir⁶⁴⁷.

TTK m. 456/4'te TTK m. 353'ün tüm sermaye artırımını türlerine kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. Öğretide hükmün isabetli olduğu belirtilmiş ve buna göre kuruluştaki olduğu gibi, sermaye artırımında da işlem güvenliğinin sağlanması amacına hizmet eden, tescilin onarıcı etkisinin söz konusu

⁶⁴⁴ Aışkan, Denetim, s. 132.

⁶⁴⁵ Karaman Coşgun/Doğrusöz Koşut, Şenocak (Ed.), s. 3784.

⁶⁴⁶ Karaman Coşgun, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s. 126.

⁶⁴⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 195; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 360; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 350-351.

olduğu, tescil ile tamamlanan sermaye artırımının butlanına veya yokluğuna karar verilmeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴⁸.

Tescil ile tüzel kişilik kazanan A.Ş.'lerin tescil aşamasında sıkı bir şekilde yapılan kontrol ve denetime rağmen kanuna aykırı biçimde kurulmaları söz konusu olabilir. Ancak bu durumlarda açıkladığımız üzere ortaklığın ayakta kalması işlem güvenliğinin bir gereğidir. İşlem güvenliği ise, kanun tarafından geçersizlik sebeplerinin sınırlandırılmasıyla ortaklığın varlığını devam ettirmek üzere gerçekleşir.

TTK m. 353 kapsamındaki fesih davası bakımından mahkemelerin davacının ihlal edilen menfaati ile ortaklığın devamı durumunda korunacak menfaat arasında bir değerlendirme yapma yükümlülüğü olduğu söylenmelidir⁶⁴⁹. Mahkemenin vereceği fesih kararı ileriye etkili olup, TTK m. 353'te sayılan koşulların varlığına rağmen fesih karar verilmesi zorunlu değildir. Eksikliklerin giderilmesi, esas sözleşme veya kanuna aykırılıkların düzeltilebilmesi için mahkeme süre verebilir (TTK m. 353/2). Mahkemenin fesih kararı vermesinden önce belirtilen kuruluşa ilişkin eksikliklerin giderilmesi halinde dava düşecektir.

Dava, A.Ş.'nin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılır. Mahkeme tedbir kararı ve kayyum atamak dahil gerekli önlemleri almak zorundadır⁶⁵⁰. Vurgulamak gerekir ki, davanın sonunda fesih talebi ya kabul ya reddedilir. Nihai hükümde kanundaki eksikliklerin giderilmesi biçiminde bir karar verilemez.

Fesih davasının bir süreye bağlı olmamasının A.Ş.'nin üzerinde aykırılığı giderme noktasında bir baskı oluşturacağı ifade edilerek fesih davası açılması için bir süre sınırı öngörülmemesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁵¹. Oysa, işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla fesih davasının oldukça kısa bir süre içerisinde ikame edilmesi şart koşulmuştur⁶⁵².

B. Sermaye Koyma Borcunun İfa Aşaması

1. Konumuz Bakımından Muacceliyet ve İfa Kavramları

Borçlar hukuku sistemimiz dikkate alındığında, GYO'lara taşınmazın sermaye olarak konulması, taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi şeklinde iki ayrı safhadan oluşur. Kurucu, taşınmazı

⁶⁴⁸ Alışkan, Denetim, s. 170.

⁶⁴⁹ Akdağ Güney, s. 231.

⁶⁵⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 352.

⁶⁵¹ Akdağ Güney, s. 232.

⁶⁵² Alışkan, Denetim, s. 140; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 351.

sermaye olarak getirmek üzere esas sözleşmede taahhüt etmekle gerçekleştirdiği borçlandırıcı işleminden sonra bu kez ifa için tasarruf işlemini tamamlamakla sermaye borcunu layığıyla ifa etmiş olur.

Sermaye ortaklıklarının kendine has yapısı, ihtiyaçları ve sermayenin tedariki ilkesi doğrultusunda tasarruf işlemi için genel hükümlere bazı istisnalar getirilmiştir⁶⁵³. Özellikle taşınmazlara ilişkin düzenlemeler eTTK döneminde tartışmalara konu olmuş ve zaman içinde uygulamayla istikrar kazanmıştır. Ancak TTK m. 128 düzenlemesi ile bir nevi bu tartışmalar tekrar canlanmıştır.

Esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde hazırlanıp kurucular tarafından imzalanmasıyla sermaye koyma borcu doğmuş olur. TTK m. 128/1 uyarınca esas sözleşmeyi imzalayan her kurucu GYO'ya getirmeyi taahhüt ettiği sermayeden dolayı ortaklığa karşı borçludur. TTK m. 128/2 ile taahhüde konu taşınmazla ilgili tapu siciline şerh verilmesiyle GYO tüzel kişilik kazanana kadar üçüncü kişilerin iyiniyetle taşınmazı iktisap etmeleri ihtimali bertaraf edilmiştir.

Bir borcun ifası, borçlanılan edimin yerine getirilmesini; borcun muacceliyeti ifasının istenebilir durumda olmasını ifade eder⁶⁵⁴. İfa zamanı birbirinden farklı iki anlamda kullanılır. İfa zamanı öncelikle alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, gerektiğinde bu amaçla dava açabileceği, borçlunun da edimi ifa zorunda olduğu zamanı ifade eder⁶⁵⁵. Konumuz yönünden muacceliyet ve ifanın özellikle GYO tarafından iktisap bakımından ne anlama geldiğinin ve ne zaman yerine getirilmesi gerektiğinin irdelenmesi gerekir.

2. Ayni Sermaye Taahhüdünün Muacceliyeti

eTTK m. 285/2'den mülhem olan ve mülga TTK döneminde hakim olan tescille muacceliyet görüşü sermaye koyma borcunun şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla muaccel olacağını belirtmiştir⁶⁵⁶. TTK dönemine ilişkin konuyla ilgili ilk görüş eTTK dönemindeki sistemin devam ettiği ve sermaye koyma borcunun şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla muaccel olacağını savunmaktadır⁶⁵⁷. Buna göre ortaklığın tescilinden önce, sermayenin esas sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi talep edilemeyecektir⁶⁵⁸.

⁶⁵³ Çonkar, s. 448.

⁶⁵⁴ Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, N. 147 ve N. 172.

⁶⁵⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1036.

⁶⁵⁶ Arslanlı, c. I, s. 64; Ansay, s. 77.

⁶⁵⁷ Çonkar, s. 450-451; Yusufoğlu, s.198; Sevi, s. 272; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 126; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 356.

⁶⁵⁸ Çelik, s. 40.

Öğretideki diğer görüş şirket sözleşmesindeki imzaların usulüne uygun şekilde onaylanmasıyla sermaye koyma borcunun doğacağını ve muaccel olacağını, şirketin tescilinden önce TTK m. 128/2’de öngörülen şerhin verilmesiyle borcun ifa edilmiş olacağını kabul etmektedir⁶⁵⁹.

Kanaatimizce bu konuda görüş ayrılığı yaratan temel mesele hukukumuzda Ön A.Ş.’nin bir nevi arafta kalmış durumudur. TTK m. 335 ile A.Ş.’de kuruluşun tüzel kişilik söz konusu olmaksızın esas sözleşmenin imzası anına çekilmesiyle ifa anının Ön A.Ş.’nin de hakkını teslim ederek tekrar gündeme gelmesi gerekir. Nitekim öğretilde TTK m. 335’in gerekçesinde yer alan ön A.Ş.’nin bir adi şirket ve dernek olmayıp, bir elbirliği mülkiyet şirketi olduğunun belirtilmesiyle esasen Alman Hukuku’ndaki yaklaşımın benimsendiği ve Alman Hukuku’ndaki ön şirkete ilişkin kuralların Türk Hukuku’nda da uygulanmasının, kanunun yapılış amacı bakımından daha yerinde olacağı ifade edilmiştir⁶⁶⁰. Bir A.Ş. kurmak amacıyla hareket eden ve sözleşme imzalayan ortakların iradesini yok sayıp, söz konusu sözleşmeyi adi ortaklık sözleşmesi olarak yorumlamanın, sözleşmelerin yorumu başlıklı TBK m. 19 ile de bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁶⁶¹. Buna göre ön A.Ş.’nin korporatif bir yapıya sahip bir elbirliği şirketi olduğunun kabulü gerektiği, bu şirkete kısmi hak ve fiil ehliyeti tanındığı ve bu nedenle tüm organlarının olduğundan ön A.Ş.’nin yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve dışarıya karşı temsil edildiğini söylemek imkanı bulunduğu ifade edilmiştir⁶⁶². Başka bir anlatımla TTK m. 335 hükmünün, yalnızca Alman Hukuku’nda geçerli olan ön anonim şirket yapısının kabulü halinde anlamlı olacağı, keza kanun koyucunun da Alman ve İsviçre modelleri arasından Alman Hukuku’nda geçerli olan ön A.Ş. modelini tercih ettiğinin gerekçeden anlaşıldığı bu noktada Alman Federal Mahkemesi’nin belirttiği üzere “tüzel kişiliğe giden yolda zorunlu bir basamak” veya “müstakbel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum” biçiminde değerlendirmek ve adi ortaklık yerine “tescil edilecek ortaklığın hukukuna tabi bir kurum”, “tescil edilecek şirketin hukukuna tabi özel bir hukuki organizasyon” olarak nitelendirmek gerektiği bizce de haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁶³. Bu sayede ön A.Ş. üzerine bulunan bir taşınmaz var ise devir gerekmesizin tapu sicilinden düzeltilmesiyle A.Ş.’nin unvanına tescil edilebilecektir⁶⁶⁴.

Netice olarak biraz da ön A.Ş.’nin yukarıda açıkladığımız hüviyete uygulamada bürünmesine ilişkin temennilerimizi ifade ederek, sermaye koyma borcunun usulüne uygun şekilde şirket

⁶⁵⁹ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 113-115; Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmalar, s. 17.

⁶⁶⁰ Atakan, Murat Can, “Ön Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması”, Karagöz /Özcanlı /Palanduz (Eds.), s. 485- 499, s. 494; Pulaşlı, Şerh, s. 624.

⁶⁶¹ Pulaşlı, Şerh, s. 631.

⁶⁶² Atakan, s. 495-496.

⁶⁶³ Atakan, s. 497.

⁶⁶⁴ Moroğlu, Batider, s. 77;

sözleşmesinin imzalanmasıyla muaccel olacağı kanaatindeyiz⁶⁶⁵. Bu görüşü savunmamızın bir diğer gerekçesi usulüne uygun şekilde imzalanan esas sözleşmeyle aynı sermaye taahhüt eden kurucunun şerh vermekten kaçınması durumunda diğer kurucuların bu kişiye TMK m. 716 çerçevesinde bir ifa davası⁶⁶⁶ açabilecek olmaları ve davanın olumlu neticelenmesi halinde mahkemenin vereceği kararın taahhüt edenin şerh talebinin yerine geçecek olmasıdır⁶⁶⁷. Bu şekilde açılacak bir şerhin düşülmesi davası sırasında davalının başkaları lehine üstün özellikler gösterecek hakları kurmasını engellemenin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu davada düşülen çekişmeli hakların şerhinin bir benzeri olarak TMK m. 1010/1'in geniş yorumlanmasıyla bu dava dahilinde “çekişmeli haklar şerhi” (bir tür tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi) düşülmesinin, sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getireceği gibi muhtemel bir olumsuz durumun da önüne geçeceği bizce de haklı olarak belirtilmiştir⁶⁶⁸.

Netice olarak, kanuna ve usule uygun şekilde hazırlanması ve imzaları onaylanmış esas sözleşmeyle sermaye koyma borcunun doğacağını ve muaccel olacağı kanaatindeyiz. Bunun bir sonucu olarak taşınmaz üzerinde tapuya şerh verilmesiyle sermaye borcunun ifa edileceğini düşünüyoruz.

3. Taşınmaz Mülkiyetinin GYO Tarafından İktisabı

Taahhüt edilen taşınmazın mülkiyetinin geçiş anına ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. Konumuz özelinde ifanın tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın mülkiyetinin ortaklığa intikalini sağlayacak işlemlerin tamamlanmasıyla mümkündür. İfanın nasıl yapılacağı ve sermaye koyma borcunun ne zaman muaccel olacağını açıklamak için, TTK, TMK, TSY, TST'de yer alan konumuzla ilgili hükümlerin irdelenmesi gerekir.

TTK m. 128/5 uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması halinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir. Bu hüküm uyarınca GYO'nun tüzel kişilik kazanmakla birlikte doğrudan malik sıfatıyla aynı sermaye üzerinde tasarruf edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 128/6 hükmünde, mülkiyetin ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemiyle diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimlerin, ticaret

⁶⁶⁵ Ön anonim şirket kurumunun hukukumuzda henüz tüm yönleriyle düzenlenmediğine vurgu yaparak belirttiğimiz ve öğretide katıldığımız sonuca varılmasının mümkün olmadığını ifade eden, Çonkar, s. 452.

⁶⁶⁶ Bu davayı tescile zorlama davası olarak adlandırmanın yanıltıcı olacağı, burada yalın bir ifa davasından (irade beyanına mahkumiyet hükmünden) söz edildiği yönünde, Kapancı, s. 77 dpn 77; HMK m. 105 hükmünde ilk kez açıkça düzenlenen “Eda Davası”nda “bir şey yapma” edimi olarak değerlendirilebilecek şekilde “irade beyanında bulunmaya mahkumiyet”e ilişkin hüküm verilebileceği ve bu hükmün beyanın yerine geçeceği kabul edildiği takdirde ilamın cebri icrasına ihtiyaç kalmayacağını ifade eden, Oğuzman/Öz, s. 389.

⁶⁶⁷ Kapancı, s. 77;

⁶⁶⁸ Kapancı, s. 78, dpn 79.

sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı ve şirketin tek taraflı istemde bulunabilme hakkının saklı olduğu düzenlenmiştir.

Bu hükümlerin eTTK’da karşılığı yoktur. eTTK m. 285/2’de taşınmazın mülkiyetinin sermaye olarak konulmasının bu hakların şirketin hükmi şahsiyet kazanmasıyla beraber tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması anlamına geleceğine hükmedilmiştir.

Konuyla ilgili hakim görüş uyarınca, bir taşınmaz veya bunun üzerindeki ayni hakkın şirkete sermaye olarak konulması taahhüdü esas sözleşmede yer aldığında, taahhüt resmi şekil şartı aranmaksızın geçerlidir. Bununa birlikte mülkiyet tüzel kişiliğin kazanılmasıyla şirket tarafından kazanılmış sayılmayacak, tescili talep hakkı sadece taahhüt edene değil, ortaklığa veya ticaret sicil müdürüne ait olacaktır (TTK m. 128/6). Taşınmazın veya üzerindeki bir ayni hakkın ortaklıkça iktisabı bunların şirket adına tescil ettirilmesine bağlı olacak ve şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla taşınmazın mülkiyeti kendiliğinden ortaklığa geçmiş kabul edilmeyecektir⁶⁶⁹. Öğretide, TMK m. 705’teki “...kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır.” şeklindeki ifade dikkate alındığında ayni sermaye ile ilgili tescilsiz iktisabın benimsenmesinin ancak TTK m. 128/5’te bunun açıkça belirtilmekle mümkün olabileceği ileri sürülmüştür⁶⁷⁰.

İlk bakışta hüküm eTTK’daki yaklaşımın devamı niteliğinde olarak değerlendirilebilir. Ancak öğretide belirtildiği gibi, şirketin taşınmaz üzerinde tasarruf edebilmesinin tapu siciline tescil edilmesine bağlanması, taşınmaza ilişkin ayni hakkın kazanılmasında tescilin kurucu değil açıklayıcı bir rol oynadığı anlamında yorumlanabilir⁶⁷¹. Öğretide eTTK döneminde tescile dayalı iktisabın söz konusu olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmiştir⁶⁷². Bununla birlikte tescilsiz iktisabı kabul eden görüşlerin de olduğu görülmektedir⁶⁷³.

Tescilsiz iktisap görüşünü savunan görüşlerin⁶⁷⁴ temel noktası, TTK m. 128/2’de, “...şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir.” hükmü ile TMK m. 705/2’deki

⁶⁶⁹ Gençtürk, Muharrem, Anonim Şirketlerde Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İfası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 145; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 49; Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), s. 356; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 125; Gürbüz Usluel, s. 156; Karaman Coşgun, Ayni Sermaye, s. 337; Özdamar, Taşınmaz Taahhüdü, s. 107; Çonkar, s. 463.

⁶⁷⁰ Çonkar, s. 467; Karaman Coşgun, s. 337; Buna karşın tescilsiz iktisabın açıkça öngörülmesinin bir kanun hükmünün açıkça bir taşınmaz iktisabının tescile dayanmadığını lafzen vurgulaması anlamına gelmeyeceğini, hükmün öngördüğü yasal sonuçların bir tescilsiz iktisap hali için anlam ifade etmesinin yeterli olduğunu, bu nedenle TMK m. 54 hükmü mülkiyetin tescille intikal edeceğine ilişkin hiçbir açık ifade içermemesine rağmen tescilsiz iktisabın temel örneklerinden birisi olarak tüm eşya hukuku kitaplarında yer aldığını ifade eden, Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 52.

⁶⁷¹ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 103.

⁶⁷² Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, Arıkan, İstanbul 2005, s. 591; Eriş, Gönen, Açıklamalı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, c. I, En Kay Yayınevi, Ankara 1992, s. 803; Moroğlu, Taşınmaz Mal Taahhüdü, s. 37.

⁶⁷³ Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi c.1-2-3, Feryal Matbaası, Ankara 1990, s. 765; İmregün, s. 287; Belen, s. 84.

⁶⁷⁴ Yusufoglu, s. 206; Kapancı, s. 82; Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 51; Akdağ Güney, Kuruluş, s. 121-131; Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 212; Sirmen, s. 351.

“..Malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.” şeklindeki ifadelerin örtüşmesidir. Bu görüşün bir başka dayanak noktası da TTK m. 128/6’da yer alan tapuya tescil için ticaret sicil müdürü ve şirketin tek taraflı olarak tescil talebinde bulunabilme imkanınıdır. TMK m. 1013/1’deki “Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır.” ve TST m. 17’deki “Kanuni istisnalar dışında, tapu sicilinde hak sahibi olan kişiler istemde bulunabilir. Tescilden önce hak sahibi olmuş kişiler de hakkın tescili için gerekli belgeleri ibraz ederek istemde bulunabilirler.” hükümleri dikkate alındığında şirkete ve ticaret sicil müdürüne tescili talep etme yetkisinin verilmesi, tescille iktisap kuralının benimsenmediği olarak yorumlanabilir⁶⁷⁵. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nin bir kararında⁶⁷⁶, “sermaye olarak konulan taşınmazın ve sınırlı aynî hakların mülkiyetinin tapuya şerhi ile şirkete geçmiş sayılacağı, burada TMK m. 705/2 anlamında bir iktisap olduğu, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması ile taşınmaz mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunulmasının birbirinden farklı hususlar olduğu” bizce de isabetli bir şekilde belirtilmiştir.

TMK m. 705/2 ile TTK m. 128/5’in kaleme alınış şekli ve aynılık derecesinde benzer ifadelerin kullanılması, TMK m. 1031/1 ve TST m. 17’nin andığımız düzenlemeleri, TMK m. 105/1-2’de olduğu gibi Türk hukukundaki tescilsiz iktisap kurallarının resmi makamlara tescil talebinde bulunma yetkisini sadece tescilsiz iktisap hallerinde tanıması, kural olarak malike tanınan tescili talep etme yetkisinin şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra şirkete ve ticaret sicili müdürüne tanınması, GYO’nın bir sermaye piyasası kurumu olması ve SerPK’nin ve dolayısıyla kamuyu aydınlatma müessesesinin yatırımcının korunması ve piyasanın düzgün işleyişi yönündeki öncelikli amaçları göz önünde bulundurulduğunda biz de tescilsiz iktisap görüşüne katılıyoruz. Bu noktada tapuya yapılacak tescil kurucu değil açıklayıcı olacaktır.

Diğer yandan tescilsiz iktisap görüşünün sermayenin tedariki ve korunması ilkeleri bakımından daha avantajlı olduğunu söylemek mümkündür⁶⁷⁷. Tescilsiz iktisabın kabulüyle, şirketin tüzel kişilik kazanma anı ile tapuda şirket adına tescil yapılmasına kadar geçecek sürede mülkiyet bakımından bir boşluk olmayacaktır. Bunun bir sonucu olarak GYO tescili gerekmeyen hususlarda tasarruf yetkisini kullanabilecektir.

Ayrıca A.Ş.’nin tesciliyle mülkiyet kendiliğinden A.Ş.’ye geçeceğinden, tapuda A.Ş. adına taşınmaz tescil edilene kadar taşınmaz üzerine haciz konulması durumunda A.Ş.’nin istihkak davası

⁶⁷⁵ Yusufoglu, s. 205.

⁶⁷⁶ İstanbul BAM 22. HD., 2017/2423 E., 2018/569 K. T. 9.3.2018 için bkz. Biçkici, s. 106, dnp 461.

⁶⁷⁷ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 127.

açma hakkı bulunacaktır⁶⁷⁸. Bunun sonucunda GYO'nun tescili üzerine tüzel kişilik kazanmasıyla eş zamanlı şekilde taşınmaz kendiliğinden intikal edeceğinden ortaklığın mülkiyetin tescili için dava açmasına gerek olmadığı söylenebilir⁶⁷⁹. Esasen kanaatimizce bu konudaki tartışmaları bitirecek, sermayenin layığıyla tedariki ve korunmasını sağlayacak husus belki de daha önce üzerinde durmaya çalıştığımız üzere ön A.Ş. kurumunun tüm yönleriyle Alman Hukuku'nda olduğu şekilde hukukumuzda düzenlenmesi olabilecektir⁶⁸⁰. Bu sayede bir düzenleme değişikliğiyle aynı sermaye konusu taşınmaz üzerinde TTK m. 128/2 çerçevesinde bir şerh verilmesi yerine doğrudan taşınmazın ön A.Ş. adına tapuda intikali sağlanabilecektir.

Bizi tescilsiz iktisap görüşünü benimsemeye yönelten hususlardan biri de TTK'nın tescilsiz iktisaba yaklaşımının olumlu olduğunu düşündüren TTK m. 11/3'ün ticari işletmenin yazılı devir sözleşmesiyle devralana geçeceğine ilişkin düzenlemesidir⁶⁸¹. Düzenleme uyarınca ticari işletmenin her bir unsuru ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın, tek bir devir sözleşmesiyle devredilebilecektir. Yani ticari işletmeye dahil taşınmazlar bakımından tapu siciline tescil olmaksızın tek bir işlemle devir imkanı getirilmiştir. TTK'daki bu düzenlemenin medeni hukukun özellikle de eşya hukukunun ve borçlar hukukunun temel ilkelerine çok geniş ve bu ilkeler ile kimi zaman çelişen önemli istisnalar getirdiği ifade edilmiştir⁶⁸². Bu çerçevede, devir sözleşmesinin artık sadece borçlandırıcı bir işlem olduğunu söylemenin mümkün bulunmadığı ve tasarrufi bir sözleşme haline geldiği belirtilmiştir⁶⁸³. Bu hüküm gelişen ticaret hayatı ve ticaret hayatının sürati nazara alınarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun TTK m. 11/3 ile yeni bir tescilsiz iktisap hali öngördüğü ifade edilmektedir⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ Y.11. HD'nin 21.01.1982 T., 5335 E. ve 1060 K. sayılı kararına göre haczedilen taşınmaz, hacizden önce A.Ş.'ye aynı sermaye olarak konulmuşsa, A.Ş. ortaklığın hacze karşı istihkak davası açma hakkı bulunmaktadır. Bkz. Eriş, c. II, s. 1584'te kararı nakleden Yusufoglu, s. 205 dñn 591.

⁶⁷⁹ Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 51.

⁶⁸⁰ Bkz. s. 154-155'teki açıklamalarımız.

⁶⁸¹ Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 50.

⁶⁸² TTK'nın, ticaret hukukunu bağımsızlaştırmaktan öte özel hukukun bütünlüğüyle olan bağlarını zayıflattığı, Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen ve özel hukukun temelini oluşturan ilkeleriyle çelişkili hükümler barındırdığı, bununla birlikte eğer TTK TMK'nın ayrılmaz bir parçası niteliğindeyse, TMK ve TBK ile uyum içinde olması gerektiği, TTK ile TMK arasında bu şekilde keskin çizgiler çizmenin özel hukukun Roma Hukuku'ndan beri süregelen bütünlüğüne zarar vereceği yönündeki eleştiriler için, Topuz, Murat, "Ticari İşletmelerin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu(İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)", MÜHFAD, c. 18, sa.2, İstanbul 2012, s. 19-80, s. 57-58, ("Ticari İşletme").

⁶⁸³ Tekinalp, Ünal, "Türk Ticaret Hukukunun Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", BATİDER, 2008-3, (s. 5-12), s. 12.(Ticari İşletme).

⁶⁸⁴ Bahtiyar, Mehmet, "Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi, 2011, sa. 106, s. 3889-3910, s. 3897-3898; Akay, M. Hasanali, "Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 Sayılı TTK m. 11/3 Kapsamında)", İMÜHFD, 2014 sa.1, s. 163-180, s. 169; Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 210; Bu durumun özellikle taşınmazlar bakımından büyük riskler barındırdığı, gerçekten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörülme isteniyorsa diğer tescilsiz iktisap hallerinde olduğu gibi açıkça ve ayrıntısıyla düzenlenmesi gerektiği, özellikle tescilsiz iktisapta iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ticari işletmeyi devralan kişinin korunması gerektiği ancak hükmün bu anlamda muğlak olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. Topuz, Ticari İşletme, s. 45.

4. Taşınmazın GYO Adına Tescili İşlemleri

Tebliğ m. 9/5'te, sermaye olarak konulacak gayrimenkuller ile gayrimenkullere dayalı aynı hakların, GYO'nun tüzel kişilik kazanması veya sermaye artırımının tescilinden itibaren en geç on iş günü içinde tapuda GYO adına tescil ettirileceği ve tescil işleminin belirtilen süre içinde yaptırılmamasından yönetim kurulu veya varsa yönetim kurulunca yetkilendirilmiş olan Murahhas üyenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Yine konuyla ilgili TTK m. 128/6'da mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili isteminin ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı, ayrıca şirketin tek taraflı istemde bulunabileceği belirtilmiştir.

Ticaret sicil müdürünün tescil talebinde bulunması için GYO'nun buna dair bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte kanun koyucu, ticaret sicili müdürünün tescil hususunda ihmalkar davranmasını bertaraf etmek amacıyla şirkete de doğrudan tapu nezdinde talepte bulunma hakkı tanımıştır. TTK m. 128/6 ve Tebliğ m. 9/5 arasında tam bir ahenk olduğunu söylemek zordur. TTK'da ticaret sicil müdürünün resen ve hemen tapu siciline bildirimde bulunması gerektiği vurgulanmış iken Tebliğ'de GYO'nun tescil ile tüzel kişilik kazanmasından itibaren 10 iş günü içerisinde talepte bulunması yönünde bir süre öngörülmüş ve GYO yönetimine bir sorumluluk yüklenmiştir. Tebliğ'deki ifadeden ticaret sicil müdüründen tapu siciline bildirimde bulunma yönünde bir yükümlülük yüklenmediği anlamı çıkabilse de konu ile ilgili genel hüküm niteliğindeki TTK m. 128/6 gereğince GYO'lar yönünden de ticaret sicil müdürünün gerekli bildirimi tapuya yapması gerektiğinde duraksama olmamalıdır. Nitekim Tebliğ'deki "Söz konusu işlemin süresi içerisinde yaptırılmasından" biçimindeki ifadeyle kastedilen, tapu siciline tescil için talepte bulunulmasıdır. Ayrıca GYO yönetiminin on iş günü içerisinde tapu siciline bildirim yapması yönündeki yükümlülük tescil işleminin bir an evvel gerçekleştirilmesi ve tapunun tasarruflara kapatılmamış olduğu gözetilerek taşınmazın üçüncü kişiye devrinin engellenmesine yönelik olmalıdır. Bununla birlikte tapuya tescil için on iş günü içinde başvuru yapılmış ve fakat başvurudan önce tescil talebine konu taşınmaz üçüncü bir kişiye devredilmiş veya taahhüt edenin borcu nedeniyle üzerine haciz veya tedbir gibi bir takyidat konulmuş ise, GYO yönetimi süreci özenle takip ettikten sonra sorumluluğu doğmamalıdır. Burada GYO yöneticilerine bir sorumluluk yüklenmesinin sebebi bu tür bir takyidat veya üçüncü kişi adına yapılmış tescilin GYO'yu ve faaliyetlerini önemli ölçüde aksatabilecek olmasıdır.

Belirtmek gerekir ki eTTK'da ticaret sicil müdürüne resen bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmemiştir⁶⁸⁵. Söz konusu bildirim yetkisi ve yükümlülüğü ile madde gerekçesinde belirtildiği gibi eTTK döneminde yaşanan, şirketin tüzel kişilik kazanması sonrasında şirket yönetiminde bulunan

⁶⁸⁵ TTK m. 128/2 hükmünde yer verilen şerh müessesesi nedeniyle artık ticaret sicil müdürünün resen tescil talep etme yetkisinin gerekli olmadığı yönünde bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 126.

taahhüt eden ortak tarafından sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın tapuda tescilinin yapılmaması ve fiilen şirket kullanımında olsa da tapuda kurucu adına kayıtlı kalmaya devam etmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁶⁸⁶. Tescille iktisap görüşünün bir sonucu olarak taşınmazın tapu sicilinde ortaklık adına tesciline kadar halen malik gözüken taahhüt edenin hükümde tescil talebinde bulunacaklar arasında sayılmamış olsa da TTK m. 128/6'daki amacı ulaşılması doğrultusunda talepte bulunmasını engellemenin haklı bir gerekçesi olmayacağı ifade edilmektedir⁶⁸⁷.

Öte yandan ticaret siciline verilen resen ve hemen tapuya bildirim yönündeki görev nedeniyle artık sermaye taahhüt eden kurucu tarafından talepte bulunulmasına gerek olmadığı düşünülmektedir⁶⁸⁸. Belirttiğimiz üzere TTK m. 128/6 uyarınca ticaret sicili müdürünün resen ve hemen tapu siciline bildirimde bulunması gerekir. Burada ticaret sicili tarafından ön şirket adına tescil talebinde bulunulması mümkün olamayacağından bildirim anının en erken şirketin tescili anı olabileceği ifade edilmektedir⁶⁸⁹. SAİT m. 4/5 uyarınca TTK m. 128'e göre bir ticaret şirketine aynı sermaye olarak konulan ve tapu sicilinde kayıtlı bulunan taşınmazların ve hakların ortaklık adına tescilinin gecikmeden yapılmasını teminen tescili yapan müdürlük tarafından ortaklığın tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere 5 inci maddede⁶⁹⁰ düzenlenen hususlar bildirilecektir.

Ancak tapu sicili müdürlüğünün ticaret sicili tarafından gönderilen bildirim üzerine kendiliğinden tescili sağlama noktasında mevzuatta bazı uyumsuzlukları olduğunu belirtmek gerekir. Somutlaştırmak gerekirse SAİT m. 6 ile TTK m. 128/6 hükmü uyumlu değildir. Şöyle ki, SAİT m. 6'ya göre, "Müdürlüklerin bildirimini alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Resen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise; ilgili sicil memurluğunca bildirimin alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır. İlgili sicillerde; müdürlükler tarafından bildirilen mal ve haklar üzerinde,

⁶⁸⁶ Çonkar, s. 472.

⁶⁸⁷ Çonkar, s. 473. Yazar bu görüşüne SAİT m. 6/2'deki "eski hak sahiplerinin yeni hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapılamaz." şeklindeki ifadeyi göstermekte ve yeni hak sahibi aleyhine bir işlem söz konusu olmadığından kurucunun da talepte bulunabileceği görüşünü bu ifadenin de desteklediğini belirtmektedir. Kanaatimizce maddedeki ifade bir anlamda tescilsiz iktisap görüşünü destekler niteliktedir.

⁶⁸⁸ Karaman Coşgun, s. 337.

⁶⁸⁹ Çonkar, s. 474.

⁶⁹⁰ SAİT m. 5 ile taşınmazın sermaye olarak konulmasında ticaret sicili müdürlüğü tarafından tapuya yapılacak bildirimde şu hususlar vurgulanmıştır. Öncelikle bildirime konu işlem açık bir şekilde belirtilmeli ve mülkiyet değişikliğine konu taşınmazın tapu sicilindeki kayıtları ve bilgileri iletilmelidir. Taşınmazın mahkemece atanan bilirkişi tarafından tespit edilmiş değeri, şirketin kuruluşu veya sermaye artırımının tescil edildiği, şirketin unvanı, adresi, ticaret sicil numarası ortaklık yapısı, şirketi temsile etkili olanların kimlik bilgileri ile şirket sözleşmesi, bildirim sırasında iletilecek bilgi ve belgelerdir.

ilgili sicili tutan kurumların bildirimi aldığı andan itibaren, eski hak sahiplerinin, yeni hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapılamaz.”

TTK m. 128/4’te yer verilen şerh müessesinden sonra SAİT m. 6’da tekrar şerh hususuna yer verilmesi gereksizdir. Nitekim zaten kurucu malik tarafından tapuda taşınmazın sermaye konulduğuna dair şerh olmadıktan sonra ticaret sicili GYO’nun tescilini yapmayacaktır⁶⁹¹. SAİT m. 6/1 uyarınca ticaret sicili tarafından yapılan bildirim üzerine tapuda tescil yapılabilmesi “yalnızca kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda” mümkündür. Bunun dışında tapuda tescil yapılabilmesi, ilgililerin başvurusu ve gerekli harç ve giderlerin yatırılmasıyla sağlanabilir. Belirtmek gerekir ki 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun Geçici 2. maddesine göre aynı sermaye olarak getirilen taşınmazların tapuda tescil işlemleri damga vergisi ve harçtan muaftır. 2013/7 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü genelgesinde, “İdaremizce taşınmazların aynı sermaye olarak konulmasının re’sen tescili mümkün olmadığı için, ilgililerin başvurusu üzerine şirketin harç bağışıklığı yoksa gerekli harç ve döner sermaye ücreti alındıktan sonra mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılabilir.” şeklinde ifade edildiği üzere, öncelikle aynı sermaye hususunda 492 sayılı Yasa doğrultusunda GYO’lar yönünden harç ödenmesi gerekmeseydi döner sermaye ücretinin ödenmesi ve ilgililerin başvurusu gerekmektedir.

SAİT m. 6/1’de “Resen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise, ilgili sicil memurluğunca bildirim alınacağı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur.” denilmekte iken “şerh” 2013/7 sayılı genelgede hatalı bir şekilde “beyan” olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla genelgede tarif edildiği biçimde resen tescil işlemi yapılamadığından tapu sicili SAİT m. 6/1 kapsamında şerh işlemini tesis edecektir. SAİT m. 4/6’da bahsi geçen şerh tasarrufu engellemeyecek ama m. 6/1 c. 2’deki şerh tapu kaydını kilitleyici bir fonksiyonu haiz olacaktır⁶⁹². Esasen Tebliğ m. 9’daki GYO yönetiminin genelgede belirtilen “ilgililer” ifadesini karşıladığı söylenebilir. Özetle önce ticaret sicil müdürlüğünün GYO’nun tescili, sonrasında ticaret sicilinin tapu siciline yapacağı bildirim üzerine veya bu bildirim yapılmaksızın GYO yönetimi veya murahhas üyesi tarafından tapuda bu sefer taşınmazın GYO adına tescili için başvuru yapılmak ve döner sermaye ücreti ödenmek durumundadır. Görüldüğü üzere, aslında hak kayıplarının önüne geçmek ve ticaret hayatının hızına yakışır bir şekilde düzenleme yapılmak istenmiş ise de bu gayenin ikincil mevzuata takıldığı söylenebilir. Olması gereken, ticaret sicil müdürlüğünün bildirimi

⁶⁹¹ Gürbüz Usluel, s. 158.

⁶⁹² Çonkar, s.480. Genelgede SAİT m.6/1 uyarınca şerh tesisi üzerine daha önce yapılmış şerhin terkin edileceği düzenlenmiştir. Genelgenin C-6 maddesinde ilk şerhin terkin edilmesine sebep olan ikinci şerhe SAİT m. 6/2 ile tanınan tasarrufu engelleyici etkiden bahsedilmemiş, sadece m. 4/6 ile taahhüt aşamasında yapılan şerhe bağlanan sonuç kısmen aktarılmakla taşınmaz ortaklık adına tescil edilene kadar başkasına devredilmesi veya aynı bir hak ile sınırlandırılması durumunda ilgili ticaret sicil müdürlüğüne bildirim yapılacağına ilişkin açıklamaya yer verilmiştir. Çonkar’a göre bu durum garip olmakla birlikte bizim de katıldığımız üzere hem TTK ile hem de SAİT ile uyumsuzdur (Çonkar, s. 480 dph 55).

üzerine tapuda taşınmazın GYO adına doğrudan tescilinden başka bir şey değildir⁶⁹³. Bu noktada ticaret sicili tarafından yapılan bildirimin tescili talep olduğu öğretide isabetle belirtilmiştir⁶⁹⁴. Gerekli döner sermaye ücretinin bildirimden önce ticaret siciline yatırılması ve ödeme sisteminin entegre edilemesi bu karmaşıklığın önüne geçilmesi için bir çözüm olabilir.

5. Taşınmazın GYO'nun Ticaret Siciline Tescilinden Önce Üçüncü Kişilere Devri ve Bunun Önlenmesine İlişkin Tedbirler

Esas sözleşmenin imzalanmasından GYO'nun kuruluşunun tesciline kadar ki sürede taşınmazın üçüncü kişiye devri tehlikesi mevcuttur. Böyle bir durumda sermayenin tedarikini olumsuz etkilenecektir. Esas sözleşmenin ve GYO'nun tesciliyle tüzel kişilik kazanması, aynı hakların devriyle ilgili tasarruf işleminin gerçekleşmesi bakımından, yasal geciktirici koşul olarak nitelendirilmektedir⁶⁹⁵.

GYO tüzel kişilik kazanana kadar kurucu esas sözleşmedeki taahhüdüyle bağlı olacak, sermaye koymaya yönelik irade beyanını keyfi olarak geri alamayacaktır. Ancak GYO tüzel kişilik kazanıncaya kadar halen tapuda taşınmazın maliki olarak gözükeceğinden ve TTK m. 128/2'de öngörülen şerh tapuyu tasarruflara kapatmayacağından taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilecektir. Ortaklık tescil edilinceye kadar geçen süre öğretide askı süresi olarak adlandırılmakta ve bu süre boyunca alacaklının hakkının beklenen hak niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir⁶⁹⁶. Bu süre içinde savunmasız durumdaki alacaklı yönünden TBK ve TTK'da bazı tedbirler öngörülmüştür⁶⁹⁷. Buna göre TBK m. 171/1'de koşul gerçekleşinceye kadar borçlunun borcun gereği gibi ifasını engelleyen bütün davranışlardan kaçınması gerektiği düzenlenmiştir. Devamla TBK m. 171/3'te koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarrufların, koşulun hükümlerini zedelediği ölçüde geçersiz kabul edileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle askı süresinde yapılan tasarruflar başta geçerli olmakla birlikte, GYO'nun tüzel kişilik kazanmasıyla beraber, GYO'nun hak sahipliğine zarar verdiği ölçüde geçersiz olacaktır⁶⁹⁸. Buna göre GYO'nun tüzel kişilik kazanması biçimindeki koşul gerçekleşmediği takdirde tasarruf geçerli kalmaya devam edecektir.

İyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları korunmakla birlikte TTK m. 128/2'de öngörülen tapudaki şerh üçüncü kişinin iyiniyetini açıkça ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla askı süresi içinde

⁶⁹³ Karaman Coşgun, s. 337.

⁶⁹⁴ Çonkar, s. 477.

⁶⁹⁵ Yusufoğlu, s. 216.

⁶⁹⁶ Sirmen, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s. 144.

⁶⁹⁷ Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989, s. 144.

⁶⁹⁸ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 123.

taşınmazın üçüncü kişiye devri durumunda TTK m. 128/5 hükmünün tescilsiz iktisabı öngördüğünün kabulüyle TMK m. 1023 çerçevesinde tapu sicilinin düzeltilmesi ve üçüncü kişi adına yapılan kaydın terkinin talep edilebilir. Söz konusu şerhin bulunmasına rağmen taşınmazın üçüncü bir kişiye devri halinde bu durumun GYO'nun tescilini reddetmek için haklı sebep oluşturmaması gerekir⁶⁹⁹.

Söz konusu tehlikenin önlenmesi amacıyla TTK m. 128/8 ile eTTK m. 140/5'te olduğu gibi ihtiyati tedbir kurumuna başvurulması yönündeki yaklaşım devam ettirilmiştir. Hüküm, "Ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar." biçiminde olup, maddede belirtilen süre HMK m. 397'de düzenlenen süredir: "İhtiyati tedbir kararı alan kişi tedbir kararının devamı için tedbiri talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki davasını açmak durumundadır. Aksi halde tedbir kalkar." Söz konusu iki haftalık sürenin başlangıcı ise TTK m. 128/8 uyarınca GYO'nun tescil tarihidir. Bu sayede kurucular, ihtiyati tedbir talebinde bulunduktan sonra dava açmak için iki haftadan daha uzun bir süreye kavuşmuş olur.

TTK m.128/2'de şerh müessesesi mevcut iken ihtiyati tedbir kurumuna ihtiyaç kalmadığı konusunda öğretide eleştiriler yapılmıştır⁷⁰⁰. Bu eleştirilere kısmen katılmakla birlikte esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmasına rağmen taahhüt edenin taşınmaz üzerinde tapuda şerh vermekten kaçınması halinde ihtiyati tedbir müessesesine başvurulabilir⁷⁰¹.

6. Zamanaşımı

Zamanaşımı konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüş tescille iktisabın kabulüyle TBK m. 149 uyarınca zamanaşımı süresinin beş yıl olduğunu kabul etmekte ve bu sürenin borcun muaccel olduğu tarih olan şirketin tescil ile tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmektedir⁷⁰².

⁶⁹⁹ Bu durumda SAİT m. 4/6 hükmünün uygulanmaması gerektiğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. s. 108.

⁷⁰⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 64; Çelik, s. 35; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 355; Çonkar, s. 431-432; Sevi, s. 282.

⁷⁰¹ Gençtürk, s. 126; Bu nedenle hükmün esasen sermaye olarak taahhüt edilen hakların korunması bakımından çok özel bir niteliği bulunduğu ve bu sayede mahkemeden istenen tedbir ile sermaye değerlerinin üçüncü kişilere devrinin engellenebileceğini ifade eden, Giray, Rabia Eda, "Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu", Karahan, Sami (Ed.), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza, 2013, s. 111-126, s. 125; TTK m. 128'deki ihtiyati tedbire ilişkin hüküm bulunmasa dahi TMK m. 1010/1 çerçevesinde yine de ihtiyati tedbir verilebileceği kanaatindeyiz. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. s. 155;

TTK m. 128/8 anlamındaki ihtiyati tedbir kurumunun aynı sermayenin teminatı olarak dercedildiği, yoksa nakdi sermaye için ihtiyati tedbire başvurulmasının mümkün olmadığı ve nakdi sermaye için ihtiyati haciz müessesesine başvurmak gerektiği yönünde, Çelik, s. 39.

⁷⁰² Sevi, s. 378; Göle, s. 75.

Konuyla ilgili bir ikinci bir görüş ise, pay sahipliği devam ettiği sürece sermaye koyma taahhüdünden doğan borcun zamanaşımına uğramayacağını savunmaktadır⁷⁰³. Bu görüş uyarınca sadece sermaye borcunu yerine getirmediği için ıskat edilen pay sahibi yönünden zamanaşımı işleyecektir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş tescilsiz iktisabın kabulüyle taahhüt edenin borcunun esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmasıyla muaccel olacağını, bu nedenle taşınmazlar yönünden tapuya şerh verileceğini ve bu sayede ifa yükümlülüğünün ortaklığın tescilinden önce yerine getirilmiş olduğunu ifade etmektedir⁷⁰⁴. Bunun sonucunda şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra aynı sermayenin ödenmesi için çağrıda bulunmasına gerek ve olanak bulunmadığından zamanaşımından da bahsedilemeyecektir. Ancak sermaye koyma borcu ifa edilmiş gibi gösterilip ifa edilmediği takdirde sermayenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve sorumluluğa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla aynı sermaye taahhüdü borcun muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Tescilsiz iktisap görüşünün kabulü halinde Anayasa Mahkemesi'nin 17.03.2011 tarih, 2009/58 E. Ve 2011/52 K. Sayılı kararının ayrı bir anlam kazanacağı söylenebilir⁷⁰⁵;

“Bir hakkın sırf tapuda intikal yapılmadı diye belirli bir süre sonra sona erdiğinin kabul edilmesi de Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara verilmiş ise de bu yetkisi sınırsız değildir. Hukuk devletinin genel ilkelerinden biri de mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğidir. Başka bir anlatımla, mülkiyet hakkının zaman aşımına uğramamasıdır.”

Bununla birlikte katıldığımız görüşe ilave olarak belirtmek isteriz ki esas sermayenin usulüne uygun şekilde imzasından sonra taahhüt edenin taşınmaz üzerinde diğer kuruculara karşı şerh verme yönünde bir yapma borcu bulunmaktadır. Bu borcun da TBK m 147/4 uyarınca esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmasından itibaren beş yıllık zamanaşımına tabi olacağını düşünüyoruz.

⁷⁰³ Yusufoglu, s. 221; Moroğlu, Taşınmaz Mal Taahhüdü, s. 15-17. Aynı yöndeki Y. 11. HD., 11.04.2004 T., 2022/706 E. ve 2022/3409 K. sayılı kararında özetle, sermaye olarak taşınmazını taahhüt eden ortağın mülkiyeti tapuda devretmemesi üzerine açılan davanın zamanaşımı sebebiyle ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi üzerine davalı ortağın şirketle halen ortaklık ilişkisinin devam etmesi nedeniyle zamanaşımından bahsetmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle, taşınmazın ve sınırlı aynı haklarını şirket sermaye olarak koyan ve şirketin bu taşınmaz üzerinde faaliyetlerini sürdürmesine karşı da sessiz kalan ortağın zamanaşımı defini ileri sürmesini TMK m. 2'ye aykırı bularak kararı bozmuştur. Bkz. Özdamar, s. 109-110.

⁷⁰⁴ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 140.

⁷⁰⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110723>, erişim tarihi: 15.01.2024

C. İrade Sakatlığı ve Fiil Ehliyetinin Sermaye Koyma Borcuna Etkileri

1. İrade Sakatlığı

Sermaye taahhüt edilmesi bir irade beyanıdır. Taahhüt eden irade sakatlığına uğramış olabilir. İrade sakatlıklarının sermaye taahhüdüne ilişkin tüm işlemler bakımından söz konusu olabileceği ifade edilmiştir⁷⁰⁶. TTK'da irade sakatlıklarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu noktada TBK hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanması söz konusu olabilir. İrade sakatlığı hususunu GYO'nun ticaret siciline tescilinden önce ve sonra biçiminde ele almak yerinde olacaktır.

a. GYO'nun Tescilinden Önce Ortaya Çıkaran İrade Sakatlıkları

GYO'nun kuruluşunun tescil edilmesinden önceki dönemde söz konusu olan irade sakatlıkları aynı zamanda taahhüt edenin GYO'ya ortak olma yönündeki iradesini de etkileyecekse bu durumda taahhüt eden iptal hakkını kullanarak aynı sermaye anlaşmasını ve iştirak taahhüdünü hükümsüz kılabilir⁷⁰⁷. Kuruluşun tescilinden önce şirketin alacaklılarının ve/veya üçüncü kişilerin menfaatlerine zarar gelmeyeceğinden irade sakatlığının ileri sürülmesi mümkün kabul edilmektedir⁷⁰⁸. Bu kabulün diğer bir gerekçesi tescilin iyileştirici etkisinin tescilden itibaren başlamasıdır. Tescil edilmedikten sonra iç ilişkide gündeme gelen irade sakatlıkları tescilden önce sermayeyi koyan tarafından ileri sürülebilir ve sakat işlemin hüküm doğurması önlenabilir. İptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sermaye taahhüdü kesin olarak hükümsüz olacaktır⁷⁰⁹.

TBK m. 39/1 uyarınca yanıltma, aldatma veya korkutma nedeniyle sözleşme yapan, yanıltma ve aldatmayı öğrendiği ve korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl için sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmediği veya verdiği şeyin iadesini istemediği takdirde sözleşme onanmış sayılır.

Bir görüş TBK m. 27/2 çerçevesinde sadece bir kurucunun iradesiyle ilgili irade sakatlığının tüm sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceğini, taraf iradelerinin yorumuyla çözüm bulunması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, geçersiz olan irade olmasaydı, tarafların yine de sözleşmeyi yapacağı sonucu ve anlamı durumdan çıkarılabiliyorsa geçersizlik sadece iradeyle sınırlı olacak; buna

⁷⁰⁶ Bahtiyar, Anasözleşme, s.77;

⁷⁰⁷ Çonkar, s. 551.

⁷⁰⁸ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 91; Çonkar, s. 551.

⁷⁰⁹ Yusufoğlu, s. 225.

karşın geçersiz irade olmasaydı, sözleşmenin hiç kurulmayacağı anlaşılıyorsa sözleşme tamamen geçersiz kabul edilecektir⁷¹⁰.

Diğer bir görüş ise ortaklığın kuruluşu tescil edilmedikçe, esas sözleşmedeki iradelerden birinin sakatlığı halinde TBK m. 27/2 hükmü uygulanmayacak ve sözleşme doğrudan geçersiz kabul edilecektir⁷¹¹. Hukukumuzda ön A.Ş.'nin uygulama olarak belli bir aşamaya gelmediği ve genel olarak adi ortaklık biçiminde nitelendirildiği dikkate alındığında biz de ikinci görüşe katılıyoruz. Buna göre esas sözleşme tescil edilmedikçe bir adi ortaklık sözleşmesi olmakla beraber, geçerliliği yazılı olması ve usulüne uygun şekilde imzalanmasına bağlıdır. Taraflardan birisinin irade sakatlığını ileri sürmesi halinde sözleşmenin artık tescil edilmemesi gerekir. Bu nedenle en uygun çözüm irade sakatlığına uğradığını ileri süren kurucu haricindeki kurucuların yeni bir esas sözleşme düzenlemesidir.

Öğretide esas sözleşmeyle bağlı olmadığını bildiren kurucunu, bu irade beyanının sicile tescili önleyici bir sonuç doğurmasını engellemek için ortaklığın ticaret siciline tescil ve ilan edilmemesi için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alabileceği ifade edilmiştir⁷¹².

İptal hakkının kullanılmasına rağmen şirketin tescil edilmesi durumunda şirketin tüzel kişiliğin feshi yoluna gidilememesi ve tüzel kişilik yok hükmünde olmamalıdır⁷¹³. Bu durumda iptal bildirimini yapan kurucunun da menfaatleri gözetilerek TTK m. 353 çerçevesinde açacağı davada mahkemede irade sakatlığının mevcut olduğuna kanaat getirilirse hükümsüz kalan sermaye taahhüdü kadar sermaye azaltılması veya azaltılan kısım yerine geçmek üzere nakdi sermaye ödenmesine karar verilebilir⁷¹⁴. Ayrıca irade sakatlığın uğrayan kurucunun paylarının iptal edilmesi ya da paylarının diğer ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından satın alması gündeme gelebilir⁷¹⁵.

b. GYO'nun Tescilinden Sonra Ortaya Çıkan İrade Sakatlıkları

Öğretide bu durumla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Sermayenin tedariki ve korunması ilkeleri, alacaklıların menfaati ve alacaklılar bakımından sermayenin teminat işlevini göz önünde bulunduran ağırlıklı görüş⁷¹⁶ şirketin veya sermaye artırımı kararının tescilinden sonra irade sakatlığının ileri

⁷¹⁰ Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku: II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 65.

⁷¹¹ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 79-80.

⁷¹² Yusufoglu, s. 227.

⁷¹³ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 80-81.

⁷¹⁴ Yusufoglu, s. 228; Sermayenin azaltılmasının alacaklılar yönünden tatmin edici bir çözüm olmadığını ifade eden, Çonkar, s. 552.

⁷¹⁵ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 82.

⁷¹⁶ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 96; Yusufoglu, s. 225; Sevi, s. 134.

sürülemeyeceği yönündedir⁷¹⁷. Sicile güven ilkesi burada devreye girecek ve alacaklıların menfaati ön planda tutulmak suretiyle GYO'nun sermayesi artık aleni hale gelecektir⁷¹⁸. Aksi yöndeki kabul sermayenin azaltılması anlamına gelebilecektir. Sermaye taahhüdünün TBK m. 39'da sayılan durumlardan başkaca bir sebeple mahkeme tarafından iptali halinde sermaye artırımının geçersiz olmayacağı ve geçersiz kalan oranda sermaye azaltımına gidilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁷¹⁹.

Diğer bir görüş tarafından⁷²⁰, tescilden sonra aynı sermaye sözleşmesi ve katılım taahhüdü yönünden bir ayırım yapılması gerektiği, taahhüde konu aynı sermaye kalemi şirket için olmazsa olmaz nitelikte değilse aynı sermaye sözleşmesinin iptal edilebileceği savunulmaktadır. Buna ikame olarak nakdi sermaye getirilmesinde bir sakınca görülmez. Yine hata, hile ve korkutma arasında bir ayırım yapılması gerektiği, hile ve korkutmada hatadan farklı olarak irade sakatlığının üçüncü kişiden kaynaklandığı ve özellikle taahhüt edilen aynı sermayenin ortaklık faaliyeti için hayati bir konumda bulunmadığı hallerde hile ve korkutmaya dayalı aynı sermaye sözleşmesinin iptali ile bunun yerine nakdi sermaye konulmasının hakkaniyete uygun düşeceği belirtilmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

2. Fiil Ehliyetinin Olmaması

Fiil ehliyeti olmayanların aynı sermaye taahhüdünde bulunması durumunda TBK m. 27 uyarınca butlan söz konusu olur⁷²¹. Bunun gerekçesi fiil ehliyeti olmayan aynı sermaye taahhüt eden kişinin diğer ortaklara ve alacaklılara göre öncelikli korunması gereken menfaatleridir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin muvafakati bulunmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremez (TMK m. 16/1). Söz konusu muvafakat sonradan alındığı takdirde başlangıçtaki eksiklik giderilmiş olmakla sözleşme geriye etkili biçimde hüküm doğurur. Yasal temsilcinin icazet vermediği durumda TTK m. 353/1 uyarınca açılacak davada mahkemenin TTK m. 353/2'de belirtilen seçenekleri değerlendirerek ortaklığın varlığının korunması gerektiği ifade edilmektedir⁷²².

⁷¹⁷ Alışkan, Denetim, s. 117-118; Sevi, s. 133-134, Manavgat (Kırca/ Şehirali Çelik), s. 304; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 92; Çonkar, s. 554; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 186.

⁷¹⁸ Biçkici, s. 130.

⁷¹⁹ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 96; Sermaye azaltımının alacaklılar yönünden tatmin edici bir çözüm olmadığı yönünde bkz. Çonkar, s. 556.

⁷²⁰ Çonkar, s. 558.

⁷²¹ Sevi, s. 134.

⁷²² Yusufoglu, s. 229.

D. Yasal Şekil Şartlarına Aykırılık

Yasal şekil şartlarına aykırılık durumlarının tescile engel olduğu kabul edilmektedir⁷²³. Nitekim TTK m. 32'ye göre ticaret sicili müdürü tescil için gerekli yasal koşulların mevcut olup olmadığını inceleme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük kapsamında kuruluş veya sermaye artırım sürecinde yasal koşulların karşılanıp karşılanmadığı ticaret sicil müdürü tarafından re'sen incelenir. İnceleme sonucunda TSY m. 34/2'yi uygulamakla varsa eksik hususların tamamlanması için ilgililere süre verecek ve eksikliklerin tamamlanmaması tescil talebinin reddi sonucunu doğuracaktır. Zira, kuruluş için TSY m. 69/1 ve sermaye artırım süreci için TSY m. 73/1 ile aynı sermaye konulması hususunda kanundaki şartların tevsik edilmesi gerekir.

Yasal koşullardaki eksikliklere rağmen bir şekilde şirket kuruluşunun veya sermaye artırımının tescil edilmesi ihtimal dahilindedir. Bu noktada sermaye koyma borcunun hukuki akıbeti irdelenmelidir.

Konuyla ilgili bir görüş⁷²⁴, TTK m. 128/2 hükmüne göre şerhin verilmemesinin taahhüdü de geçersiz kılacağı yönündedir. Diğer bir görüş ise, şerh verilmemesinin aynı sermaye taahhüdü yönünden noksanlık anlamına geleceğini ve şerh işlemi gerçekleştirilene kadar işlemin askıda hükümsüz olacağını savunmaktadır. Bu görüş uyarınca sermaye taahhüdünde bulunulmasının geçerlilik şartı; taahhüde ilişkin hukuken sakat olmayan iradenin esas sözleşmeye yazılması ve esas sözleşmedeki imzaların noter tarafından tasdiki veya ticaret sicili müdürü ya da ticaret sicili müdür yardımcısı huzurunda imzalanmasıdır. TTK m. 128/2 uyarınca şerhin verilmesi, taahhüde konu malvarlığının aynı sermaye kabul edilmesi için bir koşul olup, taahhüdün geçerliliğinin koşulu değildir. Bu nedenle biz de askıda hükümsüzlük yönündeki görüşe katılıyoruz. Şerh verilmemesine rağmen şirketin tescil edildiği ve bundan sonra taşınmazın veya sınırlı aynı hakkın üçüncü bir kişiye tapuda devredildiği durumda aynı sermaye sözleşmesi geçersiz hale gelir, ancak iştirak taahhüdü geçerli kalmakla sermaye borcunun artık nakden ifa edilmesi gerekir⁷²⁵. Bu çözüm kanaatimizce GYO'lar için de uygulanabilir. Nitekim GYO'nun sermayesinin tamamen nakdi sermayeden oluşmasında bir engel yoktur. Sermaye azaltımı da düşünülebilir; fakat alacaklıların menfaatinin korunması, yatırımcıların güvenini kaybedilmemesi ve asgari çıkarılmış sermaye miktarının altına düşme tehlikesi dikkate alındığında borcun nakden ifa edilmesi çözümünün daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Nakdi sermayenin, GYO'nun portföyü oluşturulurken Tebliğ'de belirlenen oranlarda gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı haklara yatırım yapılmak üzere kullanılması gerektiği hatırlanmalıdır.

⁷²³ Dal, s. 390; Akdağ Güney/Gümüş, Taşınmazlar, s. 38; Özdamar, s. 102.

⁷²⁴ Karaman Coşgun, s. 336; Dal, s. 393.

⁷²⁵ Çonkar, s. 434.

Yine bir diğer görüşe göre⁷²⁶, aynı sermayenin miktarının GYO'nun standart esas sözleşmesinde belirtilmemesi TBK m. 12/2 doğrultusunda geçersizlik sonucunu doğurur. Buna karşılık, bize göre de esas sözleşmedeki eksikliğe rağmen GYO'nun tescil edilmesi halinde, tescil ile oluşan hukuki görünüşün ve üçüncü kişilerin bu hukuki görünüşün doğurduğu duruma güvenlerinin öncelikle gözetilmesi gerekir. Bu nedenle eksiklik bulunmasına rağmen tescille birlikte GYO geçerli bir biçimde tüzel kişilik kazanır. Netice olarak standart esas sözleşmeye yazılması gereken hususlardaki eksikliklerin geçersizlik sonucunu doğurmaması ve sermaye koyma borcunun ayakta tutulması gerekir⁷²⁷.

E. Kanuna Karşı Hile Hükümlerinin GYO'lar Bakımından Değerlendirilmesi

1. Kuruluşta ve Kuruluştan Sonraki İki Yıl İçinde Taşınmazın Devralınması veya Kiralanmasına Yönelik İşlemler

Taşınmazın A.Ş.'ye sermaye olarak konulmasının açıklandığı üzere belli prosedürü vardır. Bu prosedürün ortaklar tarafından dolanılması ve sermaye olarak konulmaksızın taşınmazların veya sınırlı aynı hakların A.Ş.'ye devri konusunda bir takım kiralama veya devir işlemleri gerçekleştirilmesi durumunda bu işlemlerin hukuki akıbeti üzerinde durmak gerekir. Prosedürün dolanılması amacıyla bir ortak tarafından şirkete nakdi sermaye konulması ve şirket kuruluşundan sonra nakdi sermaye koyan ortağa ait taşınmazın şirket tarafından bedeli nakden ödenerek devralınması gibi yollara başvurulduğu görülmektedir⁷²⁸.

İşte kanun özünde aynı sermaye konulmasına karşılık gelen bu tür “çözümleri” engellemek üzere kuruluşta ve kuruluştan sonraki iki yıl içinde ayınlara veya işletmenin devralınması veya kiralanması işlemleri için bazı düzenlemeler getirmiştir⁷²⁹. Gizli aynı sermaye olarak adlandırılabilen bu işlemlerle aynı sermaye koyma işlemi gizlenmiş olacaktır. Bu işlemle mahkemenin denetlemesine tabi olmaksızın ayınlara yüksek değer biçilmesi ve bunun sonucunda GYO'nun, ortaklarının ve alacaklıların zarara uğraması ihtimali mevcuttur. Halbuki aynı hatalı bir şekilde değerlemesinin yapılması şirketin tescilini engelleyecektir. Her somut olayda gizli aynı sermayenin olup olmadığının ispatı da ayrı bir zorluk içereceğinden kanun açıklandığı şekilde düzenleme yapmıştır.

⁷²⁶ Sevi, s. 135.

⁷²⁷ Çonkar, s. 378.

⁷²⁸ Yusufoglu, s. 222 vd; Hükümlerin dolanılmasını engellemek için Alman öğreti ve uygulamasının “gizli aynı sermaye” kavramını geliştirdiği, gizli aynı sermaye kavramının, konulan nakdi sermaye ile bağlantılı bir hukuki işlemin sonuçları itibarıyla aynı sermaye konulması anlamına geldiği yönünde, Gerner-Beurle/Anderson Schillig, s. 3607.

⁷²⁹ Karaman Coşgun, s. 344; Sevi, s. 297.

Kanun işletme ve aynın devralınması yönünden “şirketin kuruluşunda” ve “şirket kuruluşundan itibaren iki yıl içinde” biçiminde bir ayırım yapmıştır. Kuruluşta aynın devralınmasının, aynı sermaye konulmasına ilişkin düzenlemeye tabi tutulmasının amacı nitelikli kuruluşun zahmetli prosedürünü aşmak isteyen kurucuların, sermaye koymak yerine, basit kuruluş yaparak, elde edilen nakitle ayları devralmasının önlenmesidir. Kuruluştan sonraki iki yıl içinde aynı işlemlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili benzer yaklaşıma sahip kanun bu şekilde sermayenin eksilmesini önlemek ve sermayenin korunmasına hizmet etmektedir.

Kuruluştan TTK m. 343 çerçevesinde devralınacak işletmeler ve aylara mahkeme aracılığıyla atanan bilirkişilerce ve bağımsız değerlendirme kuruluşu tarafından değer biçilir. GYO’lar bakımından ise bu konudaki özel hükümlere bakmak gerekir. GYO’ların faaliyet konusu itibarıyla taşınmazlarla ilgili alım-satım ve kiralama işlemleri yapması olağandır. Elbette Tebliğ m. 23/1-ğ uyarınca GYO’lar sürekli olarak kısa vadeli taşınmaz alım satımı yapamazlar. Bu hükmün amacının bir nevi açıklaması niteliğinde olan Tebliğ m. 24/c’ye göre portföylerine alınmasından itibaren beş yıl geçmesine rağmen üzerlerinde proje geliştirilmemiş arsa ve arazilerin oranı GYO’nun aktif toplamının %20’sini aşamayacaktır.

Bu nedenle herhangi bir süre sınırı bulunmaksızın Tebliğ m. 34/1-a uyarınca taşınmazların veya sınırlı aynı hakların portföye dahil edilmesi veya portföyden çıkarılması halinde GYO’lar bu işlemlere konu olan varlıkların ve hakların rayiç değerlerini ve rayiç kira bedellerini tespit ettirmekle yükümlüdürler. Ayrıca Tebliğ m. 37’ye göre GYO’ların portföyünde yer alan veya alacak taşınmazlara ilişkin yapılacak alım satım, kiralama ve benzeri işlemler bağımsız değerlendirme kuruluşu tarafından tespit edilen ekspertiz değerlerine göre gerçekleştirilir. Güncel piyasa veya ödeme koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak alımlarda eksperin tespit ettiği değerlerinden daha yüksek bedelle gerçekleştirilen, bununla birlikte satım ve kiralamalarda ise ekspertiz değerinin %95’inden daha düşük değerlerin esas alınması durumunda, bu hususların SPK’nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya açıklanması ve yapılacak ilk genel kurul toplantısının gündemine alınarak ortaklara bilgi verilmesi zorunlu tutulmuştur⁷³⁰. Tebliğ m. 40/2 uyarınca değerlendirme raporlarının, ekleri hariç, kendilerine teslimini takip eden üç iş günü içinde KAP’ta ilan edilmesi zorunludur. Ayrıca hükmün devamında alım, satım veya kiralama işlemleri ile GYO’nun kamuya açıkladığı son finansal tablolarında yer alan aktif toplamının %2’sini geçen alım, satım veya kiralama işlemlerini, en geç işlemin yapılmasını takip eden ilk iş günü içinde, aktif toplamının %2’sini geçmeyen alım, satım veya kiralama işlemlerini ise toplu olarak en geç hesap döneminin bitimini izleyen 10 iş günü içerisinde, kira ekspertiz değerinin tespitine yönelik olarak hazırlanan değerlendirme rapor tarihini takip eden üç iş günü içinde, KAP’ta ilan etmekle yükümlüdür.

⁷³⁰ Kamuyu aydınlatma belgelerinde açıklanan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından doğacak sorumluluğa ilişkin açıklamalarımız için bkz., s. 125 vd.

Görüldüğü üzere faaliyet konusu ve ekonomik amacı itibariyle şeffaf olması elzem olan GYO'ların bunlarla sınırlı olmamak üzere taşınmaza dair alım-satım ve kiralamaya yönelik hemen hemen tüm işlemleri bir nevi kamunun gözü önünde yapılmalıdır.

Bu hükümlerin özel hüküm olarak değerlendirilmesi ve TTK m. 356'nın en azından taşınmazlar bakımından uygulanmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak yukarıdaki hükümler portföy eksenli düzenlemelerdir. TTK m. 356/5'te şirketlerin işletme konusunu oluşturan⁷³¹ ayınlar hakkında bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir⁷³². Genel olarak şirketin duran malvarlığı kapsamında olan taşınmaz ediniminin belirtilen kurala tabi olduğu öğretide hakim görüştür⁷³³. Ancak GYO'lar özelinde açıkladığımız nedenlerle ayrı bir değerlendirme yapmak gerektiği kuşkusuzdur.

Portföye alınmayacak taşınmazlarla ilgili devir ve kiralamalar bakımından hüküm uyarınca; GYO'nun tescilinden itibaren iki yıl içinde bir taşınmazın, sermayenin onda birini aşan bir bedelle devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmayacaktır. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dahil, her türlü tasarruf geçersizdir. Genel kurul kararından önce, yönetim kurulunun talebi üzerine GYO'nun bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak taşınmazlara değer biçer. Rapor resmi nitelik taşır. Burada ifanın değil, borçlandırıcı işlem olan taahhüdün iki yıllık süre içinde yapılması gerekir⁷³⁴. Ayrıca TTK m. 356'yı dolanma amacıyla gerçekleştirilen, ekonomik değeri birbiriyle bağlantılı birden fazla sözleşmenin toplam değerinin sermayenin onda birinden daha yüksek olması durumunda toplam bedel üzerinden değerlendirme yapılacaktır⁷³⁵. Hükmün sadece pay sahiplerinden taşınmaz devralınması ve kiralanmasına yönelik olmadığı herhangi bir sınırlama getirmeksizin bütün alım ve kiralamaya ilişkin işlemler bakımından uygulanacağı söylenmelidir.

Genel kurul kararı, TTK m. 356/3'ün atfı ile TTK m. 421/3 ve 4'te öngörülen nisaplara tabidir. Diğer bir deyişle sermayenin en az yüzde yetmiş beşini tekil eden pay sahiplerinin olumlu oyu gerekir.

TTK m. 356 hükmü AB 2012/30 sayılı Yönergesi'nin 13. maddesi ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştirilerin sebebi, Yönergenin 13. maddesinin atıfta bulunduğu 3/i

⁷³¹ Mehaz Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda TTK m. 556/5'ten farklı olarak "her daim yapılan cari işlemler çerçevesinde vuku bulan iktisaplardan söz edildiği, sorunun hükmün iyi tercüme edilememesinden kaynaklandığını belirten, Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 378.

⁷³² A.Ş.'nin konusunu oluşturan ayınlar hakkında hükmün uygulanmayacağını ifade eden Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 353;

⁷³³ Yavuz, Cevdet, "Anonim Ortaklıklarda Kurulustan Sonra Devralma", İÜHFM, 1984, c. 50, sa. 1-4, s. 385-421, ("Devralma"); Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 140; Yavuz, Devralma, s. 404; Akdağ Güney, s. 153; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 379; Sevi, s. 301.

⁷³⁴ Yusufoglu, s. 237

⁷³⁵ Arslanlı, s. 89; Sevi, s. 302, Yavuz, Devralma, s. 404.

hükmünde sadece esas sözleşmeyi imzalayanlara yönelik bir düzenleme getirmesine rağmen TTK m. 356'da genel bir kural konulmak suretiyle devreden kimse yönünden herhangi bir ayırım yapılmamasıdır⁷³⁶.

2. Finansal Yardım Yasağı

TTK'da "Kanuna karşı hile" başlığı ile düzenlenen bir başka hüküm TTK m. 380'dir. Temelde şirketin malvarlığını korumak amacıyla getirilen bu hükme göre, paylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler geçersizdir.

Hükmün amacı, şirketin kendi payları üzerinde manipülasyon yapılmasına, şirket sermayesinin azalmasına, sermayenin iadesine ve üçüncü kişilere finansal destek verilerek şirket hisselerini edinmelerine engel olmaktır⁷³⁷. Bu tür işlemler şirketin kendi paylarını iktisabı ile aynı nitelikte işlemler olarak kabul edilmiştir⁷³⁸. Yapılan işlemde şirketin bir menfaati olmamakla birlikte aynı zamanda işlemin karşı tarafının pay edinmesine ilişkin bir bağlantı bulunması durumunda söz konusu işlem finansal destek yasağı kapsamına girer. Eş deyişle pay edinme amacından başkaca bir ekonomik amaçla yapılan işlemler sonucu sağlanan finansal yardımlar TTK m. 380'e dahil kabul edilmez⁷³⁹. Konumuz özelinde somutlaştırmak gerekirse, ipotekli bir taşınmaz GYO'ya sermaye artırımında sermaye olarak getirilmek istenilmekle birlikte TTK m. 342 anlamında ve Tebliğ m. 9 doğrultusunda bu mümkün değildir. Taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasıyla taşınmazın GYO'ya aynı sermaye olarak konulabilecek niteliğe büründürülmesi için GYO'nun ipotek alacaklısına teminat vermesi finansal yardım yasağı kapsamında bir işlem sayılır.

Diğer yandan yapılan işlemin sonucunda GYO'nun bundan bir menfaati olduğu takdirde bu işlem finansal destek yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir. Her bir somut işlemin altında yatan amaç irdelenmek suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. TTK m. 356'da olduğu gibi TTK m. 380'de iki yıl ile ilgili bir süre yoktur. Her iki maddenin düzenleme amacı farklıdır.

⁷³⁶ Akdağ Güney, s. 152; Yusufoglu, s. 239.

⁷³⁷ Yanlı, Veliye, "Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı", BATİDER, c. 28, sa. 4, s. 29-44, s. 31-32; Okutan Nilsson, Gül, "Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı", Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu 25-26 Haziran 2010, İstanbul 2011, s. 90-100, s. 96; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 663.

⁷³⁸ Arıcı, Fatih/Veziroğlu, Cem, Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 34.

⁷³⁹ Yusufoglu, s. 245; Arıcı/Veziroğlu, s. 47. Şirketin ekonomik bir menfaati bulunmaksızın pay edinimi için yapılan karşılıklı bütün işlemlerin finansal yardım yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden, Yanlı, s. 31.

F. Sermaye Artırımı

1. Genel Olarak

Tebliğ m. 9'a göre, sermaye artırımında da GYO'ya TTK m. 342 ve m. 343 çerçevesinde aynı sermaye getirilmesine olanak tanınmıştır. Diğer yandan her ne kadar TTK m. 128 kuruluş aşaması göz önüne alınarak yazılmış ise de maddenin sermaye artırımında da uygulanacağında herhangi bir tereddüt yoktur⁷⁴⁰.

Tebliğ m. 6 uyarınca GYO'lar kayıtlı sermaye sistemine tabidir. Dolayısıyla sermaye artırımı yönünden kayıtlı sermaye sistemi dikkate alınmak durumundadır. Kayıtlı sermaye sisteminde başlangıç sermayesi, çıkarılmış sermaye ve kayıtlı sermaye⁷⁴¹ olmak üzere üç sermaye mevcuttur. Kayıtlı sermaye, yönetim kurulunun sermayeyi artırabileceği üst sınırı gösteren, esas sözleşmede yer alan ve ticaret siciline tescil edilen sermaye tavanıdır (SerPK m. 3, m. 18). Yönetim kurulu kararı ile sermayenin kayıtlı sermayeye kadar artırılması esas sözleşme değişikliğini gerektirmez. Ancak kayıtlı sermayenin artırılması için esas sözleşme değişikliği şarttır. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımında yetkili olan yönetim kurulu sermayeyi iç kaynaklardan veya dış kaynaklardan artırabilir⁷⁴².

2. İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı ve Taşınmazlar Yönünden Etkileri

a. Genel Olarak

İç kaynaklardan sermaye artırımında, pay sahipleri tarafından pay alım taahhüdünde bulunulmadan, şirketin malvarlığında halihazırda mevcut olan unsurlardan kanunun izin verdiklerinin, sermayeye eklenmesiyle sermayenin artırılması ve artırım sonunda oluşacak bedelsiz payların pay sahipleri tarafından, oransallık ilkesine göre kendiliğinden edinilmesi söz konusudur⁷⁴³. Bu sermaye artırım türünün tipik özelliği, artırılan sermayenin, ortaklığın malvarlığından karşılanmasıdır. Bunun sonucu olarak sermayenin artırılmasıyla malvarlığında bir değişme olmamasına karşın, ortaklığın sermayesi ve esas sözleşmesindeki sermaye rakamı artmaktadır⁷⁴⁴.

TTK m. 462'de iç kaynaklardan sermaye artırımını yönünden kullanılabilecek kaynaklar;

⁷⁴⁰ Çonkar, s. 606.

⁷⁴¹ SerPK m. 18/2'de yer alan kayıtlı sermaye tavanının kayıtlı sermayenin zaten yönetim kurulunun artırabileceği üst sınırı ifade ettiği ve kayıtlı sermaye tavanının, üst sınırın üst sınırı gibi bir anlama gelmekle hatalı olduğu, 2499 Sayılı SerPK'daki kayıtlı sermaye miktarı tabirinin daha yerinde olduğu yönünde bkz. Cenkcı, s. 6, 3 nolu dn.

⁷⁴² Cenkcı, s. 284; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, s. 363.

⁷⁴³ Cenkcı, s. 282.

⁷⁴⁴ Moroğlu, *Sermaye Artırımı*, s. 7.

- Kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları,
- Esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler,
- Mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar

biçimindedir. Burada sınırlı bir sayım söz konusu değildir. Konumuz yönünden önemli kaynaklar mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlardır.

b. Mevzuatın Bilançoya Konulmasına ve Sermayeye Eklenmesine İzin Verdiği Fonlar

TTK m. 462’de zikredilen mevzuat vergi mevzuatıdır. Gerekçede, fonların vergi hukukuyla sıkı bağlantısı olduğu belirtilmekte; iç kaynaklardan sermaye artırımına konu olabilecek fonların Vergi Usul Kanunu (VUK) ile ayrıntılı olarak düzenlendiği, ilgili bu düzenlemelerde maddi hukuk kurallarına da yer verildiğinden TTK’nın bu hükümlere atıf yapmakla yetindiği ifade edilmiştir⁷⁴⁵. Bu minvalde mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar, yeniden değerlendirme fonu, taşınmazların ve iştiraklerin satışından elde edilen gelirler ve enflasyon farkları gibi fonlardır⁷⁴⁶.

Sermaye artırımına konu olabilecek yeniden değerlendirme fonunun elde edilmesinde VUK. Mük. 298. Maddesinin 17.12.2003 tarihli 5024 sayılı Kanunla⁷⁴⁷ değiştirilmesi neticesinde enflasyon düzeltilmesi esasına geçilmiştir⁷⁴⁸. Buna göre, fiyat endeksindeki artışın, içinde bulunulan dönem dahil son üç hesap döneminde %100’den ve içinde bulunulan hesap döneminde %10’dan fazla olması durumunda mali tablolar enflasyon düzeltilmesine tabi tutulur. Bu uygulamanın her iki şartın bir arada gerçekleşmemesiyle sona ereceği öngörülmüştür (VUK mük. 298/A,1). Yeniden değerlendirme oranı, her yeniden değerlendirme yapılacak ekim ayında, bir önceki yılın aynı dönemine göre TÜİK’in ÜFE endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran Maliye Bakanlığı’nca ilan edilir⁷⁴⁹ (VUK mük. m. 298/B). Düzeltme sonucu oluşan fonlar, sermayeye ilave edilebilir ve bu işlem kar dağıtımı olarak değerlendirilmez (VUK mük. m. 298/A,5)⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Gerekçe, TTK m. 462.

⁷⁴⁶ Pulaşlı, Şerh, s. 1835-1838; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 133.

⁷⁴⁷ RG, 30.12.2003 T., 25332 S.

⁷⁴⁸ VUK mük. m. 298/A,2,c uyarınca enflasyon düzeltilmesi, parasal olmayan kıymetlerin, enflasyon düzeltilmesinde dikkate alınacak tutarlarının, düzeltme katsayısıyla çarpılması suretiyle, mali tablonun ait olduğu tarihteki satın alma gücü cinsinden hesaplanması biçiminde tanımlanmaktadır.

Söz konusu değişiklikten sonra değer artışlarının yeniden değerlendirme fonlarına ilave edilmesinin artık mümkün olmadığına yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Yusufoglu, s. 267-270.

⁷⁴⁹ Bu oran 2024 yılı için %58,46’dır, RG, 29.12.2023 T., S. 32414 2. Mükerrer.

⁷⁵⁰ RG, 30.12.2023, T., S. 32415 2. Mükerrer. VUK Genel Tebliği (Sıra No:555) uyarınca tam mükellefiyete tabi ve bilanço esasına göre defter tutan gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri (finans ve bankacılık sektöründe faaliyet gösterenler, sigorta ve reasürans şirketleri, emeklilik şirketleri ve emeklilik yatırım fonları, münhasıran sürekli olarak işlenmiş altın, gümüş alım-satımı ve imali ile iştigal eden mükellefler ile bu Kanunun 215 inci maddesi uyarınca kendilerine kayıtlarını Türk para

Sermaye artırım sürecinde artık Halka açık A.Ş. niteliğinde olacak GYO'larda iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında kar payı hariç iç kaynakların varlığına, bu kaynakların mevzuata uygun bir şekilde oluştuğuna ve sermayeye eklenebileceğine ilişkin yeminli mali müşavir raporu ile TTK m. 457 çerçevesinde hazırlanan yönetim kurulu beyanı⁷⁵¹ alınır (Pay Tebliği (VII- 128.1) ek 7, m. 5)⁷⁵².

TTK m. 460/2 uyarınca yönetim kurulunun sermaye artırım kararından önce, İzin Tebliği uyarınca TTK m. 333 kapsamına giren GYO'ların, Bakanlıktan izin alması gerekir⁷⁵³. SerPK m 18/2'e göre kayıtlı sermaye sisteminde, yönetim kurulu, TTK'nın esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı kalmaksızın esas sözleşmelerinde tespit edilen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayelerini artırabilir ve İzin Tebliği m. 5 uyarınca kayıtlı sermaye sistemindeki SerPK'ya tabi halka açık A.Ş.'lerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni gerekmemektedir.

TTK m. 456/1'e göre, iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılabilmesi için, önce çıkarılmış sermayenin tamamen ödenmiş olması gerekir. GYO'lar bakımından çıkarılmış sermayenin ödenmemesi gibi bir ihtimal bulunmayacaktır (Tebliğ m. 6). Yönetim Kurulu TTK m. 390'daki karar alma usullerine uygun şekilde sermaye artırım kararı alacak ve bu kararda; sermaye artırımında kullanılan iç kaynakları, çıkarılacak payların gruplarını, türlerini, payları borsada işlem gören ortaklıklarda bedelsiz pay alma haklarının mevcut pay senetlerinin kaç numaralı kuponu ile kullanılacağını ve artırılan sermayeyi temsil edecek senetlerin tertibini belirleyecektir (Pay Tebliği, ek, 7, m. 3). Yönetim kurulunun sermaye artırım kararı için imtiyazlı pay sahipleri onayı, halka açık A.Ş.'ler yönünden gündeme gelmeyecektir (SerPK m. 18/4).

birimi dışında başka bir para birimiyle tutmalarına izin verilenler hariç) bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla aktiflerine kayıtlı bulunan taşınmazlarını (sat-kirala-geri al işlemine veya kira sertifikası ihracına konu edilen taşınmazlar hariç) yeniden değerleyebilirler. Bu tebliğin 2. maddesinde parasal olmayan kıymetlerin de kapsam dahilinde olduğu belirtildiğinden sınırlı ayni haklar da bu çerçevede değerlendirilebilir.

⁷⁵¹ Yönetim kurulu tarafından, iç kaynaklardan sermaye artırımını konusunda ayrıntılı bilgileri içeren bir beyan hazırlanması gerekir. Bu beyanın hazırlanmasındaki amaç, sermaye artırımını hakkında pay sahiplerinin bilgilendirilmesidir. Bu beyan aynı zamanda sermaye artırımının hukuka aykırı olması nedeniyle TTK m. 553 vd. hükümlerine göre açılacak sorumluluk davaları bakımından önemlidir. Bu beyanın sermaye artırım kararının tescili için ticaret sicil müdürlüğüne sunulması gerektiği gibi, bu beyan olmaksızın alınan sermaye artırım kararının TTK m. 391/1 uyarınca iptale ve hatta butlana tabi olduğu ifade edilmektedir. Detaylı bilgiler için bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 132.

⁷⁵² RG, 22.06.2013 T, S. 28685.

⁷⁵³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 142; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 181; Cenkci, s. 295; TTK m. 460/2'de bahsi geçen iznin kayıtlı sermaye sistemine girişte alınması gerektiğini ifade eden, Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 344.

3. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı

a. Genel Olarak

Sermayenin dış kaynaklardan artırılması şirket ortaklarının veya şirket ortağı olmayan üçüncü kişilerin şirkete dışarıdan yeni malvarlığı unsurları getirmesi ile gerçekleştirilir⁷⁵⁴. Dış kaynaklardan sermaye artırımıyla hem şirketin esas sözleşmede yazılı olan sermaye rakamı hem de ortaklık malvarlığında artış meydana gelir. Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında ya mevcut payların itibari değeri yükseltilir veya yeni paylar çıkarılır. Bu tür sermaye artırımında GYO'ya taşınmazın sermaye olarak konulabileceği kuşkusuzdur. Ayrıca taahhüt edilen sermayenin GYO'ya gerçek değeriyle getirilmesini sağlamak için kuruluştaki olduğu gibi bir değerlendirme süreci yürütülür (Tebliğ m. 9).

b. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımının Ön Koşulları

Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasının bazı ön koşulları olup bu koşullardan biri TTK m. 456/1'de iç kaynaklardan yapılan artırım haricinde, payların nakdi bedelleri tamamen ödenmiş olmasıdır. Bununla birlikte sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların⁷⁵⁵ ödenmemiş olması sermaye artırımını engellemez. GYO'lar yönünden bu koşul sağlanmış olacak çünkü hem SerPK m. 12/1'de hem de Tebliğ m. 6'da kuruluştaki nakit karşılığı çıkarılan payların bedellerinin tamamen ödenmesi gerekir. Aksi takdirde kuruluş tamamlanmayacağından esasen dış kaynaklardan sermaye artırımı durumunda bu ön koşulun yerine getirilmemiş olma ihtimalinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak TTK m. 128'deki tedbirlere rağmen aynı sermayenin ortaklığa intikal etmeyebileceği söz konusu olabileceğinden TTK m. 456/1'in eTTK m. 391'de olduğu gibi aynı sermayeyi de kapsayacak şekilde kaleme alınması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵⁶. TSY m. 73/1-d'ye göre sermayenin tamamen ödendiğine, karşılıksız kalmadığına ve şirket öz varlığının tespitine ilişkin raporların sunulması gerektiği belirtilmiştir.

Bir diğer ön koşul TTK m. 462/3'te yer alır. Buna göre bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlar varsa, önce bu fonların sermayeye dönüştürülmesi gerekir. Aksi takdirde sermaye taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılamaz. Bu fonların sermayeye dönüştürülmesiyle aynı anda ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılması mümkündür. Ancak kayıtlı

⁷⁵⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 5.

⁷⁵⁵ %5'e kadar olan sermaye tutarının "önemli olmayan tutar" niteliğinde kabul edildiği görüşünde olan, Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 47-48; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 335; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 133

⁷⁵⁶ Gereğince, hükmün eTTK m. 391'in devam niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

sermaye sistemini benimsemiş ve halka açık A.Ş. olan SerPK m. 12/6 ve Pay Tebliği m. 16'ya göre ortaklığın serbest iç kaynaklarının sermayeye dönüştürmesi şartı aranmaz. Bu nedenle bu ön koşul da GYO'lar yönünden uygulanmayacaktır.

c. Ayni Sermaye Artırımı

Tebliğ m. 9 uyarınca ayni sermaye artırımı kararı ancak SerPK m. 29/1'e uygun şekilde yapılacak çağrıyla genel kurulda alınabilir. GYO'ların esas sözleşmelerinde bu hususa yer verilmesi şart koşulmuştur. Ayrıca ayni hüküm gereğince hem TTK m. 343 çerçevesinde alınacak bilirkişi raporuyla hem de gayrimenkul değerlendirme kuruluştan tarafından düzenlenecek raporlarda ayni sermayenin tespit edilen değerinden düşük olanı sermaye artırımına esas alınır ve esas sermayeye ilişkin değişiklik önerisi metni buna uygun olarak düzenlenmelidir.

Ayrıca yönetim kurulu tarafından payların halka arz edilebilmesi için izahname hazırlanması zorunludur (SerPK m.4/1). Sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği için Bakanlıktan izin alınır. Ancak sermaye artırımı kısmen halka arz ve kısmen pay sahiplerine tahsis şeklinde yapıp da, pay sahiplerince ayni sermaye konulması söz konusu ise, bu ayni sermayenin değerlemesine ilişkin bilirkişi raporunun mahkemece onaylı birer sureti ve değerlendirme raporu izin dilekçesine eklenmelidir⁷⁵⁷.

III. SERMAYE BORCUNUN HİÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. İmkansızlık, Ayıp ve Zaptın Hukuki Sonuçları ve Bu Hallerde Taahhüt Edene Yöneltebilecek Talepler

1. Genel Olarak

TTK m. 126'da TBK'nın adi şirkete ilişkin hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ticaret şirketleri hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir. TTK'nın "adi şirkete dair hükümler" biçiminde gönderme yaptığı hükümler "Adi Ortaklık Sözleşmesi" başlığı altında düzenlenmiş TBK'nın 620 ila 645. maddeleridir. TBK'nın adi şirkete ilişkin hükümleri, ticaret şirketlerinde de uygulanabilecek temel bir düzenleme niteliğindedir⁷⁵⁸. Bununla birlikte adi şirket bakımından, tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine de uygulanabilen kurallar ve ilkeler öngörülmüştür⁷⁵⁹. Dolayısıyla TBK m. 621/3'ün "Bir

⁷⁵⁷ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 119.

⁷⁵⁸ Bozkurt, s. 63.

⁷⁵⁹ Şener, Adi Ortaklık, s. 141.

ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.” şeklindeki ve TTK m. 131/2’nin “sermaye olarak konan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar şirkete devredilmiş olur.” biçimindeki hükümlerine göre, ayıba, zapta ve hasara ilişkin hükümler kıyasen A.Ş.’lere ve elbette GYO’lara uygulanacaktır⁷⁶⁰.

2. İmkansızlık

a. Yarar ve Hasarın Geçişİ

Esas sözleşmenin usulüne uygun şekilde imzalanmasıyla taahhüt eden, aynı sermaye konusu hakkın devrini borçlanır. Tüzel kişilik kazanmasıyla benimsediğimiz tescilsiz iktisap görüşüne göre hak kendiliğinden GYO’ya geçer.

Yarar, bir şeyden kendiliğinden veya normal bir çaba karşılığında elde edilen fazlalıklardır⁷⁶¹. Kiralık yerin kira parası, hisse senetlerinin temettüü gibi medeni ürünler ile bir tahvile isabet eden ikramiye, satılarda bulunan define gibi gelirler yarar kavramına dahildir⁷⁶².

Hasar kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda hasar, şeyde sonradan ortaya çıkan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar doğuran zararlı haller; dar anlamda hasar ise sadece borç ilişkileri bakımından kullanılan ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen sürede edimin borçluya isnad olunamayan haller dolayısıyla (kusursuz olarak) imkansızlaşması durumunda ortaya çıkabilecek ve taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden bir tehlike biçiminde tanımlanmaktadır⁷⁶³. Satış sözleşmesinde bu tehlike, satıcı açısından, kendi borcundan kurtulmakla beraber satış bedelini talep etme hakkını kaybetmek, alıcı yönünden ise, satılanı hiç veya sözleşmeye uygun olarak elde edememesine rağmen bedelini ödemek şeklinde belirir ve bu çeşit hasara borca ilişkin hasar da denilmektedir⁷⁶⁴. Eğer şey yok olursa imkansızlık, bozulursa, borcun gereği gibi ifa edilmemesi gündeme gelir.

⁷⁶⁰ Yusufoglu, s. 294.

⁷⁶¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 79.

⁷⁶² Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, c. 1-2, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s. 78; Akıntürk, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 188.

⁷⁶³ Yavuz/Acar/Özen, s. 80.

⁷⁶⁴ Akıntürk, s. 64 ve 204; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), c. I, 4. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası 1980, s. 203; Tandoğan, c. I, s. 106-107.

Hasarın geçmesinden sonra, artık satıcı sorumlu olmaz. Satıcı sadece hasarın alıcıya geçtiği anda var olan ayıplardan alıcıya karşı sorumlu olacaktır. Hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıpların, önceden mevcut olan nedenlerden kaynaklandığı anlaşılırsa o takdirde hasar yine satıcıya ait olacağından satıcı sorumlu olur⁷⁶⁵.

Hasarın ve yararın geçtiği an TBK m. 208/1'de taşınmazda tescil tarihi biçiminde düzenlenmiştir. Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra ve ifadan önce satıcının kusuru bulunmaksızın ifanın tamamen veya kısmen imkansızlaşması durumunda hasara satıcı katlanır⁷⁶⁶.

Benimsediğimiz tescilsiz iktisap görüşüne göre taşınmazın mülkiyeti tüzel kişilik kazanmasıyla kendiliğinden GYO'ya intikal edeceğinden GYO'nun tescili sonrasında aynı sermayenin yok olması veya zarar görmesine artık GYO katlanır⁷⁶⁷. Bunun karşılığında aynı sermaye koyan kurucunun ortaklık durumunda bir değişiklik olmayacaktır. Elbette, söz konusu hasarın sebebi önceden var olan sebeplerden kaynaklanıyorsa hasara yine aynı sermayeyi koyanın katlanması gerekir⁷⁶⁸.

b. Hukuki Sonuçları

TBK m. 208 uyarınca satılanın yarar ve hasarının intikali için tam hakimiyetin el değiştirdiği an dikkate alınır. Hasar, satılanın tamamen yok olması veya değerinde azalma biçiminde gerçekleşebilir. Satılan ifadan önce tamamen yok olursa ifa imkansızlaşır⁷⁶⁹. İmkansızlık taahhüt edenin kusuruyla gerçekleşmişse TBK m. 112 uygulanacak ve buna göre tüzel kişiliğin kazanılmasından önce ve sonra uğranılan zarara taahhüt eden katlanacaktır⁷⁷⁰.

Satım sözleşmesinde, borcun doğumu ile ifası arasındaki sürede, satıcının kusuru ve sorumluluğu olmaksızın imkansız hale gelmesi durumunda TBK m. 136'nın uygulanmasıyla borçlu borcundan kurtulur⁷⁷¹. Böylece, hasarın geçişi bakımından, kusursuz imkansızlığın sadece sözleşmenin

⁷⁶⁵ Çetiner, Bilgehan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ve Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İÜHF, c. LXVII, sa. 1-2, s. 97-114, s. 101.

⁷⁶⁶ Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku-Özel Hükümler*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 30; Yavuz/Acar/Özen, s. 82.

⁷⁶⁷ Kanaatimizce taşınmaz tapuya şerh verildiğinde aynı sermaye koyma borcunun ifa edilmiş sayılacağı bu durumla çelişkili değildir, nitekim ifanın yapılmasıyla ifa sonucunun gerçekleşmesi farklıdır. Bu yönde, tescil resmi fiili tamamlanmadan ifa sonucunun henüz gerçekleşmeyeceği, bu aşamaya kadar taşınmaz satıcısının hasarı taşıması gerektiğini ifade eden, Yavuz/Acar/Özen, s. 82.

⁷⁶⁸ Yusufoglu, s. 310.

⁷⁶⁹ Tandoğan, s. 107-108.

⁷⁷⁰ Yusufoglu, s. 311.

⁷⁷¹ Gümüş, s. 30.

kuruluşu ve ifası arasındaki dönemde gündeme gelebileceği söylenebilir. İfadadan sonra, hasara alıcı katlanacak ve satıcının kusuru yoksa satıcıdan herhangi bir talepte bulunulamayacaktır.

Konumuz bakımından değerlendirildiğinde TBK m. 208'e göre aynı sermaye ortaklığı tasarrufuna geçmeden önce riske taahhüt eden katlanacak ve sermaye oluşmadığından ortaklığa karşı olan borcundan kurtulmakla birlikte pay sahipliğine yönelik haklarını da kaybedecektir⁷⁷². Buna göre ortaklığın sermayesi esas sözleşmede belirtildiği şekilde oluşmadığından ortaklığın tescil edilememesi gerekir. Buna rağmen şirketin tescil edilmiş olduğu durumda nasıl bir çözüm bulunacağı üzerinde durmalıdır.

Esas sözleşmenin imzalanmasından ortaklığın tesciline kadar geçen sürede edimin kusursuz imkansızlığı söz konusu olursa bu durumun tescil edilen şirketi ne şekilde etkileyeceği hususunda bir görüş, borcundan imkansızlık nedeniyle kurtulan kişinin, pay sahipliği haklarını kaybedeceğini savunmaktadır. TBK m. 136/2 hükmünden kıyasen yararlanılması gerektiğini ifade eden bu görüşe göre pay sahipliği haklarının kaybedilmesiyle aynı sermaye kadar sermaye azaltımı yapılmasını önermektedir⁷⁷³.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş, sonradan imkansızlık halinde aynı sermaye borcu yönünden TBK'daki genel hükümlerin uygulama imkanı olmadığını, şirketler hukukuna hakim olan ilkeler doğrultusunda taahhüt edenin sermaye koyma borcundan kurtulamayacağını ve değerlemeyle tespit edilen aynı sermaye değeri kadar nakdi sermaye koymakla yükümlü kalmaya devam edeceğini savunmaktadır⁷⁷⁴. Bu durumda taahhüt edenin nakdi sermaye borcunu da yerine getirememesi durumunda ıskat yoluna başvurulabilecektir. TBK m. 136/2'nin karşılıklı borç yükleyen sözleşmeleri düzenlediği ve esas sözleşmenin hukuki niteliği göz önünde bulundurulduğunda TBK'daki çözümün A.Ş.'lere uygulanması haksız sonuçlara yol açacaktır⁷⁷⁵. Nitekim TBK'daki hükümler TTK'da ilkelerle uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Esas sözleşmede yazılan değer, pay sahibinin koymayı taahhüt ettiği değer olduğundan artık sorumluluğu nakdi sermaye koyma borcuna dönüşecektir⁷⁷⁶.

GYO her ne kadar aktif toplamının %51'ini gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı haklara yatırım yapmak için kullanacak olsa da sermayesinin tamamının nakit olarak getirilmesi yönünden bir sınırlama yoktur. Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda GYO'ya taahhüt edilen ancak

⁷⁷² Yusufoglu, s. 312.

⁷⁷³ Arslanlı, s. 206; Bahtiyar, Anasözleşme, s. 90-93.

⁷⁷⁴ Arıcı, M. Fatih, "Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Editör: Prof.Dr. Hüseyin Hatemi, 1. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayıncılık, s. 103, ("İmkansızlık"); İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 288; Sevi, s. 139.

⁷⁷⁵ Yusufoglu, s. 313.

⁷⁷⁶ TTK'da Alman hukukundaki gibi aynı sermaye taahhüdünde edimin geçersiz olması halinde, pay sahibini nakit ödemeye yükümlü kılan bir hükmün bulunmaması bir eksiklik olduğunu ve açık bir hüküm bulunmadan edimi geçersiz hale gelen pay sahibini nakit ödemeye zorunlu tutmanın doğru olmadığını ifade eden, Akdağ Güney, Kuruluş, s. 144.

imkansızlık nedeniyle konulamayan aynı sermayenin değeri kadar nakit sermaye koyma borcu devam eder. Şu da var ki, getirilen nakdi sermayenin portföy oluşturulurken Tebliğ'deki oranlar kapsamında gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı haklara yatırım yapılmak üzere kullanılması gerekir.

3. Ayıplı İfa

a. Genel Olarak

Ayıp sözüyle bir şeyde bulunmaması gereken objektif bozukluklar ve eksiklikler kastedilmektedir⁷⁷⁷. TBK m. 219'da satıcının, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu, ayrıca nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu anlamda satıcının ayıplarından sorumluluğun aynen zaptından doğan sorumlulukta olduğu gibi, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁸. Bunun sebebi alıcının gayesinin, istediği maksat için kullanabileceği, faydalı bir şeyin mülkiyetine sahip olmaktır. Satıcı bu ayıpların varlığından haberdar olmasa da sorumlu olacaktır.

Satıcı, şeyin değerini ve faydasını azaltan noksanların bulunmadığını ayrıca taahhüt etmese ve özellikleriyle ilgili açıkça bir beyanda bulunmamış olsa dahi, bu borcun kanunen mevcut olduğu belirtilmiştir⁷⁷⁹. Bu anlamda sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazın kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmeye yarar özellikleri taşıması gerekir. Örneğin bir arazinin imar durumunun üzerinde proje geliştirmeye uygun olmaması ya da sit alanında olması veya üzerinde müstakil bir konut bulunan bir arsanın GYO'ya sermaye olarak konulması noktasında, müstakil konutun inşaat tekniklerine aykırı şekilde yapılması nedeniyle konutta çatlakların meydana gelmesi, TBK m. 219 kapsamında taşınmazın niteliğini olumsuz etkileyen ve değerini azaltan veya faydasını ortadan kaldıran nitelikteki bir ayıptır⁷⁸⁰. Taşınmazın değerini azaltan bir durumun bulunması halinde, taahhüt edenin bundan bilgisi olmasa da sorumlu olacaktır. Söz konusu sorumluluğun üst sınırının değerlendirilme sürecinde biçilen değer kadar

⁷⁷⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 137.

⁷⁷⁸ Tandoğan, s. 163.

⁷⁷⁹ Feyzioğlu, s. 271.

⁷⁸⁰ Müstakil konutun taşınmazın mütemmim cüzü olduğu ve arsa ile satışına karar verilmesi yönünden bkz. Y. 18. H.D. 2009/7174 E. ve 2009/7480 K. Bu tip bir halin ayıp (gizli) niteliğinde olduğu yönünde bkz. Y. 13. H.D. 2014/33801 E. ve 2015/27075 K. Bu kararlar için bkz. Biçkici, s. 140, dñn 620.

olduğu ve var olan ayıp dolayısıyla değerinde bir eksilme meydana geldiğinde, aradaki farkın taahhüt eden tarafından tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸¹.

Hasarın geçişinden sonra doğan ayıptan taahhüt eden sorumlu değildir. Esas sözleşmenin yapıldığı süreçte sözleşmenin taraflarınca ayıp biliniyorsa taahhüt edenin sorumluluğu doğmaz⁷⁸². Ayıbın gizli olması halinde satıcı sorumlu tutulabilir. Ayıpların bir kısmı muayene ile tespit edilebilir ancak bazı ayıplar ancak kullanmayla ortaya çıkar. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için ayıbın en geç hasarın geçtiği anda var olması gerekir. Ayıp şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce varsa, fakat sonradan anlaşılırsa sermaye koyan kişi bundan sorumludur⁷⁸³.

b. Hukuki Sonuçları

TBK m. 227/1’de ayıplı ifa nedeniyle satıcıya yöneltilebilecek talep hakları, seçimlik dört haktan ibarettir. Ayrıca alıcının genel hükümler doğrultusunda tazminat talep hakkı saklıdır.

Ayıplı ifa halinde hükümdeki seçimlik haklardan birisi, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmeden dönmedir. Bu çözümün bir A.Ş. olan GYO’lar yönünden tatbik imkanı yoktur. Bunun sebebi, GYO’nun hissedar ile arasındaki sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme imkanının bulunmayışındır⁷⁸⁴.

Hükümde diğer bir seçimlik hak olarak düzenlenen satılanın alıkonulup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme imkanı da GYO’ların niteliğine uygun düşmez⁷⁸⁵. Çünkü sermaye konulması karşılığında taahhüt edene verilen pay sahipliği hakları konusunda indirime gidilmesi mümkün olmaz.

TBK m. 227/1-4’teki imkan olduğu takdirde, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi talebinin de, aynı sermaye borcunun parça borcu niteliği dikkate alındığında, uygulanması çok zor olacaktır. Bunun sebebi parça borcunda ayıpsız benzeriyle değiştirme olanağı bulunmamasıdır⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ Yusufoglu, s. 296.

⁷⁸² Gümüş, Borçlar Özel, s. 76; Tandoğan, s. 174; Yavuz/Acar/Özen, s. 149.

⁷⁸³ Yusufoglu, s. 299.

⁷⁸⁴ Sevi, s. 293.

⁷⁸⁵ Yusufoglu, s. 301.

⁷⁸⁶ Gümüş, s. 106; Yüce, Melek Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları” MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, s. 377-415, s. 413-415.

Ancak bu dört seçimlik haktan, “aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme” yönündeki talebin şirketler hukuku kurallarıyla uyumlu olmakla tercih edilebilir⁷⁸⁷.

Ayıptan doğan zararın tazmini TBK m. 227’de diğer seçimlik haklardan ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca alıcı diğer seçimlik haklara başvurmaksızın doğrudan tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hak dışındakilerle birlikte de tazminat talep edebileceği belirtilmiştir⁷⁸⁸.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, taşınmaz satışında ölçü eksikliğinin söz konusu olması durumunda TBK m. 244 gereğince alıcı sadece tazminat isteme hakkını kullanabilecek ayıptan kaynaklı diğer seçimlik haklara başvuramayacaktır⁷⁸⁹. Dolayısıyla aynı sermaye konusu taşınmazın ayıbı ölçü eksikliğinden kaynaklanıyorsa sadece tazminat talebi gündeme gelebilecektir.

Aynı sermayedeki ayıp, şirketin sermayesinin oluşturulmasının haricinde de birtakım zararlara sebep olabilir. Bu anlamda ayıplı ifa nedeniyle TBK m. 112 ve diğer genel hükümler uyarınca tazminat talep edilebilir⁷⁹⁰. Bu sayede mümkünse ayıbın giderilmesi yanında ayıplı ifadan kaynaklı zararların tazmin edilmesi de sağlanacaktır. Genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112’ye göre borcun uygun olmayan şekilde ifası durumunda tazminatın talep edilebilmesi için gözden geçirme ve bildirim şartına uyulması biçiminde bir yükümlülük yoktur. Buna göre tazminat müspet zararın tazminine dair olmakla müspet zarar, şirketin malvarlığındaki azalma ile yoksun kalınan kârın tazminidir. Dolayısıyla hem aynı sermayenin ayıplı ifa edilmesi nedeniyle değer kaybı hem de GYO’nun uğradığı zararlar talep edilebilir⁷⁹¹. TBK m. 112 gereğince tazminat talep edilmesi için satıcının kusuru gerektiğinden, aynı sermaye taahhüt edenin kusurlu olmasının gerekliliği irdelenmelidir. Aynı sermayenin ayıplı olarak ifa edilmesinde taahhüt eden kusurlu değilse tek seçenek aynı sermayenin onarılmasıdır. Ancak bu şekilde bir onarım özellikle taşınmaz yönünden her ihtimalde mümkün olmamakla birlikte onarım ile değer kaybının da telafisi sağlanamayabilir. Böylece GYO’nun sermayesinin eksilmesi ve alacaklılarının zarara uğraması sonucu ortaya çıkabilir. Bu durumların önüne geçmek amacıyla sonradan imkansızlık halinde aynı sermaye koyma borcunun nakdi sermaye koyma borcu ile ikame edilmesi yönündeki görüş

⁷⁸⁷ Sevi, s. 294; Yusufoglu, s. 301.

⁷⁸⁸ Gümüş, s. 102.

⁷⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 189-191.

⁷⁹⁰ Gümüş, s. 294; Eren, s. 158.

⁷⁹¹ Yusufoglu, s. 303.

doğrultusunda, ayıplı ifade kusuru olmayan taahhüt edenin azaldığı nispette aynı sermaye borcunu nakdi sermaye borcu ile telafi etmesi çözümü getirilebilir⁷⁹².

Öğretide diğer bir görüş⁷⁹³, TBK’da yer alan satım sözleşmesinde ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin A.Ş.’ye aynı sermaye olarak getirilmesinde kıyasen uygulanma imkanı bulunmadığını ancak TBK m. 112 çerçevesinde zararın tazmini imkanının A.Ş. ve sermayenin tedariki ilkesine uygun düştüğü nispette uygulanabileceğini ifade etmektedir. Biz de bu görüşe katılmakla TBK m. 112’nin uyarlanarak uygulanması noktasında, tescilden sonra ayıp anlaşıldığında, ayıp sebebiyle azalan değer kadar nakdi ifa etmenin söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

4. Zapta Karşı Tekeffül

Zapttan sorumluluk, satılan malın bir üçüncü kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınmasından veya iddia olunan bu hak sebebiyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanmamasından dolayı satıcının sorumlu olmasıdır (TBK m. 214)⁷⁹⁴. Bu şekilde bir korunma sağlanmaması alıcı için ağır sonuçlara sebep olabilir. Üstün hak sahibi satılanı zaptetmiş ise alıcının elinde bir şey kalmayacaktır. Bu nedenle satıcının mülkiyeti geçirme borcunu, alıcının satılana tam ve sınırsız şekilde malik olmasına elverişli şekilde yerine getirmesi gerekir⁷⁹⁵.

Zapt iddiası kısmı veya tam olabilir. Aynı sermayenin tamamı üzerinde hak sahipliği iddiası, yani tam zapt bulunduğu anda aynı sermaye ortaklık malvarlığından çıkar. Kısmi zapt durumunda, ortaklığın aynı sermaye üzerinde hakimiyeti olumsuz biçimde etkilenir.

TTK m. 342’ye göre üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunan taşınmazın A.Ş.’ye sermaye olarak getirilmesi mümkün olmadığından bu tür bir durumun kurucular veya bilirkşi tarafından tespit edilmiş olması ve sermaye olarak konulmasının engellenmesi gerekir. Ancak bir şekilde bu durumun gözden kaçırılmasıyla veya bu duruma göz yumulmasıyla üzerinde üstün hak bulunan aynı sermayenin taahhüt edilmesiyle şirketin tescil edilmesi ihtimali vardır.

Konu GYO bakımından değerlendirildiğinde, tam zaptın söz konusu olması halinde TBK m. 217’ye göre sözleşmenin kendiliğinden sonra ermiş sayılması uygulanabilir değildir. Nitekim, esas

⁷⁹² Biçkici, s. 143. Yazar, haklı olarak taşınmazlar özelinde ayıbın onarım ile her zaman giderilemeyeceğini ve onarımın da ayıplı sermayeden doğacak değer azalmasını telafi etmeyeceğini belirtmiştir.

Alman hukukundaki genel kabule göre, imkansızlık başlangıçta ya da sonradan, objektif veya subjektif olarak söz konusu olsa da sermayenin tedariki ilkesi gözetilerek aynı sermaye borcu sona ermeyecek, tam tersi pay sahibinin aynı sermaye borcu artık nakdi sermaye borcu olacaktır. Nakleden, Çonkar, s. 563.

⁷⁹³ Çonkar, s. 584. vd.

⁷⁹⁴ Tandoğan, c. I, s. 148; Yavuz/Acar/Özen, s. 121.

⁷⁹⁵ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, c. 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 208; Tandoğan, c. I, s. 148.

sözleşme karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmadığından sözleşmenin sonra ermesi ve de GYO'nun da sona ermesi anlamına gelecek, bu da TTK m. 353 çerçevesinde mümkün kabul edilmeyecektir.

Zapt halinde bizim de katıldığımız görüş⁷⁹⁶ uyarınca zapta karşı tekeffül hükümleri değil TBK m. 112 hükmü, sermayenin tedariki ilkesi gözetilerek uygulanmalı, zapt nedeniyle aynı sermayenin değerinde meydana gelen azalma nakdi sermaye borcunun canlanmasıyla tazmin edilecektir.

Belirtelim ki taşınmazın GYO'nun işletme konusu bakımından önem arz etmesi bir yana, faaliyeti bakımından da zapta konu taşınmazın özel bir önemi olması ve işletme konusunun gerçekleşmesini imkansız hale getirmesi halinde TTK m. 529/1-b uyarınca GYO'nun sona ermesi gündeme gelebilir. Nitekim Tebliğ m. 24'te portföy sınırlamalarına riayet edilmemesi halinde GYO'nun önce esas sözleşme hükümlerini gayrimenkul yatırım ortaklığı faaliyetini kapsamayacak şekilde değiştirmek üzere Kurula başvurusu gerekecek bunun da yapılmaması halinde TTK m. 529 gereğince sona ermiş sayılacaktır. Kurucuların veya yönetim kurulu üyelerinin en başta üstün hakkın varlığını bilmeleriyle aynı sermayenin GYO'ya konulması da bu sonucu değiştirmeyecektir.

B. Temerrüdün, Temerrüdün Sonuçlarının ve Özellikle İskatın Uygulanmasının Değerlendirilmesi

TTK'da sermaye koyma borcuna aykırılığın düzenlendiği birçok madde yer almaktadır. GYO bir A.Ş.'dir ve A.Ş.'lerde sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesinin tazminat, gecikme faizi, ceza koşulu, birtakım haklardan yoksunluk, ödenmeyen payların satılması, pay senedinin iptali ve iskat gibi çeşitli yaptırımları vardır⁷⁹⁷. Konuyla ilgili genel hüküm niteliğindeki TTK m. 128/7'ye göre, şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Tazminat istemi için ihtar şarttır.

TTK m. 128 uyarınca esas sözleşmede bilirkşi tarafından belirlenen değerleriyle taşınmazlar tapuya şerh verildiği takdirde aynı sermaye kabul olunur. Hüküm uyarınca borcun nasıl ifa edileceği belirlenmiş olup, buna aykırılık halinde şirketin kuruluşu tescil edilemeyecektir. Aynı sermayenin ifası tescilden önce gerçekleşeceğinden temerrüt söz konusu olmayacaktır. Özetle, TTK'nın aynı sermaye getirilmesine ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında, aynı sermayenin ifasında temerrüde düşülemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁹⁸. Taşınmaz mülkiyeti GYO'nun tescili ile ortaklığın

⁷⁹⁶ Çonkar, s. 602.

⁷⁹⁷ Çelik, Aytekin, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 82.

⁷⁹⁸ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 141.

malvarlığına dahil olur. Dolayısıyla aynı sermaye borcunun ifası için bir davası açılması kanaatimizce söz konusu değildir⁷⁹⁹.

Gecikme tazminatı, ifa ile ifanın zamanında yerine getirilmemesi ve dolayısıyla temerrüde bağlanan bir sonuçtur. Halbuki, aynı sermaye borcunun ifa edilmemesinden veya kötü ifasından bahsedilebileceğinden temerrüt hükümleri uygulanamayacaktır. Sonuç olarak gecikme tazminatı taşınmazın sermaye olarak getirilmesi bakımından uygulanamaz⁸⁰⁰. Bu sebeple ayıplı ifa ile zapt durumları ve borcun imkansızlığı hallerinde artık temerrüt gündeme gelmez⁸⁰¹. Kısacası, temerrüdün hukuki sonuçları, taşınmazın ve sınırlı aynı hakların sermaye olarak ayıplı ifası ile zapt durumunda veya taşınmazın aynı sermaye şeklinde ifasının imkansızlaşması durumunda uygulanamaz⁸⁰². Ayıp, zapt veya imkansızlık hallerinde, aynı sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin ödemesi gereken meblağ, taahhüt ettiği ve esas sözleşmede değerlemeyle tespit edilmiş değere tekabül etse de, burada sermaye koyma borcu özünde para borcu değildir. Bu nedenle gecikme tazminatı ve temerrüt faizi talep edilemez.

TTK m. 482/3 uyarınca esas sözleşmede yer alması şartıyla, sermaye koyma borcunda temerrüt halinde sözleşme cezası ödeme yükümlülüğü getirilebilir. Dolayısıyla aynı sermaye koyma borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde temerrüt söz konusu olamayacağından sözleşme cezası da uygulanamaz⁸⁰³.

TTK m. 482/2 uyarınca, pay sahibi sermaye koyma borcunda temerrüde düştüğü takdirde, yönetim kurulu, pay sahibini, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklardan yoksun bırakmaya yetkilidir. Hüküm uyarınca ıskatın pay sahibi bakımından çifte etkisi vardır. Bu çerçevede, pay sahibi ıskat edildiği paylar bakımından pay sahipliğini kaybeder ve pay bedeline mahsuben yaptığı ödemelerden doğan haklardan da mahrum kalır⁸⁰⁴. ıskatın amacı pay sahibini cezalandırmak değil, sermayenin oluşturulması ve korunmasıdır.

TTK m. 482 hükmünün lafzından, ıskat yaptırımının aynı sermaye karşılığı paylar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı açıkça anlaşılmamaktadır. Ancak TTK m. 482/1 hükmünde temerrüt faizinden ve TTK m. 483/3 hükmünde ödemelerden açık kalan tutardan bahsedilmesi, ıskatın yalnızca nakit karşılığı paylar için geçerli olduğu izlenimini uyandırmakla birlikte, sermayenin korunmasını

⁷⁹⁹ Yusufoglu, s. 316.

⁸⁰⁰ Akdağ Güney, s. 141.

⁸⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 501.

⁸⁰² Yusufoglu, s. 317.

⁸⁰³ Yusufoglu, s. 318.

⁸⁰⁴ Şenocak, Kemal, "Anonim Ortaklıklarda ıskat Kararının Sonuçları", GÜHFD, c. XI, sa. 1-2, 2007, s. 279-296, s. 281.

amaçlayan düzenlemenin aynı sermaye koyma borcuna da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁸⁰⁵. Buna göre, aynı sermaye koyma borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, aşırı değerlendirme, kötü ifa, ayıp, zapt ve tescilden sonraki imkansızlık hallerinde ıskat yaptırım uygulanabilir⁸⁰⁶.

Belirtelim ki, aynı sermaye taahhüdünde bulunan kişi, gereği gibi yapmış olduğu ifa kadarıyla pay sahibi olmaya devam eder. Bununla birlikte ifa etmemiş sayıldığı değere tekabül eden paylarını ise kaybeder.

Esas sözleşmede taşınmazın değerinin olduğundan yüksek gösterilmesi nakit sermayenin bir bölümünün ifa edilmemiş olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla şirketin sermayesi esas sözleşmede taahhüt edilen miktardan daha düşük şekilde oluşur. Bu durumda aradaki fark aynı sermaye taahhüdünde bulunan kişi tarafından ifa edilmemiş olacaktır.

IV. BİRLEŞME, BÖLÜNME VE AYNI SERMAYE ARTIRIMI

A. Genel Olarak

Birleşme ile bölünmede en az bir şirketin malvarlığı diğer bir şirkete geçmektedir. Dolayısıyla bu iki durum da aynı sermayeye ilişkin düzenlemelerle temas etmektedir. Özel bir düzenleme olmadıkça bir şirketin malvarlığının diğer bir şirkete intikal etmesi halinde, intikal eden malvarlığındaki nakit dışı varlıkların parasal anlamda değerinin tespiti ve bu değer karşılığında verilecek payların belirlenmesi için ilk akla gelen, aynı sermaye taahhüdü ile ilgili hükümlerdir. eTTK döneminde de örneğin m. 452/1’de, konuyla ilgili kuruluş hükümlerine atıf yapılmaktadır. eTTK döneminde bölünme hususu ortaklıklar hukuku bakımından kanuni bir düzenlemeye tabi olmamıştır. Ancak yine de vergi mevzuatındaki hükümler göz önünde bulundurulduğunda bölünmeye genel hükümlere başvurmakla hukuki bir hüviyet kazandırılabilmesi belirtilmiş ve bölünen ortaklığa ait malvarlığının devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçişi konusunda aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin tatbik edilebileceği ifade edilmiştir⁸⁰⁷.

Kanun koyucu TTK’da süreçleri kolaylaştırmak için aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin birleşme ve bölünme bakımından uygulanmayacağını açıkça hükme bağlamıştır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Göksoy, Yaşar Can, Şenocak (Ed.) c. 3, s. 2998; Değirmenci, Cenker, Anonim Ortaklıkta ıskat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 25-26;

⁸⁰⁶ Sevi, s. 338-339; Yusifoğlu, s. 319. Hükümden aynı sermaye borcunun kötü ifasında ıskata başvurulacağı sonucunun çıkarılamayacağını belirten Akdağ Güney, Kuruluş, s. 142.

⁸⁰⁷ Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 30; Coştan, Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 140.

⁸⁰⁸ Çonkar, s. 608.

Öncelikle amaç bakımından konu değerlendirildiğinde, TTK'nın birleşme ve bölünmeyi kolaylaştıran, bunları engelleyebilecek sınırlamaları, yasaklamaları bertaraf eden, davalar sistemini de bunlara engel olmayacak ama hak sahiplerinin de haklarını koruyacak şekilde inşa eden bir sistem kurma amacı güttüğünü söylemek gerekir⁸⁰⁹. Bu çerçevede gerek birleşme gerekse bölünme işlemi bakımından TTK'da getirilen (aynı sermaye artırımına tabi olmama ve kayıtlı sermaye tavanının aşılabilmesi gibi) kolaylaştırıcı hükümlerin TTK'nın yeniden yapılandırma taraftarı tutumu kapsamında getirildiği görülmektedir.

Yine bu bağlamda, doktrinde bölünme işlemine ilişkin TTK'da yer alan düzenlemelerin, esasen aynı sermaye işlemlerini de kapsadığı ve bu nedenle aynı sermaye artırımına ilişkin hükümlerin bölünmede uygulanmayarak hem gereksiz tekrarların, hem masraf ve süre yönünden bölünme işleminin ağırlaşmasının önleendiği belirtilmektedir⁸¹⁰.

Sonuç itibarıyla ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler ve özel olarak anonim şirkete ilişkin düzenlemelerde kendisine yer bulan aynı sermaye yeterliliğine, kuruluşta ve sermaye artırımında aynı sermaye taahhüdüne ve bunların şirkete intikal etmesine ve aynı sermaye konusu malvarlığının değerlemesine dair hükümler kendisine birleşme ve bölünmelerde uygulama alanı bulmayacaktır.

B. SerPK Mevzuatı Yönünden

SerPK m. 23/1-a'da birleşme ve bölünme işlemleri önemli nitelikteki işlem sayılmakta ve SPK'nın, bu işlemlere yönelik kararların alınabilmesi için uyulması zorunlu usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. SerPK m. 23 ile m. 130 çerçevesinde hazırlanan Birleşme ve Bölünme Tebliği⁸¹¹ hükümlerinde birleşme ve bölünme işleminde devralan ortaklık tarafından yapılacak sermaye artırımının hangi hükümlere tabi olacağı düzenlenmemiştir.

Ayrıca, SerPK m. 48/2'de SPK'ya, YO'ların sermaye artırımlarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. SerPK m. 49/5 hükmü ile de YO'lar için SerPK m. 49/1-c'de öngörülen tam ve nakden ödeme temel kuralından ayrılarak, GYO'larda aynı sermaye artırımını yapılmasına imkan tanınmıştır. Bununla birlikte, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişiklikler konusunda Tebliğ'de de özel bir düzenleme yoktur.

⁸⁰⁹ Erdem, Ercüment, “*Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri*”, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makeleler (2009-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.251-269, s. 259.

⁸¹⁰ Kağıtçıoğlu, Mutlu, Ticaret Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.122.

⁸¹¹ RG, 28.12.2013 T., 28865 S.

C. SerPK m. 49/5 ve Tebliğ Hükümleri Çerçevesinde Ayni Sermaye Artırımına İlişkin Esaslar

Ayni sermaye artırımı, TTK'daki hükümler haricinde SerPK m. 49/5 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir. SerPK m. 49/1'de, GYO'ların sermaye artırımlarında, SPK'nın portföye alınması uygun görülen varlıkların ayni sermaye olarak konulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla SerPK'da ayni sermaye olarak konulabilecek varlıklar GYO'ların portföylerine alınmasına izin verilen varlıklara atıf yapılarak düzenlenmiştir. Bu minvalde, SerPK m. 49/5 hükmü çerçevesinde, GYO'ların portföylerine alınmasına izin verilen varlıklar aynı zamanda ayni sermaye artırımına konu edilebileceğinden, GYO'lara ayni sermaye olarak konulabilecek varlıkların belirlenebilmesi için GYO'ların portföylerine hangi varlıkların alınabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Tebliğ m. 22/1-c'de GYO'ların portföyüne ancak üzerinde ipotek bulunmayan veya gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmayan gayrimenkuller ile gayrimenkule dayalı haklar dahil edilebilir, denilerek bu hususta Tebliğ m. 30 saklı tutulmuştur. Bu düzenleme ile getirilen temel kural, ipotekli taşınmazların GYO'ların portföylerine alınamaması olmakla birlikte, diğer yandan saklı tutulan Tebliğ m. 30'da, kat karşılığı ve hasılat paylaşımı yapılan projelerde, projenin gerçekleştirileceği arsaların sahiplerince GYO'ya, bedelsiz veya düşük bedel karşılığı ortaklık lehine üst hakkı tesis edilmesi veya arsanın devredilmesi halinde, projenin teminatı olarak arsa sahibi lehine ortaklık portföyünde bulunan gayrimenkuller üzerine ipotek veya diğer sınırlı ayni haklar tesis edilmesi mümkün kabul edilmiştir. Dolayısıyla, anılan maddede yer alan sınırlı hallerde ipotekli varlıkların GYO'nun portföyüne alınabileceği belirtilmiştir. SerPK m. 49/5 hükmünün ayni sermaye artırımına konu varlıkları Kurulca portföye alınması uygun görülen varlıklar şeklinde belirlemesi ve portföye alınabilecek varlıklara ilişkin Tebliğ m. 22/1-c'de m. 30'un saklı tutulması nedeniyle m. 30'daki şartlar ve sınırlamalar dahilinde, istisnaen ipotekli varlıkların da ayni sermaye artırımında sermaye olarak konulabileceği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, SerPK m. 49/5 düzenlemesine göre bu sonuca varılmaktaysa da Tebliğ m. 9/1'de ayni sermaye artırımında sermaye olarak konulabilecek varlıklar bakımından, Kurulca portföye alınması uygun görülen varlıklar ile doğrudan bir bağ kurulmadan düzenleme yapılmıştır. Hükümde GYO'ların kuruluş ve sermaye artırımlarında, ancak üzerinde ipotek bulunmayan veya gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmayan gayrimenkuller ve gayrimenkule dayalı ayni hakların TTK'nın 342 ve 343 üncü maddeleri çerçevesinde ayni sermaye olarak konulabileceği belirtilmiş ve bu kez m. 30'da yer alan istisnai durum saklı tutulmamıştır. Başka bir anlatımla, Tebliğ m. 30 ile öngörülen sınırlı durumda ipotekli gayrimenkullerin portföye alınabilmesi hükmü sermaye artırımlarında geçerli değildir. Zira Tebliğ m. 9/1 bilinçli bir şekilde ayni sermaye

artırımlarında konulabilecek varlık unsurlarını ipotekli olmayan gayrimenkuller ile sınırlamamış ve Tebliğ m. 30’u saklı tutmamıştır.

SerPK m. 49/5’e nazaran Tebliğ m. 9/1 hükmünün aynı sermaye olarak konulabilecek varlıkların kapsamını daralttığı ve anılan maddeye “Kurulca portföye alınması uygun görülen varlıklar” ifadesinin eklenmesi düşünülebilir. Özetle, Tebliğ m. 9’da yer alan hüküm, aynı sermaye olarak konulabilecek varlıkları SerPK m. 49/5 hükmü ve Tebliğ’in portföye alınabilecek varlıklara ilişkin 22 ve 30 uncu maddelerine göre daraltmıştır. Fakat bu hususlarda, Tebliğ’in dayanağı SerPK m. 49/5 hükmü uygulanarak, Kurulca portföye alınması uygun görülen malvarlığının (Tebliğ m. 30/2) GYO’ya sermaye olarak getirilebileceği açıktır. Tebliğ m. 9’daki düzenleme özensiz ve isabetsizdir.



SONUÇ

1. Tebliğ’de ve öğretide hakkında çeşitli tanımlamalar yapılmış ve SerPK’da aynı sermaye konulmasına izin verilen tek sermaye piyasası kurumu olan GYO’yu; “Taşınmaz ve finans konularında uzmanlığı bulunan yöneticileri aracılığıyla, özellikle ve ağırlıklı olarak taşınmazlar ile Kurul’un uygun gördüğü diğer hak ve varlıklardan meydana gelecek şekilde portföyünü oluşturup işleten, halka arz ile yatırımcıların tasarruflarından finansman elde eden ve bu finansmanı da hem portföyünü oluşturan varlıklardan en verimli kazancı elde etmek hem de portföyünü daha da geliştirmek için kullanan kayıtlı sermayeli bir anonim şirket” biçiminde tanımlıyoruz. Bu çerçevede GYO’lar münhasıran altyapı yatırım ve hizmetlerinden oluşan bir portföyü işletmek, Tebliğ m. 4/1’de belirtilen diğer varlık ve haklardan oluşan bir portföyü işletmek, belirli bir projeye, gayrimenkule veya altyapı yatırım ve hizmetine yatırım yapmak veya belirli bir alanda faaliyet göstermek üzere kurulabilirler. GYO’lara ilişkin esaslar SerPK’nın verdiği yetkiyle Kurul tarafından yayımlanan Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III.48-1) ile düzenlenmiştir.

2. Portföy, sermaye piyasasında riskin dağıtılması prensibi doğrultusunda çeşitli varlıklardan oluşan bir nevi yatırım sepetidir. Tebliğ m. 3/1-r’ye göre GYO’nun portföyü, şirketin aktifinde bulunan Tebliğ m. 4/1’de sayılan varlık ve haklardan oluşan malvarlığıdır. Tebliğ m. 4/1’te bunlar; gayrimenkuller, gayrimenkul projeleri, gayrimenkule dayalı haklar, altyapı yatırım ve hizmetleri, sermaye piyasası araçları, Takasbank para piyasası ve ters repo işlemleri, TL cinsinden vadeli mevduat veya katılma hesabı, yabancı para cinsinden vadeli ve vadesiz mevduat veya özel cari ve katılma hesapları ile iştirakler ve Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardır. Portföy, GYO’ların faaliyetlerini yürütmesinin bir aracıdır. Aktif toplam ise aksi öngörülmedikçe GYO’nun konsolide olmayan/bireysel finansal tablolarında yer alan aktif toplamıdır (Tebliğ m. 3/1-p).

Bizim de katıldığımız üzere portföy, GYO’nun malvarlığından ayrı ve bağımsız bir değerler topluluğu değildir. Tebliğ’deki tanımlara göre portföy malvarlığına ve dolayısıyla sermayeye dahildir. Portföy Tebliğ’de izin verilen unsurların karmasından oluşabileceği gibi tek bir unsurdan da oluşabilir. GYO kuruluşun veya dönüşümün tesciliyle birlikte portföyünü belirlemelidir. GYO’nun portföyünün, şirketin aktifinde bulunan Tebliğ m. 4/1’de sayılan varlık ve haklardan oluşan malvarlığı olmasından bundan çıkan sonuç, bir taşınmazın mülkiyetinin GYO tarafından edinilmesiyle portföye de dahil olacaktır. GYO’ların tek bir portföyü vardır ve birden fazla portföy oluşturulamayacaktır.

3. SerPK m. 49/5, SPK’nın portföye alınmasını uygun gördüğü varlıkların GYO’ya kuruluş ve sermaye artırımlarında aynı sermaye olarak konulabileceğini öngörmüştür. Tebliğ’e göre portföy Tebliğ m. 4/1’de sayılan varlık ve haklardan oluşur. SerPK ve dolayısıyla Tebliğ, TTK’ya nazaran aynı sermaye

olarak konulabilecek değerleri daha dar biçimde belirlemiştir. SerPK m. 49/5 doğrultusunda portföye alınması mümkün varlıklar arasından Tebliğ m. 9'a göre, sadece gayrimenkuller ve gayrimenkule dayalı aynı haklar GYO'da aynı sermaye olabilir. İki hüküm arasında bu anlamda bir uyumsuzluk vardır. Bununla birlikte GYO'nun sermayesinin tamamen aynı sermayeden oluşması mümkün değildir; ancak tamamen nakdi sermayeden oluşabilir. Her halükarda Tebliğ m. 6'da öngörülen asgari nakit sermaye oranlarına uyulmalıdır. Bu düzenlemelere göre, taşınır ve fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olarak GYO'ya getirilemez. Bunun sonucu, dünya çapında bir marka, know-how, alan adları ve sanal ortamlar gibi bir takım gayri maddi hakların Türkiye'de bir GYO'ya aynı sermaye olarak getirilemeyeceğidir.

Portföyde yer alması mümkün bulunan ve dolayısıyla esasen aynı sermaye olarak da konulabilmesi gereken gayrimenkul projesi kavramı düzenlemelerde tanımlanmamıştır. Gayrimenkul projesini kelime anlamı yönünden değerlendirecek, burada know-how'ın sermaye olarak konulmasından bahsedilir ki, fikri hakların GYO'ya sermaye olarak konulması mümkün değildir. Halbuki GYO'ların faaliyetleri bakımından proje geliştirmenin önemi düşünüldüğünde bunun mümkün olması gerekir. Sonuç itibarıyla gayrimenkul projesi kural olarak SerPK'ya göre aynı sermaye kabul edilebilir, ancak Tebliğ m. 9'a göre kabul edilmez.

4. Aynı sermaye başlıklı Tebliğ m. 9/1'de sayılan malvarlığı unsurları kuruluşta ve sermaye artırımında TTK m. 342 ve TTK m. 343 çerçevesinde aynı sermaye olarak konulabilir. Kanaatimizce TTK hükümlerine yapılan atfın amacı TTK m. 343'teki değer biçme prosedürünün işletilmesi ve bu yapılırken Tebliğ m. 9 uyarınca aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun haiz olması gereken, üzerinde "ipotek bulunmama" ile "değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmama" koşullarıyla birlikte TTK m. 342'deki "üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmama, nakden değerlendirilebilme ve devrolunabilme" ölçütlerinin de aranmasıdır. İlk cümlede "ve" yerine "veya" bağlacı kullanılması nedeniyle hüküm, aynı sermaye unsuru üzerinde ya "ipotek bulunmamalı" ya da ipotek bulursa dahi "üzerinde gayrimenkulün değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi olmamalı" şeklinde anlaşılmalıya müsaittir. Nitekim TTK m. 342'de ölçütler "ve" bağlacı kullanılarak yazıldığından aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun hükümdeki tüm ölçütleri bir arada karşılaması gerekir. Aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun üzerinde TTK m. 342 çerçevesinde sınırlı bir aynı hak bulunmaması gerektiği ve ipoteğin de TMK'da sınırlı aynı haklar başlığı altında düzenlendiği dikkate alındığında Tebliğ m. 9'da "üzerinde ipotek bulunmama" koşulunun özellikle yazılmasına gerek olmadığını söyleyebiliriz.

Nakden değerlendirilip devrolunabilen bir aynı üzerinde ipotek ya da başkaca sınırlı bir aynı hak veya haciz bulunması, üzerindeki tasarruf ve kullanma yetkisini kısıtlamayacak, sadece değerini

etkileyecektir. Kanaatimizce olması gereken; bu tür takyidatların değerlendirme aşamasında varlığın değerine tesir edecek bir etken bağlamında dikkate alınmaları ve aynı sermaye yeterliliğini olumsuz etkileyecek bir etken biçiminde kabul edilmemeleridir.

Aynı sermaye konusu taşınmazın üzerinde değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek nitelikte herhangi bir takyidat şerhi bulunmamalıdır. Hükümdeki her iki ölçütün de karşılanması gerekir. Hüküm ilk bakışta TTK m. 342'deki "sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmama" koşulunun farklı bir şekilde ifadesi olarak değerlendirilebilir. Giderek değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkilemediği takdirde taşınmazın üzerindeki takyidat şerhinin aynı sermaye konulmasında bir sakınca doğurmadığı ve bu yönüyle Tebliğ hükmünün TTK m. 342'ye nazaran daha esnek bir yaklaşım sergilediği düşünülebilir. Ancak TTK'daki ölçütler Tebliğ'deki ölçütlerin yanında ayrıca aranacağı gibi, "takyidat şerhi" ifadesi aslında TTK m. 342'deki aynı sermaye yeterliliği koşullarını bir nebze daha sıkılaştırmış olacaktır. Takyidat şerhleri, TMK'da kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi ve geçici tescil şerhi olarak düzenlenmiştir. Haciz ve tedbir kavramları tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi ve geçici tescil şerhi düzenlemesi kapsamında olduklarından bunlar TTK m. 342'de sayılan üzerinde haciz ve tedbir bulunmama ölçütüne karşılık gelmektedir. Dolayısıyla bunların değeri doğrudan ve önemli ölçüde etkileyip etkilemeyeceğine bakılmamalı, taşınmaz üzerinde haciz veya tedbir bulunduğu takdirde GYO'ya aynı sermaye olarak kabul edilmemelidir. Taşınmazı tasarrufa kapatan şerhler zaten aynı sermaye diye konulacak malvarlığı unsurunun üzerinde bulunmamalıdır.

Taşınmaz üzerinde bulunan, TMK m. 1009 çerçevesindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, alım, önalım, geri alım ve kira sözleşmesi ile ilgili bir şerhin taşınmazın değerini doğrudan ve önemli ölçüde etkilemesine ilişkin değerlendirme yapmak kolay değildir. Önemli ölçüde ifadesinin muğlaklığı karşısında, tespiti yine de kolay olmayacaksa da taşınmazın değerinin %5'ini geçmeme şeklinde bir belirleme yapılması düşünülebilir. Her bir şerhe konu hak ve hatta hakka konu sözleşme şartlarının değerlemeyi yapacak bilirkişi tarafından dikkate alınarak bu ölçütle ilgili bir değerlendirme yapılmalıdır. Bununla birlikte TTK m. 342 çerçevesinde aynı sermaye engeli olmayacak bu şerhler Tebliğ uyarınca taşınmazın üzerinde bulunduğu takdirde sermaye konulmasına engel teşkil edebilecektir.

Nakden değerlendirilebilir olma aynı sermayenin parasal bir değerinin bulunmasıdır. Nakden değerlendirilebilme, temel bir şarttır ve değer tespiti zordur. Bu açıdan yaklaşık biçimde değeri tespit edilebilen malvarlığı aynı sermaye olarak kabul görmelidir.

Devrolunabilirlik ile kastedilen, öncelikle ortaklığa devredilebilir olmaktır. Değerleme Tebliği'ne göre, değerlemeye konu taşınmazın devrine dair bir sınırlandırma varsa, buna ilişkin bilgi ve de değerlendirme konu üst hakkı veya devre mülk hakkı ise bu hakların devrine ilişkin sözleşmelerinden

ve kanunlardan kaynaklananlar hariç başkaca bir sınırlama bulunup bulunmadığına dair bilgi raporda yer alır. Kanaatimizce aynı sermayenin ortaklık tarafından da devrolunabilir olması aranmamalıdır. Nitekim üzerinde önalım hakkına ilişkin şerh bulunan ve çok yüksek getirisi olan taşınmaz GYO'ya aynı sermaye olarak devrolunabilir. Bu durumda GYO aynı sermayeden yüksek kira geliri elde ederek amaca uygun şekilde faaliyetlerini yürütmektedir. Ayrıca alacaklılar için taşınmaz teminat işlevi de görecektir, paraya çevrilmesi yoluyla alacaklıların tahsilat yapmaları mümkün olacaktır.

5. GYO'ya taşınmaz olarak arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler ile Tebliğ'de gayrimenkule dayalı aynı hak biçiminde ifade edilen ve Tebliğ hükümleri çerçevesinde sınırlı aynı hakların kastedildiği sonucuna ulaştığımız değerler, aynı sermaye yeterliliği ölçütünü karşıladıkları takdirde sermaye olarak konulabilir. TTK m. 342'nin gerekçesinde tapusuz taşınmazların A.Ş.'ye aynı sermaye olarak getirilebilmesi hususunun içtihadın çözmesi beklenen bir sorun olduğu belirtilmiştir. TTK m. 128'deki şerh işlemini tapusuz taşınmazlar yönünden gerçekleştirme imkanı yoktur. Değerleme Tebliği'ne göre değerleme raporunda gayrimenkulün tapu kayıtları bilgisinin sunulması ve raporun ekinde değerlemeye konu taşınmazın tapu örneğinin yer alması gerekir. Ayrıca raporun sonuçlarının değerlendirilmesi ve görüş kısmında, gayrimenkulün tapudaki niteliğinin, fiili kullanım şeklinin ve portföye dahil edilme niteliğinin birbiriyle uyumlu olup olmadığı hakkında görüş ve değerlendirme sunulmalıdır. Bu hükümler dikkate alındığında kanaatimizce GYO'ya aynı sermaye olarak konulacak gayrimenkulün tapuya kayıtlı taşınmaz olmasının arandığı söylenebilir.

Kanaatimizce her ne kadar ipoteğin devri için alacağın temlik gerekiyse de esas amaç ipoteğin üzerinde tesis edildiği taşınmazın temin ettiği nakdi değerini yani sınırlı aynı hakkın GYO'ya sermaye olarak konulmasıdır. SerPK m. 49/5'te, Tebliğ m. 4'te ve m. 9'da açıkça alacak hakkı portföye dahil edilecek kalemler arasında sayılmamış ise de gayrimenkule dayalı aynı haklar çerçevesinde sınırlı bir aynı hak niteliğindeki ipotek de herhangi bir alacak hakkı biçiminde değerlendirilmemeli ve GYO'ya sermaye olarak konulabilmelidir.

Taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyete tabi payın GYO'ya aynı sermaye olarak konulması mümkündür. Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazdaki bir ortaklık payının ise ancak tüm ortakların paylarını devir ile sermaye konulması mümkündür. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazdaki payın GYO'ya aynı sermaye olarak konulmasında, gerek diğer paydaşların yasal önalım hakkını veya gerekse sözleşmesel ön alım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması mümkün değildir. Tam veya paylı mülkiyette, pay sahibi payının tamamını aynı sermaye yanında kural itibarıyla payının bir kısmını da aynı sermaye olarak koyabilir.

Tebliğ m. 7/e uyarınca bir kurucunun GYO'nun kuruluşu için gerekli kaynağı kendi ticari, sınai ve sair yasal faaliyetleri sonucunda her türlü muvazaadan ari olarak sağlaması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre taahhüt eden kişinin taşınmazın aynı zamanda maliki olması ve taşınmazı edinirken muvazaadan ari biçimde edinmesi gerekir. Taahhüt eden kurucu tarafından taşınmaz, inançlı temlikle edinilmiş ise burada inançlı işlemin özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Yani, taraflar inananın alacaklılarından mal kaçırmak için bir taşınmazın mülkiyetini inanılana devretmiş, fakat aslında borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesini ve dolayısıyla mülkiyetin devrini istemiyorlarsa burada yine muvazaa söz konusu olduğundan işlem geçersizdir.

Yurt dışındaki taşınmazın aynı sermaye olarak konulmasının Tebliğ'deki hükümler uyarınca mümkün olduğu kanaatindeyiz. Tebliğ m. 35'in ifadesinden, taşınmazın bulunduğu ülkede bulunan Kurul'un muadili bir kurumun listesindeki bir kuruluşun değerlendirme yapabileceği düzenlenmiştir. Yurt dışındaki taşınmaz ile ilgili TTK m. 343 doğrultusunda değerlemeye ilişkin keşif, ancak istinabe yoluyla yapılabilir. Uluslararası alanda istinabeden yararlanılması için ülkelerin bu konuda ikili anlaşmalarının olması elbette zaruridir. Şerh hususunda TSY m. 69'da yer alan; konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı ve aynı sermaye kapsamında konulan taşınmazın, kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge ile kastedilenin aheniyeti sağlayan sistem olduğu söylenebilir. İlgili ülkenin resmi makamları tarafından usulüne uygun şekilde bu belgelerin verilmesi ve apostille tasdik şerhinde olduğu gibi, doğrulanmasıyla sorunun aşılabileceği kanaatindeyiz.

6. Aynı sermaye taahhüdünün ilk aşaması olarak nitelendirilebilecek değerlendirme prosedürünün yararları noktasında tereddüt yoktur. TTK m. 343'te yer verilen "bilirkişi kararı kesindir" ve "mahkemenin onayı" biçimindeki ifadeler tereddüt oluşturmaktadır. Ayrıca TTK m. 343'teki değerlendirme raporuna itiraz prosedürüyle ilgili düzenleme yeterli değildir. Özellikle rapora itiraz süresi, menfaat sahipleri ile kastedilenin ne olduğu ve mahkemenin raporu onaylamasının usul hukuku yönünden muğlak kaldığı görülmektedir. Çalışmamızda yer verdiğimiz mahkeme kararları göstermektedir ki; konunun mahkemelerin yorumuna bırakılması, sermaye piyasası hukukunun ve ticaret hukukunun dinamik olma özelliğine zarar vermektedir. Düzenlemenin TTK m. 440-444 hükümlerinde olduğu gibi düzenlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim burada "mahkemenin kararı kesindir" ifadesiyle duraksamaya yer vermeyecek biçimde düzenleme yapılmış ve rapora itiraz süreci de detaylandırılmıştır.

Neticede kanaatimizce hem taahhüt eden hem de ilgili sıfatını haiz diğer kurucular rapora itiraz edebilir. Rapor her halükarda davacıya tebliğ edilmeli ve rapora itiraz süresi HMK uyarınca iki hafta olmalıdır. Taahhüt eden dışındaki diğer kurucular da raporun içeriğini öğrendikleri tarihten itibaren ve öğrenme tarihini ispat yükü kendilerinde olmak üzere rapora itiraz edebilmelidir. Mahkemenin onayı ifadesi artık değerlendirme sürecinin bittiği olarak anlaşılmalıdır. Mahkemenin onayından sonra artık rapora

itiraz mümkün olmamalıdır. HMK m. 387’de özel kanuni düzenlemeler saklı tutulmak üzere çekişmesiz yargı işlerinde istinaf yoluna başvurulabilir. TTK m. 343 hükmü ise özel kanuni düzenleme biçiminde değerlendirilmeli ve mahkeme kararı istinaf edilememelidir.

Kanaatimizce biraz da TTK m. 343’ün gerekçesinin etkisiyle hem TTK m. 343 çerçevesinde mahkeme aracılığıyla hem de Tebliğ uyarınca bağımsız değerlendirme kuruluşu marifetiyle iki rapor alınmaktadır. Düzenlemede değişiklik yapılmasıyla iki raporun da farklı iki bağımsız değerlendirme kuruluşundan alınması düşünülebilir. Bu düzenleme sermaye piyasasının hızına ve yapısına daha uygundur. GYO’nun bir yandan hızlı çıkartılıp çabuk değiştirilmelerinin kazandıracak avantajlar itibarıyla Tebliğ’de düzenlenmesi, diğer yandan aynı sermaye konulması sürecinde uzun sayılabilecek mahkeme yoluna başvurma zorunluluğu kanaatimizce çelişkilidir.

7. TK m. 128/2 ile taşınmazlar bakımından getirilen şerh tedbiri, bir masraf kaybına yol açmaması ve üçüncü kişilerin iyi niyetli edinimleri karşısında GYO’yu koruması itibarıyla yerinde olmuştur. Şerhin kim tarafından verileceği hükümde sayılmamakla birlikte TMK m. 1013/1 ve TST m. 17 çerçevesinde taahhüt eden malikin şerh talebinde bulunabileceği açıktır. Kanaatimizce şerh verilmesi konusunda taahhüt edenin direnme göstermesi, öğretide önerildiği şekilde aynı satış vaadi sözleşmelerinde olduğu gibi diğer kuruculara da şerh talebinde bulunma imkanı sağlanmasıyla engellenebilir. Sermaye taahhüdünün ifa aşamasıyla ilgili olarak TTK m. 128/6’da ticaret sicili müdürüne verilen, şirketin tescili sonrasında derhal ilgili sicillere bildirimde bulunma görevi dikkate değer ve öne çıkan bir yeniliktir. Bu sayede eTTK dönemi içtihatlarında kendisine yer bulan ve özellikle sermaye olarak konulması taahhüt edilen taşınmazların şirketin kuruluşu üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen şirket adına tapuda tescilin yapılmaması nedeniyle doğan uyuşmazlıkları ve zararları önlemek anlamında önemli bir adımdır. Fakat burada ikincil mevzuat ile madde arasında ahengin yakalanamadığı söylenebilir. Bakanlık tarafından konu hakkında çıkarılan Tebliğin (SAİT) özellikle 6/1. maddesi ile TTK m. 128/6’dan sağlanması amaçlanan fayda maalesef engellenmiştir. Burada SAİT’te yer alan düzenleme ile amaçlananın, tapu harçlarından mahrum kalmamak olduğu anlaşılmaktadır. TTK m. 128/6’da yer alan açık düzenleme karşısında tapu sicil müdürlüğü tarafından re’sen işlem yapılması imkanı engellenmiş, tescil ancak şirket yetkililerinin başvurusu ile mümkün kabul edilmiştir. Bu düzenleme normlar hiyerarşisine aykırıdır.

8. Kanaatimizce aynı sermaye borcunun ifa edilme ve sermaye konusu olan taşınmazın GYO tarafından iktisap anı, eTTK döneminde genel kabul gören tescilli iktisap görüşünün aksine tescilsiz iktisap yaklaşımının önünü açmış ve çalışmamızda alıntılarladığımız bazı kararlarda da bu yaklaşım benimsenmiştir. Bu anlamda aynı sermaye taahhüdüne konu malvarlığı kaleminin iktisap anının GYO’nun kuruluşunun tescili anı olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşümüzün gerekçeleri, TMK m. 705/2 ile TTK m. 128/5’in kaleme alınış şekli ve aynılık derecesinde benzer ifadelerin kullanılması; TMK m.

1013/1 ve TST m. 17'nin düzenlemesindeki gibi kural itibariyle malike tanınan tescili talep etme yetkisinin şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra şirkete ve ticaret sicili müdürüne tanınması; TMK m. 105/1-2 hükümleri gibi, Türk hukukundaki tescilsiz iktisap kurallarının resmi makamlara tescil talebinde bulunma yetkisini sadece tescilsiz iktisap hallerinde tanınması; GYO'nun bir sermaye piyasası kurumu olması ve SerPK'nin ve dolayısıyla kamuyu aydınlatma müessesesinin ve piyasanın düzgün işleyişi yönündeki öncelikli amaçları biçiminde sayılabilir.

9. Ayni sermayenin şirkete getirilmesinde TBK'nın adi ortaklık sözleşmesi hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde ticaret şirketlerine uygulanır. Adi ortaklık hükümleri gereğince ayni sermaye konulmasında hasar ve yararın geçişi bakımından satış sözleşmesi hükümlerine başvurulur. TBK'nın satım sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulansa da ayıplı ifada alıcının seçimlik haklarından sadece satılanın onarılmasını isteme konumuz bakımından uygulanabilecektir. Hatta taşınmazda ölçü eksikliği bulunmasında da bu seçimlik haklar değil, özel düzenleme olan TBK m. 244 uyarınca tazminat talep edilebilir. Biz de satış sözleşmesi hükümleri yerine TBK m. 112 çerçevesinde ayni sermaye taahhüdüne ilişkin edimin hiç ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi hallerinde sermayede meydana gelen eksikliğin nakdi sermaye borcu ile tazmin edileceği yönündeki görüşü benimsiyoruz. Bu görüş kanaatimizce de GYO'lar bakımından bir çözüm olabilecektir. Nitekim GYO'nun sermayesinin tamamen nakit olarak konulmasında bir engel yoktur. Elbette nakde tahvil edilen ayni sermayenin portföy sınırlamalarına uygun şekilde kullanılması bu anlamda büyük önem arz edecektir. Diğer bir çözüm olarak sermayenin azaltılması düşünülebilirse de alacaklıların ve yatırımcıların menfaatine daha uygun olduğunu düşündüğümüzden ayni sermayenin nakde tahvili yönündeki çözümü biz de benimsiyoruz.

10. Ayni sermayenin konulmasında irade sakatlıkları, sermayenin hile veya yanlışlıkla eksik değerlemesi gibi aykırılıklar her ne kadar TTK m. 353 uyarınca tescilin iyileştirici etkisiyle giderilebilse de bu aykırılıklar nedeniyle ortaklık alacaklılarının, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli derecede tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ilgili alacaklı, pay sahibi, yönetim kurulu ve Bakanlığın talebi ile ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince ortaklığın feshine karar verilmesi gündeme gelebilir. Mahkemenin fesih kararı vermesi yerine davanın açıldığı tarihte gerekli önlemleri alması, eksikliklerin giderilmesi, esas sözleşmeye veya kanuna aykırılıkların giderilmesi için süre vermesi mümkündür. Bu dava ortaklığın tescilinden itibaren üç aylık hak düşürücü süreye tabidir. Belirtmek gerekir ki, davanın sonunda mahkeme ya feshe ya da fesih talebinin reddine karar verir. Sadece kuruluştaki eksikliklerin giderilmesi yönünde bir karar verilemez.

11. Sermayenin tüm şirketlerde olduğu gibi GYO'lar için de önemi yadsınamaz. Bu nedenle ayni sermayenin konulması sürecindeki işlemlerin kanuna uygun bir şekilde yapılmaması durumunda hem TTK hem de SerPK'da hukuki ve cezai sorumluluk hükümleri devreye girecektir. GYO'nun

kuruluşundan halka arz sürecine kadar olan aynı sermayenin konulması sürecine ilişkin aykırılıklarda TTK m. 549 ilâ 553 hükümlerinin GYO'ya uygulanacağı, halka arz sürecinden sonra ise özel hüküm niteliğindeki SerPK m. 10 ve SerPK m. 32'nin uygulanacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda, aynı sermayeye yüksek değer biçilmesinde yolsuzluk yapanların vermiş oldukları zarardan sorumluluğu doğacaktır. Sorumlu kişiler, değerlendirme sürecinin yüksek değerlemeyle sonuçlanmasına sebep olan kişilerdir. Yani değerlemeyi yapan bilirkişiler, bilirkişiler arasından değerlemenin yapılmasını engelleyenler ile değerlemenin yanlış yapıldığının bilinmesine rağmen buna ses çıkarmayarak, sermayenin gerçeğe aykırı şekilde teşekkül etmesine sebep olanlardır. Bununla birlikte, belge ve beyanların gerçeğe aykırı olmasından ve üçüncü kişilerin uğradıkları zarardan, kusurları bulunmasa da beyan ve belgeleri hazırlayanların sorumlu tutulacağını belirtmek gerekir. Belge ve beyanların düzenlenmesine ve beyanda bulunma sürecine dahil olanlar kusur sorumluluğuna tabidir. Ancak halka arz sürecinde ihraççının ise kusursuz sorumluluğunun bulunduğu baskın görüştür. Sermaye tamamen taahhüt edilmediği veya sermayenin karşılığı esas sözleşme ve kanun hükümlerine uygun şekilde ödenmediği halde, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenlerle birlikte kusurları bulunması koşuluyla ortaklık yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilir. Buna göre, payların karşılıkları ve zarardan faiziyle birlikte müteselsilen bu kişiler sorumlu olur. TTK m. 553/1, genel sorumluluk haline ilişkin düzenleme yapmış olup; kurucular, yöneticiler, yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurlarının, kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlu davranışlarıyla ihlal eden, hem ortaklığa hem pay sahiplerine hem de ortaklık alacaklılarına karşı sebep oldukları zarardan sorumlulukları gündeme gelir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Acun Mekengeç, Merve, Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Adıgüzel, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Ağca Toplandı, Pınar, Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Akay, M. Hasanali, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 Sayılı TTK m. 11/3 Kapsamında)”, İMÜHFD, 2014 sa.1, s. 163-180.
- Akbulak, Sevinç/Akbulak, Yavuz, Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Akçay, Belgin, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, İşletme ve Finans Yayınları No:5, Ankara 1999.
- Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (“Kuruluş”).
- Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Akdağ Güney, Necla/Gümüş, Alper, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşınmazların Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi ve Tescilsiz İktisabı”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, c. 3, sa .1, İstanbul Ticaret Odası, 2013, (“Taşınmazlar”).
- Akdağ Güney, Necla/ Gümüş, Alper, “Taşınırın Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi”, REGESTA, 2013/3, s. 5, (“Taşınır”).
- Akgül, Aydın, Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, AÜHF Yayınları, Ankara 1971.
- Akıntürk, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.
- Akipek, Jale, G., “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, s. 25-69.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut /Ateş, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.

- Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Alışkan, Murat, Limited Şirket Tarihçe Niteliği, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Alışkan, Murat, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, ("Denetim").
- Alışkan, Murat, "İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", MÜHFHAD, c. 18, İstanbul 2012 sa. 2, s. 207-220, ("Ehliyet ve Temsil").
- Alışkan, Murat/Tok, Ahmet, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Halka Açık Şirket Esas Sözleşmesi Değişikliklerine Uygun Görüş Verme Yetkisi", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, sa. 6, s. 45-65.
- Alışkan, Murat/Cankat, Rifat, "Limited Şirketin Sermaye Alacağına Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 129-178.
- Altay, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1973.
- Antalya, O. Gökhan, Elektronik Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Antalya, O. Gökhan, Gerekçeli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- Antalya, O. Gökhan, "Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi", MÜHFHAD, sa. 23 2017, s. 419-440, ("Aleniyet İlkesi").
- Antalya, O. Gökhan /Topuz, Murat, Medeni Hukuk, 2023, Seçkin Yayıncılık.
- Antalya, O. Gökhan/Topuz Murat, Eşya Hukuku, c. IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aral, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, İstanbul Üniversitesi, 1962.
- Arıcı, Mehmet Fatih, "Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı", İÜHFHM, c. 73, 2016, s. 319-337, ("Alacak Hakkı").
- Arıcı, M. Fatih, "Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan (Ed. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 103-127, ("İmkansızlık").

- Arıcı, M. Fatih, “*Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzı, İzahname ve İhraç Belgesi*”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, İstanbul 2019, On İki Levha Yayıncılık, s. 107-123.
- Arıcı, Fatih/Veziroğlu, Cem, Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Arkan, Sabih, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler*”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 41-66.
- Armour, John, Share Capital and Creditor Protection:Efficient Rules for a Modern Company Law, Modern Law Review 2000.
- Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler I: Umumi Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Aslan, Yavuz Can, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Atakan, Murat Can, “*Ön Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması*”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Karagöz, Havva/Özcanlı, Beril/Palanduz, Seda (Eds.), 20-22 Temmuz 2020 Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, s. 485- 499.
- Atar, Eray Aksın/ Esen, Emre, “*İsviçre ve Türk Hukuku’ndaki Taşınmaz Rehni Türleri ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa İpoteği (Eurohypotec) Kavramına Genel Bir Bakış*”, 2022 AÜHFD 71, s. 1125-1164.
- Atlan Gürer, Hülya, Tapu Kütüğünde Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Avcı, Ali, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Sonuçları*”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 3, sa 1, 2015, s. 41-66.
- Ayan, Ebubekir, “*Gayrimenkul Değerlemesinde Gelir İndirgeme Yaklaşımı ve Yaklaşımın Türkiye Koşullarında Uygulanabilirliği (Kocaeli Uygulaması)*”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, c. 19, sa. 1, 2010, s. 382-397.
- Ayan, Serkan, “*Evlilik Birliğinin Korunması*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- Ayan, Özge, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Kuruluşu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (“GYO Kuruluş”).
- Ayan, Özge, “*Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Üçüncü Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 1-2, 2011, s. 63-89, (“Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü”).

- Ayan, Özge, “*Pasif Yönetim Kurulu Üyesi, İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Karşılaştırılması*”, Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 25, sa.1, 2021, s.61-98, (“Yönetim Kurulu”).
- Aybay, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1962, (“Muvakkat Tescil”).
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Aydoğdu, Murat, “*Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri*”, DEÜHFD, 2007 sa. 9, s.1-52.
- Ayiter, Nuşin, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, (“Eşya Hukuku”).
- Ayiter, Nuşin, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, (“Elbirliği”).
- Ayoğlu, Tolga, “*İzahnameden Doğan Sorumluluk*”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Aytaç, Zühtü, “*Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları*”, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s. 59-139.
- Bahtiyar, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, (“Sermaye Piyasası”).
- Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2022, (“Ortaklıklar”).
- Bahtiyar, Mehmet, Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Makaleler I, Beta, İstanbul 2008, s. 75-96.
- Bahtiyar, Mehmet, “*Anonim ve Limited Şirketlere Konulacak Ayni Sermaye Unsurları Üzerinde Ayni Hak Bulunmaması Şartına İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, YÜHFD 2021, sa. 18, s. 515-528, (“Ayni Sermaye”).
- Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, (“Anasözleşme”).
- Bahtiyar, Mehmet, “*Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Kuruluş ve Faaliyete Geçiş Esasları*”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, (“Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları”).

- Bahtiyar, Mehmet, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Kayıtlı Sermaye Sistemi*”, Makaleler II, İstanbul 2008, s. 237-251, (“Kayıtlı Sermaye”).
- Bahtiyar, Mehmet, “*Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri*”, Legal Hukuk Dergisi, 2011, sa. 106, s. 3889-3910.
- Bahtiyar, Mehmet, “*4487 Sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanununda Yapılan Önemli Bir Değişiklik: Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarında Ayni Sermaye Olanağı*”, Prof.Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 87-110, (“GYO’da Ayni Sermaye”).
- Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra, “*Sermaye Piyasası Kanunu ve Tasarı Taslağı Açısından Yatırım Ortaklıkları*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 349-366.
- Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Barlas, Nami, “*Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk*”, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003.
- Bayram, Sonat, *Türkiye’de Borçlanma Araçlarının Çeşitlendirilmesi ve İşletme Finansman Yapısının Optimizasyonu*, TÜSBE, Doktora Tezi, 2015.
- Belen, Herdem, *Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- Berki, Şakir, *Ayni Haklar*, Ankara 1965.
- Biçer, Levent/Hamamcıoğlu, Esra, “*Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK md. 408/2-f)*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2013, sa. 1, s. 33-52.
- Biçkici, Atakan, *Taşınmazların Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Konulması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Bilge, Necip, *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, 3. Bası, Ankara 1971.
- Bozkurt, Tamer, *Şirketler Hukuku*, Yetkin Yayınları 2023.
- Budak, Ali Cem, “*Yabancı Unsurlu Sözleşmeler İçin Verilen Ayni Teminatların Paraya Çevrilmesi*”, YÜHFD, c. VII, sa. 1, İstanbul, 2010.

- Bulut, Meltem, “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu*”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX, Sa. 3-4, 2016, s. 48-125.
- Carruthers, Janeen M, The Transfer of Property In The Conflict Of Laws, Oxford University Press, 2005.
- Cenkci, Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Coştan, Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Çabri, Sezer, “*Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu*”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul, s. 585-613.
- Çamoğlu, Ersin, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1972.
- Çatakoğlu, Buket, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2012.
- Çelen, Salih, Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Çelik, Aytekin, “*Anonim Şirketlerde Ayni Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, c. XV, s. 31-64.
- Çelik, Aytekin, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Çetin, Nusret/Töremiş, Hatice Ebru/Cantimur, Zeynep, 6362 Sayılı Sermaye piyasası Kanunu’nun Sistematik Analizi, Yetkin, Ankara 2014.
- Çetiner, Bilgehan, “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ve Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*”, İÜHFM, c. LXVII, sa. 1-2, s. 97-114.
- Çonkar, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Dal, Seniha, “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması*”, MÜHFHAD, 2012, c. 18, sa. 2, s. 371-398.
- Davies, Paul/Worthington, Sarah, Gower & Davies: Principles of Modern Company Law, 10th Edition, Sweet&Maxwell, 2016.
- Değirmenci, Cenker, Anonim Ortaklıkta Iskat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

- Delipınar, Yusuf Can, Geçici Tescil Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Demirbaş, Feride, “*Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması*”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 4, 2017, s. 420-427.
- Develi, Emine, Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları 2016.
- Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi c.1-2-3, Feryal Matbaası, Ankara 1990.
- Doğanay, Ümit Yaşar, Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968.
- Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- Durak, Yasemin, “*Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo*”, SEÜHFD 2017, c. 25, sa. 1, s. 239-288.
- Emanuel, Steven L., Corporations and Other Business Entities, Wolters Kluwer, s. 24.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “*Geçici Tescil Şerhi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sa. 11, 2018, s. 375-407.
- Erdem,ERCÜMENT, “*Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişiklikleri*”, Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makeleler (2009-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 251-269.
- Eren, Fikret, “*Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı*”, GAÜHFD, C. XX, Sa. 1-2 (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan, Ankara 2010, s. 103-126, s. 111, (“Yasal Önalım Hakkı”).
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Legem Yayıncılık, Ankara 2023.
- Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023.
- Ergüne, Mehmet Serkan, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, İÜHFM, sa. 66/1, 2010, s. 275-291.
- Eriş, Gönen, Açıklamalı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, c. I, En Kay Yayınevi, Ankara 1992.
- Erişir, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- Ertaş, Şeref, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, 2015.
- Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, Fakülteler Barış Kitabevi, 2018.

- Ertaş, Şeref/Uyar, Talih, “*İntifa Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesinin (İİK) Uygulamada Yarattığı Sorunlar*”, Terazi Hukuk Dergisi, 2021, c. 16, sa. 182, s. 2026-2033.
- Ertaş, Şeref/Cumalıoğlu, Emre/Serdar, İlknur, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 16. Baskı, İzmir 2021.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Esmer, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Baskı, Kazancı Hukuk, İstanbul 1990.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), c. I, 4. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası 1980.
- Gençtürk, Muharrem, Anonim Şirketlerde Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İfası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Gerner-Beurle, Carsten/Anderson Schillig, Michael, Comparative Company Law, OUP Oxford, 2019.
- Giray, Rabia Eda, “*Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Şirketler Topluluğu*”, Karahan, Sami (Ed.), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza, 2013, s. 111-126.
- Göktepe, Hülya, ABD ve Türk Hukuklarında Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eskişehir 2003.
- Göle, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976.
- Gözübüyük, A. Şeref /Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Gözüyeşil, Fevzi Fırat, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahnameden Doğan Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2020.
- Grundmann, Stefan, European Company Law, Intersentia 2nd Edition Uk 2012.
- Gümüş, Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, (“Şerhler”).
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper, “*Yeni Medeni Kanun Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ile İlgilileri İçin Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, c. 2, İstanbul 2003, (“Üst Hakkı”).

- Günel, Vural/Okat, Yalçın Özge, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Günay, Gözde Engin, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Güngör, Seda Ş., “*Ticaret Şirketlerinde Sermaye ve Sermaye Koyma Borcunun İfa Edilmesi*”, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 2016:02/03, s. 110-117.
- Gürbüz Usluel, Aslı, “*Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları*”, İÜHFM 71 2014, s. 145-164.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- Gürzumar, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Beta Yayınları, 2001.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Helvacı, Mehmet, “*6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (Ve Tebliğlerin) Genel Değerlendirilmesi*”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 61-73, (“Tebliğler”).
- Helvacı, Mehmet, “*21. Yüzyılda Anonim Ortaklığa İlişkin Düşünceler Tüzel Kişiye ve Bir Örnek Olarak Kar Payı Kavramına Belki Olması Gereken Farklı Bir Bakış*,” Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, s. 3-19.
- Helvacı, Mehmet/Yıldız, Nurgül/Özsoy, Ahmet/Koçak, Mahmut Arif (Ed.), Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- İhtiyar, Mustafa, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta Basım Yayım, İstanbul 2006.
- İmre, Zahit, Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951.
- İmregün, Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968.
- İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989.

- İnceoğlu, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- İslamoğlu, Gülşah, Sermaye Piyasası Hukukunda İzahname Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Kaçıra, Betül, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, Ticaret Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Kapancı, K. Berk, *“Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Anonim Ortaklıklara Ayni Sermaye Olarak Getirilmesinde Türk Ticaret Kanunu’nun 128. Maddesinin İkinci Fıkrası Uyarınca Tapu Siciline Düşülmesi Öngörülen Şerh Kaydı Üzerine Düşünceler”*, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, On İki Levha Yayıncılık, s. 55-85.
- Kara, Sencer, *“Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”*, SÜHFD, c. 23, sa. 2, Konya 2015, s. 131-172.
- Karaege, Özge, *“Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. XVI, 2012, sa. 3, s. 67-94.
- Karahasan, M. Reşit, Eşya Hukuku, c. II, Beta Yayınları, 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, c. 1-2, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002.
- Karaman Coşgun, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015.
- Karaman Coşgun, Özlem, *“Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, c. 18, sa. 2, İstanbul 2012, s. 333-348.
- Karasu, Rauf, *“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”*, MÜHFHAD, c. XVIII, sa. 2, İstanbul 2012, s. 311-332, (“Emredici Hükümler”).
- Karasu, Rauf, *“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler”*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. IV, sa. 2, 2013, s. 33-60, (“Kurumsal Yönetim”).

- Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku: II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, (“Şirketler”).
- Karayalçın, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, (“Muhasebe Hukuku”).
- Kayış, Ferhat, “*Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK 421/2-a Bendinin Değerlendirilmesi*”, SÜHFD, sa. 30, 2022, s. 1209-1252.
- Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2016, (“İlk Tespitler”).
- Kendigelen, Abuzer, “*Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk*”, Makalelerim, c. I:1986-2001, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 507-534.
- Kılıç, Mehmet, Türk Özel Hukukunda Elektronik Tapu Sicili, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 2005.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (“Aile Hukuku”).
- Kılıçoğlu, Ahmet M., “*Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması*”, AÜHFD, 38, 1981, s. 209-222.
- Kırca, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004.
- Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, c. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Yusuf, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- Koçak, Mahmut Arif, “Anonim Şirkette Finansal Tablolar”, Helvacı, Mehmet/Yıldız, Nurgül/Özsoy, Ahmet/Koçak, Mahmut Arif (Ed.), Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler, On İki Levha Yayıncılık 2021, s. 157-185.
- Korkmaz, Yakup, “*İpotekli Taşınmazın Anonim Şirkete Ayni Sermaye Konulması ve Değerinin Tespiti*”, Legal Hukuk Dergisi, 2008, sa. 61.
- Korkut, Ömer, “*Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi*”, MÜHFHAD, c. 18, sa. 2, 2012, s. 411-430.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1983.
- Kumkale, Ruknettin, Hukukçular İçin Muhasebe Bilgileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

- Kuntalp, Erden, “*Bağımsız ve Sürekli Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4.
- Kurşat, Zekeriya, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayıncılık, 2008.
- Kurtulan Güner, Gökçe, Trust Kurumu ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Kuru, Baki/Arslan, Yılmaz/Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, 21. Baskı, Ankara 2007.
- Kutlu Gürsel, Meltem, *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2016.
- Küçükgüngör, M. Aslı, Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Manavgat, Çağlar, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri*”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. II, sa. 1, İstanbul 2005, s. 523-553.
- Manavgat, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, (“Halka Arz”).
- Memiş, Tekin/Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2022.
- Meral, Nevin, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Meral, Nevin, “*Türk ve ABD Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Zararın Doğduğu An*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, c. XXIII, sa. 2, s. 121-154.
- Mert, Bekir Selçuk, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Yapısı, Faaliyetleri ve Gayrimenkul Sektöründeki Risklerin İncelenmesi, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Moroğlu, Erdoğan, “*Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu 15. Yıl Sempozyumu*”, Sermaye Piyasası Kurulu, s. 15-21, Ankara 1998.
- Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, Genişletilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, (“Değerlendirme ve Öneriler”).
- Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, (“Sermaye Artırımı”).

- Moroğlu, Erdoğan, “*Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayni Hakkında Konulması Taahhüdü*”, Makaleler I, 3. Tıpkı Baskı, Arıkan Yayınları, 2006, s. 27-40, (“Taşınmaz Mal Taahhüdü”).
- Narter, Sami, Kusursuz sorumluluk-Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- Nomer, N. Füsün, Yatırım Ortaklıkları, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2003.
- Nomer Ertan, Füsün, “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFM 71/2, 2014, s. 131-143, (“Kolektif Yatırım Kuruluşları”).
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Nomer, Haluk Nami, Vefa Hakkı, Beta, İstanbul 1992.
- Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- Odman Boztosun, Ayşe N., Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin Yayınları, 2013.
- Odyakmaz, Zehra, “*Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, sa. 2.
- Oğuzman, Kemal, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 29. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. I, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.
- Okutan Nilsson, Gül, “Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı”, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu 25-26 Haziran 2010, İstanbul 2011, s. 90-100.
- Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004.
- Öz, Turgut, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı*”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması (İnal, Emrehan/Baysal, Başak, Ed.), İstanbul 2017, s. 447-470.

- Özdamar, Mehmet, “*Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10/1, 2006, (“Taşınmaz”).
- Özdamar, Mehmet, “*Anonim Şirketlerde Özel Denetim*”, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Ed.), 2. Bası, Ankara 2014, Bilge Yayınevi, s. 45-74, (“Özel Denetim”).
- Özdamar, Mehmet, “*6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar*”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, sa.1, s. 143-155, (“Ayni Sermaye”).
- Özkorkut, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- Özkorkut, Korkut, “*Finansal Raporlama, Bağımsız Denetim ve Kamuyu Aydınlatma*”, 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu 6-7 Haziran 2013, Banka ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- Özlük, Betül, “*Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler*”, SÜHFD, 27/1 2019, s. 139-166.
- Özmen, Etem Saba, “*Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun*”, Ankara Barosu Dergisi 2022, s. 501-540.
- Özmen, Etem Saba/Akçura Karaman, Tuba, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları*”, İstanbul Barosu Dergisi, c. 87, sa. 1, 2013, s. 47-74.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Yetkin Yayınları, 26. Baskı, Ankara, 2022.
- Öztaş, İlker, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Öztürk, Gülay, İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, 1998.
- Palmiter, Alan R., Corporations, Seventh Edition, Wolters Kluwer, 2013.
- Paslı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 25 vd., (“Kurumsal Yönetim”).
- Paslı, Ali, “*Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I), YTK Kitap 2- Kısım 4 Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler*”, Batider, 2011, c. XXVII, S. 3, s. 137-167, (“Hükümlerin Tanıtılması”).
- Pinto, Arthur R./ Branson, Douglas M., Corporate Law, Fourth Edition, LexisNexis, 2013.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, Arıkan, İstanbul 2005.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul, 2021.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı Adalet Yayınları, Ankara 2022, (“Genel Esaslar”).
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, (“Şerh”).
- Reisoğlu, Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Özel Basım Ankara 1976.
- Seçer, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- Serozan, Rona, “*TBK m. 282-284 Şerhi*”, İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu”, Cilt 4,5 (Madde 207-392) (Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, Hüseyin Murat, Ed.), Yetkin Yayınları, İstanbul 2019.
- Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Simmonds, Andrew R./Sagat, Kenneth A./Ronen, Joshua, “*Dealing With Anomalies, Confusion and Contradiction in Fraud on the Market Securities Class Actions*”, Kentucky Law Journal, vol. 81, 1992-1993.
- Sirmen, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992.
- Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Smith, Lionel, “*Security*”, English Private Law, Second Edition, Oxford University Press, New York 2007, s. 403-495.
- Songur, Damla, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemlerin Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Sungurbey, İsmet, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Adalet Yayınevi, 2003.
- Soderquist D. Lary/Gabaldon, Theresa, Securities LAW, 5th Edition, Foundation Press, 2014.

- Somer, Mehmet, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerine Etkileri, Kazancı Hukuk, İstanbul 1990.
- Sotelo, Ramon/McGreal, Stanley (eds.), Real Estate Investment Trusts In Europe Evolution, Regulation and Opportunities for Growth, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013.
- Soykan, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Spangler, Timothy, The Law Of Private Investment Funds, Oxford University Press, 2008.
- Sumer, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul 2023.
- Susar, Özkan, Tüm Yönleriyle Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Swadling, William, “*Property: General Principles*”, English Private Law, Oxford University Press 2007.
- Şafak, Ali/Diren, Duygu/Çakıroğlu, Evren Baklacı/ Almaç, Tuğçe Öztürk, Alacağın Temliki (Devri), 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Şener, Oruç Hami, Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, 2022, (“Ortaklıklar Hukuku”).
- Şener, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Şenocak, Kemal, Şirketler Hukuku Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Şenocak, Kemal, “*Anonim Ortaklıklarda Iskat Kararının Sonuçları*”, GÜHFD, c. XI, sa. 1-2, 2007, s. 279-296.
- Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım Hakkı, Alfa Basım, 1994, (“Önalım Hakkı”)
- Şıpka, Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, (“Edinilmiş Mallar”)
- Tan, Emre, “*Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*”, İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası Hukuku, Kutlu Gürsel, Meltem (Ed.), Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 123-153.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 4. Bası, Ankara 1988.
- Tek, Gülen Sinem, “*İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü*”, İstanbul Hukuk Mecmuası 77, 2019, s. 217-239.

- Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, (“Bilanço”).
- Tekinalp, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları, İstanbul 1982.
- Tekinalp, Ünal, “*Ticaret Ortaklıklarının İşletme Konuları ile İlgili Olmayan Ortaklıklara Katılıp Katılamayacakları Sorunu Üzerine Düşünceler*”, İktisat ve Maliye Dergisi 1981, c. XXVIII, sa. 10, s. 422-426, (“İşletme Konusu”).
- Tekinalp, Ünal, “*Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi*”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, c. II, s.1681-1699, (“Sermayenin Korunması”).
- Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, (“Sermaye Ortaklıkları”).
- Tekinalp, Ünal, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 635-652, (“Kurumsal Yönetim”).
- Tekinalp, Ünal, “*Türk Ticaret Hukukunun Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*”, BATİDER, 2008-3, s. 5-12.
- Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, (“Tek Kişi Ortaklığı”).
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, (“Takyitler”).
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Eşya Hukuku II/3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, (“Menkul Mülkiyeti”).
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Tok, Ahmet, Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017.
- Topuz, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, (“Taşınmaz Mülkiyeti”).

- Topuz, Murat, “*Ticari İşletmelerin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionengesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)*”, MÜHFHAD, c. 18, sa.2, İstanbul 2012, s. 19-80.
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, c. 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.
- Turan, Gökçen, “*Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, c. XX, sa. 1, s. 191-231.
- Turanboy, Kürşad Nuri, “*Kat İrtifakının Hukuki Mahiyeti*”, SEÜHFD 3/1,1990, s. 173-180.
- Turanlı, Hüsnü, “*Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimi*”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi/2 2018, s. 175-212.
- Türk, Ahmet, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerden Bazıları Hakkında Düşünceler*”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, c. II, Ankara 2010.
- Urkan, Ercan, Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Sözleşmeleri ve Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Usluer Gürbüz, Aslı, E., “*İcra Kurulu*”, TBB Dergisi, 2019, s. 142, s. 257-381.
- Uyar, Mustafa, Türk Hukukunda Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Uzun Kazmacı, Özge, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradı Temsil, Yetkin Yayınları, İstanbul 2022.
- Uzunoğlu, Sadi, Para ve Döviz Piyasaları, 3. Basım, Literatür Yayınları, İstanbul, 2007.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku c. I, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2021.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2023.
- Ünal, Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, (“Üst Hakkı”).
- Ünal, Mehmet, Sınırlı Ayni Haklar, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Ünal, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Asil Yayıncılık, Ankara 2005.

- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Vural, Güven, Yatırım Ortaklıkları, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:120, Ankara 1978.
- Yanlı, Veliye, “Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”, BATİDER, 2012, c. 28, sa. 4, s. 29-44.
- Yasaman, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013.
- Yasin, Melikşah, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Yavuz, Cevdet, “Anonim Ortaklıklarda Kuruluş Sonra Devralma”, İÜHFM, 1984, c. 50, sa. 1-4, s. 385-421, (“Devralma”).
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, c. 1, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.
- Yıldız, Nurgül, “Konsolide Finansal Tablolar”, Helvacı, Mehmet/Yıldız, Nurgül/Özsoy, Ahmet/Koçak, Mahmut Arif (Ed.), Anonim Ortaklıkta Mali Hükümler, On İki Levha Yayıncılık 2021, s. 217-237.
- Yılmaz, Süleyman/Pınar, Hamdi, “İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜHFD 68, 2020, s. 959-998.
- Yılmaz, Süleyman, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, AÜHFD 2010, c. 59, sa. 3, s. 551-578.
- Yusufoğlu, Fülurya, Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Yüce, Melek Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları” MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, s. 377-415.
- Yücer Aktürk, İpek, Üst Hakkı Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

İnternet Kaynakları

<https://dergipark.org.tr/>

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://www.gyoder.org.tr/>

<https://www.iosco.org/>

<https://www.ito.org.tr/tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.reit.com/>

www.resmigazete.gov.tr

<https://spk.gov.tr/>

<https://supreme.justia.com/>

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<http://tcmb.gov.tr/>

<https://tkgm.gov.tr/>

<https://www.tuik.gov.tr/>