

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ORTAKLIKTA PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİ

**Yüksek Lisans Tezi
İdil ALAEDDİNOĞLU**

**TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

Ankara-2022

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ORTAKLIKTA PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİ

**Yüksek Lisans Tezi
İdil ALAEDDİNOĞLU**

**TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

Ankara-2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ORTAKLIKTA PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Doç. Dr. Yıldız ABİK**
- 2- Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU**
- 3- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**

Tez Savunması Tarihi

19.01.2022

Tez Doğruluk Beyanı Belgesidir.

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,**

**Doç. Dr. Yıldız ABİK. danışmanlığında hazırladığım
“.....Anonim Ortaklıkta Pay Devri Sözleşmesi...(Ankara.2022) ” adlı
yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik
davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka
kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak
gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına
uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü
yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.**

**19.01.2022
Adı-Soyadı ve İmza**

Tarih:

İdil ALAEDDİNOĞLU

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

PAY DEVRİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVİR PROSEDÜRÜ

I. ANONİM ORTAKLIK PAYI	7
A. GENEL OLARAK PAY KAVRAMI	7
B. ANONİM ORTAKLIKTAKI PAY KAVRAMI VE ÇEŞİTLİ ANLAMLARI	7
1. Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay	8
2. Pay Sahipliği Mevkii ve Bundan Doğan Haklar ve Borçların Kaynağı Olarak Pay ...	10
3. Pay Senedi ile Eş Anlamli Olarak Pay	16
C. ANONİM ORTAKLIKTAKI ÇEŞİTLİ PAY TÜRLERİ VE AYRIMLARI	18
1. Nakit Karşılığı-Ayın Karşılığı Pay Ayrımı	18
2. Oy Hakkı Bulunan-Oy Hakkından Yoksun Pay Ayrımı	19
3. Bedelsiz Pay	19
4. Primli Pay	20
5. İtibari Değerden Yoksun Pay	20
4. İmtiyazlı Pay	20
D. ANONİM ORTAKLIKTAKI PAYIN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ İLKESİ VE SINIRLARI	20
II. ANONİM ORTAKLIKTAKI PAY DEVRİ KAVRAMI	26
A. ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVRİ	26
B. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMA	29
1. Paylı Mülkiyette Payın Devri	29
2. Elbirliği Mülkiyetinde Payın Devri	30
a. Miras Payının Devri	31
b. Adi Ortaklık Payının Devri	33
3. Alacak Hakkının Devri	34

4. Sözleşmenin Devri	35
5. Malvarlığı veya İşletmenin Devri (TBK m.202).....	37
D. YASAL DÜZENLEME	38
III. ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVİR PROSEDÜRÜ.....	40
A. SENEDE BAĞLANMAMIŞ (ÇIPLAK) PAYIN DEVİRİ	40
B. PAY SENETLERİ VE DEVİRLERİ.....	46
1. Genel Olarak Anonim Ortaklıkta Pay Senetleri	46
a. Pay Senetlerinin Çıkarılması	48
b. Pay Senetlerinin Şekli	50
c. Pay Senetlerinin Sebebe Bağlılığı	51
2. Hamiline Yazılı Pay Senedi ve Devri.....	55
3. Nama Yazılı Pay Senedi ve Devri.....	57
4. Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Devri	62
C. İLMÜHABER VE DEVİRİ.....	63
IV. ANONİM ORTAKLIK PAYININ SÖZLEŞME İLE KAZANILMASI.....	64
A. ANONİM ORTAKLIK PAYINI KAZANMA YOLLARI.....	64
1. Aslen Kazanma	64
2. Devren Kazanma	66
B. ORTAKLIK PAYININ SÖZLEŞME İLE KAZANILMASI.....	69

İKİNCİ BÖLÜM

ANONİM ORTAKLIKTAKİ PAY DEVİRİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI VE HUKUKSAL NİTELİĞİ

I. TANIMI.....	71
II. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI	71
A. ESASLI UNSURLAR.....	72
1. Pay (Sözleşmenin Konusu)	73
2. Karşılık.....	78
3. Tarafların Anlaşması	80
B. ESASLI OLMAYAN UNSURLAR.....	81
III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI.....	82
A. DEVREDEN VE DEVRALAN	82
B. TARAFLARIN EHLİYETİ.....	83
1. Hak Ehliyeti	83

2. Hukuki İşlemEhliyeti	85
C. SÖZLEŞMENİN TEMSİLCİ ARACILIĞI İLE YAPILMASI.....	88
D. ANONİM ORTAKLIKLĞIN KENDİ PAYLARINI DEVRALMASI	89
IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ	92
V. SÖZLEŞMENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ	94
A. MALVARLIĞINA YAPTIĞI ETKİ BAKIMINDAN HUKUKSAL NİTELİĞİ.....	94
1. Genel Olarak Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi Ayrımı	94
2. Anonim Ortaklık Pay Devri Sözleşmesi Açısından Değerlendirme	97
3. Pay Devrinde Borçlandırıcı İşlem ile Tasarruf İşlemi Arasındaki Sebebe Bağlılık İlişkisi	100
B. TAŞINIR MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCU İÇEREN BİR SÖZLEŞME OLMASI ..	103
1. Mülkiyeti Devir Amacı Taşınması	103
2. Edim Konusunun Gayrimaddi Taşınır Mal Olması	104
IV. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. TARAFLARIN BORÇLARI.....	109
A. DEVREDENİN BORÇLARI	109
1. Asli Borçları	109
2. Yan Borçları	110
3. Zapta Karşı Tekeffül	114
4. Ayıba Karşı Tekeffül.....	117
B. DEVRALANIN BORÇLARI.....	129
1. Asli Borçları	129
2. Yan Borçları	130
II. BEYAN VE GARANTİLERDEN (REPRESENTATIONS&WARRANTIES) DOĞAN SORUMLULUK.....	131
III. CEZA KOŞULU (CEZAI ŞART)	141

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK.....	144
II. PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNDE TEMERRÜT	145
A. DEVREDENİN TEMERRÜDÜ	147
B. DEVRALANIN TEMERRÜDÜ	149
1. Payı Devralmada Temerrüt	150
2. Bedelin Ödenmesinde Temerrüt.....	152
III. İFA	154
IV. İFA İMKANSIZLIĞI.....	157
V. ZAMANAŞIMI.....	159
SONUÇ	162
KAYNAKÇA.....	166
ÖZET	176
ABSTRACT.....	177

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
age.	:	adı geçen eser
agm.	:	adı geçen makale
AHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB.	:	BrgerlichesGesetzbuch(Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
CISG	:	Contractsforthe International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması)
ev.	:	Çeviren
dpn.	:	dipnot
E.	:	Esas
EU	:	EuropeanUnion (Avrupa Birliği)
eTBK	:	818 Sayılı Borçlar Kanunu
eTTK	:	6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	:	fıkra
FATF	:	Financial Action Task Force (Mali Eylem Gücü)
GK	:	Genel Kurul
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 SayılıHukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
K.	:	Karar
m.	:	madde

MKK	:	Merkezi Kayıt Kuruluşu
OECD	:	OrganisationforEconomicCo-operationand Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
OR	:	Obligationenrecht(İsviçre Borçlar Kanunu)
p.	:	paragraf
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
SEC	:	Securitiesand Exchange Commision (ABD Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu)
SerPK	:	6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	:	Sermaye Piyasası Kurulu
TBK	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı
Y	:	yıl
YK	:	Yönetim Kurulu

GİRİŞ

Günümüzde sermaye ortaklıklarının sosyal ve ekonomik düzen üzerindeki etkisinin, tarihteki en üst noktaya ulaştığı yadsınamaz bir gerçektir. Sermaye ortaklıkları, çeşitli faaliyetleri ile ekonomileri şekillendirmekte, istihdam yaratıp, farklı yatırım imkanları sağlamaktadırlar. Anonim ortaklıklar¹ ise sermaye ortaklıkları içerisinde ayrı bir etki ve öneme sahiptir. Bu ortaklıklar, her ne kadar bazı sakıncalar barındırsalar da, modern ekonomi düzeninin temel direkleri olarak nitelendirilirler².

¹ Modern anonim ortaklığın izleri ilk olarak İtalya şehirlerinde görülmüş, sonrasında 16 Mayıs 1602 tarihinde Hollanda’da sermayesi paylara bölünmüş olan anonim ortaklık ortaya çıkmıştır. Hollanda ve ardından gelen Fransa ve İngiltere’de kurulan anonim ortaklıklar ile Doğu Hindistan, Güney Doğu Asya adaları gibi deniz aşırı bölgelerde ticarete hakim olmak amaçlanmıştır. 16. ve 18. yüzyıllarda kurulan ortaklıklar ile ise günümüz anonim ortaklıklarının yapı ve özellikleri ortaya konulmaya başlanmıştır (DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s.19).

Bu yapılarda da pay sahibi bir teşebbüse (kumpanyaya) belirli bir sermaye ile katılmakta ve katılanların sorumluluğu taahhüt edilen sermayeyi aşmamaktadır. Ayrıca o dönemde de pay sahibi ortaklığa bağlı olmayıp, sahip olduğu payı bir başkasına devredebilmektedir. Ancak bu yapılar devlet otoritesine ait yapılar olup, pay sahipleri sadece sermaye açısından rol oynamakta, ortaklığın idaresine etki etmemektedirler. Devletlerin anonim ortaklıklar üzerindeki müdahalesinin azalması ve serbestleşmenin gerçekleşmeye başlaması ise 19. yüzyılı bulmuştur. (ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler: I Umumi Hükümler, 2.Baskı İstanbul 1959, s.1-3).

²İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s.1.

Anonim ortaklıklar büyük sermayelere duyulan ihtiyaçtan doğmuş olmakla beraber, en büyük fonksiyonları dağınık ve küçük sermayeleri bir araya getirme ve değerlendirme olarak ortaya çıkmaktadır. Anonim ortaklıklar sayesinde bir araya toplanan çeşitli değerlere sahip sermayeler, büyük çaplı girişimler için teşebbüs ve yatırımcılara yönlendirilmektedir. Başka bir ifade ile anonim ortaklıklar, kişisel sermayelerin tek başına yetersiz kalabileceği boyutta girişimlere ulaşmayı mümkün hale getirmektedir³.

Anonim ortaklıkların büyük ekonomik amaçlara yönelik çeşitli fonksiyonlarını gerçekleştirmelerinde, bu ortaklıkların kendine özgü yapıları ve ortaklığa hakim olan ilkeler büyük rol oynamaktadır⁴. Tüzel kişilik ve merkezileşmenin sağladığı kuvvet,

³İMREGÜN, s.1; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6.Baskı, Ankara 2020, s.241; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, Fatih, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2020, s.168; ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler: I Umumi Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1959, s.4; ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, s.2-3.

Anonim ortaklıkların ekonomik amacı yeni sermayeler yaratmak ve büyük teşebbüslerin kurulmasını sağlamaktır. Sermayeye olan ihtiyaç bir ülkenin ekonomik faaliyetini artırması ile doğru orantılıdır. Anonim ortaklıklar ise sermayenin sağlanmasında en önemli araçlardır. ARSLANLI'ya göre ülkemizde halkın yeterince teşvik edilmemesinden dolayı anonim ortaklıkların sermayelerinin çoğu genellikle kurucular tarafından sağlanmış, bu nedenle de ekonomik fonksiyonlarını gereğince yerine getirememişlerdir. Asıl amacı, halka hitap eden ve halkta biriken sermayelerin değerlendirilmesine aracılık eden bir ortaklık olması gerekirken, kurucuların sorumluluklarının sınırlamasına aracılık eden bir yapı olma özelliği önplana çıkmıştır [ARSLANLI, ("Anonim Şirketler"), s.6].

⁴İMREGÜN, s.1; ANSAY, s.2-3.

asgari bir sermaye ile kurulma, sermayenin korunması, tek borç ve sınırlı sorumluluk ilkesi, devlet otoritesince çeşitli konularda sağlanan denetimler, sermayenin pay adı verilen belirli ve küçük kısımlara bölünmüş olup bu paylara devir kolaylıkları sağlanması gibi özelliklerden dolayı, kişiler sermayelerini anonim ortaklık çatısı altında bir araya getirmeyi tercih etmektedir⁵.

“Pay” anonim ortaklıklar hukukunun merkez kavramıdır, anonim ortaklıklar hukukunda hükümler ve kurumlar bu kavram ile şekillenmektedir⁶. Ortak sıfatına bağlı haklar ve borçlardan yararlanabilmek, öncelikle anonim ortaklık payına sahip olmayı gerekli kılar. Anonim ortaklık payları ise diğer ortaklıklardan farklı olarak, serbestçe devredilebilir niteliktedir⁷. Payların güvenli ve kolay tadavülü ihtiyacı, pay sahipliğini

⁵**SEVİ**, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018, s.13; **HIRSCH**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersler Cilt 2: Ticaret Şirket ve Teşekkülleri, İstanbul 1940, s.73; **İMREGÜN**, s.27; **FORSTMOSER**, Peter/**MEIER-HAYOZ**, Arthur, Einführung in Das Schweizerische Aktienrecht, Bern 1980, s.35-41, **ŞENER**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019, s.295-297; **BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2017, s.107-111.

⁶ **TEKİNALP**, Ünal (**Poroy**, Reha /**Çamoğlu**, Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014 s.545; **PULAŞLI**, s.519; **SEVİ**, s.29; **DOMANIÇ**, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s.719, s.824; **ANSAY**,s.189.

⁷**ARSLANLI**, Halil, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 23, 2011, s.248-290. www.dergipark.org.tr , Son Erişim: 22.10.2021, s.254; **ARSLANLI**, Halil, Anonim Şirketler: I Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s.19.

temsil eden, kıymetli evrak niteliğindeki senetlerin oluşturulmasına nedenolmuştur⁸. Bu senetlerin varlığı da, anonim ortaklık payına duyulan talebi ayrıca güçlendiren unsurlardandır.

Anonim ortaklık payının kazanılması aslen ve devren kazanma şeklinde iki yolla mümkün olup, devren kazanma türleri arasında en önemli olan ve sık karşılaşılanı payın satış, trampa, bağışlama gibi iradi bir hukuki ilişki temeline dayanan sözleşme ile kazanılmasıdır. Hatta, dar anlamda pay devrinden sadece, payın bir sözleşme ilişkisi sonucu kazanılması anlaşılmaktadır. Anonim ortaklıkta pay devri iki aşamalı bir hukuki işlem olup, birinci aşamasını genellikle⁹ borçlandırıcı işlem niteliğinde karşımıza çıkan “Pay Devri Sözleşmesi”, ikinci aşamasını ise payın senede bağlanmış olup olmaması ve senede bağlanmış ise pay senedinin türüne göre değişiklik gösteren devir, yani tasarruf işlemi aşaması oluşturmaktadır. “Anonim Ortaklıkta Pay Devri Sözleşmesi”, anonim ortaklıklarda pay devrinin tarafları arasındaki ilişkiyi düzenlemede sahip olduğu önemden dolayı çalışmamızın konusu olarak tercih edilmiştir.

⁸**KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri: II Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 2. Baskı, Ankara, 1959, s.7.

⁹ Pay Devri Sözleşmesi genellikle pay devri işleminin borçlandırıcı işlem olan ilk aşamasını oluşturmakla beraber, ileride de değinileceği üzere, payın senede bağlanmamış olması halinde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi pay devri sözleşmesinde iç içe geçebilmektedir.

Pay devri ayrıca işletme/ortaklık devri konusunda da önem arz etmektedir¹⁰. Doktrinde yer alan ağırlıklı görüşe göre; bir işletmenin devri, işletmenin aktif ve pasifleri ile devralınması ya da işletmenin ait olduğu ortaklık paylarının devri şeklinde olmak üzere iki yöntemle gerçekleştirilebilmektedir¹¹. İlk yöntemde, işletmenin sahip olduğu hak ve alacakların tabi oldukları devir kurallarına uygun şekilde devredilmesi gerekmektedir. Ayrıca yükümlülüklerin devri üçüncü kişinin rızasının alınmasına bağlı olup, rıza gösterilmemesi halinde kendiliğinden intikal söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bazı güçlüklerle sahip bu devir yöntemine karşılık, pay devri sıkça tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir. Bu ikinci yöntemde bir işletmeye ait aktif ve pasifler değil, söz konusu işletmeyi işleten ortaklık üzerinde hakimiyet yaratacak miktarda ortaklık hakları, yani paylar devredilmektedir.

Pay devri ile bir ortaklık veya işletme başta olmak üzere ortaklığa ait malvarlığı üzerindeki hakimiyetin devrinin amaçlanması halinde, devredilen payların yanı sıra işletme ve ortaklığa ait özellikler daha fazla önem kazanacağından, “Pay Devri Sözleşmesi” de daha kapsamlı ve detaylı düzenlenmektedir. Çalışmamızda öncelikle temel anlamda pay devri sözleşmesini ele almayı amaçlamakla beraber, pay devri ile ortaklık malvarlığı üzerinde hakimiyetin amaçlandığı durumlara da genel hatlarıyla yer verilmiştir.

¹⁰ **PASLI**, Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s.202.

¹¹ **BUZ**, Vedat, “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S.3, s.66; **DORRESTEIJN**, Adrian F.M., European Corporate Law 3rd Edition, Kluwer Law International BV, The Netherlands, Chapter 8 p.8.16-8.17.

Uluslararası terminolojide ilk yöntem “asset deal” ya da “acquisition of assets”, ikinci yöntem ise “share deal” ya da “acquisition of shares” olarak adlandırılmaktadır.

Bu alışma, “Pay Devri ile İlgili Kavramlar ve Anonim Ortaklık Payının Devir Prosedürü”, “Pay Devri Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması ve Hukuksal Niteliği”, “Pay Devri Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları” ve “Pay Devri Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Zamanaşımı” olmak üzere dörtbölüm altında incelenmiş olup, ilk bölümde anonim ortaklık payı ve pay devri kavramları ile yardımcı kavramlar detaylı olarak incelenmiş, benzer kurumlar ile karşılaştırılması yapılmıştır. İkinci bölümde ise pay devri sözleşmesinin tanımı, kurulması, hukuksal niteliği ele alınmış bu kapsamda sözleşmenin unsurları ile tarafları da incelenmiştir. Üçüncü bölümde hükümler ve sonuçlar başlığı altında, kurulan bu sözleşmenin taraflara yüklediği çeşitli borçlar ele alınarak zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin pay devri sözleşmesi bakımından uygulanabilirliği değerlendirilmiş, pay devri sözleşmesinde beyan ve garanti hükümleri ile ceza koşulu kurumları incelenmiştir. Son bölümde ise, bu sözleşme ilişkisinin ve ilişkiden doğan borçların farklı genel ve özel sona erme nedenleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

PAY DEVRİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVİR PROSEDÜRÜ

I. ANONİM ORTAKLIK PAYI

A. GENEL OLARAK PAY KAVRAMI

Günlük hayatta pay; birden fazla kişinin aralarında taksim etmiş oldukları bir bütünden, kişilerden her birine denk gelen kısım olarak tanımlanabilir¹². Hukukumuzda ise “pay” kavramı değişik alanlarda karşımızda çıkmakla beraber, aynı alan içerisinde de farklı anlamları karşılayabilmektedir. Sadece ortaklıklar hukukunda dahi ortaklığın türüne göre farklılıklar gösteren pay kavramı, ayrıca eşya hukuku, miras hukuku gibi alanlarda da değişik terim anlamlarıyla kullanılmaktadır. Anonim ortaklıklarda pay devri konusunda kavramın doğru ve yerinde kullanılması açısından öncelikli olarak anonim ortaklık payının kavramsal yapısının ve özelliklerinin incelenmesi gerekmektedir.

B. ANONİM ORTAKLIKTAKİ PAY KAVRAMI VE ÇEŞİTLİ ANLAMLARI

Anonim ortaklıklarda merkez kavram olan “pay” kavramı hem hukuki, hem de teknik bir terim olup, birden fazla işlevde kullanılabilmektedir¹³. Bu doğrultuda, anonim ortaklıklar hukukunda, “pay”¹⁴ kelimesinin farklı anlamlarına aşağıda yer verilmiştir.

¹² TDK: Birden fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, hisse (<https://sozluk.gov.tr/> Son Erişim: 12.10.2021)

¹³ **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, s.545; **PULAŞLI**, Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s.3.

¹⁴ Alman, İsviçre ve Avusturya literatüründe: “*aktie*”, Fransız literatüründe “*action*”, İngiliz, Amerikan literatüründe “*share/stock*” kavramları kullanılmaktadır.

1. Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay

Anonim ortaklıklarda “pay” ilk anlamıyla belirli sayıda birim değere bölünmüş olan esas veya çıkarılmış ortaklık sermayesinin, kendisine karşılık gelen hak ile beraber doğan bir parçasını ifade eder¹⁵. Payın bu anlamı anonim ortaklığın kanuni tanımından doğmaktadır. Gerçekten, TTK m. 329 “*anonim şirket...sermayesi...paylara bölünmüş olan şirkettir*” hükmü ile kavramın anonim ortaklık hukuku içindeki konumunu bu ilk anlamıyla belirlemektedir¹⁶.

“Pay” kavramı bu anlamıyla, limited, kollektif ve komandit ortaklıklardaki “pay” kavramından farklıdır. Bu ortaklıklarda sermaye, anonim ortaklıklarda olduğu gibi her biri bir adet pay sahipliği mevkie oluşturan paylara bölünmüş değildir¹⁷. “Anonim ortaklık payı”, adi, kollektif ve komandit ortaklıklardaki “katılma payı”ndan farklıdır. Limited ortaklık payı da her ne kadar, TTK m.595 ile devredilebilir bir hak olarak düzenlenmiş olsa da anonim ortaklık payından hala uzak bir kavramdır¹⁸. Hatta, bu payların istisnai olarak senede bağlanabilmesi de iki kavramı yaklaştırmaz.

Payların miktarı ve itibari değerleri ortaklık kurulurken esas sözleşme ile belirlenir¹⁹. Payın sermayenin bütünü içerisinde ifade ettiği birim değer; itibari, nominal

¹⁵ **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, s.545; **SEVİ**, s.31; **BOZKURT**, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara 2020, s.391.

¹⁶ **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, s.545; **PULAŞLI**, (“Pay Senetleri”), s.4; **SEVİ**, s.29; **ÖZDAMAR**, Emine, Anonim Şirkette Pay Devri, Ankara 2019, s.23;; **DEMİRKOL**, Elif Meviza/ **ÇETİN**, Hüseyin Servet, Anonim Ortaklıkta Pay Senetlerinin Türleri ve Devirleri, İstanbul 2020, s.4.

¹⁷ **SEVİ**, s.29.

¹⁸ **PULAŞLI**, (“Şirketler Hukuku”), s.749, p.22.

¹⁹ **BOZKURT**, s.391; **ARSLANLI**, (“Anonim Şirketler”), s.17.

değer olarak adlandırılır²⁰. İtibari değer payın gerçek ve piyasadaki değeri değil, o payın sermayenin bir parçası olması bakımından değeridir²¹. Esas sermayenin pay sayısına bölünmesi bu değeri verir²². Örneğin 400.000 TL olan esas sermaye 100.000 adet 4.00 TL'lik birim değere bölünmüş ise, her 4.00 TL'lik birim değer bir “pay”ı ifade eder²³.

Anonim ortaklık paylarının herbirinin itibari değeri vardır, itibari değerden yoksun pay yoktur²⁴. Ayrıca TTK m.476 f.1 payın itibari değerinin en az 1 kuruş olacağını hükme bağlamıştır. İtibari değer altında bir değer ya da itibari değerden yoksun pay çıkartılması ortaklığa karşı geçersizdir²⁵.

Anonim ortaklığın sermayesi eşit paylara bölünmüştür²⁶. Her pay kendisine karşılık gelen haklarla doğmakta ve itibari değer yüksekliğinin payın gücüne bir etkisi olmamaktadır. Ancak sahip olunan pay miktarı ortaklığa bağlı haklardan hangi oranlarda yararlanılacağını ortaya koymaktadır. Tüm payların itibari değerleri eşit olmakla beraber, kurala istisna olarak belirli grup paylara belli kurallar çerçevesinde imtiyazlar tanınabilmektedir. Bu paylar imtiyazlı pay olarak adlandırılır ve aynı grup içerisinde yer alan imtiyazlı paylar yine eşit itibari değerde olmak durumundadır²⁷.

²⁰SEVİ, s.31.

²¹TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.546.

²² Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim ortaklıklarda ise çıkarılmış sermayenin pay sayısına bölünmesi itibari değeri verir.

²³İMREGÜN, s.27; SEVİ, s. 31

²⁴ARSLANLI, Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği, s.251.

²⁵SEVİ, s. 31

²⁶İMREGÜN, s.27.

²⁷TEKİNALP, s.546.

2. Pay Sahipliği Mevkii ve Bundan Doğan Haklar ve Borçların Kaynağı Olarak

Pay

Bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda pay kişilere değil, pay sahibinin kişiliğinden mücerret, soyut mevkilere bağlanmıştır²⁸. Ortakların sayısı kadar değil esas sermayeyi oluşturan payların sayısı kadar pay sahipliği mevkii vardır²⁹. Anonim ortaklıkta, bu mevkiler sabit olmakla beraber, mevkilere geçen ve paya sahip olan kişiler değişkendir³⁰. Pay üzerindeki hakkı elinde bulunduran ve bu mevkilere geçen kişiler için kanuni olarak “pay sahibi” terimi kullanılır³¹. Bir başka ifade ile anonim ortaklıklarda pay mevkiine geçmek, pay sahibi sıfatının kazanılmasını ifade eder. Bazı yazarlar bu sabit mevkileri bir otobüsün koltuklarına, pay sahiplerini de bilet olarak koltuklara oturan yolculara benzetmektedir. Payı devreden ya da ortaklıktan ıskat edilen pay sahibi bu mevkiden ayrılır, ancak mevki sabit kalmaktadır. Payın tekrar edinilmesi durumunda mevki yeni pay sahibi tarafından doldurulur³². Payı devreden yani mevkiyi terk eden, kural olarak artık bu paya bağlı haklardan yararlanamaz ve borçlardan da sorumlu değildir. Artık, mevkiye bağlı hak ve borçlar, payı devralan yeni pay sahibine aittir.

²⁸ ARSLANLI, (“Pay Sahipliği”),s.248; ÖZDAMAR, s.24; İMREGÜN, s.273.

²⁹ SEVİ, s. 33; BOĞA, Serap, Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul, 2010, s.71.

³⁰ ARSLANLI,s.248; İMREGÜN, s.28; SEVİ, s.33.

³¹ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.546 : “Pay sahibi” yerine, eşya hukukunda paylı mülkiyette her bir malike verilen ad olan “Paydaş” kelimesinin kullanılması yanlıştır.

³² TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.546.

Anonim ortaklıklarda pay, belirli ve sabit bir mevki ile temsil edilirken, limited ortaklıklarda bu durum farklıdır. Limited ortaklıklarda her pay, payın sahibi ortağın taahhüt etmiş olduğu sermayeye göre oluşmaktadır. Dolayısıyla pay belirli ve sabit pay mevkiilerine değil, kişilere bağlıdır ve taahhüt edilen sermaye miktarına göre payların oranları değişiklik gösterebilmektedir³³.

Ayrıca, anonim ortaklıkta hem bir ortağın birden fazla payı, hem de bir payın birden fazla sahibi olabilir³⁴. Ancak TTK m.477 uyarınca payın ortaklığa karşı bölünmesi mümkün değildir³⁵. Payın birden fazla sahibi olması durumunda pay sahipleri ortaklığa karşı haklarını ancak ortak bir temsilci aracılığıyla kullanabilir³⁶.

Anonim ortaklıkta, ortaklık sıfatından doğan haklar ve borçlar pay sahipliği mevkiine bağlı olarak kazanılmaktadır. Başka bir ifade ile anonim ortaklıkta her bir pay, sahibine pay sahipliği hakları verir, borçlar yükler³⁷. Soyut bir kavram olması nedeniyle doktrinde ortaklık payı için tanım vermekten kaçınılsa da, ikinci ve de devrin konusunu oluşturması anlamıyla payı; pay sahipliği mevki ve buna bağlanmış hakların ve borçların yani “ortak sıfatından kaynaklanan tüm hukuki ilişkilerin” toplandığı bir

³³**HIRSCH**, s.121

³⁴**SEVİ**, s.31; **ÖZDAMAR**, s.17

³⁵**ÖZDAMAR**, s.17

³⁶**SEVİ**, s.30

³⁷**ANSAY**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1970, s.189.

bütün, bir birlik olarak tanımlayabiliriz³⁸. Her pay bölünmez bir tek hak ve borç demeti oluşturmakta, diğer paylardan bağımsız olarak haklar bahşedip, borçlar yüklemektedir³⁹.

Pay terimi bazen doğrudan sadece paya bağlanan bu haklar ve borçların yerine de kullanılmaktadır⁴⁰. Anonim ortaklıkta ortağın asli ve ilke olarak tek borcu, pay bedeli olarak taahhüt edilen sermaye koyma borcunun ifasıdır⁴¹. Bu borç, kuruluştaki ve esas sermaye artırımlarında, kanuna uygun olarak düzenlenen esas sermaye ve iştirak taahhütnamesinde yer alan taahhütten doğar⁴². Tek borç ilkesi, sınırlı sorumluluk ve anonimlik özelliklerinin bir yansımasıdır, nitekim ortağın şirket borçlarından sorumluluğu da taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlıdır⁴³. Sermaye koyma borcu uyarınca pay sahibi, ortaklığın kuruluşu ya da sermaye artırımları sırasında payın oluşumunda payın karşılığı olarak taahhüt etmiş olduğu pay bedelini ifa etmekle

³⁸**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**,s.546; **ÖZ**, Turgut, Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İstanbul 2020, s.11; **HIRSCH**, s.75 **DEMİRKAPI**, Ertan, Limited Şirkette Pay Devri, s. 829, **SEVİ**, s.33;

BOĞA, s.72: Anonim ortaklıkta hisse, kendisine bağlanan hak ve borçların yerine de kullanılmaktadır. Hakların ve borçların kaynağı anlamıyla hisse, aynı zamanda anonim ortaklıkla ilgili haklar ve borçlar bütününe parçalarından birisi olarak da kullanılmaktadır.

³⁹**BOĞA**, s.72.

⁴⁰**SEVİ**, s. 34.

⁴¹**İMREGÜN**, s.281.

⁴²**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul 2019, s.77, 1021; **DOMANİÇ**, s.717.

⁴³**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**,age. s.75, p.1019; **HIRSCH**, s.75-77.

mükelleftir⁴⁴. TTK m.480 f.1 kanunda öngörülen istisnalar dışında pay sahibine dolaylı veya dolaysız başkaca bir borç yükletilemeyeceğini hüküm altına almış, aynı maddenin dördüncü fıkrası ile de tek borç ilkesine ikincil yükümlülüklerin istisna olabileceğini düzenlenmiştir⁴⁵.

Bazı anonim ortaklıklar tarafından, pay bedelini ifa borcu dışında belirli aralıklarla tekrarlanan ve konusu para olmayan başkaca edimler, tali yükümlülük olarak belirlenebilmektedir⁴⁶. Ancak pay sahibi bu tali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi karşısında yaptırım olarak ortaklıktan ihraç edilemez⁴⁷. Diğer bir istisna ise itibari değerden yüksek bedelle pay (primli/agiolu pay) çıkarılması halinde görülür. Pay sahiplerinin bu durumda belirlenmiş olan bu primi de ödeme borcu bulunmaktadır⁴⁸.

⁴⁴SEVİ, s.35; ARSLANLI, (“Anonim Şirketler”), s.18.

⁴⁵TEKİNALP, bazı yükümlülüklerin ortaklık esas sözleşmesinde yer almasını TTK’nın tek borç ilkesi hükmüne aykırı bulur, bu hükümlerin anonim ortaklık hukukuna göre geçersiz sayılıp, borçlar hukuku sözleşmesi olarak geçerli sayılabileceğini savunur.

⁴⁶TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age. s.99, p.1075; İMREGÜN, s.289; DOMANIÇ, s.823.

⁴⁷HIRSCH, s.77.

⁴⁸TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.77, p.1020.

Anonim ortaklıkta pay sahibinin sadakat yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğünün varlığı da değerlendirilebilir. Anonim ortaklıktaki tek borç ilkesi karşısında sadakat yükümlülüğüne tereddüt ile yaklaşılmaktadır. Özellikle borsada işlem gören ortaklıklar dikkate alındığında paylar dakikalar içinde tedavül etmekte, ortaklar hızla değişmektedir. Böyle bir durumda ortaklık ve diğer pay sahiplerine karşı sadakat bağı kurulabilmesi gerçekçi karşılanmamaktadır. Pay sahibi sayısının az veya pay sahibinin ortaklık üzerinde etkisinin önemli olduğu yapılarda ise sadakat borcu kavramının

Anonim ortaklıkta esas sermaye ve ortaklık malvarlığı, alacaklılar ve ortaklar lehine olmak üzere anonim ortaklık tüzel kişiliğine aittir⁴⁹. Pay sahiplerinin esas sermaye ve malvarlığı üzerinde doğrudan bir hakimiyet ve tasarruf yetkisi mevcut değildir. Ancak, pay aracılığıyla sahip oldukları haklar ile ortaklık malvarlığı üzerinde dolaylı bir etki yaratabilir ya da bu malvarlığına dayalı kazanımlar elde edebilirler⁵⁰.

Anonim ortaklık payının sahibine bahsettiği haklar ise konusuna göre malvarlıksal haklar ve yönetim hakları olmak üzere iki gruptur⁵¹. Para ile ölçülebilir bir değeri olan haklar, malvarlıksal haklardır. Bu haklar başta kar payı ve tasfiye payı olmak üzere,

kanunda açıkça yer almaması nedeniyle MK m.2 dürüstlük kuralının işletilmesi daha uygun görülmektedir. Ortaklık sırları ise TTK m. 437/3 kapsamında koruma altında olup aksine davranış halinde duruma göre tazminat veya cezai yaptırım yolu açıktır. [PULAŞLI, (“Şirketler Hukuku”), s.594-595]

⁴⁹ARSLANLI, (“Anonim Şirketler”), s.17.

⁵⁰SEVİ, s.34.

Pay sahipleri ile ortaklık malvarlığı arasındaki ilişki hususunda ANSAY, pay sahibinin nazari olarak düşünülürse ortaklık malvarlığı üzerinde hak sahibi olarak tanımlanabileceğini, ancak bu hak sahipliğinin medeni hukuktaki mülkiyet hakkından farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre de malların maliki ortaklık tüzel kişiliği olup, pay sahiplerinin bu malvarlığı üzerindeki hakkı mülkiyette olduğu gibi mutlak bir nitelikte değildir (ANSAY, s.189).

⁵¹BOZKURT, s.391; SEVİ, s.34; DOMANIÇ; s.824: “mali ve şahsi haklar” ifadesini kullanmıştır.; İMREGÜN, s.290: “akçesel (mali) ve kişisel haklar” ifadesine yer vermiştir; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, s.241.

yeni payları edinmede öncelik, bedelsiz payları edinme ve hazırlık faizi hakkı gibi haklardır⁵².

Yönetim hakları ise, ilke olarak para ile ölçülebilir bir değer taşımamakla beraber, pay sahibine ortaklığın yönetimi, işlerin denetlenmesi ve işleyiş ile ilgili bilgi alınmasına yönelik imkanlar sağlayan haklardır⁵³. Anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu ortaklığın yönetimi ve temsili için görevli olup, kişi ortaklıklarının aksine özden organ ilkesi geçerli değildir. Benzer şekilde denetim konusunda da, denetime tabi anonim ortaklıklarda bağımsız denetçiler atanmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla, yönetim kurulunun ve denetçilerin varlığı karşısında pay sahiplerinin yönetsel olarak doğrudan bir etkisinden söz etmek mümkün değildir. Pay sahibinin hakları, ancak genel kurula katılma, oy kullanma, yönetim kuruluna seçilme gibi yönetim üzerinde dolaylı etki yaratan haklardan oluşur.

Anonim ortaklık payında toplanan haklar ve borçlar yukarıda da değinildiği üzere bir bütünü oluşturmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla bu haklardan bir kısmının mutlak olarak bir kişiye ait olup, diğerlerinin bir başkasına ait olması payın hukuki niteliğine aykırıdır. Örneğin, anonim ortaklık payı, genel kurula katılma hakkı birine, kar payı elde etme hakkı başka birine ait olacak şekilde, özüne dokunularak parçalanamaz. Ancak bu hakların kullanılmasının devri ya da bir paya birden fazla kişinin sahip olması mümkündür⁵⁶.

⁵²SEVİ, s.34; HIRSCH, s.77.

⁵³SEVİ,s.34; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, s.241.

⁵⁴SEVİ, s.35.

⁵⁵ANSAY, s.189.

⁵⁶ age., s.190.

3. Pay Senedi ile Eş Anlamlı Olarak Pay

Payın devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklığın en önemli ilkelerindendir, bu ilke doğrultusunda payların tedavülünü kolaylaştırma ve emniyet kazandırma amacıyla kanunda; ortaklık paylarının kıymetli evrak niteliğinde olan, hamiline yazılı ya da nama yazılı türden senetlere bağlanabilmesine olanak sağlanmıştır⁵⁷. “Pay” terimi bir başka anlamıyla payın bağlandığı bu kıymetli evrakı, yani pay senedini ifade etmek için kullanılmaktadır.

Esas sözleşme ile aksi öngörülmemiş ise, anonim ortaklık paylarının senede bağlanması zorunlu değildir. Pay, senet çıkarılmadan önce de bir hak olarak mevcuttur⁵⁸. Dolayısıyla pay, senede bağlı olmasa da senede bağlı olan payın konu olabildiği tüm hukuki işlemlere konu olabilir; devredebilir, haczedilebilir, rehnedilebilir, üzerinde intifa hakkı kurulabilir, satımında; alım, önalım, geriye alım gibi haklar tanınabilir⁵⁹. Senede bağlanmamış haliyle pay, doktrin ve uygulamada “çıplak pay” olarak da anılmaktadır⁶⁰.

Payın senede bağlanması sadece tedavül kolaylığı ve güvenliği sağlama amacına yönelik olup, payın yapısında bir değişiklik meydana getirmemektedir. Paya bağlı olan haklar ve borçlar aynen korunmaktadır. Ancak, pay senede bağlandığı zaman kıymetli evrak niteliğindeki pay senedi ile üzerindeki hak yani pay, mündemiç hale gelmektedir. Payın sahibine tanıdığı haklar ve borçlar senede bağlanmadan önce mevcut olsa da, pay

⁵⁷ İMREGÜN, s.274.

⁵⁸ age., s.274.

⁵⁹ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Cilt:I, s.547.

⁶⁰ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.547: “Çıplak pay” kanuni bir ifade değildir. Ancak, senede bağlanmamış payı ifade etmek için Yargıtay kararları ve öğretide kabul gören bir ifadedir.

senede bağlandıktan sonra bunların kullanılması ancak senedin ibrazı ile mümkün olmaktadır⁶¹. Pay senedinin, prosedürüne uygun şekilde devri ise paya bağlı haklar ve borçların devri sonucunu doğurmaktadır⁶².

Pay senetleri, ortaklık sıfatını ve esas sermayeye katılım miktarını gösteren belgelerdir⁶³. Anonim ortaklık payları, ortaklığın kurulması veya sermaye artırımının tescili ile tescilin doğal ve zorunlu sonucu olarak kendiliğinden doğduğundan, daha sonrasında iradi olarak çıkarılan bu senetler kurucu değil açıklayıcı nitelik taşımaktadır⁶⁴.

Ülkemizde payın senede bağlanması hala yaygın olsa da, senede bağlanmaksızın elektronik ortamda bulunup oradan izlenen kaydi paylar gittikçe önem kazanmaktadır. Kaydi payların yaygınlaşması Wall Street'te 1960'ların sonuna doğru yaşanan "Paperwork" krizine dayanmaktadır. O dönemde pay devirleri ve kayıtlar büyük ölçüde kağıt ve kaleme dayalı bir sistem ile gerçekleştirildiği için büyüyen ekonomi ve piyasadaki tedavül talebi karşısında brokerlerce ihtiyaca cevap verilememiş, yaşanan büyük hak kayıpları sonucu yatırım piyasaları güvenilirliğini kaybederek 1970 yazında büyük bir ekonomik kriz yaşanmıştır. Krizin sonrasında ise Amerikan finans piyasalarında bu sistem tamamen terk edilerek elektronik sistemlere geçiş yapılmıştır⁶⁵.

⁶¹İMREGÜN, s.274.

⁶²ARSLANLI, s.19.

⁶³ÖZDAMAR, s.25.

⁶⁴TEKİNALP, s.547; BOZKURT, s.391.

⁶⁵WELLS, Wyatt, "The Remaking of Wall Street, 1967 to 1971", 10.02.2000, <https://hbswk.hbs.edu/> Son Erişim: 15.10.2021; TU, V.Kevin, "Blockchain Stock Ledgers", Indiana Law Journal, November 1, 2020, Vol.96:223, 223-260, s.225.

Hukukumuzda ise borsada işlem gören nama yazılı payların devri TTK m.497 ve 498.maddelerinde düzenlenmiş olup, m.497 borsadan iktisap edildiği takdirde payların, pay devri ile devralana geçeceğini belirtmektedir. Bu da SerPK m.10/A hükmünde düzenlenen kaydi sistem içerisinde gerçekleşmektedir⁶⁶. Kaydi sistemde bu işlem için özel bir kuruluş olan MKK tarafından, paylar senede bağlanmadan veya senetten soyutlanarak kayda alınır ve bu kaydi değer hukuki işlemlere konu edilebilir⁶⁷. MKK’ya kaydedilen paylar “çıplak pay“ değil, “kayden izlenen pay”lardır ve bu payların nama ya da hamiline yazılı olmaları, izlenmeleri ve tabi oldukları düzenlemeler yönünden farklılık yaratmamaktadır⁶⁸.

C. ANONİM ORTAKLIKTA ÇEŞİTLİ PAY TÜRLERİ VE AYRIMLARI

1. Nakit Karşılığı-Ayin Karşılığı Pay Ayrımı

Sermaye ortaklıklarına nelerin sermaye olarak konabileceği genel olarak TTK m.127’de, bu husustaki anonim şirketlere ilişkin düzenleme ise özel olarak TTK m.342’de hüküm altına alınmıştır⁶⁹. Pay sahibinin pay karşılığında taahhüt etmiş olduğu değerın nakdi ya da aynı bir değer olmasına göre ise nakit karşılığı pay ve ayın karşılığı pay ayrımı ortaya çıkmıştır. Aslen bu ayrım, 6762 sayılı TTK m.404’ün ayın karşılığı paylar için ortaklığın kuruluşunun veya sermaye artırımının tescilinden itibaren iki yıl

⁶⁶**TURANBOY**, Asuman, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara, 2011, s.20; **BOĞA**, s.172.

⁶⁷**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, age., s.546.

⁶⁸age., s.549,p.767 a.

⁶⁹**KIZILYEL**, Anonim Ortaklıkların Pay Devri ve Sınırlamaları, İstanbul, 2018, s.13.

devir yasağı öngörmüş olmasına dayanmaktadır⁷⁰. Ancak, 6102 sayılı TTK’da hükme yer verilmeyerek, söz konusu devir yasağı terk edilmiştir. Böylece nakit karşılığı pay ve ayın karşılığı pay şeklindeki ayırım da bugün eski önemini yitirmiştir⁷¹.

2. Oy Hakkı Bulunan-Oy Hakkından Yoksun Pay Ayrımı

Kural olarak tüm paylar sahibine oy hakkı tanımakla beraber TTK m.436’da pay sahibinin oydan yoksun olabileceği bazı geçici durumlar düzenlenmiştir. Bu doğrultuda payları oy hakkı bulunan ve oy hakkı bulunmayan şeklinde bir ayırma tabi tutmak mümkündür⁷². Ayrıca, eski SerPK m.14/A ile oydan devamlı olarak yoksun pay çıkartılması mümkün kılınmışsa da yeni SerPK’da bu hükme yer verilmemiştir⁷³.

3. Bedelsiz Pay

Bedelsiz pay kavramı, anonim ortaklığın iç kaynağından çıkarılan payları karşılamaktadır. Sermaye artırımının bu kaynaktan yapılıp tescili ile ortaklıktaki pay sahipleri sahip oldukları payların sermayeye oranı ölçüsünde bedelsiz payları kazanırlar⁷⁴.

⁷⁰DOMANIÇ, s.947; İMREGÜN, s.353: “...Keza, yasak sadece ayın karşılığı paylar için değil, nakitten başkaca tüm paylar için söz konusudur...”

⁷¹SEVİ, s.32 .

⁷²KIZILYEL, s.14.

⁷³age., s.14.

⁷⁴TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2020, s.98, pp.9-11d.

4. Primli Pay

Primli pay kavramı ise itibari değerinden daha üst bir fiyatla çıkarılan payı ifade eder. Primin tutarı anonim ortaklık tarafından belirlenmektedir. Bu payların çıkarılabilmesi TTK m.437'ye göre GK kararına ya da esas sözleşmede hüküm bulunmasına bağlıdır⁷⁵.

5. İtibari Değerden Yoksun Pay

Anonim ortaklıklarda kural TTK m.476'da düzenlendiği üzere, her payın itibari değere sahip olmasıdır. Ancak SerPK m.50 değişken sermayeli yatırım ortakları açısından bu kurala bir istisna getirmektedir⁷⁶.

4. İmtiyazlı Pay

Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, anonim ortaklıkta imtiyazlı paylar da oluşturulabilmektedir. TTK m.478 ana sözleşme ile kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda imtiyaz tanınabileceğini düzenlemiştir. İmtiyazın merkezinde ise; kişi, makam veya belli bir sıfat değil, hakların ve borçların kaynağı olması anlamıyla pay bulunmaktadır⁷⁷.

D. ANONİM ORTAKLIKTA PAYIN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ İLKESİ VE SINIRLARI

Payın kendine özgü bazı ilkeleri, anonim ortaklığı diğer ortaklıklardan ayıran bir başka özelliğidir. Anonim ortaklık payının kendine özgü ilkelerinin başında ise kural olarak serbestçe devredilebilir nitelikte olması yer almaktadır⁷⁸. Bu ilke, pay devrinin herhangi

⁷⁵TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.98, p.9-11c.

⁷⁶KIZILYEL, s.14.

⁷⁷SEVİ, s.35.

⁷⁸ARSLANLI, s.139; SEVİ, s.55; KILIÇ, Harun, “Türk Hukukunda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, s.71.

bir izin veya onaya tabi kılınmamış olması olarak tanımlanabilir. Gerçekten de, anonim ortaklık paylarının devrinde ilke olarak ortaklık organlarının, diğer pay sahiplerinin, üçüncü kişilerin ya da kurumların izin veya onayı aranmamaktadır⁷⁹. Daha geniş anlamda ise serbestçe devredilebilirlik, payını devreden pay sahibinin, ortaklık veya üçüncü bir kişiye karşı olumlu ya da olumsuz bir yükümlülük altında olmamasını da kapsar⁸⁰.

Devredilebilirlik, anonim ortaklıklarda pay sahibinin ortaklıktan ayrılabilmesinin, ekonomik değere sahip payları paraya çevirerek değerlendirebilmesinin ve ortaklık paylarının değer kaybetme riski karşısında olası zararlardan korunabilmenin yoludur⁸¹.

Anonim ortaklıklar ile çoğunlukla küçük sermayelerin bir araya getirilerek büyük yatırımlara ulaşılması hedeflendiğinden, bu ortaklıklara ilişkin düzenlemeler de genellikle ortaklık payının devrini serbestleştirerek yatırımcılar için güvenli ve kolay tedavül edebilir bir yatırım aracı oluşturmaya yöneliktir. Bu bakımdan, kişi ortaklıkları ile kıyaslandığında anonim ortaklıklarda pay sahipliğinin daha çok bir yatırım niteliğinde olduğu da ifade edilebilir⁸².

Ortağın kişilik unsurunun anonim ortaklığa göre daha fazla ön plana çıktığı limited ortaklıkta ise payın devir ve nakli ortaklığın esaslı özelliklerinden sayılmaz⁸³. 6762 Sayılı TTK döneminde kural olarak yasak olan pay devri, mevcut TTK ile yasak

⁷⁹SEVİ, s.55.

⁸⁰UÇAR, Sercan, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, Ankara 2020, s.77.

⁸¹TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıklarda Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle, İstanbul 2012, s.1.

⁸²FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, s.265.

⁸³HIRSCH, s.121.

olmaktan çıkarılmış ise de hala limited ortaklık payının devri sıkı şekil şartlarına tabi tutulmakta, payın yüksek tedavül kabiliyetine ulaşması amaçlanmamaktadır⁸⁴.

Payın serbestçe devredilebilirliği, anonim ortaklıklar için hakim ilke olsa da mutlak bir ilke değildir⁸⁵. Çoğu zaman anonim ortaklıkla dağıtık sermayeler ile büyük yatırımlara ulaşmak asıl amaç olsa da, her zaman için amaç bu olmayabilir⁸⁶. Kimi zaman ortaklık paylarının devri ortaklığa yabancıların, rakiplerin ya da arzu edilmeyen başkaca kişilerin katılımını önleme veya ortaklık içerisindeki paysahipleri dengesini koruma gibi farklı amaçlara yönelik olarak sınırlanmış olabilmektedir⁸⁷.

Ortaklık payının devrine yönelik sınırlamalar; iradi sınırlamalar, kanuni sınırlamalar ve pay devrinin resmi izne bağlanmış olduğu haller olarak incelenebilir.

İradi pay devri sınırlamaları genellikle ortaklık ana sözleşmesinde yer alan bağlam adındaki hükümler aracılığıyla düzenlenmekle beraber, pay sahipleri sözleşmesi (shareholders agreement) veya başkaca müstakil sözleşmeler ile de düzenlenebilir⁸⁸.

Ana sözleşmede yer alan bağlam hükümleri pay devrinin geçerliliğini ortaklık yetkili organının onayına tabi kılan düzenlemeler olup, bu onayın verilmemesi ve devrin pay defterine kaydından kaçınılması yalnızca önemli sebeplere dayanabilir⁸⁹. Bağlam

⁸⁴ **ALTAŞ**, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler, Ankara 2012, s.158.

⁸⁵ **SEVİ**, s.57; **KIZILYEL**, s.10.

⁸⁶ **SEVİ**, s.57.

⁸⁷ **OKUTAN NILSSON**, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s.209.

⁸⁸ **SEVİ**, s.56.

⁸⁹ **KIZILYEL**, s.34; **SEVİ**, s.56.

hükümleri kaynağını teşkil eden normların hukuki niteliğinden dolayı mutlak etkiye sahiptir, bu nedenle de üçüncü kişiler bakımından da etki doğurur⁹⁰. Ana sözleşmede yer alan bağlam hükümleri borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri hususunda getirilebilir.

Bir malvarlığı unsuru olan anonim ortaklık payının çeşitli hukuki ilişkilere konu olabileceği kabul edilmektedir. Payın konu olabileceği hukuki işlemlerin bir kısmı dolaylı da olsa kanunda düzenleme bulmuştur. Üzerinde rehin, intifa veya alım, önalım ve geriye alım gibi yenilik doğuran hakların tesisi buna örnek verilebilir⁹¹. Ancak payın konu olabileceği işlemler bunlarla sınırlı değildir. Uygulamada ise pay sahipleri sözleşmesi veya diğer müstakil sözleşmeler ile sözleşme serbestisi doğrultusunda bu haklarla benzerlik gösteren pay satın alma hakkı (call option), pay satma hakkı (put option), satın almada öncelik hakkı (ROFR- Right of First Refusal/ROFO-Right of First Offer), birlikte satma hakkı (tag along), birlikte satmaya zorlama hakkı (drag along) gibi çeşitli hakların düzenlenmesi sıklıkla söz konusu olmaktadır⁹². Bu tür sözleşmelerden

⁹⁰SEVİ, s.59.

⁹¹UÇAR, s.68.

⁹²**Pay Satın Alma Hakkı (Call Option);** Pay sahibine belli miktarda payı, belli bir süre içerisinde ve önceden belirlenen veya bir formül doğrultusunda belirlenebilir olan bir fiyat üzerinden satın alma imkanı tanınmasıdır. Hakkın kullanılması durumunda muhatap payını devretme borcu altına girer. Bu hak bir alım hakkı niteliği taşır.

Pay Satma Hakkı (Put Option); Pay sahibine sahip olduğu payların çoğunlukla tamamını, belli bir süre içerisinde ve önceden belirlenen veya bir formül doğrultusunda belirlenebilir olan bir fiyat üzerinden diğer pay sahiplerine satma imkanı tanınmasıdır. Hakkın kullanılması durumunda muhatap payları satın alma borcu altına girer.

Satın Almada Öncelik Hakkı (ROFR- Right of First Refusal/ROFO-Right of First Offer); Önalım hakkına benzer bir hak olmakla beraber özellikle pay sahibinin payların satımı ile ilgili üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmadan önce hak sahibine başvurmakla yükümlü olması noktasında farklılık gösterir. ROFR’de payını satmak isteyen pay sahibi olası bir üçüncü kişi alıcıdan bir teklif almasının ardından hak sahibine yazılı bildirimde bulunur. Hak sahibi satın almada öncelik hakkını kullanırsa bu teklifte yer alan koşullarda payı devralmak üzere sözleşme kurulur. Hakkından feragat etmesi durumunda pay sahibi teklifte yer alan koşullardan daha elverişli olmamak üzere üçüncü kişi ile sözleşme kurabilir. ROFO’da ise payını devretmek isteyen, üçüncü kişiden önce hak sahibine yazılı bir bildirimde bulunmakta ve pay satım koşullarına ilişkin bir teklif sunmaktadır. Hak sahibi teklifi değerlendirerek kabul edebileceği gibi, reddederek hakkından feragat da edebilir. Bu durumda pay sahibi üçüncü kişi ile yapacağı anlaşmayı hak sahibine sunduğu tekliften daha elverişli koşullar ile yapamaz.

Birlikte Satma Hakkı (Tag Along); Birlikte satma hakkı genellikle azınlık pay sahiplerine tanınan bir hak olup, payını satmayı düşünen pay sahibine kendi paylarını satmak için oluşan koşulları birlikte satma hakkı sahibi için de oluşturularak kendi payları ile beraber hak sahibinin paylarının da satılmasını sağlama yükümlülüğü yükler.

Birlikte Satmaya Zorlama Hakkı (Drag Along); Bu hak ise hakim pay sahibinin menfaatini korumaya yönelik olup, paylarını satacağı zaman alıcının ortaklığa ait tüm payları bütün olarak elinde bulundurmayı isteyebileceği durumlar karşısında hak sahibine kendi payları ile beraber azınlık pay sahibini de kendisine ait paylarını alıcıya satmaya zorlama hakkı tanır. Burada hak sahibi diğer pay sahibi adına bir borçlandırıcı işlem yada tasarruf işleminde bulunamaz. Ancak sözleşmenin tarafı diğer pay sahibi bu durum karşısında paylarını belirlenen çerçevede satma yükümlülüğü altındadır.

doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu önemlidir. Bu tür sözleşmeler bağlam hükümlerinin aksine mutlak değil, nisbi etkiye sahiptir. Bu nedenle de üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi kural olarak mümkün değildir. Doktrinde bu hakların üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesini sağlayabilmek adına; hakkın pay senedine kayıt olarak koyulması; pay senetlerinin güvenilir bir yere tevdi edilerek her satımda hak sahibine bildirimde bulunulması; bu sözleşme hükümlerinin paralel olarak ana sözleşmede bağlam olarak da yer alması ve buna aykırı devirler için pay defterine kayıttan kaçınılması gibi çeşitli çözüm yolları öne sürülmüştür. Tartışmaların sonucunda esas sözleşmesel bağlama tek borç ilkesi açısından yaklaşılarak, bu haklardan sadece öncelik hakkının, ana sözleşmeye düzenleme olarak eklenmesi yoluyla üçüncü kişilere karşı koruma sağlanması hukuken mümkün görülmüştür⁹³.

Pay devrine getirilen kanuni sınırlamalar ise, çeşitli olumlu ve olumsuz sınırlamalardan oluşur⁹⁴. TTK m.491/f.1 bedeli tamamen ödenmemiş payların devrinin ortaklık onayına tabi olduğu yönünde bir sınırlama getirmektedir. Anonim ortaklıkta payın devri düzenlemesinde getirilen bu sınırlama “kanuni bağlam” kabul edilir^{95,96}.

[TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Cilt:II, s.76, p.1019a; SEVİ, s.60-65; OKUTAN NILSSON, s.211, 214.]

⁹³SEVİ, s.67.

⁹⁴age., s.58.

⁹⁵KIZILYEL, s.29.

⁹⁶Pay devrine ilişkin, kanundan kaynaklanan diğer diğer sınırlandırmalar ise TTK m.352 tescilden önce pay taahhüdünün devri yasağı, TTK m.486 tescilden önce çıkarılan pay senetlerinin ve devirlerinin geçersizliği, TTK m.379 anonim ortaklığın kendi paylarını edinmesi sınırı, TTK m.388 ortaklığın kendi paylarını taahhüt yasağı,

Diğer bir pay devri sınırlaması ise devrin resmi bir makamın iznine bağlanmış olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Finansal, rekabet, düzenleme ve denetim alanlarındaki devlet politikaları gereği özel kanunlarla anonim ortaklıklarda pay devri bazı hallerde ilgili denetim ve düzenleme kurumlarından gerekli izinlerin alınması veya bildirim yapılması şartına bağlanmış olabilir⁹⁷. Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Rekabet Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Hazine Müsteşarlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bu resmi makamlar arasında yer almaktadır⁹⁸.

II. ANONİM ORTAKLIKTA PAY DEVRİ KAVRAMI

A. ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVRİ

Anonim ortaklık payının devri, 6102 sayılı TTK m.484-m.497 arasında pay senetleri ve bunların devirlerine yer verilmesi suretiyle düzenleme bulmuştur. Anonim ortaklıkta

TTK m.208 hakim ortaklığın azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı, SerPK. m.27 f.1 halka açık anonim ortaklıklarda hakim pay sahibinin azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı, TTK m.140 birleşme halinde pay sahibinin ortaklıktan ayrılma hakkı veya çıkarılması (sell out/squeeze out merger) düzenlemeleri pay devretme yükümlülüğü doğuran kanuni düzenlemelerdir. SerPK. m.26 zorunlu pay alım teklifi yoluyla ortaklık paylarının toplanması, SerPK. m.27 f.2 halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibinin satma hakkı, TTK m.202 f.1, f.2 hakim ortaklığın hakimiyetini hukuka aykırı kullanması halinde doğabilecek bağlı ortaklık pay sahiplerinin paylarını devralma yükümlülüğü ve SerPK. m.24 önemli nitelikteki işlemlerde muhalif kalan pay sahibinin ayrılma hakkı düzenlemeleri pay devralma yükümlülüğü doğuran düzenlemelerdendir (SEVİ, s.156-194; KIZILYEL, s.31-33).

⁹⁷KILIÇ, s.71.

⁹⁸SEVİ, s.156- 194.

ortak sıfatının devri mümkün olup, bu da payın devri ile gerçekleşir⁹⁹. Devre konu olması bakımından ortaklık payı, öncelikli olarak pay sahipliği mevki ve bundan doğan haklar ve borçların kaynağı anlamıyla anlaşılmalıdır. Pay sahipliği hakkı; oluşturduğu mevki ve buna bağlı haklar ile borçlar devre konu pay kavramı bakımından bir bütünlük teşkil etmektedir. Bir başka ifade ile, pay devri işlemi ile devredilen; çeşitli hukuki ilişkilerden oluşan bir bütündür. Pay devri ise, devralan ve devreden arasındaki bir hukuki ilişkidir¹⁰⁰.

Payın, yani pay sahipliği hakkının devri bir hak devri niteliği taşımaktadır¹⁰¹. Ancak, payın kapsamında hakların yanı sıra borçlar da bulunduğundan, sıradan bir hak devrinden farklı nitelikte olduğu kabul edilir¹⁰². Payın devri sonucu, payı devreden ortak ortak sıfatını kaybeder, devralan ise ortaklık mevkiine sahip olur ve paya bağlı haklar ve borçlarla beraber ortak sıfatını kazanır¹⁰³.

Soyut bir bütünlük olan anonim ortaklık payı, aynı zamanda ekonomik bir değere sahiptir ve bir malvarlığı değeri teşkil eder. Pay hukuki nitelik itibarıyla bir eşya değildir¹⁰⁴. Mal kavramı, sadece eşyalar için kullanılan bir kavram olmayıp tüm

⁹⁹İMREGÜN, s.29.

¹⁰⁰ÖZ, s.21

¹⁰¹İMREGÜN, s.275; BUZ, s.66.

¹⁰²ÖZ, s. 30; DOMANIÇ, s.929.

¹⁰³İMREGÜN, s.29.

¹⁰⁴ Bir şeyin eşya olarak nitelenebilmesi için öncelikle sınırlandırılmış bir varlığa sahip olması, cismani ve ekonomik bir bütünlük sağlaması gerekmektedir, ayrıca üzerinde fiili bir hakimiyet kurulması da eşya olmanın şartlarındandır. Soyut bir bütünlük olan pay, eşya olmanın şartlarını karşılamamaktadır, dolayısıyla eşya olarak nitelendirilemez. Fikir ve sanat eserlerini örnek vermek gerekirse, bunlar üzerinde de “mülkiyet” değil,

malvarlığı değerleri için kullanılmaktadır. Mallar taşınır ve taşınmaz olmak üzere iki gruba ayrılmakta, taşınır mallar ise yine kendi içerisinde maddi taşınır mal ve gayrimaddi taşınır mallar olmak üzere ayrılmaktadır¹⁰⁵. Gayrimaddi taşınır mallar sınıfında yer alan anonim ortaklık payını, esasen bir senede yada ilmühabere bağlanmamış olması halinde fiziki bir varlığı bulunmadığından taşınırlığını vurgulamaya gerek olmayıp, yalnızca gayrimaddi bir mal olarak tanımlamak daha doğru olacaktır¹⁰⁶.

Devredilebilir niteliğe sahip bu gayrimaddi malvarlığı değeri; satış, bağışlama, trampa gibi çeşitli sözleşmesel ilişkilere konu edilebilmektedir. Söz konusu borçlandırıci işlemlerden birine konu edilen anonim ortaklık payı, uygun tasarruf işleminin

“fikri hak” denilen başka bir mutlak hakkın varlığı kabul edilmiştir. Doktrinde pay üzerindeki mutlak hakkı ifade etmek için de “mülkiyet” kavramı sıkça kullanılıyor olsa da aslında eşya üzerindeki mülkiyet anlaşılmamalıdır. Bazı hukuk düzenlerinde bu türden haklar gayrimaddi eşya olarak nitelenmişse de hukukumuzda eşya kavramının dışında yer alırlar. TMK m.954’de “*Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir*”denilerek devredilebilen her türlü hakkın rehnedilebileceği öngörülmüştür. Payın rehni, bir hak rehni olması itibariyle bu hükme tabi olsa da, hükmün diğer eşya hukuku hükümleri arasında düzenlenmiş olması karşısında, ortaklık payının da bir eşya olduğu yanılıgısına düşülmemelidir. (SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2020, s.6; YILMAZ, Abdülsamet, Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapıs Haklarına Konu Olması, İstanbul 2020, s. 9).

¹⁰⁵ AKDUMAN, Ebru, Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul 2010, s.25; ÖZLÜK, Betül, “*Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s.139-166, s.143.

¹⁰⁶ AKDUMAN, s.25.

gerçekleştirilmesi ile birlikte devralana geçecektir. Devir işleminin gerçekleşmesi ile birlikte payı devralan; pay sahipliği mevki, yani pay sahipliği sıfatı ve bu mevkiye bağlı olan haklar ve borçları devralmaktadır.

Senede bağlanmış payın devre konu edilmesi durumunda da yine esasen devri amaçlanan senet değil payın kendisidir. Dolayısıyla, pay senedinin borçlandırıci işleme konu edilmesi ile de aslında gerçekte devri taahhüt edilen paydır. Ancak, pay senede bağlanmakla hak senette mündemiç hale geldiği için, devir aşamasında payın bağlanmış olduğu kıymetli evrakın devir prosedürüne uygun devri gerekmektedir.

B. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMA

1. Paylı Mülkiyette Payın Devri

TMK m.688/f.1,“Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir” hükmü ile paydaşlık kavramı üzerinde durmuştur. Paylı mülkiyet ve paydaşlık kavramları eşya hukukuna ait kavramlar olup, anonim ortaklıktaki pay sahipliği ve ortak kavramlarından farklıdır. Paylı mülkiyet ile ifade olunan, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkına, sınırlı ayni haklara, alacak haklarına veya sınai mülkiyet haklarına birden fazla kişinin paylı olarak sahip olmasıdır¹⁰⁷. Paylı mülkiyet konusu şey, fiili olarak bölünmemiş ve üzerinde belirlilik ilkesi gereği tek bir mülkiyet kurulmuştur¹⁰⁸. Bu mülkiyet hakkı birden çok kişiye aittir. Pay, her bir paydaşın paylı mala ilişkin yetki ve yükümlülüklerinin bütününe ifade etmektedir¹⁰⁹. Anonim ortaklık payının pay sahibine hak ve yükümlülükler sağlaması benzer gözükebilir; ortaklık payı sadece, ortaklığa karşı ileri sürülebilir hak ve yükümlülükler

¹⁰⁷ SİRMEN, s.297.

¹⁰⁸ age., s.297.

¹⁰⁹ age., s.300.

getirmektedir. Anonim ortaklığın kendi tüzel kişiliği bulunup, ortaklar anonim ortaklık ve ortaklığa ait olan malvarlığı üzerinde paylı mülkiyet sahibi değildir. Anonim ortaklıkta paylara bölünmüş olan ortaklığa karşı ileri sürebilecek olan haklar ve ortaklığa karşı olan borçlardır.

TMK m.688/f.3 *“Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir”* hükmü ile paydaşların kural olarak diğer paydaşların rızasını almaksızın kendi paylarını devredebilecekleri düzenlenmiştir. Payların devri bakımından serbesti sağlanması, anonim ortaklık payı ile benzerlik göstermektedir. Payı devretmek için mülkiyeti devir borcu doğuran bir hukuki işlem yapan paydaşın, bu hukuki işlemi payın ilişkin bulunduğu malın türüne göre gerçekleştirmesi gerekir. Üzerinde paya sahip olunan malın bir taşınmaz olması halinde şekil şartları yerine getirilerek devir gerçekleştirilmeli, taşınır olması halinde de zilyetliğin devri sağlanmalıdır¹¹⁰. Devir ile beraber paylı mülkiyet devreden açısından sona erer¹¹¹.

Belirtmek gerekir ki, anonim ortaklık payının devri ile paylı mülkiyette payın devri farklı kavramları ifade etse de anonim ortaklık payı üzerinde de paylı mülkiyet ilişkisi kurulabilmektedir. Ancak bu ilişkinin ortaklığın karşısında tek kişi ile temsil edileceği unutulmamalıdır.

2. Elbirliği Mülkiyetinde Payın Devri

TMK m.702/f.1’de düzenlenmiş olan elbirliği mülkiyetinde bir mal üzerindeki mülkiyet ayrı ayrı ortaklara ait olmakla birlikte, üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri belirli

¹¹⁰age.,s.302

¹¹¹OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s.326.

olarak bölünmüş paylar yoktur. Elbirliği mülkiyetinde, bir mal üzerinde ortaklık halinde tasarruf, yararlanma, kullanma ve yönetim yetkisi söz konusudur.

Elbirliği ortaklığı, kanunda öngörülmüş olan hukuki olay ya da işlemlerle meydana gelmekle beraber elbirliği mülkiyetine yol açan miras ortaklığı ile adi ortaklıkta payın devrine aşağıda değinilmiştir.

a. Miras Payının Devri

Miras hukukunda, miras ortaklığının tasfiyesi sonucu mirasçıya düşecek olan pay, miras payıdır. Miras ortaklığı bir elbirliği mülkiyeti hali olmakla beraber, bu ortaklık devam ederken mirasçıların bu pay üzerinde bir taahhüt ve tasarruf işleminde bulunmaları kural olarak mümkün değildir. Ancak, kanun koyucu doğması düşük ihtimal de olsa bir ihtiyacı karşılaması amacıyla TMK m.677 ile miras payının sözleşme ile devrini düzenlemiştir. Uygulamada miras payının devri sözleşmesi, uzun süre miras ortaklıklarının sona erdirilememesinden dolayı özellikle küçük yerleşim yerlerinde yaygın bir sözleşme haline gelmiştir¹¹².

Miras payının devri sözleşmesi mirasın açılmasından sonra da, önce de yapılabilir. Açılmış miras payının devri TMK m.677’de düzenlenirken, TMK m.678 hükmü bir kişinin ileride mirasçısı olma ihtimali bulunan kişi henüz hayattayken, ilerideki muhtemel miras payının devrine yönelik yapmış olduğu sözleşmedir. Miras bırakan henüz sağ iken yapılan sözleşmenin geçerli olması için kendisinin de sözleşmeye katılımı veya izni aranmaktadır¹¹³.

¹¹²**KILIÇOĞLU**, Ahmet, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021, s.325.

¹¹³**DURAL**, Mustafa /**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2015 s.378, s.379, 1562; **AYAN**, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2014, s.279; **GENÇ**

Miras payının devri sözleşmesi ifayı talep hakkı tanımayan, borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı bir sözleşmedir. Ayrıca miras ortaklığında elbirliği mülkiyeti geçerli olmasının bir sonucu olarak, miras ortaklığında bir değişiklik olmamaktadır. Bir başka ifade ile miras payını devralan, devreden mirasçının yerine geçmemektedir. Sadece tasfiyeye katılma hakkı; terekenin paylaşılması sonucu mirasçıya özgülenen payı talep etmeye hak kazanmaktadır¹¹⁴.

Miras payını sözleşme ile devralanın külli halef mirasçı haline geçmeyerek, sadece mirasçının mirasın paylaşılmasıyla elde ettiği hakları talep etme konusunda bir alacak hakkı kazandığı, burada gerçek bir miras payı devri değil, miras dolayısıyla kazanılacak müstakbel hakların önceden temlik taahhüdü olduğu belirtilmektedir¹¹⁵.

Anonim ortaklık payının devri sözleşmesi ile ise pay mevkii ve buna bağlı olan haklar ve borçlar bütünü olarak payın devri taahhüt edilmekte, devrin gerçekleşmesi ile devralan devredenin ortaklıktaki yerini almaktadır.

Bir başka fark, miras payının belli bir oranı devredilebilirken, anonim ortaklık payının bir kısmı devredilecekse devir işlemin taraflarını bağlamakla beraber ortaklığa karşı ileri sürülememesidir.

Ayrıca anonim ortaklık payının miras sonucukazanılması mümkün olup, miras payının devri ile karıştırmamak gerekir.

ARİDEMİR, Arzu, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.4.

¹¹⁴**KILIÇOĞLU**, s.325.

¹¹⁵**DURAL**, s.380.

b. Adi Ortaklık Payının Devri

Borçlar Kanunu kapsamında düzenleme bulan adi ortaklıkta, ortaklığın bir tüzel kişiliği bulunmadığı için, adi ortaklığın malvarlığı üzerinde ortakların tamamı elbirliği mülkiyeti sahibidir. Bir kişi ortaklığı olan adi ortaklıklarda, ortaklar arasındaki ilişkilerde karşılıklı güven ön plana çıkmakla beraber ortakların kişilikleri yani kimlerin ortak olacağı büyük önem kazanmaktadır¹¹⁶. Adi ortaklıkta ortak, payını ortaklardan birine ya da üçüncü bir kişiye devrederek ortaklıktan çıkabilir¹¹⁷. Ortakların kişiliklerinin önemli olması nedeniyle TBK m.632/f.1 uyarınca üçüncü kişinin ortaklığa alınması bütün ortakların rızasına bağlıdır. Dolayısıyla adi ortaklık payının devri ya da ortağın payına üçüncü bir kişiyi ortak etmesi için devreden ile devralan arasındaki anlaşma yeterli değildir. Ortakların onayı bulunmaması halinde üçüncü kişi ortaklığa karşı ortak sıfatını kazanamaz ve yönetime katılma hakkı elde edemez. Ancak yine de devreden ile devralan arasındaki devir işlemi hüküm ifade eder¹¹⁸. Bu durumda adi ortaklık payını devralan doğrudan ortak sıfatının getirdiği hak ve borçlara sahip olamasa da, devredenden ortak sıfatına bağlı kazanılmış olan kar payı, tasfiye payı gibi münhasır alacakları talep edebilir¹¹⁹.

Adi ortaklık payı, kollektif ve komandit ortaklıklardaki gibi “katılma payı”¹²⁰ niteliği taşır. Anonim ortaklık payı ise anonim ortaklık hukukuna özgü ayrı bir teknik terimi

¹¹⁶PULAŞLI, s.35.

¹¹⁷DEMİRKAPI, Ertan, “*Limited Ortaklık Payının Devri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2008. s.36.

¹¹⁸PULAŞLI, s.35.

¹¹⁹DEMİRKAPI, s.36.

¹²⁰ Katılma payı: Her ortak, ortaklık amacının elde edilmesine yardım edecek oran ve şekilde bir sermayeyi ortaklığa koymak zorundadır. Ortaklığa koymakla yükümlü

karşılayıp, katılma payından farklıdır. Farklılık özellikle, itibari değer, devrin konusu, oransallık ilkesi, kar ve zarar gibi konularda kendini göstermektedir¹²¹.

3. Alacak Hakkının Devri

Anonim ortaklıkta pay devri ile karşılaştırılması gereken diğer bir kavram da alacak hakkının devri kavramıdır. Haklar niteliklerine göre nisbi hak ve mutlak hak olarak ikiye ayrılırlar. Nisbi hakların başlıca örneği olan alacak hakları, sahibine, aralarındaki mevcut hukuki ilişkiye dayanarak bir veya birkaç kişiden bir şeyin verilmesini, yapılmasını ya da yapılmamasını isteme yetkisini veren haklardır¹²².

Alacağın devri TBK m.183-194 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Alacağın devri, üçlü ilişkiye dayanan bir kurumdur. Bir sözleşmeye, kanun hükmüne ya da mahkeme kararına dayanması bu durumu değiştirmemektedir. Sözleşmeye dayanan devirde, alacaklı ile borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına dayanan işlemle, bir alacağın üçüncü bir kişiye intikali sağlanmaktadır. Devir sonucu, borçluya karşı alacaklı sıfatını artık bu üçüncü kişi taşımaktadır¹²³.

Anonim ortaklık payının devri bir alacağın devri işlemi değildir. Öncelikle pay hukuki nitelik olarak sadece alacak olarak nitelenemez. Anonim ortaklık payı, pay sahipliği

olunan bu sermayeye katılma payı denir. Ortaklığa katılma payı konulması TBK m.621/1’de öngörülmüştür.

¹²¹PULAŞLI, s.519.

¹²²CANSEL, Erol/ İNAN, Ali Naim, “*Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.21, 1964, s.345-367, www.dergipark.org.tr Son Erişim:22.10.2021.

¹²³KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021, s.1009.

sıfatı ve bu mevkiye bağı olan haklar ve borçlar ile bir hukuki ilişkiler bütünüdür. Payın devri bu bütünün bir kül halinde, parçalanmadan devri anlamını taşır. Alacağın devri ise geniş anlamda bir hukuki ilişkinin devri değil, hukuki ilişkiden doğan alacakların tamamının veya bir kısmının devridir¹²⁴.

Bir kimse anonim ortaklık payından doğan bir alacağını örneğin kar payını bir başkasına devretmek isteyebilir. Ancak, bu durumda sadece alacağın devri söz konusu olmakla beraber, bunun pay devri olduğundan söz edilemez.

4. Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri kurumu, önceki Borçlar Kanunumuzda düzenlemeye sahip olmasa da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde varlığı kabul edilen ve uygulama bulan bir kurumdu. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ile Alman Medeni Kanununda (BGB) da düzenleme bulan bu kurum 6102 Sayılı Borçlar Kanunumuzun 205.maddesinde düzenleme bulmuştur¹²⁵.

Sözleşmenin devrinde, geniş anlamda bir borç ilişkisi teşkil eden sözleşme taraflarından biri bu sözleşmedeki taraf sıfatını iradi olarak, bir başka kişiye anlaşılarak devretmektedir¹²⁶. Dolayısıyla sözleşmenin, sözleşmede kalan tarafı ve sözleşmenin hak ve borçları ile beraber bir bütün halinde el değiştirmesi söz konusudur¹²⁷.

¹²⁴CANSEL/İNAN, s. 382.

¹²⁵OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, 15. Baskı, İstanbul, 2020, s.638.

¹²⁶OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-II, s.638.

¹²⁷TBK m.205 f.1’de de sözleşmenin devrinin tanımı “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu

Alacak ve borç, sözleşme ilişkisinin sadece birer kalemini oluşturmakta ve devirleri sözleşmede taraf değişikliği yaratmayıp yalnızca alacağı talep veya borcu ifa konusundaki yetkiler devredilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin devri, alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden de farklıdır^{128,129}.

DEMİRKAPI, limited ortaklık payının bir mevkiye değil ortak sıfatına bağlı olması nedeniyle pay devrinde aslında devredilenin ortaklık sözleşmesinde taraf olma durumu olduğunu ve bu nedenle de pay devrinin, hukuki nitelik olarak sözleşme devri olduğunu savunmuştur¹³⁰.

sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.” şeklinde yapılmıştır.

¹²⁸**MERAL**, Nevin, “*Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 5 Sayı:1 Yıl 2014, s.327-352, s.333.

¹²⁹İsviçre ve Alman doktrininde sözleşmenin devri kurumunu açıklamak için iki teori ortaya konulmuştur. Bu teorilerin ilki olan “kombinasyon” teorisine göre sözleşmenin devri alacağın devir ile borcun üstlenilmesi hukuki işlemlerinin birlikte gerçekleşmesidir. Bu teori sözleşme ilişkisinin sadece alacak ve borçtan ibaret olmadığı; sözleşme ilişkisini sadece alacak ve borç üzerinden değerlendiremeyeceğini savunanlarca eleştirilmiştir. Bu eleştiride bulunanlar sözleşme ilişkisini alacak ve borçların dışında başka hukuki durumlar ve yükümlülüklerle beraber bir bütün olduğunu ve bu bütünün bir kül halinde devrolduğunu savunarak “birlik” teorisini ortaya koymuşlardır (**MERAL**,s.332).

¹³⁰**DEMİRKAPI**, Ertan, “*Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 815-848, s.846.

Anonim ortaklık payının devri konusunda bu görüşün benimsenmesi bize göre mümkün değildir. Şöyle ki, öncelikle anonim ortaklık için pay merkez kavram teşkil eden özel teknik bir terimdir ve ortak sıfatı pay adı verilen mevkiilere bağlı olarak kazanılmaktadır. Başka bir ifade ile pay, ortak sıfatından önce doğmakta, payın kazanılması kaynağında pay olan ortak sıfatı ve beraberinde haklar ve borçları getirmektedir. Görüldüğü üzere anonim ortaklıklarda paya, kişilerin ötesinde özel bir anlam kazandırılmıştır. Dolayısıyla anonim ortaklıkta pay devrinin kişiye bağlı ortak sıfatının devrinden ibaret olduğu görüşü kabul edilemez.

Ayrıca sözleşmenin devrinden söz edilebilmesi için devredilecek olan sözleşmenin bir borç sözleşmesi olması gerekmektedir. Anonim ortaklıklarda ortağın diğer ortaklar ve ortaklık ile ilişkileri esas sözleşmeye dayanmaktadır¹³¹. TTK’da düzenlenen bu çok taraflı sözleşme ile kural olarak kazanç paylaşma amacı güdülmektedir ve tarafların borçları bakımından bir karşılıklılık (synallagma) ilişkisi söz konusu değildir¹³². Dolayısıyla bir ortaklık sözleşmesi olan anonim ortaklık esas sözleşmesinin, sözleşmenin devrinde aranan borç sözleşmesi kavramını karşılayamayacağı düşüncesindeyiz¹³³.

5. Malvarlığı veya İşletmenin Devri (TBK m.202)

Pay devri sözleşmesinin bir malvarlığı veya işletmenin devri sözleşmesi ile de ayırt edilmesi önemlidir. Malvarlığı ve işletmenin devrinde pasiflerin durumu borcun üstlenilmesi kavramı ile yakından ilgili olmasından dolayı, malvarlığı veya işletmenin devralınması başlığı TBK m.202’de düzenlenmiştir. Böylece devredilen malvarlığı veya

¹³¹(TEKİNALP)/Poroy/Çamoğlu, s.309, p.486b.

¹³²AKİPEK, Şebnem/KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2002, s.23.

işletmenin borçlarından sorumluluk hükme bağlanmıştır. Malvarlığı veya işletmenin devrinde bir anlaşma sonucu tüm aktif ve pasiflerle birlikte devir gerçekleştirilmektedir. Pasifler TBK m.201 hükmü gereği tek tek borcun üstlenilmesi anlaşması gerektirmeden kül halinde devrolmaktadır. Ancak, TBK m.201 aktiflerin devrini düzenlememiş olup, aktifler ile ilgili devreden ve devralanın sorumlulukları ise bunların taşınır, taşınmaz veya alacak olmaları durumlarına göre, tek tek belirlenir. Taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tapuda tescil işlemi, alacaklarda ise alacağın temliki işlemi gerekmektedir¹³⁴. Malvarlığı veya işletmenin devri sözleşmesine dayanan bu işlemler sonucu devir gerçekleşmektedir.

Pay devri sözleşmesi ile ise ortaklığa ait bir malvarlığı veya işletme değil, bir pay sahibi tarafından o ortaklığa ait pay ya da payların bir başkasına devri taahhüt edilmektedir. Payları devredilen ortaklığın malvarlığı ve işletmesi el değiştirmeden varlığını sürdürmektedir. Devredilen payların, ortaklık paylarının tamamı ya da ortaklık üzerinde hakimiyet yaratacak miktarda paylar olması durumunda ortaklık sahiplerinde değişiklik olsa da ortaklığın unvanı, malvarlığı ve işletmeleri sabit kalmaktadır^{135,136}.

D. YASAL DÜZENLEME

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 489.m vd. hükümlerinde anonim ortaklıkta senede bağlanmış payların devri ile birlikte anonim ortaklıkta pay devrine ilişkin bazı genel hususlar düzenleme bulsa da, pay devrine temel teşkil eden borçlandırııcı işlem ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Limited ortaklıklar için TTK m.595/f.1 hükmü ile “Esas

¹³⁴ KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1053.

¹³⁵ age., s.1054.

¹³⁶ Pay devri ile ortaklık ve ortaklığa ait, işletme başta olmak üzere, malvarlığı üzerinde hakimiyet sağlama amaçlandığı haller için ileri sürülen görüşlere üçüncü bölümde detaylı olarak değinilmiştir.

sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır...” ifadesi ile “pay devri sözleşmesi” açısından bir düzenlemeye yer vermiştir. Ancak anonim ortaklıklarda pay devri sözleşmesi açısından bir düzenleme yer almamaktadır. Devir detaylı bir düzenlemeye sahip iken borçlandırıci işleme dair düzenlemenin bulunmaması bir taraftan eksiklik iken, diğer taraftan devir serbestisi ile borçlandırıci işlemde şekil serbestisinin bir yansıması olarak yorumlanabilir. TTK ve diğer kanunlarda özel bir düzenleme yer almaması nedeniyle anonim ortaklık pay devri sözleşmesinin özellikleri için niteliğine uygun düştüğü surette genel hükümlere başvurulması gerekmektedir¹³⁷. Bu kapsamda öncelikli olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır.

Sermaye piyasasında faaliyette bulunan anonim ortaklıklarda pay devrine ilişkin yasal düzenlemeyi inceleyecek olursak, 6362 Sayılı SerPK m.2 kanununun kapsamını belirlemekle beraber kanuna tabi olup, sermaye piyasasında paylarını devretmek isteyen ortaklıkların öncelikle bu kanun ve ilgili düzenlemelerde yer alan şartları yerine getirmesi gerekmektedir. SerPK m.2/f.2 ise ise bu kadar geniş kapsamın tamamının bir kanunda düzenlenmesinin zor ve kanun tekniğine uygun olmayacağı için bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulama bulacağını belirtmektedir. Hüküm doğrultusunda özellikle de kanun kapsamına giren ortaklıklara ve pay devirlerine uygulanacak hükümler bakımından TTK doğal olarak uygulanacaktır¹³⁸. Ayrıca SPK tarafından çıkarılan tebliğler de pay devri hususundakikate alınacak önemli düzenlemelerdir¹³⁹.

¹³⁷SEVİ, s.202.

¹³⁸AYTAÇ, Zühtü, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara, 1998, s.18.

¹³⁹KIZILYEL, s.69.

III. ANONİM ORTAKLIK PAYININ DEVİR PROSEDÜRÜ

A. SENEDE BAĞLANMAMIŞ (ÇIPLAK) PAYIN DEVİRİ

Anonim ortaklık payları ortaklığın kurulmasının veya sermayesinin tescili sonucunda kendiliğinden oluşmaktadır. Bu nedenle de pay zaten senetten önce de bir varlığa sahip olmakla beraber, oluşumu ile senede bağlanması arasında ilişki yoktur. eTTK'da payın senede bağlanmasının zorunlu olmadığı kuralı benimsenmiş iken, senede bağlanma TTK'da kısmen de olsa zorunludur. Ancak, anonim ortaklıkta senede bağlanmamış olan paylar da söz konusu olabilir ve bu paylar için öğretide “çıplak pay” terimi benimsenmiştir¹⁴⁰.

Çıplak paylar da hamiline yazılı veya nama yazılı olabilir. Hamiline ya da nama yazılı olması bunların bağlanacakları pay senetlerinin türünü ifade eder. Ancak pay senetleri çıkarılmadığı müddetçe paylar senede bağlanmamış pay, yani çıplak pay olarak anılırlar¹⁴¹.

Anonim ortaklık payının kıymetli evrak niteliğinde senede bağlanması ile ulaşılmak istenen amaç, paya dolaşım kolaylığı¹⁴² ve güvenliğinin¹⁴³ sağlanmasıdır. Yani, senede bağlanma payda; hakların, borçların ve yükümlerin özünde veya kullanılmasında bir

¹⁴⁰TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Cilt:II s.547, p.764.

¹⁴¹TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.95-96.

¹⁴²TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Cilt:II s.547, p.764.

¹⁴³KARAYALÇIN, s.7: Yazar, ortaklığı gösteren bir belgenin mevcut olmaması yahut mevcut olsa dahi alelade bir belge olması halinde o ortaklığa büyük sermayeler ve çok sayıda ortağın katılımının güçleşeceği, aynı zamanda bu türden belgeleri elinde bulunduran binlerce kişinin şirket ortağı olması durumunda ortaklık açısından da tahammül edilemez sorunlar doğuracağı görüşündedir. Bu nedenle de pay senetlerinin önemine vurgu yapmaktadır.

değişiklik meydana getirmemektedir. Bu kapsamda çıplak pay da, tıpkı senede bağlanmış olan pay gibi her türlü hukuki işleme konu olabilmektedir. Burada, payın serbestçe devredilebiliği ilkesi doğrultusunda çıplak payın, pay devri sözleşmesi ve devre konu edilebilmesi, ortaklık payını konu alan işlemler arasında özellikle önem taşımaktadır¹⁴⁴.

TTK'da anonim ortaklık pay senetleri ve devirleri konusunda detaylı bir şekilde düzenleme yer alırken, çıplak payların devri konusunda benzer şekilde bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu nedenle de senede bağlanmamış çıplak payların devir prosedürleri hususunda genel hükümlerden yardım almak gerekmektedir¹⁴⁵.

Senede bağlanmamış çıplak payı devreden kişi, aynı zamanda ortaklığa karşı sahip olduğu haklarını ve bu haklar doğrultusundaki alacaklarını da devretmektedir¹⁴⁶. Bu nedenle de hukukumuzda ve İsviçre Hukukunda, senede bağlanmamış çıplak payların

¹⁴⁴**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, age., s.547, p.766; **SEVİ**, s.343; **BOĞA**, s.118.

¹⁴⁵**SEVİ**, s.343; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, age., s.767a., **AKDUMAN**, s.171; **BOĞA**,s.119; **ÖZDAMAR**, s.52.

İsviçre hukukunda, çıplak payın devri prosedürünün alacağın devri hükümleri doğrultusunda olacağı kabul görmekle beraber, çıplak payın devrinde yazılı şekil şartı aranmayarak devrin şekil serbestisine tabi olduğu görüşü savunulmuştur. Bu görüş kimi yazarlara göre kabul edilebilir değildir. Malvarlığından doğan alacak haklarının devrinin alacağın temlik hükümlerine tabi kılınması doğal karşılanmışken, payın devrinin şekle bağlı olmayacağının düşünülmemeyeceği nitekim payın da sahibine alacak hakları bahsettiği dolayısıyla devrin yazılı şekle tabi olduğu görüşündelerdir. Bknz. **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, age., s.767a., **SEVİ**, s.343.

¹⁴⁶**TAŞDELEN**, Nihat, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması, İstanbul 2005, s.115.

devrinin genel hükümlere göre, bir tasarruf işlemi niteliğinde olan alacağın devri (TBK m.183) hükümleri doğrultusunda gerçekleşeceği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir¹⁴⁷. Alacağın devrinin bir tasarruf işlemi olma niteliği doğrultusunda, alacağın devri hükümlerine göre gerçekleştirilen işlemle beraber pay devralana geçmektedir¹⁴⁸. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri de çıplak payların devir yolu açısından bu görüşü benimsemektedir¹⁴⁹.

Bazı yazarlar, payın kendisini bir alacak hakkı olarak nitelendirmekteyse de bu görüşe katılamıyoruz¹⁵⁰. Anonim ortaklık payı, alacak hakkından farklı bir kavram olmakla

¹⁴⁷**TEKİNALP**, s.548, p.767a; **İMREGÜN**, s.352; **DOMANIÇ**, s.918: “Senede bağlanmamış hisselerin devri, alacağın temlikinde olduğu gibi, yazılı bir devir anlaşması yapılması yolu ile olur..”; **FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ**, s.269.; **ÇONKAR**, Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, İstanbul 2009, s.48.

¹⁴⁸**BOĞA**, s.119.

¹⁴⁹ Bknz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD T.11.02.2021, E.2019/64 K.2021/176 kararı: “...Çıplak pay genel hükümlere göre yazılı devir anlaşması ile devredilebilir. Alacağın temlik tasarrufu bir işlem olduğundan, temlik ile çıplak pay devralana geçer. Alacağın temlikinde olduğu gibi yazılı şekil şartı vardır. Bedeli ödenmiş çıplak payın devri, TBK m.184 gereği yazılı bir temlik beyanının devralana verilmesi ile gerçekleşir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 27.08.2021).

¹⁵⁰**ATAMER**, Yeşim/ **ALTUNBAŞAK SANCAK**, Zahide, “Hisse Satım Sözleşmelerinde Sonuca Katılmalı Fiyat Düzenlemeleri (Earn-Out Klotları)-Mukayeseli Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S.3 s.97-133, s.109-110, dñn.47: “...şirket hisselerinin yani şirkete karşı olan bir alacak hakkının devredilmiş olmasıdır.”

beraber, paya bağı çeşitli alacak hakları söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de çıplak payın devrinde alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulama bulacağı görüşündeyiz.

TBK m.184 ile kanun koyucu alacağın devrinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır. Burada aranan yazılı şekil şartı, adi yazılı şekildir¹⁵¹. Ancak taraflar daha sıkı bir şekil şartı uygulama konusunda da anlaşabilirler. Alacağın devri bakımından getirilen bu adi yazılı şekil şartı ile hukuki işlem güvenliğini, açıklıklığı ve bu doğrultuda işlemin üçüncü kişilerce kolayca anlaşılması amaçlanmıştır¹⁵².

Çıplak payın devrinin alacağın devri hükümleri doğrultusunda yapılacağını belirttiğimiz için, alacağın devri için aranan yazılı şekil şartı bu payların devrinde de aranacaktır. Yani çıplak payın devrinin gerçekleşmesi için, devredenın sahip olduğu devre konu paylar üzerindeki malvarlığı hakkını devralana geçirdiğini içeren yazılı bir devir anlaşması gerekmektedir¹⁵³. Bu anlaşma sonucu devir, taraflar arasında geçerli olmakla beraber, ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için ayrıca ortaklığa bildirilerek pay defterine kaydedilmesi gerekir¹⁵⁴.

Çıplak payı alacağın devri kurallarına göre devralanın, pay sahipliğini ispat bakımından iddiasını alacağın devri hükümlerine göre düzenlenen sözleşmeye dayandırması gerekir.

¹⁵¹ Adi yazılı şeklin yeterli olduğuna ilişkin Bknz. Yargıtay 11.HD T.08.11.2004, E.2004/1848, K.2004/10978 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021).

¹⁵² **OZANEMRE YAYLA**, Tolunay, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Ankara, 2019, s. 226.

¹⁵³ **SEVİ**, s.344; **DOMANIÇ**, s.892: Çıplak payların devrinin bir temlikname ve terkin anlaşması ile yapıldığını ifade etmektedir.

¹⁵⁴ **DOMANIÇ**, s.918.

Birden fazla devir gerçekleşmesi halinde düzgün bir temlikname zincirinin varlığı aranır¹⁵⁵.

Alacağın temliki hükümlerinin uygulanması anonim ortaklık paylarının bedelinin tamamının ödenmiş olduğu durumlarda yeterli görülmektedir. Ancak pay bedelleri her zaman tam olarak ödenmiş olmayabilir. Taahhüt edilen payların karşılığını oluşturan edimin ifası, pay sahiplerinin asli borcudur. Bu borcun kısmen ya da tamamen yerine getirilmemiş olması durumunda paya bağlı bir borcun varlığı söz konusudur. Bu durumda, pay bedelinin ifa edilmesi borcu karşısında ortaklık bir alacak hakkına sahiptir. Bu şartlar altında, payı devralan açısından payın devri TBK m.195 borcun üstlenilmesi hükümlerine göre gerçekleşecektir¹⁵⁶.

Borcun üstlenilmesi işlemi ile borç ilişkisinin konusu değişmeden, ilişkinin borçlu taraflarında değişim olmaktadır. Bu hukuki işlem sonucunda borç ilişkisinin önceki borçlu tarafı ilişkiden ayrılmakta yerini bir başkası almaktadır. Bedeli tamamen ödenmemiş çıplak payın devrinde de devreden ödenmemiş pay bedeli üzerindeki borcunu iç borç üstlenmesinde devralana geçirmektedir. Ancak borcun üstlenilmesi için sadece iç üstlenme yetersiz olup, tek başına borcun naklini sağlamamaktadır. Çünkü, borcun iç üstlenilmesi sonuçlarını sadece borcu üstlenen ile borçlu arasında doğuran iç ilişkidir. Borcun nakli işleminin gerçekleşmesi için ayrıca borç ilişkisinin alacaklı tarafının iç üstlenmeyi kabul ve onayı şarttır. Dış üstlenme olarak adlandırılan bu ikinci aşamanın gerçekleşmesi ile borcun nakli sağlanır¹⁵⁷.

Bu doğrultuda, bedeli tamamen ödenmemiş çıplak payın devri için, iç borç üstlenmesinin yanı sıra dış borç üstlenmesi de aranır. Dış borç üstlenmesi için

¹⁵⁵ ÇONKAR, s.54.

¹⁵⁶ TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.549, p.767 c.

¹⁵⁷ KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1035.

alacaklının rızasının aranacağını belirtmiştik. Bu nedenle de borcun üstlenilmesi işleminin gerçekleşmesi için ortaklığın onayı şarttır. Bu muvaffakat dış borç üstlenme sözleşmesi niteliği taşır¹⁵⁸.

Öğretide kimi yazarlar çıplak payın devri hususunda ikili bir ayrıma giderek bedelinin tamamı ödenmiş payların devrinde alacağın temlik hükmünün uygulama bulacağını, bedeli hiç ödenmemiş ya da kısmen ödenmemiş payların devrinde ise borcun üstlenilmesi söz konusu olduğunu savunmaktadır¹⁵⁹. Kimi yazarlar ise ikili ayrım yapılmasını ve bedeli tamamen ödenmiş payların devrinin sadece alacağın devri hükümleri uyarınca gerçekleşeceğini kabul etmekle beraber; bedeli hiç ödenmemiş veya kısmen ödenmiş olan payların devrinin sadece borcun üstlenilmesi ile gerçekleşmesi fikrini doğru bulmamaktadır. Bizim de haklı olduğunu düşündüğümüz bu görüşe göre anonim ortaklık payı sermaye taahhüdünden doğan borcu içerse dahi pay sadece borçların değil hakların da kaynağıdır. Dolayısıyla bu payların devrinde borcun üstlenilmesi ile birlikte alacağın temlik hükmü yine uygulama bulacaktır¹⁶⁰.

Borcun nakli işleminin TBK m.195 vd. hükümleri uyarınca bir üstlenme sözleşmesi akdedilmesi ve ortaklığın onayının alınması ile gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁶¹. Nakil sözleşmesinin şekle tabi olduğu hususunda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle de hakim ilke olan şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak bu paylar için sadece borcun üstlenilmesi değil alacağın temlik hükmünün de uygulama bulacağını kabul ettiğimiz için alacağın temlik için aranan yazılı şekil şartı bu payların devrinde de aranmalıdır.

¹⁵⁸TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.549, p.767 c.

¹⁵⁹Görüş için bkz. TEKİNALP; SEVİ.

¹⁶⁰Görüş için bkz. BOĞA, İMREGÜN, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, ÖZDAMAR.

¹⁶¹SEVİ, s.345.

B. PAY SENETLERİ VE DEVİRLERİ

1. Genel Olarak Anonim Ortaklıkta Pay Senetleri

Özel hukukta kanunun açıkça düzenlemiş olduğu haller haricinde bir hakkın doğumu ile senet düzenlenmesi arasında bir ilişki yoktur. Senet düzenlenmeden önce de o hak mevcuttur ve bu durumda senet hakkın varlığını sağlayan değil ispata yarayan bir araçtır¹⁶². Aynı şekilde payın doğumu için de senet düzenlenmesi gerekli değildir. Ticari senetlerden farklı olarak, hak senetler düzenlenmeden doğmuştur¹⁶³. Pay senetleri anonim ortaklık payını temsil ve ifade eden belgelerdir¹⁶⁴. Bir başka ifade ile açıklayıcı niteliktedirler¹⁶⁵. Anonim ortaklık payı asıl ve varlığı ön planda olandır, senede bağlanma ikincil planda yer alır. Her ne kadar kanunda yanlış kullanımlar yer alsada da pay ve pay senedi kavramları birbirinden farklıdır¹⁶⁶. Yine aynı şekilde, sermayenin parçası olan, esasen devre konu teşkil eden, ortaklık haklarının kaynağı olan pay senedi değil, payın kendisidir¹⁶⁷. Pay sahibi, paya bağlı haklarını senet düzenlenmeksizin de

¹⁶²PULAŞLI, (“Kıymetli Evrak”), s.1.

¹⁶³ANSAY, s.217.

¹⁶⁴DOMANIÇ, s.883.

¹⁶⁵ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında; pay devri sözleşmesinde öngörülen bedelin ödenmiş ancak pay senetleri çıkarılmadığı için devrin gerçekleştirilmemiş olduğu iddia edilen davada, payın devri için tarafların arasında anlaşma sağlanmasını yeterli bulmuştur (Yargıtay 11.HD T.12.10.2005, E.2004/12026, K. 2005/9633, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021).

¹⁶⁶ANSAY, s.217.

¹⁶⁷AYTAÇ, s.68.

kullanabilir. Senede bağlanmış ve bağlanmamış pay arasında hakların niteliği ve kapsamı yönünden bir fark yoktur¹⁶⁸.

Anonim ortaklıkta pay senetleri; pay sahipliğinin ispatı ve payların konu olduğu hukuki işlemleri kolaylaştırma amacı ile çıkartılır¹⁶⁹. TTK m. 484/f.1 anonim ortaklıkta pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olabileceğini düzenlemiş olup, bu senetler kıymetli evrak niteliğindedir. Bu özelliği dolayısıyla, senet ile ortağın pay hakkı sıkı sıkıya bağlanmış durumdadır. Bir başka ifade ile anonim ortaklık payı, kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanmakla pay sahipliği hakları, senet ile mündemiç olur; senetten bağımsız olarak ne ileri sürülebilirler ne de devredilebilirler¹⁷⁰.

Kanun koyucu “Pay Senetleri”ne ilişkin düzenlemeye, 6102 Sayılı TTK’nın anonim ortaklıklara ait “Dördüncü Kısım”nda, “Yedinci Bölüm: Menkul Kıymetler” başlığı içinde “Birinci Ayırım: Pay Senetleri” şeklinde m. 484 ve m.501 arasında yer vermiştir¹⁷¹.

¹⁶⁸TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Cilt:I, s.114, p.1097.

¹⁶⁹ŞENER, s.612; ANSAY, s.217.

Hakkın doğumu için senetle düzenlenmesi gerekmemekle beraber, HMK m.200 f.1 hükmü uyarınca bir hakkın değeri 2.500 TL’yi aştığı takdirde senetle ispat olunması kuralı göz önünde bulundurulunca senedin hakkın varlığını kanıtlayan bir araç olduğu sonucuna varılır. Bu durumda hakkın doğumu ile senet arasında bir ilişki kurulmaktadır (PULAŞLI, Kıymetli Evrak, s.3).

¹⁷⁰ŞENER, s.612.

¹⁷¹NARBAY, Şafak, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (m.484-501)”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: XVI Sayı: 3-4, s.201-251, s.201.

İsviçre ve Alman Hukukunda hem payı, hem de pay senedini ifade etmek için aynı kelime, “actie” kelimesi, kullanılmıştır. Ticaret Kanunumuzda da pay senedine ilişkin düzenlemelerin büyük kısmı İsviçre Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden alındığı için bu durum pek çok defa kavram karmaşasına yol açmıştır¹⁷². Kanunumuzda yer yer “nama yazılı pay”, “senede bağlanmamış pay”, “nama yazılı pay senetleri”, “hamiline yazılı pay senetleri” ibarelerine yer verilerek pay ve pay senedi bazen aynı anlama sahiplermiş gibi iki kavramı da kapsayacak şekilde, bazen de yanlış olarak birbirinin yerine kullanılmıştır^{173,174}.

a. Pay Senetlerinin Çıkarılması

Anonim ortaklıklarda pay senetlerinin ortaklığın kuruluşunun ya da sermaye artırımının tescilinin öncesinde çıkarılamayacağı TTK m.486/f.1’de hüküm altına alınmıştır. Ancak bu koşulda çıkarılan pay senetleri geçersiz olsa da, pay sahibinin sermayeye katılma taahhüdü hala geçerlidir ve pay sahibini bağlar. Ayrıca söz konusu senetleri çıkaran, bundan doğan zararlardan sorumludur¹⁷⁵.

TTK m.486/f.2 hükmü, hamiline yazılı pay senetlerinin, pay bedellerinin tamamının ödenmesinden sonra üç ay içerisinde, yönetim kurulu tarafından bastırılıp sahiplerine dağıtılacağını düzenlemiştir. Pay senetlerinin düzenlenmesine ilişkin hüküm eTTK’da yer almıyordu, TTK m.486 hükmünün bu konuda bir boşluğu doldurduğu söylenebilir¹⁷⁶. Kanun koyucu, yönetim kurulunun bu yükümlülüğü ile senetlerin

¹⁷²AKDUMAN, s.26.

¹⁷³NARBAY, s. 1.

¹⁷⁴ANSAY, s.217: Önceki kanun döneminde de “hisse” ve “hisse senedi” kavramlarının sık sık karıştırılarak, yanlış şekilde kullanıldığı da yazar tarafından dile getirilmiştir.

¹⁷⁵TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.117, 1105; ŞENER, s.613.

¹⁷⁶TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.109, p.1095.

ıkarılmaması suretiyle ortaklara devir gl yaratılmasını önlemeyi amaçlamıştır. Yönetim kurulu, hamiline yazılı senetlerin bastırılması için öncelikle bir karar alır ve bu karar TTK m.486/f.2 uyarınca ticaret siciline tescil ve ilan ettirilerek varsa ortaklığa ait internet sitesinde paylaşılır. Yönetim kurulunun bu ykmlln yerine getirmemesi durumunda, ortak bu konuda eda davası açabilir ve TTK m.553 vd. hükümlerince şartları gerçekleşirse ykmll yerine getirmeyen yönetim kurulu için sorumluluk davası da söz konusu olabilir¹⁷⁷.

Ayrıca hamiline yazılı pay senetlerinin, pay bedellerinin tamamı ödenmeden karılması mümkün değildir. Bedellerinin tamamı ödenmeksizin karılmış olan hamiline yazılı pay senetleri geçersizdir. Bu kuralın kaynağı sermayenin sağlanması ve korunmasıdır. Bilindiği üzere hamiline yazılı pay senetleri kolayca el değiştirebilmektedir. Bedelin tamamının ödenmemesi durumunda ise ödenmeyen kısım için senedin kimin elinde bulunduğunun ortaklıkça tespit edilmesi ve borcun ödetilmesi çok zordur. Geçersizlik yalnızca bedeli ödenmemiş olan payları kapsamaktadır, eğer bu pay senetleri ile beraber bastırılmış bedeli denmiş paylara ilişkin senetler varsa onlar geçerliliğini korur¹⁷⁸.

Geçersiz olan hamiline yazılı pay senetlerini devredilmesi durumunda devralan konumundaki kişi ortaklığa karşı pay sahibi sıfatını kazanamadığı gibi payın mülkiyetini de kazanamaz. Devreden, pay sahibi olarak kalmaya devam eder¹⁷⁹.

¹⁷⁷ şENER, s.613.

¹⁷⁸ TEKİNALP (Poroy/amoğlu), age., s.123, p.1116.

¹⁷⁹ age., s.124, p.1118: Bu durumda devralan konumundaki kişinin geçersiz pay senetlerini bastıran ortaklığa ve/veya yönetim kuruluna yada devredene farklı hükümlere dayanarak tazminat davası açabileceği öngörülür. İsviçre öğretisinde bir görüş geçersiz hamiline yazılı pay senetlerinin de geçerli şekilde devredilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre senedin devri ortaklığın onayı ve alacağın devri ile

Nama yazılı pay senetlerinin çıkartılması bakımından hamiline yazılı senetlerdeki gibi bir çıkartma zorunluluğu öngörülmemiştir. Yine de TTK m.486/f.3'te bu senetlerin çıkartılmasını isteme ile ilgili bir azınlık hakkı tanınmıştır. Hükme göre azlığın istemde bulunması halinde ortaklık nama yazılı pay senetlerini bastırıp sahiplerine dağıtmak durumundadır. Bu durumda sadece istemde bulunan azınlığa ait paylar için değil tüm nama yazılı paylar için senet çıkarılır ve pay sahiplerine dağıtılır¹⁸⁰.

Nama yazılı pay senetlerinin geçerlilikleri de ortaklığın ya da sermaye artırımının tesciline bağlıdır. Hamiline yazılı pay senetlerinde olduğu gibi bedellerinin tamamının ödenmiş olması şartı bu senetlerin geçerliliklerinde aranmaz. Çünkü, nama yazılı pay senetlerinde bedel kısmen ödenmiş olsa dahi pay defterinden hareketle borçluya ulaşma kolaylığı vardır¹⁸¹.

b. Pay Senetlerinin Şekli

TTK m.487/f.1 anonim ortaklık pay senetlerinin şeklini detaylı olarak düzenlemektedir. Buna göre senetlerin; anonim ortaklığın unvanını, sermaye tutarını, kuruluş tarihini, kuruluş tarihindeki sermaye tutarını, çıkarılan pay senetlerinin tertibini, bunun tescili tarihini, senedin türü ve itibari değerini ve kaç payı içerdiğini belirtmesi gerekmektedir. Ayrıca senedin ortaklık adına imzaya yetkili en az iki kişinin imzasının taşınması aranmaktadır. Hükmün devamında kapalı ortaklıklarda sahtekarlığı önlemek için

borcun nakli hükümlerine göre yapılmışsa hiç veya geçerli şekilde çıkarılmamış olan pay senetlerinin devri geçerli kabul edilmektedir ancak devir taahhüdünde bulunan borçtan müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder. Bu görüş payın yani pay sahipliği hakları ve borçlarının senet çıkarılmadan önce de mevcut olmasına dayanmaktadır.

¹⁸⁰ŞENER, s.614

¹⁸¹TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.130, p.1130.

gerekli güvenlik önlemlerine yer verilmesi, örneğin baskı şeklinde imzanın delikli olması gerektiği vurgulanmıştır.

Aynı hükmün ikinci fıkrası nama yazılı pay senetleri için yukarıda sayılanlara ek olarak senetlerin sahiplerinin ad ve soyad veya ticaret unvanlarını, yerleşim yerini ve pay bedelinin ödenmiş miktarının açıklanması gerektiğini ve bu senetlerin ortaklık pay defterine kaydolacağını belirtmektedir.

Senet üzerinden, senedi ihraç eden anonim ortaklığın belli olması, senedin tür, itibari değer, grubu gibi özelliklerinin anlaşılması, nama yazılı pay senetlerinde senet sahibinin kimliğini ortaya koyan unsurların bulunması şarttır. Bu gibi senedi tanıtan unsurlar dışındaki bazı kayıtların eksikliği senedi geçersiz kılmaz. Geçerlilik konusunda yetkili en az iki kişiye ait imza şartı da ayrıca önemlidir. Hükümden iki yetkilinin imzası arandığı anlaşılmakla beraber tek başına imzaya yetkililerin imzasının burada senedi geçerli kılmaya yeterli değildir¹⁸².

c. Pay Senetlerinin Sebebe Bağlılığı

Anonim ortaklıkta pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği taşıdığı açıklanmıştır. Kıymetli evrakları ise düzenlenmelerine neden olan işlem veya ilişki ile ilgili olması yönünden soyut (mücerret) ve sebebe bağlı olmak üzere inceleyebiliriz.

Kıymetli evrak hukukundaki soyutluk kavramı ile medeni hukuk alanında yer alan soyutluk kavramı sık sık birbirleri ile karıştırılan kavramlardır. Ancak bu kavram ve kavrama bağlanan sonuçlar iki hukuk alanında farklı görünüm arz etmektedir. Medeni hukuk alanındaki soyutluk; basit şekilde, kazandırıcı işlemin geçerliliğinin dayandığı ilişkiye bağlı olmaması şeklinde tanımlanabilir, ancak soyutluk çeşitli

¹⁸²TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.130, p.1130.

açılardan da söz konusu olduğu için bu tanım yeterli değildir. Kıymetli evrak soyutluğu ise ticaret hukuku alanında yer alan özel bir kavramdır¹⁸³.

Türk kıymetli evrak hukukunda bir kıymetli evrakın sebepten mücerret, soyut olması, bu kıymetli evrakın doğumuna neden olan temel işlem veya ilişkiden etkilenmemesi anlamına gelmektedir¹⁸⁴. Başka bir ifade ile evrakın doğumuna neden olan temel borç ilişkisi ile soyut kıymetli evrak birbirinden ayrılmıştır¹⁸⁵. Soyutluğun sonucu olarak senette yer alan talep hakkı karşısında senet borçlusu, söz konusu kıymetli evrak aracılığıyla borçlanmasına neden teşkil eden borç ilişkisindeki sakatlığı ileri sürememektedir¹⁸⁶. Soyut kıymetli evrakların içerdiği hakkın hukuki nedeni senette açıklama bulmayıp, senedin borçlusu senet metninden sorumludur¹⁸⁷.

Bu durumda asıl borç ilişkisi sakatlık nedeniyle geçersiz hale geldiğinde, hala geçerliliğini koruyan kıymetli evrak karşısında borçlunun evraka dayanan

¹⁸³ **POROY**, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 9. Baskı, İstanbul, 1984, s.28.

¹⁸⁴ (**ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet)/**KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015, s.29; **PULAŞLI**, “Kıymetli Evrak”, s.50.

¹⁸⁵ **PULAŞLI**, s.50: İsviçre hukukunda bu durumun farklı olduğu hakkında bkz.

¹⁸⁶ **POROY**, s.29; **BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2020, s.27.

¹⁸⁷ (**ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet)/**KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015, s.29; Mücerret kıymetli evrak dayanağını borcun sebebini içermese dahi borç tanınması ikrarının geçerli olduğunu düzenleyen TBK m.18 hükmünden alır.

sorumluluktan kurtulabilmesi için senedin alacaklısına karşı borçlu olmadığına belirlenmesi adına bir menfi tespit davası açması gerekmektedir¹⁸⁸.

Kıymetli evrakın soyutluğu konusu ile defilerin de karıştırılmaması gerekir. Nitekim, kıymetli evrakın, örneğin emre yazılı bir bononun düzenlenmesine neden olan işlemdeki sakatlık ancak asıl borç ilişkisi dolayısıyla açılan davada ilişkinin taraflarınca ileri sürülebilir. Senedin üçüncü kişiye devredilmesi halinde ise hukuki ilişkinin tarafları arasındaki asıl borç ilişkisine bağlı defiler, ilişki senedi izlemediği için senedi devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bu durumda ileri sürülememenin senedin soyutluğundan kaynaklandığı düşünülebilir. Ancak burada kıymetli evrakın soyutluğundan ayrı olarak TTK m.659 ve m.687 bononun son hamiline karşı borçlunun asıl borç ilişkisine bağlı defileri ileri süremeyeceği hususu düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde defi konusu nama, emre ve hamiline yazılı olmalarına göre değişik şekilde hükme bağlanmıştır. Bu durumda kambiyo senetleri soyut evrak olsalarda defi konusunun soyutluktan bağımsız olarak düzenleme bulduğu, bu nedenle de somut olaya göre farklılık gösterebileceği söylenebilir¹⁸⁹.

Kıymetli evrakın geçerliliğinin, evrakın doğumuna neden olan hukuki işlem veya ilişkinin geçerliliğine bağlı olması durumunda ise illi, sebebe bağlı kıymetli evrak söz konusudur¹⁹⁰. İlli kıymetli evraklarda, evrakın içerdiği hakkın doğumuna neden olan borç ilişkisinin geçersiz veya sakat olması halinde, bu geçersizlik veya sakatlık evrakta yer alan hakkın doğumuna engel olmakta, hem içerdiği hak, hem de kıymetli evrakın kendisi geçersiz olmaktadır¹⁹¹.

¹⁸⁸BOZER/GÖLE, s.28.

¹⁸⁹age., s.28.

¹⁹⁰PULAŞLI, s.51; (ÜLGİN/HELVACI)/KENDİGELEN/KAYA, s.29.

¹⁹¹PULAŞLI, s.51.

Sebebe bağılı ya da soyut olma durumu ayrıca alacağın devri ve ciroda da kabul edilmektedir. Dolayısıyla evraktaki hakkın dayandığı temel borç ilişkisinin geçersiz olması durumunda evrakta yer alan hak, ciro ve alacağın temliki de geçersizdir¹⁹².

Kambiyo senetleri, yani çek, poliçe ve bono soyut kıymetli evrakın en önemli örneklerindendir. Ancak soyutluk ilkesine bağılı olmayan ya da ilkenin sınırlı uygulandığı kıymetli evrak türleri de vardır. Örneğin konşimento, soyutluk ilkesinin sınırlı olarak uygulama bulduğu kıymetli evraklardandır¹⁹³. Katılma intifa senetleri ile ödünç senetleri ise illi kıymetli evraklara örnek gösterilebilir¹⁹⁴.

Sebebe bağılı olup olmama hususunda pay senetlerini ele alacak olursak, öncelikle pay senetleri açıklayıcı/bildirici nitelikte kıymetli evraktır¹⁹⁵. Zira, anonim ortaklık payı ortaklığın kuruluşunun veya sermaye artırımının tescili ile, pay senetlerinin çıkarılmasının öncesinde zaten varlık kazanmaktadır. Ayrıca pay senedi sahibinin hakları; kanuna, esas sözleşmeye, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına göre belirlenmektedir. Pay senedi çıkarılması senet sahibinin buralardan kaynaklı haklarında bir değişiklik yaratmamaktadır¹⁹⁶. Dolayısıyla, açıklayıcı nitelikte olmalarının doğal sonucu olarak, anonim ortaklıkta pay senetleri sebebe bağılı kıymetli evrak niteliğindedir¹⁹⁷. Bu durumda, anonim ortaklık pay senetlerinin çıkarılmasında dayanak olan hukuki işlemlerdeki sakatlık, senetlerin geçerliliğini de etkiler.

¹⁹²age., s.52.

¹⁹³**BİLGİLİ**,Fatih/**DEMİRKAPI**,Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 10.Baskı, Bursa, 2019

¹⁹⁴(**ÜLGEN/HELVACI**)/**KENDİGELEN/KAYA**, s.29

¹⁹⁵**ÖZTAN**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1976, s.841.

¹⁹⁶(**ÜLGEN/HELVACI**)/**KENDİGELEN/KAYA**, s.30

¹⁹⁷**SEVİ**, s.203; (**ÜLGEN/HELVACI**)/**KENDİGELEN/KAYA**, s.30.

Belirttiğimiz üzere kıymetli evrakların sebepten soyutluğu hususu, medeni hukukta yer alan tasarruf işlemi ile borçlandırııcı işlem arasındaki soyutluktan farklıdır. Pay senedinin sebeple ilişkisi de pay senedinin devrine neden olan hukuki ilişki ile olan ilişkide sebebe bağlılığın söz konusu olup olmamasından farklıdır. Bu nedenle, pay senetlerinin devrinin devre neden olan borçlandırııcı işlemde soyut olup olmadığı konusu ileride pay devri sözleşmesi incelenilirken ele alınmıştır.

2. Hamiline Yazılı Pay Senedi ve Devri

Hamiline yazılı pay senetlerinin anonim ortaklığın ekonomik fonksiyonlarını gerçekleştirmesinde önemli bir rolü vardır. Hamiline yazılı pay senetleri, TTK m.658 doğrultusunda gerçek anonimliği sağlama özelliğine sahiptir. Örneğin, genel kurula katılmak ve oy kullanmak gibi ortaklığa müracaat gerektiren belli durumların dışında, senet hamili ortaklık tarafından bilinmemekte, anonim kalmaktadır. Senet metninden veya şeklinden kim hamil olarak anlaşılıyorsa o kişinin hak sahibi olduğu kabul edilir¹⁹⁸. Hamiline yazılı pay senetlerinin bu temel özellikleri ve kolayca devredilebilirliği tedavül kabiliyetini artırmakta, kısa sürede kitlelere ulaşıp büyük amaçların gerçekleştirilmesinin ve menkul kıymet yatırımlarının yolunu açmaktadır.

Hamiline yazılı pay senetleri, bazı farklılıklar haricinde hamiline yazılı kıymetli evrakın özelliklerine sahiptir. Bu senetler serbestçe tedavül eder. Pay sahibinin kim olduğu bilinmediği için, tedavül konusunda esas sözleşmede getirilen sınırlamalar geçersizdir¹⁹⁹. Fakat, hamiline yazılı pay senetlerinin anonim ortaklık esas sözleşmesi ve genel kurul kararlarına bağlılıkları da göz ardı edilemez²⁰⁰.

¹⁹⁸SEVİ, s.205; TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.95.

¹⁹⁹AYTAÇ, s.86.

²⁰⁰TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age., s.109, p.1100.

Sermaye piyasası açısından da hamiline yazılı pay senetleri, senet sahibinin pay sahipliğinden doğan tüm haklarından yararlanabiliyor olmasından dolayı en uygun ve gerçek anlamda menkul kıymetler olarak kabul edilir²⁰¹ .

Bu olumlu özelliklerinin yanında senedin kaybedilmesi ve çalınması hallerinde hak sahipliğinin kanıtlanması güçlüğü, ortaklıkta kolayca yabancılaşmanın önünün açılması, genel kurul toplantılarına ilgisizliği teşvik ve güç boşluğu doğurma ihtimalleri hamiline yazılı pay senetlerinin olası olumsuz özellikleri olarak gösterilebilir²⁰² .

Hamiline yazılı pay senetlerinin devri senet zilyetliğinin mülkiyeti devir amacı ile geçirilmesi ile gerçekleşir²⁰³ . Bu pay senetlerinin devrini düzenleyen TTK m. 489’da devrin ortaklık ve üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmesini, mülkiyeti devir amacıyla zilyetliğin geçirilmesine bağlamaktaydı. Ancak, kanunkoyucunun FATF tavsiyeleri²⁰⁴ doğrultusunda yapmış olduğu son değişiklik²⁰⁵ ile bu payların devrinin

²⁰¹ **AYTAÇ**, s.86.

²⁰² **AYTAÇ**, s.86; **TEKİNALP**, “Yeni Hukuk”, s.96.

²⁰³ **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Cilt:II, s.120, p.1113.

²⁰⁴ OECD içerisinde kara paranın aklanmasını önleme amacıyla oluşturulan ve Türkiye’nin de üyesi olduğu FATF (Financial Action Task Force ” Mali Eylem Gücü”) terörizm finansmanını önleme amacıyla tavsiye niteliğinde olan bir takım düzenlemeler oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin her ne kadar tavsiye niteliğinde olduğu ifade edilse de ülkeler kara paraaclarıma riskinin saptanması karşısında çeşitli yaptırımlara maruz kalmamak adına bu tavsiyelere mümkün mertebe uymaya çalışmaktadır (**TÜTÜNCÜ**, Muharrem, ““Anonim” Şirketin Sonu: Hamiline Yazılı Pay Senetleri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler”, www.jurix.com , Son Erişim: 11.08.2021, s.2.

ortaklık ve üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesi senet zilyetliğinin geçirilmesi ile payı devralan tarafından MKK'ya yapılacak bildirimde tabi tutulmuştur. Hükme göre, devralan senedi elinde bulundursa dahi bildirimde bulunmadıkça paya bağlı haklardan yararlanamayacaktır.

Yeni düzenleme, özellikle anonim ortaklığın adını aldığı “anonimlik” unsuruna zarar verdiği, bu unsurun pek çok kişi için anonim ortaklığı diğer ortaklara göre tercih sebebi kılan unsur olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁰⁶.

3. Nama Yazılı Pay Senedi ve Devri

Nama yazılı pay senetleri, pay sahibinin adını/unvanını içeren, belli şekil şartlarını taşıyan, devirleri özel olarak düzenlenmiş pay senedi türü ve kıymetli evraktır²⁰⁷. Bu senetlere ait üç özellik öne çıkmaktadır. Bunlar; ciro edilebilmeleri; ortaklık esas sözleşmesi ile devirlerinin sınırlanabilmesi ve pay sahiplerinin ek bir teşhis yöntemi olarak pay defterine kaydedilmesidir²⁰⁸.

Nama yazılı pay senetlerinde senetten doğan hakların ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için senedin iktisabı yetmemekte, devralanın pay defterine kaydedilmesi de gerekmektedir. Bir başka ifade ile nama yazılı pay senetlerinin mülkiyeti ciro ve

²⁰⁵ 31.12.2020 tarih, 31351 (5.mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7262 sayılı “Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun”un 32.maddesi ile maddede değişiklik yapılmıştır.

²⁰⁶ TÜTÜNCÜ, s.6.

²⁰⁷ AYTAC, s.77.

²⁰⁸ ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.1502.

zilyetliğin geçirilmesi ile kanuna uygun iktisap sonucu kazanılıyorsa da ortaklığa karşı pay sahibi sıfatına ve haklarına ulaşmak için pay defterine kayıt gerekmektedir²⁰⁹.

Hukukumuzda, bu pay senetlerinin isminde “nama yazılı” ibaresi yer almasına rağmen, ciro ve zilyetliğin devri yolu ile devredilmelerinden dolayı kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde oldukları yönünde bir tartışma söz konusudur.

TEKİNALP bu senetlerin ciro ve zilyetliğin devri ile devredilmesinden dolayı kanunen emre yazılı kıymetli evrak olduğunu savunmaktadır. Ancak yazara göre kanun koyuncu “nama” ifadesini her ne kadar yanıltıcı olabilse de bilinçli olarak tercih etmiştir. Burada senetleri nama yazılı kıymetli evrak haline getirmek değil, bu senetlerin ortaklık esas sözleşmesi ile zorunlu bağına, hem senette hem de pay defterinde bir kişi adına yazılı olduğuna dikkat çekmek amaçlanmıştır. Payı devralacak gelecekteki hak sahiplerinin senedi devralırken esas sözleşme ile pay defterini de dikkate alıp, arada ilişki kurmalarının önemini vurgulamıştır. Diğer yandan ise kolay ve güvenilir tedavülü hedeflemiştir. Bunun için ise iyi niyetli müktesip korunmalıdır, yetkisiz devir bizzat devir işlemi ile düzeltilmelidir. Ciro, yetkisizlikten doğan devir sakatlığını gidermektedir. Böyle bir güvenlik, gerçek anlamda nama yazılı senetle sağlanamaz. Hem ilk pay sahibinin adını taşıyan hem de ciro ile devredilen bir senet, yani kanunen emre yazılı bir senet, sayılan bu iki özelliği de bir arada sunmak için yegane yoldur²¹⁰.

ŞENER de cironun aslında emre yazılı senetlere özgü devir yolu olduğunu, nama yazılı pay senetlerinin ciro yolu ile devrini öngörerek kanun koyucunun nama yazılı adını

²⁰⁹; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Cilt:I, s.117, 1103; Pay defterine kayıt şartı bağlı nama yazılı pay senetleri ve gerçek nama yazılı pay senetlerinin devri için de aranmaktadır.

²¹⁰**TEKİNALP**, “Yeni Hukuk”, s.96, p.9-10; **TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, age., s.128, p.1128.

taşımasına rağmen kanunen emre yazılı kıymetli evrak olarak kabul ettiği görüşündedir. Hatta ciro teknik anlamıyla kullanıldığı için uygun çerçeve kapsamında poliçenin cirosuna ilişkin TTK m.681 vd. hükümlerinin nama yazılı pay senetleri için de uygulanacağını, bu kapsamda beyaz cironun ve menfi emre kaydıyla senetlerin gerçek nama yazılı senetlere dönüştürülmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Ancak temlik beyanı ile devir, bu dönüştürme yapılmadan olanaklı kabul edilemez²¹¹.

ÖZTAN da nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı kıymetli evrak olduğu görüşündedir. Yazara göre, bu senetlerin ciro ve zilyetliğin devri ile devredilebileceği hükmü çok katı yorumlanmamalı, menfi emre kaydı konulmak suretiyle nama yazılı kıymetli evraka dönüştürülebilecekleri ve temlik beyanı ile devredilebilecekleri kabul edilmelidir²¹².

ARSLANLI'ya göre nama yazılı pay senetlerinde emre yazılı kıymetli evraka özgü “ciro” teriminin kullanılması bilinçli olup, nama yazılı pay senetleri devir hususunda emre yazılı senetlere tabi kılınmıştır. Beyaz ciro, *ARSLANLI*'ya göre de mümkün olup, eğer senet beyaz ciro ile devredilmiş ise hamiline yazılı senetler gibi tedavül eder²¹³.

PULAŞLI, doktrin ve uygulamada nama yazılı pay senetlerinin “kanunen emre yazılı senet” olduklarının tartışmasız olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Yazar makbuz senedi ve varantın da TTK m. 838 f.1 uyarınca emre yazılı olmasalar dahi ciro ve teslim ile devredilebilen, kanunen emre yazılı senetler olduklarını belirtmekte, dolayısıyla

²¹¹ŞENER, s.617.

²¹²ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.1503.

²¹³ARSLANLI, s.169.

nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı senetler kabul edilmesi için bir sakınca görmemektedir²¹⁴.

KARAYALÇIN, “emre yazılı pay senedi” çıkartılamayacağını çünkü nama yazılı pay senetlerinin zaten ciro ve zilyetliğin devri yolu ile devredilen kanunen emre yazılı senetler olmasından dolayı buna lüzum olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla *KARAYALÇIN*’ın görüşü de bu senetlerin kanunen emre yazılı senet oldukları yönündedir. Bu görüşünü “*Nama yazılı hisse senetleri esas itibarıyla “emre” yazılı senetler grubuna dahil sayılmaktadır. Bu gibi hisse senetlerinde ciro ve teslimin iç münasebette hakkı devir ve teşhis (lijitimasyon) fonksiyonu vardır, fakat ticari senetlerde olduğu gibi teminat fonksiyonu yoktur*” diyerek açık şekilde de ortaya koymuştur²¹⁵.

AYTAÇ, “ciro” kelimesinin kanun hükmünde, bilinçli yahut bilinçsiz, yer almakta olduğunu ve ciro ile devri kabul etmek gerektiğini, ancak ciro kelimesinin kullanılmış olmasının nama yazılı pay senetlerinin kesin surette emre yazılı kıymetli evrak sayılması zorunluluğu doğurmaması gerektiğini savunur. *Ciro emre yazılı kıymetli evraka özgü bir işlem olsa da, pay senetleri ile tümüyle bir istisna getirildiğini ve cironun bu yönden devamlı emre yazılı kıymetli evrakla özdeşleştirilmemesi gerektiği düşüncesindedir*²¹⁶.

İMREGÜN, nama yazılı pay senetlerini nama yazılı kıymetli evrak kabul eder. Ancak bu senetlerin devrinin hem ciro ve teslim, hem de alacağın temlik beyanı ve teslim yolu ile yapılabileceğini, bu açıdan diğer nama yazılı kıymetli evraklardan farklılık gösterdiğini savunur. Yazar burada cironun niteliğinin tartışmalı olduğunu ifade eder.

²¹⁴**PULAŞLI**, (“Kıymetli Evrak”), s.57.

²¹⁵**KARAYALÇIN**, s.7.

²¹⁶**AYTAÇ**, s.95.

Pay senetlerinin ciro ve teslim yolu ile devrinin mümkün olduğu için, nama yazılı pay senetlerini “emre yazılı senetler” grubuna dahil edileceği görüşüne karőıdır. Çünkü yazara göre, kanunun “*Hisse senetleri hamiline veya nama olur*” ifadesinden emre yazılı pay senedi çıkarılmasının uygun olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Burada yer alan ciro sadece temlik işlevine sahip olup, teminat ve teşhis işlevi taşımamaktadır. Bu nedenle de özellikle defiler açısından devir hususunda nama yazılı pay senetlerinin devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. İMREGÜN de sadece tam ciro değil beyaz ciro yapılmasının da mümkün olduğunu kabul eder. Ancak bu durumda nama yazılı bir senet hamile yazılı gibi tedavül edecektir ve devir ortaklığa karşı ancak pay defterine yazılma ile hüküm ifade edeceği için senedi elinde bulunduran değil pay defterinde adı yazılı olan kişi ortaklığa karşı pay sahibi sıfatıyla hak ileri sürebilecektir²¹⁷.

Bize göre de nama yazılı pay senetlerini kanunen emre yazılı kıymetli evrak olarak değerlendirmek pay senetlerinin anonim ortaklıklardaki fonksiyonuna daha uygun düşmektedir. Anonim ortaklık için tedavül güvenliği ve kolaylığı yüksek senet ihtiyacı ön plandadır. Hamiline yazılı pay senetleri yüksek tedavül kabiliyeti ile doğrudan bu amaca hizmet etmektedirler. Anonim ortaklıklarda bu tür senetler çıkartılabilirken ikinci senet türünün nama yazılı kıymetli evrak gibi tedavülü zor ve sakıncalı bir senetle sınırlandırılması kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Düşüncemizce, kanunkoyucu “Pay senetleri hamiline veya nama olur” ifadesi ile, nama yazılı pay senedinin emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde olmadığını değil, anonim ortaklıklarda iki tür senet tipi mevcut olduğu ve bunların dışında farklı bir isim ve türde senet bulunmadığını vurgulamayı amaçlamıştır.

²¹⁷İMREGÜN, s.364.

Ciro ve zilyetliğin devri ile pay devri taraflar ve üçüncü kişiler açısından geçerli şekilde tamamlanmaktadır. Ancak devrin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için ayrıca devrin ortaklığa bildirilmesi ve ortaklık tarafından pay defterine kaydedilmesi de gerekmektedir²¹⁸.

4. Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Devri

Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere anonim ortaklıklarda çoğunlukla amaç büyük ekonomik hedeflere ulaşmak için çok sayıda küçük tasarruf sahibini kısa sürede bir araya toplayabilmektir. Bu nedenle de genellikle pay sahiplerinin kişilikleri değil ortaklığa getirmiş oldukları sermaye ön plana çıkmaktadır. Ancak tüm anonim ortaklıklar için aynı şeyi vurgulamak mümkün değildir. Bazen ortaklıkta pay sahiplerinin kim olduğu, ortaklık ve diğer pay sahipleri için önem taşıyabilmektedir. Böyle bir durumda, her ne kadar anonim ortaklıklarda esas olan payların serbestçe tedavül etmesi olsa da ilkeye istisna olarak kanun veya esas sözleşmede öngörülen “bağlam” adı verilen sebepler ile nama yazılı payların ve pay senetlerinin devri kısıtlanabilmekte, hatta yasaklanabilmektedir²¹⁹. İşte bu türden “bağlam”²²⁰ sınırlaması altında olan pay senetlerine bağlı nama yazılı pay senetleri denilmektedir.

Bu senetler de diğer nama yazılı pay senetleri gibi kanunen emre yazılı kıymetli evrak hükmündedir²²¹.

Bağlı nama yazılı pay senetlerinde mülkiyetin devri, devri sınırlandırılmamış pay senetlerinden farklıdır. Bu tür pay senetlerinin devrinde mülkiyetin geçmesi için ciro ve

²¹⁸DOMANIÇ, s.895.

²¹⁹TEKİNALP, “Yeni Bağlam Sistemi”, s.3.

²²⁰ Alman, İsviçre ve Avusturya literatüründe: “*Vinkulierung*”

²²¹TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar C:I, s.116, p.1102.

senet zilyetliğinin devri yeterli olmayıp, ayrıca devrin ortaklık tarafından da onaylanması gerekmektedir²²².

C. İLMÜHABER VE DEVRİ

Henüz anonim ortaklık pay senedinin basılmamış olduğu durumlarda geçici olarak pay senedini temsil etmek üzere düzenlenen ve pay sahibine verilen belgeye ilmühaber denir. “İlmühaber” kelime olarak, bir nesnenin teslim alındığını ve de nesneye ait konu, miktar gibi unsurları tespit eden belge anlamındadır. Kıymetli evrak niteliğine sahip olan ilmühaber, pay sahipliğini temsil eder ve sahibine pay senedinin sağladığı tüm haklardan yararlanma imkanı sağlar²²³.

6102 Sayılı TTK’da hamile yazılı paylar ile nama yazılı paylar için ilmühaber çıkarılması arasında bir ayrıma değinilmemiştir. Oysa 6762 Sayılı Kanun’un 411.maddesi ile hamiline yazılı paylar için çıkarılan ilmühaberler ve nama yazılı paylar için çıkarılan ilmühaberler ikili ayrıma tabi tutulmuş, bu ayrım doğrultusunda iki farklı devir yöntemi öngörülmüştür. Bu düzenleme ile kanun koyucu; nama yazılı pay senetleri yerine çıkarılan ilmühaberlerin nama yazılı olması gerektiğini ve nama yazılı pay senetlerinin devir hükümlerine tabi olduklarını, hamiline yazılı pay senetleri yerine düzenlenecek nama yazılı ilmühaberlerin devrinin ise ancak alacağın devri hükümlerine göre gerçekleşebileceğini hükme bağlamıştı. Mevcut düzenleme (TTK m.486/f.2) doğrultusunda ise hem hamiline yazılı, hem de nama yazılı paylar için ilmühaber bastırılabilceği ancak ilmühaberın kendisinin nama yazılı olup, ciro ve zilyetliğin teslimi yolu ile devredileceği anlaşılmaktadır²²⁴.

²²²SEVİ, s.281.

²²³TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.103, p.9-16; DOMANIÇ, s.987.

²²⁴TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.103, p.9-16a; SEVİ, s.341.

IV. ANONİM ORTAKLIK PAYININ SÖZLEŞME İLE KAZANILMASI

A. ANONİM ORTAKLIK PAYINIKAZANMA YOLLARI

Anonim ortaklıklarda, “pay sahipliği” sıfatı, pay mevkiinde yer alarak bu mevkiiden doğan bütün haklar ve borçlara sahip olmayı ifade eder. Payın kazanılması aynı zamanda pay sahipliği sıfatının kazanılması anlamına gelmektedir. Bu da, aslen ve devren kazanma olmak üzere iki yol ile mümkündür²²⁵. Aslen kazanma; payların ortaklığın kuruluşu veya sonradan sermaye artırımını ile, bir başka ifade ile payların önceden başka sahibi olmaksızın kazanılması anlamına gelir. Devren kazanma ise önceden bir başkasına ait olan payların kazanılması halidir. Aslında dar anlamda payın devren kazanılması, payın sadece bir hukuki işlem sonucu kazanılmasını ifade ederken, geniş anlamı ile önceden başka bir sahibi olan payların kazanıldığı tüm durumları karşılayacak şekilde kullanılmaktadır.

1. Aslen Kazanma

Payın aslen kazanılması, doğrudan doğruya iktisap edilmesi durumudur²²⁶. Bu kazanım şeklinde payın daha önce başka bir sahibi bulunmamaktadır, bu nedenle de aslen kazanan kişi payın ilk sahibidir²²⁷.

Aslen kazanma, kuruluşta veya sermaye artırımında pay taahhüdü ile mümkündür²²⁸. Anonim ortaklık, kuruluşun tamamlanması ve tescil ile tüzel kişilik kazanır. Kurucular ve katılma taahhüdünde bulunanlar ise tüzel kişiliğin kazanıldığı bu andan itibaren pay sahibi sıfatına sahip olurlar²²⁹. Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim

²²⁵İMREGÜN, s.274.

²²⁶BOĞA, s.73.

²²⁷SEVİ, s.38.

²²⁸ARSLANLI, (“Anonim Şirketler”), s.19.

²²⁹BOĞA, s.80.

ortaklıklarda da yönetim kurulunca çıkarılan payların satın alınması aslen kazanmadır²³⁰.

Aslen kazanmanın diğerk bir görünümü tür değıştirme halinde söz konusudur. Bir ticaret ortaklığının anonim ortaklığa dönüşmesi halinde, anonim ortaklık paylarının yeni oluştuğı, dolayısıyla pay sahipleri açısından aslen kazanım söz konusu olduğı kabul edilir²³¹.

Yine birleşme ve devralma söz konusu olduğunda da payların iktisabı aslen kazanım halidir. Yeni kuruluş yolu ile birleşmede, ortaklıklar infisah edip yeni bir ortaklık doğmaktadır. Bu yeni oluşan ortaklığa ait paylar da yeni oluşmakta ve pay sahiplerince aslen kazanılmaktadır. Devralma yolu ile birleşmede ise devralınan ortaklık infisah ederek devralan ortaklığa katılmakta, devralınan ortaklığın pay sahipleri için devralan ortaklık sermaye artırımı yolu ile yeni paylar çıkarmaktadır. Bu payların iktisabı da aslen kazanım oluşturmaktadır²³².

²³⁰age., s.74.

²³¹SEVİ, s.39.

²³²age., s.39;

Payı devreden kişi, paya bağı haklar ve borçları da devrettiğı için kural olarak pay bedelinin tamamı ödenmeden payın devredilmesi halinde borçtan devreden sorumlu değildir. Ancak payı devreden aslen kazanmış olması durumunda bu konuda bir istisna söz konusudur. TTK m.501 f.2 bu durumda kuruluştan veya esas sermayenin artırılması kararının tescilinden itibaren iki yıl içerisinde ortaklığın iflası ve pay senedini kazanan kişinin ıskat edilmesi koşuluyla bakiye kısım için aslen kazanana başvurulabileceğini düzenlemektedir.

2. Devren Kazanma

Payın aslen kazanılması halleri dışında kalan herhangi bir yolla kazanılması ise devren kazanmadır. Başka bir ifade ile aslen kazanım halinde, kazanan payın ilk sahibi konumunda iken, devren kazanma payın daha önce başkaca sahiplerinin de olması halinde söz konusudur. Bu nedenle de ortaklık payının çok çeşitli yollarla kazanılması devren kazanma teşkil edebilir. Payın sözleşme ile kazanılması en önemli ve en sık karşılaşılan tür olmakla beraber dar anlamda payın devrinden de sözleşme ile devir anlaşılmaktadır. Ancak payın kazanılması geniş anlamıyla diğer çeşitli iktisap hallerini de kapsamaktadır. Payın miras sonucu kazanılması, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde kazanılması, cebri icra veya mahkeme yolu ile kazanılması, pay sahibinin temerrüt nedeni ile ıskatı sonucu kazanılması geniş anlamda devren kazanmaya örnek gösterilebilir²³³.

Anonim ortaklık payının devren kazanılması hallerinden en önemlisi olan sözleşme ile kazanılması sahip olduğu bu önem dolayısıyla çalışmamızın esas konusunu oluşturmaya değer görülmüştür. Payın sözleşme ile devri, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır²³⁴. İkinci aşamayı, çalışmanın ilk kısmında ele aldığımız her payın kendine uygun devir prosedürü oluştururken, ilk aşamasında bu devir işleminin hukuki nedenini oluşturan pay devri sözleşmesi, yani bir borçlandırıcı işlem yer almaktadır. Pay devri sözleşmesi kimi zaman tasarruf işlemi olan devir prosedüründe de rol oynasa da, öncelikle bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir.

Payı devren kazanan, paya bağlı bütün pay sahipliği hakları ile borçların da sahibi olmakta, kural olarak payı devreden artık bu haklardan yararlanamadığı gibi borçlardan

²³³SEVİ, s.41; BOĞA, s.74-83.

²³⁴SEVİ,s.41.

da sorumlu tutulamamaktadır²³⁵ TTK m.419'a göre eğer önceki pay sahibi payı taahhüt ettiği sermayeyi ödeme borcunu yerine getirmeden devrederse, devralan yeni pay sahibi bu borcun ifasından sorumludur. Hükümün ikinci fıkrası ile devredenin asli kazanan olması hali için belirli şartlarda uygulanabilir bir istisna getirilmiştir.

TTK m.352 ile anonim ortaklığın tescilinden önce yapılan pay devirlerinin ortaklığa karşı ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anonim ortaklıkta pay sahibinin asli borcunun sermaye koymak ve bu kapsamda taahhüt edilen payların karşılığını ifa etmek olduğunu ifade etmiştik. TTK'da taahhüt edilen sermaye borcunun ödenmemesi halinde pay sahibine uygulanabilecek bazı yaptırımlar yer almaktadır. Bu yaptırımların en ağırı ise m.482/f.2 ile düzenlenmiş olan pay sahibinin ıskatıdır²³⁶. Hükme göre, pay bedelini ödeme borcunu yerine getirmede temerrüde düşen pay sahibinin yerine başka pay sahibi alınması mümkündür. İşte bu durumda ıskat edilen pay sahibi yerine gelen yeni pay sahibi de payı devren kazanmış sayılır.

Payın devren kazanılmasının başka bir görünümü cebri icra ile kazanmadır. Bir malvarlığı değeri olan anonim ortaklık payı hukuki niteliği itibariyle satım, bağışlama, trampa sözleşmesi gibi hukuki işlemlere konu olabileceği gibi, hacze, hapis hakkına veya rehin hakkına da konu olabilir. Hacizde, alacaklının alacağı para ile ödenmek durumundadır. Bir başka ifade ile borçlunun haczedilen malının paradan başka bir şey olması durumunda, haczedilen malların aynen alacaklıya verilmesi suretiyle ödeme yapılamaz. Haczedilen malın paradan başka bir şey olması durumunda, malın paraya

²³⁵DOMANIÇ, s.928-930.

²³⁶SEVİ, s.47.

çevrilmesi yani satılması gerekmektedir²³⁷. Pay ve pay senetleri de paradan başka mal sayılırlar. Her ne kadar İİK m.121 ile payların paraya çevrilmesi hususunda bir hüküm getirmişse de anonim ortaklık payları bu madde kapsamına girmez. Nitekim, TTK m.133 f.2 borçlunun senede bağlanmış veya bağlanmamış sermaye ortaklığı payının , İİK m.55 vd.’nın taşınır mallara ilişkin hükümlere tabi olarak haczedilip, İİK m.112 vd.’da yer alan taşınır malların paraya çevrilmesi hükümlerine göre paraya çevrileceğini düzenlemiştir²³⁸. Dolayısıyla anonim ortaklık payının paraya çevrilmesinde elbirliği mülkiyetine tabi paylar hakkındaki İİK m.121 hükmü uygulanmayacaktır²³⁹.

²³⁷ ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s.303.

²³⁸ ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s.315.

²³⁹ “Paraya çevirmenin diğer tarzı. İştirak halinde mülkiyet hisseleri” başlıklı İİK m.121 hükmü:

“– Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazım gelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar.

-İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malum olan alakadarları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir” şeklinde olup,

Hükümde geçen pay kavramından öncelikle elbirliği mülkiyeti payları anlaşılacaktır. Bunlar, taksim edilmemiş miras payı; bir ortaklık payı veya elbirliği halinde tasarruf olunan bir mal payı olabilir. Ancak burada ortaklık payı ile anonim ortaklık payının şahıs ortaklıklarına ait payların kastedilmektedir.

Yine ölüm ile birlikte mirasbırakanın malvarlığı içerisinde yer alan ortaklık paylarının mirasçılar tarafından kazanılması da devren kazanma halidir. Miras yolu ile payın kazanılması bir külli halefiyet yolu ile kazanma hali olup, payların mülkiyetinin mirasçılara geçirilmesi için ciro, senet zilyetliğinin devri, alacağın temlik gibi tasarruf işlemleri aranmaz²⁴⁰.

B. ORTAKLIK PAYININ SÖZLEŞME İLE KAZANILMASI

Anonim ortaklık payının sözleşme ile kazanılması en sık karşılaşılan devren kazanma hali olmakla beraber, pay devrine tarafların yüklediği öneme göre özellikle ortaklık üzerinde hakimiyet yaratacak pay devirlerinde, sözleşme ile devralma farklı aşamalardan oluşan uzun ve külfetli bir süreç olabilmektedir. Payın sözleşme ile kazanılması süreci bu durumda niyet mektubu (letter of intent), gizlilik sözleşmesi, münhasırlık sözleşmesi, due diligence, teklif sunulması, pay devri sözleşmesinin imzalanması (negotiation and signing) ve pay devir işlemlerinin tamamlanması (closing) gibi farklı aşamaları kapsayabilmektedir²⁴¹.

Bu aşamalar arasında due diligence ²⁴²özellikle önem arz etmektedir. Due diligence, payları devre konu ortaklığın malvarlığının farklı boyutlarıyla²⁴³ incelenmesi olarak

²⁴⁰SEVİ, s.50.

²⁴¹AKDUMAN, s.55; PULAŞLI, “*Hasan, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Dilingence*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:24 Sayı:2 Aralık 2007, s.203-235, s.205.

²⁴²“Due diligence” teriminin dilimizdeki karşılığı olarak “değerlendirme çalışması”, “durum tespiti” gibi terimler de kullanılabilir. Ancak uygulama ve doktrine “due diligence” ifadesi yerleştiği için, kavram karmaşasına yer vermemek adına çalışmamızda da bu terim tercih edilmiştir.

tanımlanabilir. Due diligence, ortaklık hakkında bilgi edinmek, olası riskleri ve imkanları öğrenme imkanına sahip olmak ve ortaklık payları için teklif sunup sunmama kararını verme gibi imkanlara hizmet etmektedir²⁴⁴. Pay devri sözleşmesi ile beraber düzenlenen beyan ve garanti hükümleri de genellikle due diligence sonucu elde edilen bilgiler doğrultusunda şekillenmektedir. Ayrıca due diligence sürecinde devreden tarafın karşı tarafla paylaştığı bilgiler, ileride o hususlarla ilgili sorumluluklarının sınırlanması açısından da önem taşıyabilmektedir.



²⁴³ Çeşitli due diligence türleri şöyle sayılabilir: ekonomik due diligence, market due diligence, finansal due diligence, vergisel due diligence, hukuki due diligence, teknik due diligence, çevresel due diligence vb. (KUTLAN, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004, s.38-41.)

²⁴⁴ LAJOUX, Alexandra Reed/ELSON, Charles M., Art of M&A Due Diligence, The McGraw-Hill Companies, 2000, s.5.

İKİNCİ BÖLÜM

ANONİM ORTAKLIK PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULMASI VE HUKUKSAL NİTELİĞİ

I. TANIMI

Kanunda anonim ortaklıklarda pay devri sözleşmesine ilişkin bir düzenleme yer almadığı için bir tanım da bulunmamaktadır. Ancak ilgili doktrinden hareketle bir tanım yapmaya çalışacak olursak bu sözleşmeyi; payını devredecek olana, satış, trampa veya bağış gibi mülkiyeti devir amacı taşıyan bir borç ilişkisi çerçevesinde, devre konu payın özellikleri doğrultusunda gereken prosedürü yerine getirerek payı alıcısına geçirme borcu doğuran sözleşme olarak niteleyebiliriz^{245,246}.

Pay devri sözleşmesi uygulamada genellikle bir satış ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle de sözleşme incelenirken satış niteliği taşıyan pay devri sözleşmesi ön planda tutulmuş, diğer borç ilişkilerindeki özel durumlara ise yeri geldikçe değinilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Pay devri sözleşmesinin kurulması da diğer sözleşmeler gibi TBK m.1-2 uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasını gerektirir. Taraf iradelerinin birbiriyle uyum içerisinde olması ve esaslı unsurlarda anlaşılmış olması sözleşme için geçerlilik

²⁴⁵ Ortaklık payının trampa ilişkisine konu olabilmesine örnek olarak Bknz.Yargıtay 6.HD T. 16.03.2004, E.2004/1094,K. 2004/1756 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021).

²⁴⁶ÖZ, s.31; SEVİ, s.41.

koşuludur²⁴⁷. Sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşılmış olması, sözleşmenin kurulması için yeterli olup, ayrıca esaslı olmayan unsurlarda da anlaşma aranmaz.

A. ESASLI UNSURLAR

Esaslı unsurlar bir sözleşmenin oluşabilmesi için aranan zorunlu asgari unsurları ifade eder²⁴⁸. Bir sözleşmenin esaslı unsurlarının neler olduğu, her sözleşmeye göre değişiklik göstermektedir. Satış sözleşmesi satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir²⁴⁹. Satış sözleşmesine ait bu esaslı unsurlar kanun tarafından belirlenmiş olup, buna göre satılan mal, bedel ve taraf iradelerinde bu iki unsurun kesin olarak değiştirilmesi üzerine sağlanan anlaşma, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarıdır. Bu doğrultuda, anonim ortaklıklarda devrin bir satış ilişkisine dayanması durumunda ise pay devri sözleşmesinin esaslı unsurları; satılan pay, yine karşılığında ödenecek olan bedel ve pay üzerindeki mülkiyet hakkının bedel karşılığında devri üzerine taraflar arasında sağlanan anlaşmadır²⁵⁰.

Bu unsurlar pay devri sözleşmesinin objektif esaslı unsurları olmakla beraber, sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereği, taraflarca subjektif bir unsurun da esaslı unsur kabul edilebileceği unutulmamalıdır. Normalde esaslı unsur olmayan bir unsur taraflardan biri veya her ikisi için sözleşmenin kurulması açısından önemli görülüyor ve bu karşı tarafça da biliniyorsa subjektif esaslı unsurdan söz edilir²⁵¹. Pay devri sözleşmesi için de tarafların subjektif esaslı unsurlar belirlemede bir engel yoktur. Ancak, subjektif

²⁴⁷ KILIÇOĞLU, (“Borçlar Özel”), s.54.

²⁴⁸ age., s.56.

²⁴⁹ TBK m.207.

²⁵⁰ age., s.56.

²⁵¹ age., s.56.

esaslı unsurun varlığını iddia eden taraf, aynı zamanda iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde bu unsur, esaslı unsur kabul edilemez²⁵².

1. Pay (Sözleşmenin Konusu)

Pay devri sözleşmesinin esaslı unsurlarının başında, devre konu anonim ortaklık payı/payları gelmektedir.

Devre konu payın başlangıçtan itibaren kesin olarak belirli olması zorunlu olmamakla beraber, belirlenebilir olması gerekmektedir²⁵³. Bundan anlaşılması gereken devri taahhüt edilen payın hangi anonim ortaklığa ait olacağının ve devredilecek pay miktarının belirlenebilir olmasıdır²⁵⁴.

Pay devri sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için, ortaklık payının sözleşmenin akdedildiği anda mevcut olmasına da gerek yoktur²⁵⁵. Henüz oluşmamış ortaklık payları da sözleşmeye konu edilebilir.

Mülkiyeti henüz devredenin kendisine ait olmayan bir pay da sözleşmeye konu yapılabilir. Payın devri hususunda baştan objektif bir imkansızlık olmaması halinde pay devri sözleşmesi yine geçerlidir²⁵⁶.

Tarafların anonim ortaklık paylarının devri ile ortaklığın yönetimi ve ortaklık üzerindeki hakimiyetin devrini amaçlamış olması durumunda, pay devri sözleşmesinin konusunun hala ortaklık paylarından mı ibaret olduğu, yoksa sözleşmenin asıl konusunun ortaklığa

²⁵² age., s.57.

²⁵³ **BECKER**, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi II. Bölüm Çeşitli Borç İlişkileri, Çev. A. Suat DURA, Bern 1934, s.19.; **TANDOĞAN**, s.80.

²⁵⁴ **DEMİRKAPI**, s.75.

²⁵⁵ **KILIÇOĞLU**, age., s.42.

²⁵⁶ **NOMER/ENGİN**, s.57.

ait malvarlığı ve bu kapsamda özellikle işletme mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışma özellikle pay devri sözleşmesinde kanundan doğan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilirliği ve eğer uygulanabiliyorsa kapsamının ne olacağı yönünden büyük önem taşımaktadır.

Hakim olan görüşe göre bir işletme devri iki yöntem ile gerçekleşebilir. Bunlardan ilki uluslararası hukukta “assetdeal” olarak bilinen bir işletmenin aktif ve pasifleri ile devralınmasıdır. Ancak bu yöntemin tercih edilmesi bir takım güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim, işletmenin aktif ve pasifleri ile devri, işletmeye ait tüm hak ve alacakların tek tek, tabi oldukları kurallara göre devrini gerektirir. Özellikle, işletmeye ait borçların devri üçüncü kişilerin rızasının alınmasını gerekli kıldığı için ayrı bir güçlük taşımaktadır. Bu doğrultuda, işletmenin taraf olduğu tüm sözleşmeler için de devredilecek sözleşmeye taraf olan üçünü kişinin rızasının sağlanması gereklidir²⁵⁷. Dolayısıyla işletme devrini hedefleyen taraflar genellikle ikinci yöntem olan işletmenin dolaylı devrini, yani “sharedeal” yöntemini tercih ederek devredilmek istenen işletmeye sahip anonim ortaklığın paylarını devre konu yapmaktadırlar. Bu sayede anonim ortaklık üzerinde önemli miktarda pay devri gerçekleştirilerek ortaklığa ait olan malvarlığı değerleri üzerinde de hakimiyet sağlanmaktadır.

İşletme üzerindeki hakimiyetin ortaklık paylarının devri ile sağlanması durumunda söz konusu işletme el değiştirmemekte, aynı ortaklığın tüzel kişiliğine ait olmaya devam etmektedir²⁵⁸. Bu nedenle de “sharedeal”, “assetdeal”a kıyasla hem üçüncü kişiler ile olan ilişkiler bakımından, hem de tabi olduğu esasların kolaylığı bakımından uygulamada taraflar için daha cazip bir yöntem haline gelmiştir.

²⁵⁷ **BUZ**, s.66.

²⁵⁸ **age.**, s.67.

Doktrinde hakim olan geleneksel görüŖe göre, yukarıda değinmiŖ olduğumuz “sharedeal” yani pay devri yolu ile ortaklık ve malvarlığı üzerindeki hakimiyetin amaçlanması halinde devrin konusu sadece ortaklık payları olmaktan çıkmakta, ortaklığın sahip olduğu malvarlığı ve bu malvarlığı içerisinde yer alan “iŖletme” devrin esas konusu kabul edilmektedir²⁵⁹.

Bu görüŖü savunan yazarlar, asıl devredilmesi amaçlananın payların kendisi olmadığını, ortaklığa ait payların burada amacın gerekleŖtirilmesi yolunda araç görevi gördüğünü savunmakta, hatta *ESİN* bu konudaki görüŖünü satılanın ticari iŖletme olduğu, payların ise satılan değil tıpkı bir dairenin satımında anahtar gibi “teslim edilmesi gereken Ŗey”, devralanın fiili hakimiyetini sağlayan “araç” olduğu Ŗeklinde dile getirmektedir²⁶⁰. *TEKİNALP* de anonim Ŗirkete ait paylarının çoğunluğunun devredilmesinin yönetim ve hakimiyet devrine karŖılık geldiğini bu doğrultuda da pay devri ile iŖletme devrinin özdeŖ olduğunu ifade etmektedir²⁶¹. *PASLI* ise bu görüŖün tüzel kiŖilik ve malvarlığı ilkesi ile uyumlu olmamasına rağmen, hukuk düzeninin ekonomik gerçekliği karŖısında benimsenmesi gerektiğini belirterek, o da ortaklık paylarını anonim ortaklığın malvarlığının devrinde bir araç olarak görmekte, bir

²⁵⁹**BUZ**, s.66; **ESİN**, İsmail, BirleŖme ve Devralmalar, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 161; **TEKİNALP (POROY/AMOğLU)**, C.I, s.556, N.772c; **PASLI**, Ali, “Anonim Ŗirket Pay (Hisse) Devri”, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları IŖıėında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018s.110-111; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2020, s.101; **AKDUMAN**, s.102; **ATAMER / ALTUNBAŖAK SANCAK**, s.109-110, dpn.47.; **SEROZAN**, (“Özel Bölüm”), s.199; N.689.

²⁶⁰**ESİN**, s.161.

²⁶¹**TEKİNALP (Poroy/amoğlu)**, Ortaklıklar C.I, s.556, p.772c.

malvarlığı değeri olarak ortaklık üzerindeki “kontrolün” de devredildiğini ifade etmektedir²⁶². *EREN*, işletmenin sahibi olan ortaklığa ait pay senetlerinin satışı ile bir işletmenin (teşebbüsün) dolaylı satışının gerçekleştiğini belirtmekte, dolayısıyla onun da pay satışını işletme satışı olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır²⁶³. *BUZ* da ortaklık paylarının tamamının ya da tamamına yakınının devri durumunda; ekonomik olarak işletmenin aktif ve pasifleri ile satımına benzer bir durum gerçekleştiğini ifade etmektedir²⁶⁴.

Her ne kadar doktrindeki genel görüş ortaklık paylarının devrinin ortaklık üzerinde bir hakimiyet yaratması durumunda, devir konusunun ortaklığa ait malvarlığı, işletme olduğu yönünde ise de bu görüşü kabul etmeyen; devir konusunun her halükarda ortaklık paylarından oluştuğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşte olan *KILIÇOĞLU*, işletmenin doğrudan devrinde işletmenin tüm aktif ve pasifi ile devralana geçtiğini, ancak pay devrinde payın ait olduğu ortaklığın malvarlığı veya işletmesinin el değiştirmediğini, devralanın işlemeyi değil sadece paya bağlı hak ve borçları devraldığını ifade etmektedir²⁶⁵. Benzer şekilde *AYOĞLU*, pay devri sözleşmesinin konusunun pay sahipliği hakkı olduğunu, ortaklığa ait malvarlığının sözleşmenin konusu olmadığını, dolayısıyla devredilen paylar ortaklık üzerinde hakimiyeti sağlasa dahi anonim ortaklığın malvarlığının devri ile özdeş sayılamayacağını ifade etmektedir²⁶⁶. *TÜRKYILMAZ* da sözleşmenin konusunun pay yani ortaklık hakkı

²⁶²**PASLI**, (“Pay Devri”), s.111.

²⁶³**EREN**, (“Özel Hükümler”), s.101.

²⁶⁴**BUZ**, s.65.

²⁶⁵**KILIÇOĞLU**, (“Genel Hükümler”), s.1054.

²⁶⁶**AYOĞLU**, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s.251.

olduğunu, ortaklık malvarlığında yer alan unsurların sözleşmenin konusunu oluşturmadığı görüşündedir. Yazar, doktrindeki hakim görüşün aksine ortaklığın çoğunluk paylarının devrinin dahi, ortaklığa ait malvarlığının devrine özdeş tutulamayacağını açık bir şekilde savunmaktadır²⁶⁷. Bu görüşü ise öncelikli olarak ortaklığın bağımsız bir tüzel kişiliğe ve bu doğrultuda ortaklarından ayrı bağımsız bir malvarlığı ile ehliyeteye sahip olmasına dayandırmakta, ikinci olarak ortaklık alacaklılarının dahi pay sahiplerinden öncelikli olarak ortaklık malvarlığı üzerinde hak iddia etmesinin söz konusu olduğunun altını çizmektedir. Yazara göre, aksine görüşün benimsenmesi ortaklık tüzel kişiliğini yok saymak anlamı taşımaktadır²⁶⁸. İsviçre öğretisi ve Federal Mahkeme kararlarında da devrin konusunun işletme değil, paylar olduğu görüşü hakimdir. Bu kararlardan birinde, devredilen payların ortaklık paylarının tamamı ya da şirket üzerinde kontrolü elde edecek miktar olması durumunda dahi pay devri sözleşmesinin kıymetli evrak satımı olarak değerlendirileceği ortaya konulmuştur²⁶⁹. Ancak, bu görüşten uzaklaşan kararların da verilmeye başlandığı ifade edilmektedir²⁷⁰. Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda pay devrini işletme devri ile eşdeğer görmemekte, sözleşmenin konusunun ortaklık malvarlığı değil ortaklık payları olmasından yola çıkmaktadır²⁷¹.

Bizim de görüşümüz, pay devri sözleşmesinin konusunu ortaklık malvarlığının değil, payların oluşturduğu yönündedir. Ancak, uygulamada bazı pay devirlerinde tarafların

²⁶⁷**TÜRKYILMAZ**, İsmail, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s.154.

²⁶⁸**TÜRKYILMAZ**, s.155.

²⁶⁹**KILIÇOĞLU**, s.1055.

²⁷⁰**ESİN**, s.163

²⁷¹**TÜRKYILMAZ**, s.144.

iradesinin o ortaklığa ait işletme ve diğer malvarlığı değerleri üzerinde söz sahibi olmayı sağlamak olduğu da açıktır. Ayrıca payın değeri ve sahibine sağladığı menfaatler ile ortaklık malvarlığı arasında sıkı sıkıya bir etkileşim söz konusudur. Özellikle anonim ortaklıklarda payın yatırım aracı olarak tercih edilmesi ön planda olup, pay sahibinin bu yatırım aracını tercih etme ve satın alma nedeni ortaklığın o anki ekonomik gücüne ya da ilerisi için olan bir takım ekonomik beklentilere güvenmesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle de ortaklık payı ile ortaklığın malvarlığı özdeş olmasalar da ileride inceleyeceğimiz üzere ayıba karşı tekeffül gibi konularda aralarındaki sıkı ilişki gözetilerek değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

2. Karşılık

Pay devri sözleşmesinin diğer bir esaslı unsuru karşılıktır. Karşılık, sözleşmenin bir satış ilişkisi çerçevesinde kurulması durumunda bedel, yani bir miktar para iken, trampa ilişkisi varsa başka bir mal üzerindeki hakkın geçirilmesi üstlenilmektedir²⁷². Devri üstlenilen bu mal bir taşınır, taşınmaz yada hak olabilir²⁷³.

Ortaklık payının bir taşınır karşılığı devredilmesi durumunda kural olarak sözleşme şekle bağlı değildir. Ancak trampa sözleşmesinde pay karşılığı değiştirilen malın tapulu taşınmaz olması halinde sözleşmenin tapu sicil memurunun düzenlemesi ile resmi biçimde yapılması gerekir²⁷⁴.

Trampa ilişkisinde kural, değiştirilen malların eş değerlerde olması yönündedir. Ancak, her zaman bu dengeyi sağlamak mümkün değildir. Bu nedenle de değeri daha altta olan

²⁷²ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20.

Baskı, İstanbul, 2020, s.170.

²⁷³age., s.171.

²⁷⁴age., s.172.

malı devreden kişi, aradaki farkı dengelemesi adına ayrıca bir miktar da para vermektedir. Bu durumda karma bir sözleşme söz konusudur²⁷⁵.

Pay devri sözleşmesi satış ve trampa ilişkisinin dışında bağışlama ilişkisi içerisinde de kurulabilir. Bağışlama, *“bağışlayanın bir karşılık almaksızın, bağışlananın malvarlığında bir artış sağlamak amacıyla, malvarlığından belirli değerleri ona vermeyi üstlenmesi ya da vermesi yoluyla bu iki kişi arasında yapılan sözleşme”*²⁷⁶ şeklinde tanımlanabilir. Bu nedenle de pay devri sözleşmesinin bir bağışlama ilişkisine dayalı olarak kurulması halinde karşılık unsuru bulunmaz ve karşılıksız olma esaslı unsur olarak karşımıza çıkar²⁷⁷.

Paylar için devralanın önereceği bedel genellikle due diligence ile bağlantılı olmakta, bu doğrultuda elde edilen veriler ile bedel belirlenirken çeşitli yöntemler kullanılabilir. Bedelin belirlenmesi konusunda uygulamada, doğrudan değerlendirme yöntemleri ile göreceli değerlendirme yöntemleri temel iki yaklaşımı oluşturmaktadır²⁷⁸.

Belirlenen bedel devir tamamlanıncaya kadar geçerli olacak sabit bir bedel olabileceği gibi, fiyat ayarlama mekanizması klozu öngörülmesi ile, çeşitli parametreler doğrultusunda değişkenlik gösterebilecek bir bedel de belirlenebilir²⁷⁹.

Bedelin belirlenmesine ilişkin olarak, dünya genelinde sık rastlanan bir başka yöntem ise pay devri sözleşmesinde “earn-out” kloxuna yer verilmesidir. Sonuca katılmalı sözleşme niteliğinde olan bu kloza göre taraflar belirledikleri bir kısım bedel üzerinden

²⁷⁵ age., s .171.

²⁷⁶ age., s .175.

²⁷⁷ age., s .177.

²⁷⁸ TÜRKYILMAZ, s.44.

²⁷⁹ age., s.51-53.

sözleşmeyi kurup, devri gerçekleştirmektedir. Ancak devir sonrasında, öngörülen belli periyotta gerçekleşen performans ile ortaklığın kazancının yine sözleşmede belirlenecek olan belli bir sınırı aşması durumunda devralanın bedelin kalanını ödemesi gündeme gelmektedir²⁸⁰.

Bedelin belirlenmesinde etkili bir başka önemli faktör isetarafların beyan ve garantileridir. Bu noktada kim daha çok riski üzerine alıyorsa,o oranda düşük yada yüksek bedel talep etmektedir²⁸¹.

Bedel TL olarak belirlenebileceği gibi, döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak da belirlenebilir. 13.09.2018 tarih ve 30534 sayılı RG’de yayınlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı döviz cinsinden veya dövize endeksli satış sözleşmeleri açısından sınırlama getirmiş olmakla beraber istisna da belirlemiştir. Bu kapsamda, taşınır hükümlerine tabi olan anonim ortaklık paylarının sınırlamaya istisna teşkil ettiği düşünülmektedir²⁸².

3. Tarafların Anlaşması

Pay devri sözleşmesinin üçüncü esaslı unsuru ise taraflar arasında anlaşma sağlanmış olmasıdır. Anlaşmanın, bir satım söz konusu ise tarafların pay ile paranın değiştirilmesi; mal değişimi söz konusu ise bir mal ile payın değiştirilmesi konusunda olması; bağışlama durumunda ise payın karşılığında bir ivaz söz konusu olmaksızın değiştirileceği konusunda olması gerekir. Pay devri sözleşmesinin kurulması için pay üzerindeki hakkın veya paranın yahut malın karşı tarafa geçirilmesi gerekmez²⁸³. Ancak

²⁸⁰ ATAMER/ALTUNBAŞ SANCAK,s.110.

²⁸¹ TÜRKYILMAZ,s.24.

²⁸² age., s.26-27.

²⁸³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.43.

pay devri sözleşmesinin kurulmasıyla, taraflar karşılıklı olarak birbirinden bunları isteme konusunda kişisel bir talep hakkı kazanırlar²⁸⁴.

B. ESASLI OLMAYAN UNSURLAR

Pay devri sözleşmesinin esaslı unsurları kural olarak yukarıda açıklanan şekilde olmakla beraber, sözleşmenin kurulabilmesi için esaslı olmayan unsurlar da mevcuttur. Esaslı olmayan unsurlar üzerinde daha önce görüşülmemiş, tartışılmamış yada bir sonuca varılamamış unsurlar olabileceği gibi, taraflar sözleşme özgürlüğü ve TBK m.27’de yer alan genel sınırları çerçevesinde sözleşmenin kurulması açısından zorunlu olmayan bu unsurlarda bir belirme de yapmış olabilir. Örneğin sözleşmeden kaynaklı borçların ne zaman, ne şekilde ve nerede yerine getirileceği, faiz miktarı, sözleşmenin noterde yapılması durumunda masrafları kimin üstleneceği gibi unsurların kararlaştırılmamış olması sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına engel teşkil etmez²⁸⁵. Ancak, bu unsurların taraflarca belirlenmiş olması halinde taraflar bu hususlara uyulması konusunda da bir borç altındadır.

²⁸⁴**ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s .43.

²⁸⁵**DEREKAYA**, Kemal Çağrı, “*Limited Şirketlerde Pay Devri*”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021. s.58.

III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

A. DEVREDEN VE DEVRALAN

Pay devrinin ve pay devri sözleşmesinin tarafları devreden ve devralandan oluşturmaktadır. Her iki taraf da herhangi bir gerçek kişi yada tüzel kişi olabilir²⁸⁶. Bu kapsamda başka bir ortaklık yada kamu tüzel kişisi de sözleşmede taraf olabilmektedir.

Pay devri sözleşmesinin taraflarında birden fazla kişinin yer alması da mümkündür²⁸⁷. Örneğin, ortaklık üzerinde hakimiyet sağlamayı amaçlayan devralan, birbirinden farklı oranlarda payları ellerinde bulunduran pay sahipleri ile ayrı ayrı sözleşmeler yaparak hakimiyet elde etme amacını riske atmaktansa, bu kişilerin tamamı devreden tarafta yer alacak şekilde sözleşme ilişkisine girebilir. Bu sayede, eğer sözleşmeye taraf pay sahiplerinin tamamı paylarını devretmeye yanaşmazsa, diğer ifaları da kabul etmekten kaçınabileceği hususunda anlaşma sağlanabilir.

Kural olarak pay sahibinin kimliği iktisap açısından önem taşımaz, ancak kanun veya esas sözleşmeden doğan çeşitli istisnalar da vardır²⁸⁸. Önceki kanun döneminde katı bir yasak anlayışı hakimken, anonim ortaklığın kendi paylarını devralması da TTK m.379 vd. ile belli koşullarda mümkün hale gelmiştir.

²⁸⁶İMREGÜN, s.29: 6762 Sayılı TTK m.434-435 “hakiki pay sahibi” ifadesi kullanarak bunların sayısının beşin altına düşmemesi gerektiğini düzenlemişse de burada kastedilen pay sahiplerinin gerçek kişi olması gerektiği değil, sırf kanun tarafından öngörülen sayıyı sağlamak adına gerçekte pay sahibi olma niyeti bulunmaksızın ortak gösterilen paravan adamlar olmamalarıdır.

²⁸⁷ESİN, s.169.

²⁸⁸İMREGÜN, s.275.

Devreden, payı aslen ya da devren iktisap etmiş olabilir. Devreden pay sahibi olabileceği gibi onun yetkili temsilcisi de olabilir. Aynı şekilde devralan da yetkili temsilcisi aracılığıyla payı devralabilir, devir sözleşmesine taraf olabilir.

Pay devri sözleşmesinin geçerliliği için devredenin pay sahibi olması da aranmaz, kişi ileride sahibi olacağı yahut başkasına ait payın devrini de taahhüt edebilir. Pay devri sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olmakla beraber, borçlandırıcı işlemlerde edimin işlemin yapıldığı anda mevcut olması yada borçlunun malvarlığında bulunmasına gerek olmadığı kabul edilir. Ancak, sözleşmenin kurulduğu esnada devir hususunda objektif bir imkansızlık söz konusu olmamalıdır.

Bu doğrultuda, pay devri sözleşmesi tasarruf yetkisinden bağımsız olarak geçerli olarak kurulur. Geçerli olarak kurulan bu sözleşme pay sahibininin üçüncü kişi olması durumunda pay sahibini değil, payı devretme taahhüdünde bulunanı bağlar. Devir taahhüdünde bulunan kişi, payın mülkiyetini önce kendi kazanıp, sonra devralana geçirebileceği gibi, payın mülkiyetinin geçirilmesi hususunda üçüncü kişinin ifası da taahhüt edilmiş olabilir.

B. TARAFLARIN EHLİYETİ

Pay devri sözleşmesi bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu nedenle de tarafların durumu hak ve fiil ehliyeti açısından aşağıda incelenmiştir.

1. Hak Ehliyeti

Hak ehliyeti, kişilerin özel hukuk tarafından tanınan haklar ve borçlara sahip olabilme iktidarındır. TMK m.8 tüm insanların hak ehliyetine sahip olduğunu ve hukuk düzeni sınırları içerisinde haklara ve borçlara sahip olmada eşit olduklarını belirterek gerçek

kişilere ilişkin düzenleme getirmiştir²⁸⁹. Hak ehliyeti herkese tanınan bir ehliyet olup, yaş, fıkri ve bedeni gelişim, hukuki işlemlere katılabilme gibi hususlardan bağımsızdır²⁹⁰.

Sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de hak ehliyetine sahiptir ve haklar edinip, borçlar üstlenebilirler²⁹¹. Tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip olmaları, TMK m.48 ile yaratılış gereği insana özgü nitelikte ait olanlar dışındaki tüm hak ve borçlara ehil oldukları şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Nama yazılı anonim ortak paylarının devrinde ortaklık sözleşmesine getirilen bağlam ile kimlerin ortaklık payını devralabileceği hususunda düzenlemeler ve yasaklamalar yer alabilir.

Hak ehliyeti hususunda incelenen başka bir unsur ise yabancılıktır. Yabancılık unsuru kişinin hak ehliyetini genel anlamda etkilememekle beraber, istisnai olarak bazı haklara sahip olmada etkisi olabilir. Bunun örneği olan bir düzenleme; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.56 ve m.65 ile yabancılarının kooperatiflerde yönetim ve denetim kurulu üyeliği yapamayacağının öngörülmüş olmasıdır²⁹².

²⁸⁹AKİPEK, Jale, AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2013,s.269.

²⁹⁰ÖZTAN, Bilge, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Ankara 2021, s.98.

²⁹¹ÖZSUNAY,Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5.Baskı, İstanbul, 1982, s.61; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2011, s.213.

²⁹²ÖZTAN, s.113.

Ancak kanunda, yabancıların anonim ortaklıkta pay sahibi olmasıyla ilgili olumsuz bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, yabancılar da anonim ortaklıklarda pay sahibi olabilmekte ve pay devri sözleşmesinin her iki tarafında da yer alabilmektedir.

2. Hukuki İşlemEhliyeti

TMK m.9’da tanımlanmış olan fiil ehliyeti, kişinin bizzat kendi fiiliyle hak ve borçlar kurup, son verebilmesi ya da yeni hukuki durumlar yaratabilmesidir²⁹³.

Fiil ehliyetinin içeriğine; hukuki işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti, hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti ve dava ehliyeti girmektedir. Hukuki işlem, hukuk düzeni tarafından öngörülen belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla irade açıklamasında bulunmaktan doğan bir hukuki olgudur. Bir hak yaratmak, borç yüklenmek, mevcut bir hakkın veya borcun bir başkasına devir ve temlik edilmesini sağlamak amacıyla yapılır. Hukuki işlem ehliyeti ise kişilerin bizzat bu işlemleri yapabilme ehliyetidir.

Kişinin hak ehliyetine sahip olması her zaman fiil ehliyetine de sahip olduğu anlamı taşımaz; bununla beraber fiil ehliyetine sahip herkes hak ehliyetine de sahiptir²⁹⁴. Fiil ehliyeti, ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama şartlarına tabi tutulmuştur. Bu şartlara göre fiil ehliyeti çeşitli derecelere ayrılmıştır. Bunlar, tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetlilerdir.

Tam ehliyetliler bu üç şarta da uyanlar, yani ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup, kısıtlı olmayan ve kendilerine yasal danışman atanmamış kişilerdir²⁹⁵. Pay devri sözleşmesine taraf olma açısından tam ehliyetliler için ehliyet yönünden bir sakınca

²⁹³**DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s.47.

²⁹⁴**ÖZTAN**, s.118.

²⁹⁵age., s.165.

adlarına hukuki işlemde bulunup, hakları kullanmak üzere yasal temsilcilerinin bulunması gerekir²⁹⁸. Bu kişiler için ehliyetsizlik asıl, ehliyet istisnadır²⁹⁹. TMK m.16 hükmüne göre, sınırlı ehliyetsizler aleyhlerine borç doğuran işlemleri kendi fiilleri ile tek başına yapamazlar. Ancak kendilerine borç yüklemeyen, sadece yarar sağlayan işlemleri yapabilirler³⁰⁰.

Sınırlı ehliyetsizlerin pay devri sözleşmesine taraf olması durumunda da işlemin aleyhlerine borç doğurup doğurmadığı incelenmelidir. Pay devrinin sınırlı ehliyetsiz lehine ivazsız yapılması, örneğin bağışlama sözleşmesi olması halinde işlemin geçerli olacağı düşünülmektedir. Ancak işlem bu kişi lehine ivazsız gerçekleşse dahi anonim ortaklık payının haklar ve borçlar bütünü olduğu unutulmamalıdır. Paya bağlı borçların, payın sağladığı haklara baskın olması ihtimalinde sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesi sınırlı ehliyetsizsin aleyhine olabilir. Bu nedenle duruma göre işlemin, kendisinin menfaatini ihlal edip etmediğine bakılmalıdır³⁰¹. İşlemin karşılıklı yada tek taraflı olarak, sınırlı ehliyetsize borç yüklemesi halinde ise hükümsüzlük yaptırımı tek taraflı bağlamazlıktır. Bu durumda pay devri sözleşmesinin geçerliliği yasal temsilci tarafından onam verilmesine bağlıdır.

²⁹⁸AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.319.

²⁹⁹ÖZTAN, s.190.

³⁰⁰AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.322.

³⁰¹ Bu konuda *DEMİRKAPI*, pay sahipliğinin haklarla beraber borçları da içerdiğinden devralan tarafta yer almanın doğrudan sınırlı ehliyetsiz aleyhine borç doğuran işlem kabul edileceği bu nedenle de işlemin geçerliliği için her türlü, yasal temsilci onayı aranması gerektiği görüşündedir (*DEMİRKAPI*, s.84).

C. SÖZLEŞMENİN TEMSİLCİ ARACILIĞI İLE YAPILMASI

Temsil, kişilerin masraf ve zamandan tasarruf veya gizli kalma gibi çeşitli amaçlar ile bir hukuksal işlemi kendileri yapmaları yerine bir başka kişi aracılığı ile yapma ihtiyacına yönelik bir kurumdur³⁰². Özel hüküm bulunmayan haller için temsil genel olarak TBK m.40-48 arasında düzenleme bulmuştur. TBK’de düzenleme bulan temsil dolaylı değil, doğrudan temsildir. Bir başka ifade ile temsilci, temsil olunan kişinin adına ve hesabına hareket etmektedir. Dolaylı temsilde ise temsilci, kendi adına ama temsil olunan hesabına hareket ederek, temsil ettiği işlem sonuçlarını temsil olunanadevredir³⁰³. Gerçek anlamda temsilden doğrudan temsil anlaşılmakla beraber, temsil kurumunun dayanağı, temsilci tarafından yapılan işlemin sonuçlarının temsil olunanın hukuk çevresinde doğabilmesi düşüncesidir³⁰⁴.

Temsil kanundan doğabileceği gibi, iradi de olabilir. Veli ve vasi yasal temsilci olup, yasal temsil iradeden değil kanundan doğmaktadır. Bir hukuksal işleme dayanan temsilde ise temsil yetkisi temsil olunanın iradesinden doğmaktadır. Bu arada belirtmek gerekir ki tüzel kişinin organı, tüzel kişinin kendisidir, temsilcisi değildir³⁰⁵.

İstisnaları bulunsa da, kural olarak tüm hukuki işlemler temsilci ile yapılabilir. Anonim ortaklıkta pay devri sözleşmesi ve pay devri işlemleri hem devreden hem devralan taraf açısından temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilebilir hukuki işlemlerdir. Hatta, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere tam ehliyetsizler ve duruma göre sınırlı ehliyetsizler için özellikle yasal temsilcinin işlemi yapması veya onam vermesi aranmaktadır.

³⁰² KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.302.

³⁰³ age.,s.305.

³⁰⁴ SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s.37.

³⁰⁵ KILIÇOĞLU, s.307.

Pay devri sözleşmesi için verilecek temsil yetkisi bir şekle bağlı değildir. Yetkisiz temsil halinde ise genel hükümler uygulama bulur ve işlem onam verilene kadar askıda geçersiz kabul edilir. Temsil yetkisi verilmesinin şekle tabi olmadığı kabul edildiğinden, temsilci tarafından pay devri sözleşmesine verilecek onam için de bir şekil şartı aranmadığı kabul edilmelidir³⁰⁶.

D. ANONİM ORTAKLIĞIN KENDİ PAYLARINI DEVRALMASI

Pay devri sözleşmesine taraf olma konusunda, anonim ortaklığın kendi paylarını devralıp alamayacağına ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasından anlaşılması gereken; bir tüzel kişi olarak ortaklığın kendisinin veya ortaklık hesabına ancak kendisi adına hareket eden bir üçüncü kişinin ortaklığa ait payları devralması ya da dolaylı olarak pay devri sonucu oluşturan hukuki ilişkilerdir³⁰⁷.

Aslında kendi paylarını devralma, ortaklığın paylar başka birisi tarafından kazanılınca dek, kendisine bizzat katılması anlamı taşır³⁰⁸. Bu nedenle de bazı yararların yanı sıra çeşitli sakıncalar da barındıran, özenle yapılması gereken bir işlemdir³⁰⁹.

Anonim ortaklıkların kendi paylarını devralması ile ilgili ilk düzenleme 865 Sayılı TTK'da yer almıştır³¹⁰. Daha sonra 6762 sayılı TTK'da bu konuda daha katı bir düzenlemeye gidilerek m.329'da anonim ortaklığın kendi pay senetlerini

³⁰⁶DEMİRKAPI, s.96.

³⁰⁷SEVİ, Ali Murat, “Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 22, Sayı:1, Haziran 2003, 239-267, s.239.

³⁰⁸ŞENER, s.395.

³⁰⁹UÇAR, s.162.

³¹⁰SEVİ, s.70.

devralmasının ve rehin olarak kabul edilmesinin yasak olduğu ifade edilmiş ancak bu hususa bazı sınırlı sayıda istisnalar getirilmiştir³¹¹.

Anonim ortaklığın kendi payını devralmasındaki kısıtlayıcı düzenlemelerin amacı ile ilgili ileri sürülen görüşlerden ilki, ortaklık malvarlığı ve alacaklıları koruma düşüncesinden kaynaklandığıdır. Ancak sadece bu görüşle açıklanamayacağı, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmaları ve borsa spekülasyonlarının önlenmesi gibi çeşitli diğer görüşlerinde gerekçe oluşturduğu savunulur³¹².

Ortaya çıkan ihtiyaç ve öğretideki eleştiriler doğrultusunda, bu konu 6102 Sayılı Ticaret Kanunumuz m.379 vd’da yeniden düzenlenmiştir. Kanunumuzda aslında bu yasaklayıcı sistem hala büyük ölçüde korunarak, m.379-389’da anonim ortaklığın kendi paylarını devralması için kural belirlemiş ve bu kural dışındaki pay devirleri için de yine çeşitli istisnalara yer vermiştir³¹³.

Bu doğrultuda anonim ortaklığın, genel kurulca yönetim kuruluna verilmiş yetkiye dayanarak sermayesinin yüzde onunu aşmamak üzere paylarını iktisap edebilecek ve rehnalabilecek olması TTK’nın getirdiği yeniliklerin başında gelir. Bir başka ifadeyle TTK ile sermayenin en çok yüzde onunun iktisap yasağının dışına çıkarılmasına olanak sağlanmıştır. Ancak bu işlem, yetki alınması ve diğer şartların yerine getirilmesi yönündeki emredici kurallara bağlıdır³¹⁴.

³¹¹ **DOMANIÇ**, s.939-946; **ALTAŞ**, Soner, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı:75, Kasım 2012 , s.28-34, s.28; **ANSAY**, s.224.

³¹² **SEVİ**, s.72.

³¹³ **TEKİNALP**, “Yeni Hukuk”, s.105.

³¹⁴ *age.*, s.108.

Ayrıca yakın ve ciddi tehlike altında kalması halinde yüzde on sınırı ile bağlı kalınmadan ve YK'nın GK'dan yetki almaksızın anonim ortaklığın kendi paylarını devralabileceği yeniliği getirilmiştir, bu yenilik düşmanca “takeover”lar karşısında olumlu bir özellik olarak görülmektedir³¹⁵.

Anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasında bir başka yenilik ise ivazsız iktisaplar açısından bir sınır bulunmamasıdır. Bu konuda aranan tek koşul devre konu payların bedelinin tamamı ödenmiş paylar olmasıdır³¹⁶.

Bu hususta TTK m.389'da yer alan bir diğer önemli yeni düzenleme ise anonim ortaklığın devraldığı kendi payları ile yavru ortaklık tarafından devralınan paylarının asıl ortaklığın GK toplantı nisabı hesaplamasında dikkate alınmayacağıdır. İstisnası bedelsiz paylar olmak üzere, anonim ortaklığın devraldığı paylar anonim ortaklığa hiçbir pay sahipliği hakkı tanımamaktadır. Yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını devralması durumunda ise paydan doğan haklar donmaktadır³¹⁷.

TTK m.338/f.3'e göre ise anonim ortaklığın tek pay sahibi olacak şekilde kendi paylarını kazanması mümkün değildir.

Kanunda belirlenen şartlara aykırı olarak anonim ortaklığın kendi paylarını devralması halinde devir yine geçerlidir. Ancak bu durumda iktisap edilen payların kısa sürede elden çıkarılmaları gerekir, aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğabilir³¹⁸.

³¹⁵TEKİNALP, age., s.108.

³¹⁶ALTAŞ, s.108.

³¹⁷TEKİNALP, “Yeni Hukuk”, s.109.

³¹⁸ŞENER, s.395.

IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Bir sözleşmede kurucu unsur olan iradelerin geçerliliği belli bir şekilde açıklanmalarına bağlanmış ise şekle bağlılık gündeme gelir. Bu şekle uyulmaması halinde sözleşme geçerli şekilde kurulmamış sayılır. Bu durumda geçerlilik şeklinden söz edilir. Geçerlilik şeklinin türleri, sözlü şekil, adi yazılı şekil ve resmi yazılı şekil olarak karşımıza çıkar³¹⁹. Geçerlilik şekli kimi yazarlarca sıhhat şekli olarak da ifade edilmektedir. Sözleşmenin şekli hususunda geçerlilik şekli dışında ayrıca ispat şekli de gündeme gelebilir³²⁰.

Bir sözleşmenin geçerlilik şekline tabi tutulmasının yararları; irade sahibini düşünmeye sevk etme, iradelere açıklık sağlama, ispat kolaylığı şeklindedir³²¹. Borçlar hukukunda şekil konusunda genel ilke şekil serbestisi olmakla beraber, kanunda aksi düzenleme bulunması yahut tarafların serbest iradeleri sonucunda bir sözleşme geçerlilik şekline tabi olabilir³²². TTK m. 595/f.1 “*Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır.*” hükmü ile limited ortaklık payı için devir ve devir sözleşmesini sıkı şekil şartına bağlamıştır.

³¹⁹ KILIÇOĞLU, s.156; Yazılı şekil türlerine ayrıca nitelikli yazılı şekil de eklenebilir.

Yazılı şeklin kapsamına ilişkin koşul getirilmesi durumunda nitelikli yazılı şekilden söz edilir. Örneğin, TBK m. 583 ile kefalet sözleşmesinin yazılı geçerlilik şartına tabi olmasının yanı sıra, bunun sözleşmenin geçerliliği için yeterli olmadığı, ayrıca kefalet senedinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi; azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa kefaletin müteselsil olduğunun el yazısı ile yazılmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

³²⁰ age., s.149.

³²¹ age., s.150.

³²² age., s.153.

Anonim ortaklık pay senetlerinin devrinde borçlandırııcı işlem ile ilgili bir hüküm TTK’da yer almamaktadır. Dolayısıyla borçlandırııcı işlemin şekli hususunda genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. TBK m.12 hükmü şekil konusunda genel hüküm olarak karşımıza çıkar. Buna göre sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, taraflar pay devri sözleşmesi için kural olarak istedikleri şekli tercih edebilir. Başka bir ifade ile pay devri sözleşmesi kanunda açıklık olmadıkça yada taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bir geçerlilik şekline tabi değildir³²³. Nitekim, anonim ortaklığın yapısına da daha uygun düşecektir. Limited ortaklıkta pay sahiplerinin kişiliği anonim ortaklığa göre daha fazla önem arz eder. Bu nedenle de geçerlilik şeklinin yararları bu ortaklık tipinde ön plana çıkabilir. Ancak, anonim ortaklıklarda pay sahibinin kişiliği değil ortaklığa getirilen sermaye odak noktasıdır. Bu nedenle, geçerlilik şartının yararlarının yanı sıra sakıncalarını da değerlendirmekte fayda vardır.

Bir sözleşmenin geçerlilik şekline tabi tutulmasındaki sakıncaların bazıları, zaman ve masraf kaybına yol açma, gizliliğin ortadan kalkması ve alışveriş yaşamındaki süratin ortadan kalkması olarak sayılabilir³²⁴. “Anonim ortaklık”, adını pay sahiplerinin özellikle hamiline yazılı pay senetleri ile anonimliğini sağlayabilmesinden

³²³SEVİ, s.202.

Bu kısımda anonim ortaklık payının pay senedine bağlanmış olması hali için şekil serbestisinden bahsedilmektedir. Ortaklık payı senede bağlanmamış ise devrin alacağın temliki hükümlerine göre gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Alacağın temlikinin yazılı şekle tabi olarak gerçekleşmesi dolayısıyla çıplak payların devrinde de yazılılık geçerlilik şartı olarak aranır. Bu durumda yapılacak yazılı sözleşme tasarruf işlemi niteliğine sahiptir. Uygulamada da genellikle pay devri sözleşmesi yazılı akdedilerek borçlandırııcı işlem beraberinde tasarruf işlemi de sağlanmaktadır.

³²⁴KILIÇOĞLU, age. s.151-152.

almaktadır³²⁵. Dolayısıyla bu anonimlik kimi pay sahibi için tercih sebebi iken, sözleşmenin resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlanması halinde gizlilik unsuru kısmen de olsa ortadan kalkacaktır. Bu nedenle de devrin taraflarının sözleşmeyi başkalarının bilgisinden uzak tutma amacı varsa bu amaçla örtüşmeyecektir. Ayrıca, anonim ortaklıklarda genellikle payların hızlı ve güvenli tedavülü amaçlanmaktadır. Bu nedenle de anonim ortaklık paylarının devrinde taraflara getirilecek her güçlüğün, bu tedavül kabiliyetine zarar vereceği düşüncesindeyiz.

V. SÖZLEŞMENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

A. MALVARLIĞINA YAPTIĞI ETKİ BAKIMINDAN HUKUKSAL NİTELİĞİ

1. Genel Olarak Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi Ayrımı

Malvarlığına yaptığı azaltıcı etki bakımından hukuki işlem eksiltici işlem ve kazandırıcı işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Eksiltici işlemler tek taraflı işlem niteliğinde olup, bir başkasının malvarlığında artışa neden olmaksızın sadece işlemi yapanın malvarlığında bir azalma meydana getirirler. Kazandırıcı işlemler ise bir kişinin malvarlığı veya çalışma gücünden başka bir kişiye malvarlığının aktifinin artması, azalmasına engel olunması veya pasifin azalması, artmasına engel olunması şeklinde menfaat sağlayan hukuki işlemlerdir³²⁶.

Kazandırma çeşitleri borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ile yapılan kazandırmalar olarak incelenebilir. Bazen maddi fiillerle yapılan kazandırmalar da söz konusu

³²⁵ TÜTÜNCÜ, s.2.

³²⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021, s.190.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı”,

Doktora Tezi, İstanbul 2013, s.62, Son Erişim: www.legalbank.com 29.06.2021.

olabilir. Tüm tasarruf işlemleri birer kazandırıcı işlemdir³²⁷. Borçlandırıcı işlemler, genellikle tasarruf işleminden önce yapılan, tasarruf işleminin yapılmasını taahhüt eden, tasarruf işlemleri ise taahhüt edilen işlemi ifa eden işlemlerdir³²⁸. Borçlandırıcı işlem ile işlemi gerçekleştiren kişinin malvarlığının pasif kısmı artmaktadır ancak henüz aktif kısmında bir değişiklik meydana gelmemektedir. Tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi sonucunda ise kişinin malvarlığının aktif kısmında azalma meydana gelmektedir.

Alacağın temliki işlemi, menkul mülkiyetinin geçirilmesi amacıyla zilyetliğin nakli ve teslim işlemleri, gayrimenkul mülkiyetinin geçirilmesinde önceki malik tarafından yeni malik adına tescil talebinde bulunması işlemi bir hakkın başkasına devretmek amacıyla yapılan tasarruf işlemlerindendir³²⁹. Sadece hakkın devralınması için gerçekleştirilen işlemler değil, hakkın ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya hakkın üzerinde bir külfet/katlanma yüklenmesi gibi amaçlarla hakka doğrudan doğruya tesir icra eden başkaca hukuki işlemler de tasarruf işlemi kapsamında yer alır³³⁰. Ancak, tasarruf işlemlerinin konusunu hak sahibinin iradesi ile değiştirilebilen, ortadan kaldırılabilen, sınırlandırılabilen, başkasına devredilebilen şeyler üzerindeki malvarlığı niteliğindeki haklarla, hukuki ilişkiler teşkil eder. Dolayısıyla isim, şeref, namus gibi malvarlıksal nitelik taşımayan değerler tasarruf işleminin konusu olamazlar³³¹.

Bir kimsenin bir hak üzerinde tasarruf edebilmesine “tasarruf yetkisi” denir. Tasarruf yetkisi, medeni hakları kullanma ehliyeti olan fiil ehliyeti ile karıştırılmamalıdır. Fiil

³²⁷ EREN, (“Genel Hükümler”), s.192.

³²⁸ İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 1984, s.68.

³²⁹ age., s.68.

³³⁰ age., s.68.

³³¹ age., s.68.

ehliyeti kişinin ayırt etme gücüne ilişkin olmakla beraber, subjektif bir özelliktir. Ancak kanundan yada mahkeme kararından doğan bazı istisnai durumlar dışında, kural olarak tasarruf yetkisi bizzat hakkın esaslı bir unsurudur. Başka bir ifade ile hak sahibi olan kişi aynı zamanda tasarruf yetkisine de sahiptir. Tasarruf işlemlerinin geçerliliği ise tasarruf yetkisine sahip kişilerce yapılmasına bağlıdır. Böylece mülkiyet üzerinde yalnız malik, alacağı üzerinde yalnız alacaklı tasarruf edebilir³³².

Borçlandırıcı işlemler ise hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan tesir etmeyip, alacaklı ile borçlu arasında asli edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi kuran hukuki işlemlerdir. Bu hukuki işlemlerle borçlu alacaklıya karşı belirli bir edimde bulunmayı, maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenir³³³. Borçlandırıcı işlem borçlanılan edimin konusunu oluşturan malvarlığının aktifini veya oradaki bir hakkı sadece dolaylı olarak etkiler. Başka bir ifade ile bunların devri, sınırlandırılması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması taaahhüdünü kapsar³³⁴.

Borçlandırıcı işlem, genellikle bir borç sözleşmesidir³³⁵. Örneğin; satış, kira, hizmet sözleşmeleri borç altına giren taraf için birer borçlandırıcı işlemidir.

Borçlandırıcı işlemler, çoğunlukla tasarruf işlemlerinden bağımsızdır ve tasarruf yetkisini kısıtlamazlar. Bu nedenle de tasarruf işlemi kişinin tasarruf yetkisi bulunmaması nedeniyle geçersiz olsa dahi, o işleme yönelen borçlandırıcı işlem geçerlidir. Edimin subjektif imkansızlığı da borçlandırıcı işlemi geçersiz kılmaz. Örneğin satıcı, satış sözleşmesinin yapıldığı anda elinde bulunmayan bir malı da

³³²İNAN, s.69; VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat EDEGE, Ankara, 1983, s.210.

³³³EREN, (“Genel Hükümler”), s.179.

³³⁴age., s.180.

³³⁵age., s.180.

borçlanabilir. Ayrıca aynı ve tek konuya yönelik birden fazla borçlandırıcı işlem yapılabilir ve hepsi geçerlidir. Ancak birden fazla tasarruf işlemi yapılamaz. Eğer birden fazla tasarruf işlemi gerçekleştirilmiş ise ilk yapılan tasarruf işlemi geçerlidir³³⁶. Ayrı tarihlerde birden çok borçlandırıcı işlem kurulmuş olması alacaklılara işlemin tarihinin önceliğine göre bir öncelik hakkı tanımaz³³⁷.

2. Anonim Ortaklık Pay Devri Sözleşmesi Açısından Değerlendirme

Anonim ortaklıklarda pay devri, ilk aşama borçlandırıcı işlem, ikinci aşama ise tasarruf işlemi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Borçlandırıcı işlem aşamasında ortaklık payının devri satış, trampa, bağışlama gibi mülkiyeti devretme amacı taşıyan bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde taahhüt edilmektedir. Bu sözleşme çalışmamızın konusu olan pay devri sözleşmesidir.

Borçlandırıcı işlem ile taahhüt edilmiş olan payın, mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi ise tasarruf işlemi ile söz konusu olmaktadır. Pay devri sözleşmesinden doğan borç doğrultusunda gerçekleştirilecek olan tasarruf işlemi ise payın devridir. Anonim ortaklık paylarının devri birinci bölümde detaylı olarak ele aldığımız üzere; ortaklık payının senede bağlanmış olup olmaması yada senede bağlanmış paylarda bağlanılan pay senedinin türüne göre değişiklik göstermektedir. Pay hamiline yazılı pay senedine bağlanmış ise senet zilyetliğinin mülkiyeti devir amacıyla geçirilmesi, pay nama yazılı pay senedine bağlanmış ise senedin ciro edilerek zilyetliğinin geçirilmesi ve senede bağlanmamış paylar için alacağın devri hükümleri doğrultusunda tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi, ayrıca kimi durumda devrin geçerliliği için gerekli izinlerin alınması ile pay defterine kayıtgerekmektedir.

³³⁶İNAN, s.70.

³³⁷EREN, age., s.181.

“Pay devri sözleşmesi” isimli sözleşmenin pay devrindeborçlandırıcı işlem mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğu hususunda özellikle limited ortaklıklar hukukunda bir tartışma söz konusudur. Limited ortaklık payının devrine ilişkin 6762 Sayılı TTK m.520/f.5 hükmünde “*payın devri ve devir vaadi hakkında mukavele...*”, 6102 Sayılı TTK m. 595’te ise “ (1) *Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır...*” ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün devrin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminden oluşan iki aşamasını ifade ettiği, dolayısıyla “pay devri sözleşmesi” ifadesinden devri sağlayan tasarruf işleminin, “pay devir vaadi sözleşmesi”nden ise borçlandırıcı işlemin anlaşılması gerekeceği bazı yazarlarca savunulmuştur³³⁸.

Ancak bu görüşe katılmayan yazarlar, limited ortaklıkta devir sözleşmesinin devir borcu doğuran bir sözleşme olduğunu ve borcun ifasının ortaklığa ilişkin diğer koşullar tamamlandığında gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Kanunda yer alan ifadeyi pay devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu ve devrin sadece pay defterine kayıtlı tamamlanmış olabileceği şeklinde eleştirmişlerdir³³⁹.

Ayrıca bu görüşte olan yazarlar, “pay devir vaadi” ifadesinin asıl sözleşmeden önce eğer bir önsözleşme yapılıyorsa bu önsözleşmenin de aynı şekil şartlarına tabi olacağını belirleme amacıyla kullanıldığını, yani bir ön sözleşmenin kastedildiğini savunmaktadırlar^{340,341}.

³³⁸DEMİRKAPI, s.63.

³³⁹ÖZ, s.31

³⁴⁰age., s.33.

³⁴¹TTK m.595 ile ise “*pay devir vaadi*” ifadesi yerine “*devir borcunu doğuran işlemler*” ifadesine yer verilmiş, hükmün gerekçesinde ise bu değişiklik ile konudaki tartışmaya son verilmek istendiği yer almıştır.

“Pay devri sözleşmesinin” devrin borçlandırııcı işlem niteliğine sahip olduğu yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. Nitekim, “devir vaadi sözleşmesi” şeklinde bir ifade gerçekten de bir önsözleşmeyi çağrıştırmaktadır; ki anonim ortaklık paylarının devri hususunda pay devri sözleşmesinin yapılması vaadini içeren bir önsözleşme yapılması da mümkündür. Doktrinde bazı yazarlar ise borçlandırııcı işlem aşamasının “pay satış sözleşmesi” olarak adlandırılması gerektiği, “pay devri sözleşmesinin” tasarruf işlemi olduğunu ifade etmektedir³⁴². Bizce bu görüşe katılmak da mümkün değildir. “Pay satış sözleşmesi”, “pay devri sözleşmesi”nin bir türü olmakla beraber, pay devri sözleşmesi her zaman bir satış ilişkisini içermek durumunda değildir.

Ayrıca kanunun limited ortaklıklarda pay devrini düzenleyen hükümlerinde de “pay devir vaadi sözleşmesi” ve “pay devri sözleşmesi” olarak iki ayrı isme sahip sözleşme olduğu yer almamakta,sadece “devir vaadi hakkında” ve “devir hakkında” sözleşmelerden söz edilmektedir.

Doktrinde de pay devri sözleşmesinin borçlandırııcı işlem niteliği taşıdığı genel olarak kabul görmektedir. Pay devri sözleşmesi ile pay sahibi payın mülkiyetinin geçirilmesi hususunda bir taahhüt altına girmektedir³⁴³. Başka bir ifade ile payını devredecek olan kişiye gerekli işlemleri gerçekleştirerek payı devretme, alacaklısına geçirme borcunu doğuran sözleşmelerdir.

Senede bağlanmış olan ortaklık paylarının devrinde pay devri sözleşmesinin borçlandırııcı işlem niteliği daha açıktır. Pay devri sözleşmesi ile taahhüt edilen payların

³⁴²ESİN, s.155.

³⁴³ÖZ, s.33; KILIÇOĞLU, s.1055: “Hisse devir sözleşmesi hukuksal niteliği itibariyle bir satım sözleşmesi olup, satım ile ilgilihükümlere tabi olmalıdır.”AKDUMAN, s.101, s.104.

devri, tasarruf işlemi aşamasında payın/senedin türü doğrultusundaki prosedürle gerçekleşmektedir.

Senede bağlanmamış payın devrinde ise tasarruf işleminin yazılı şekil şartına tabi olan alacağın temlik hükümlerine göre olacağı doktrindeki hakim görüştür. Bu durumda devrin yazılı bir işlem ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Pay devri sözleşmesinin borçlandırıci işlem niteliğine sahip olduğunu düşünmekle beraber, tarafların senede bağlanmamış payların devrinde tasarruf işlemini de bu sözleşme ile gerçekleştirebileceği görüşündeyiz. Anonim ortaklık payının devrinde borçlandırıci işlem ile tasarruf işlemi farklı zamanlarda gerçekleştirilebileceği gibi, tek sözleşmede bir arada da gerçekleştirilebilir. Bu durumda pay devri sözleşmesi sadece borçlandırıci işlem değil, tasarruf işlemi niteliği de taşır. Uygulamada da payın tek bir sözleşmeye konu olmasına sıkça rastlanmaktadır³⁴⁴.

3. Pay Devrinde Borçlandırıci İşlem ile Tasarruf İşlemi Arasındaki Sebebe Bağlılık İlişkisi

Sebebe bağlı olup olmamalarına göre hukuki işlemleri “sebebe bağlı/illi hukuki işlemler” ve “soyut/mücerret hukuki işlemler” şeklinde ikiye ayırabiliriz. Bir kazandırmanın hukuki sebebinin bu kazandırma işleminin kurucu bir parçası sayılması durumunda sebebe bağlı hukuki işlemlerden söz edilir³⁴⁵. Tasarruf işlemlerinin doğumunu sağlayan borçlandırıci işlemler bizzat o işlemin hukuki sebebini teşkil etmez. Ancak, tasarruf işlemleri çoğu kez taahhüt edilen şeyin ifası şeklinde karşımıza çıkar. Bu durumda borçlandırıci işlemin geçerli olmaması, onun ifasını temin eden tasarruf işlemine ait hukuki sebebin mevcut veya geçerli olmaması sonucunu doğurur³⁴⁶. Türk

³⁴⁴DEMİRKAPI, s.69.

³⁴⁵EREN, (“Genel Hükümler”), s.188.

³⁴⁶İNAN, s.76.

ve İsviçre hukuk sistemi borçlandırııcı işlem ile tasarruf işlemlerinde kural olarak, Alman hukukunun aksine, sebebe bağılılık ilkesini kabul etmiştir³⁴⁷.

Doktrinde bu konuda aksi görüşte olan yazarlar da bulunmakla beraber hakim görüşe göre taşınır mülkiyetinin devri sebebe bağılı hukuki işlemdir³⁴⁸. Başka bir ifade ile menkul mülkiyetinin naklini sağılayan tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin temellerinde yer alan borçlandırııcı işlemin geçerliliğine bağılı olduğı kabul edilir³⁴⁹.

Menkul mülkiyetinin naklini sağılayan tasarruf işleminin sebebe bağılı yada soyut olmasının sonuçlarındafarklılık esas olarak malike tanınan dava hakkı hususunda ortaya çıkmaktadır. İşlemin sebebe bağılı olduğı kabul edilirse malik müktesibe karşı bir zamanaşımı süresine tabi olmayan istihkak davası, işleminin mücerret olduğunun kabulü halinde ise TBK m.82’de yer alan zamanaşımına tabi, sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir³⁵⁰.

Anonim ortaklık paylarının tasarruf işlemi aşamasını oluşturan devir prosedürleri ile devrin borçlandırııcı işlem aşamasını oluşturan pay devri sözleşmesi ile ilişkisi bakımından sebebe bağılılığı, senede bağılı pay ve çıplak pay için ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Öncelikle pay senetlerinin devri ile pay devri sözleşmesi arasındaki ilişkinin mücerret kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. İlk aşamada pay senedinin menkul bir eşya olduğı dolayısıyla menkul mülkiyetinin naklinde yer alan illilik görüşünü burada da uygulama bulacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir düşünce anonim ortaklık pay

³⁴⁷EREN, (“Genel Hükümler”), s.189.

³⁴⁸İNAN, s.77; SEVİ,s.44.

³⁴⁹İNAN,s.77.

³⁵⁰SEVİ,s.204.

senetlerinin kıymetli evrak niteliği ile örtüşmeyecektir. Zira, emre ve hamile yazılı kıymetli evraklar kamu güvenliğine sahip olan kıymetli evraklardır³⁵¹.

Anonim ortaklığın çıkarabileceği pay senetlerinin kural olarak hamiline yazılı yada kanunen emre yazılı özellikte olduğu kabul edilir. Bu da pay senetleri ile tedavül gücünün yüksek ve güvenli olmasının amaçlandığını ortaya koymaktadır. Bu durumda TTK m.686/2 senedin herhangi bir surette hamili/sahibinin elinden çıkmış ise, kötü niyetli yada ağır kusura dayalı bir iktisap olması halleri hariç, senedi düzgün ciro zincirine dayalı olarak elinde bulunduran yeni hamilin senedi geri vermekle yükümlü olmadığını düzenlemiştir³⁵².

Bu konuda anonim ortaklığa ait senede bağlanmamış çıplak payların devri durumunun inceleyecek olursak, bunların devrinin alacağın devri hükümleri doğrultusunda gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle de bir tasarruf işlemi olan alacağın devrinin sebeple ilişkisini incelemekte fayda vardır. Alacağın devri işlemi, bugün aksi yönde görüşler de olsa, hakim görüşe göre sebepten bağımsız bir hukuki işlemdir³⁵³. Bu hukuki işlem konusunda temlik alanın iyi niyetini sınırlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu da hukuki işlemin güvenliğini sağlamaktadır. Alacağın devri işleminin sebebe bağlılığı kabul edilse idi, sonra temlik alanlara karşı, önceki temliklerin, temelindeki borçlandırıcı işlemlerin geçersizliği ileri sürülebilirdi. Bu da

³⁵¹(ÜLGEN/HELVACI)/KENDİGELEN/KAYA, s.26.

³⁵²age., s.27.

³⁵³İNAN, s.77.

İsviçre Federal Mahkemesi eski içtihatlarında alacağın devri işleminin soyut bir hukuki işlem olduğunu kabul etmiş, sonraki kararlarında bu konuya ilişkin sorunu açık bırakmıştır. İsviçre hukuku öğretisinde ise her iki görüşten de yazarlar bulunmaktadır [KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1013].

alacağın devri işlemlerinde istikrarı ve güvenilirliği ortadan kaldırırdı³⁵⁴. Bu durumda çıplak payın devrinde de alacağın devrinde olduğu gibi mücerretlik ilkesinin kabul edilmesi, anonim ortaklığın iktisadi fonksiyonuna da uygun olarak bize göre daha doğru olacaktır.

B. TAŞINIR MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCU İÇEREN BİR SÖZLEŞME OLMASI

1. Mülkiyeti Devir Amacı Taşınması

Mülkiyetin devri amacı taşıyan sözleşmeler, bir hakkın kesin olarak başkasına devrine yönelik sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin akdedilmesi ile hakkın devri borcu doğup, bu sözleşmeler hakkı doğrudan nakletmezler. Bundan dolayı da bir tasarruf işlemi değil borçlandırıcı işlem niteliğindedirler³⁵⁵.

TBK'nun ikinci kısmı olan özel hükümlerde mülkiyeti devir amacı taşıyan sözleşmeler olarak satım, trampa ve bağışlama sözleşmeleri düzenlenmiştir. Mülkiyeti devir amacı taşıyan sözleşmeler bunlarla sınırlı olmayıp, yine kanunlarda yer alan yada almayan başkaca sözleşmeler de vardır. Örneğin; alacağın temlik vaadi, fikri veya sınai hakkın yahut gayrimaddi mallar üzerindeki başka bir hakkın kesin olarak devri taahhütleri de temlik borcu doğuran sözleşmelerdir³⁵⁶.

Anonim ortaklık payının farklı saiklerle devri söz konusu olabilir. Devredenin amacı mülkiyeti geçirmek olmayıp, devralanın çeşitli haklardan yararlanmasını sağlamak için meşru hamil sıfatı kazandırmak olabilir. Bu durumda devrin tarafları arasındaki iç ilişki

³⁵⁴İNAN, s.77.

³⁵⁵TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:I/1, Ankara 1985, s.3.

³⁵⁶age., s.3.

ile dış ilişki arasında bir farklılık söz konusudur. Tarafların aralarındaki anlaşmaya göre devralan pay ve pay dolayısıyla kazanılan hakların gerçek sahibi konumunda iken, dış ilişkide devralan meşru hamil konumundadır. Bu tür bir ilişkiden doğabilecek zararların önüne geçmek için TTK m.493 f.3 bağlı nama yazılı paylar bakımından bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre, ortaklık devralanın payı kendi ad ve hesabına devraldığını açıkça beyan etmemesi halinde devri onaylamaktan kaçınma hakkına sahiptir³⁵⁷.

Ortaklık payının devrinde diğer bir devir türü ise inançlı devirdir. Buna göre taraflar aralarında akdedecekleri bir inanç anlaşması ile payın tüm hak ve borçları ile daha sonra iade etmesi şartı ile devralana devri hususunda anlaşmaktadırlar. Bu durumda, devreden pay iade edilene kadar mülkiyet hakkına sahip değildir.

Gerçek anlamda pay devri ve pay devri sözleşmesinden söz edebilmemiz için yapılan devrin bu tür bir devri değil, tam devir olması gerekir. Tam devirde tarafların iradesi payın mülkiyetinin ve dolayısıyla paya bağlı haklar ve borçların devralana geçirilmesine yöneliktir³⁵⁸.

2. Edim Konusunun Gayrimaddi Taşınır Mal Olması

Hukukumuzda sözleşme serbestisi ilkesi hakim olmakla beraber, 6098 Sayılı TBK'nın özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmı, bazı sözleşme türlerini tek tek özel olarak düzenlemiştir. Kanunun bu ikinci kısmının başında satış (m.207-281), mal değişim (m.282-284) ve bağışlama (m.285-298) sözleşmelerinin yer aldığı mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelere yer verilmiştir. Bu sözleşmelerde amaç, isminden de anlaşıldığı üzere, bir malın mülkiyet ve zilyetliğinin başka bir kimseye geçirilmesidir. Yapılan

³⁵⁷ SEVİ, s.44

³⁵⁸ SEVİ, s.43; TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar C:II, s.412, p.772c.

sözleşme mülkiyetin devrine ilişkin olmakla beraber, sözleşmenin akdedilmesi devir sonucu doğurmamakta ancak mülkiyetin devrinde atılan ilk adımı oluşturmaktadır³⁵⁹.

Bu sözleşmelere konu olarak payı bir malvarlığı değeri oluşturması açısından daha ayrıntılı incelemek gerekmektedir. Bir ekonomik değer teşkil eden ortaklık payı, bu özelliği yönünden gayrimaddi taşınır mal niteliğindedir³⁶⁰. Anonim ortaklık payının yukarıda yer alan gayrimaddi taşınır bir malvarlığı değeri olma niteliği itibarıyla pay devri sözleşmesi taşınır mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de satış sözleşmesine konu olabilecek değerler incelendiğinde bu sözleşmenin konusu TBK m.207'nin işaret ettiği "eşya"dan başkaca değerlerin de oluşturabileceği görülmektedir. Serbestçe el değiştirebilen ve bir malvarlıksal değer taşıyan maddi ve maddi olmayan her değer satış söz konusu olabilmektedir³⁶¹.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmesinin konusunun "bir taşınır nesne yada taşınmaz nesne yada bir hak" olabileceği yer almaktadır. Söz konusu kanunm.187

³⁵⁹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara, 2020, s.7

³⁶⁰ **AKDUMAN**, s.25; Gayrimaddi yani fiziki varlığı gerçekte bulunmayan bir malın aslında taşınır olarak da nitelenmemesi gerektiği, bunlara maddi taşınır mal ve maddi taşınmaz mal ayrımının yanında üçüncü bir ayrım olarak yer verilmesinin daha uygun olduğunu düşünen yazarlar vardır. Ancak bu mallara farazi bir bulunma yeri atfederek, taşınır mallar içinde yer verilmesi yaygın bir uygulamadır.

³⁶¹ **AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s.230; **TANDOĞAN**,s.79.; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan,Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021, s.74.

ile 818 Sayılı BK m.184 ile taşınır satımının konusu, bir taşınmaza ilişkin olmayan satım olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle bir hakkın satımı da taşınır satımıdır³⁶².

Bu doğrultuda taşınır ve taşınmaz eşya dışında da, sözleşmesel ilişki, taraf sıfatı, devredilebilir her türlü hak; bu kapsamda alacaklar, fikri ve sınai haklar, ortaklık sıfatına bağlı devri mümkün münferit haklar know-how, müşteri çevresi, gibi değerler taşınır satış sözleşmesine konu olabilmektedir³⁶³. Anonim ortaklık payı da eşya ötesi satışa konu bu değerler arasında yer alır ve bir hak satışı (ortaklık hakkı) söz konusudur. *TANDOĞAN* da şirketlerdeki ortaklık haklarının taşınır satımına konu olabileceğini ve bu hakların kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerinde biçimlendirilmiş de olabileceğini ifade ederek pay satımının hak satımı olma özelliğini ortaya koymaktadır³⁶⁴.

Payın senede bağlanmış olması durumunda pay senedinin satımının söz konusu olması ise basit bir senet satımının ötesindedir³⁶⁵. Kıymetli evrakların satışında her şeyden önce senede bağlanmış ve bütünleyici parçasını oluşturan hakkın satışı söz konusudur³⁶⁶. Dolayısıyla pay senedinin satışı söz konu olması halinde esasen satışa konu edilen

³⁶² **BECKER**, s.5, s.30-31.

³⁶³ **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, 2019, s.143; **NOMER**, s.22.

³⁶⁴ **TANDOĞAN**, s.102.

³⁶⁵ Yargıtay pay senetlerinin taşınır mal niteliğinde olduğu ve satışa konu olabileceği görüşündedir (13. HD, 22.09.2011, E.2011/13353, K.2011/12995 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁶ **SEROZAN**, s.146.

maddi varlığı itibariyle senet değil, senedin üzerinde yer alan hak yani ortaklık payı, pay sahipliği sıfatıdır³⁶⁷.

Taşınır bir malvarlığı değeri kabul edilen anonim ortaklık payının uluslararası ticaretin gelişmesi amacıyla ortaya çıkan bir antlaşma olan Viyana Satım Antlaşması³⁶⁸,na tabi olup olmayacağı da tartışılabilir. Bu hususta, bilgisayar yazılımı dışındaki, cismani varlığı bulunmayan haklar için satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilseler de Viyana Satım Antlaşması kapsamında olmadıkları kabul edilmiştir. Ortaklık payının satımı da kapsamın dışında kalmaktadır. Ayrıca, Antlaşmanın m.2-c hükmüne göre menkul kıymetler, kambiyo senetleri ve para satışı da kapsam dışı bırakılmıştır. Gerekçesi ise, bu tür satış sözleşmelerinin çoğu hukuk düzeninde emredici hukuk kuralları ile düzenlenmesi, bu nedenle de konvansiyonun hükümleri ile bir çatışma yaşanmasının önüne geçilmek istenmesidir³⁶⁹.

IV. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Pay devri sözleşmesine uygulanacak hükümler hususunda bir görüş, sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle satış, trampa, bağışlama gibi bir ilişki çerçevesinde mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olduğu,ancak TBK'nın bu sözleşmeleri düzenleyen özel hükümlerinin uygulanmasının sözleşmenin niteliğine uygun düşmeyeceği yönündedir. Bu görüşte olan yazarlar, TBK'daki özel hükümlerin özellikle maddi bir varlığa sahip olan malların sözleşmeye konu olması hali düşünülererek düzenlendiğini,

³⁶⁷NOMER, s.22.

³⁶⁸ CISG; The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

³⁶⁹AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Viyana Satım Antlaşması: CISG; *Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı, Kapsamı ve Yorumu*, Oğuzhan KANYIŞ, Ankara, 2020, s.57, s.59.

pay veya işletme gibi farklı özelliklerde bir malın sözleşmeye konu olması halinde ortaya çıkacak uyumsuzlukların çözümünde yetersiz veya uyumsuz kalacağı düşüncesindedirler. Bu nedenle de pay devri sözleşmesine uygulanacak hükümlerin TBK'nın özel hükümleri değil, doğrudan genel hükümleri olduğunu savunmaktadırlar³⁷⁰.

Diğer bir görüş ise TBK'nun özel hükümlerinin uygulanabileceği ancak bu uygulamanın doğrudan değildir, kıyas yolu ile yapılması gerektiğidir³⁷¹. Bu görüş bize de daha yakın gelmektedir, nitekim ortaklık payı her ne kadar farklı ve kendine özgü özelliklere sahip gayrimaddi bir mal ise de, özel hükümlerde detaylı düzenleme bulan bazı kurumlar, pay devri için de tutarlı, uygun çözümler sunabilmektedir. Pay devri sözleşmelerinde taraflar zaten genellikle sözleşme serbestisi doğrultusunda hareket ederek, aralarındaki hukuki ilişkinin çerçevesini kendileri oluşturmaktadırlar. Ancak, tarafların böyle bir düzenlemeye gitmemiş olmaları halinde, özel hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde çözüm sunabileceği düşüncesindeyiz.

³⁷⁰ESİN, s.165.

³⁷¹YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2014, s.46; TÜRKYILMAZ, s.100; PASLI, Ali, “Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri”, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018, s.78-137, s.97.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. TARAFLARIN BORÇLARI

A. DEVREDENİN BORÇLARI

1. Asli Borçları

Devredenin, pay devri sözleşmesinden doğan asli borcu devre konu ortaklık payı üzerindeki hakkı devralana geçirmek ve ortaklık sıfatının kazanılması için gerekli olan çabayı sarf etmektir³⁷². TBK m. 207/f.1’de de satış sözleşmesi ile satıcının malın zilyetliğini alıcıya devir borcunundoğduğu hüküm altına alınmıştır³⁷³. Maddi şeylere ilişkin satışta, devredenin asli borcu olarak teslim ve mülkiyeti nakil borcu söz konusuysa, hakların satışında teslimin yerini temlik almıştır³⁷⁴. Haklar üzerinde esasen bir mülkiyet hakkı söz konusu olmadığı için, her hak satışına o hakkın alıcıya geçirilmesi için gerekli olan kuralların uygulanacağı kabul edilir³⁷⁵. Pay üzerindeki hakkın devri payın türü ve senede bağlanıp bağlanmamış olmasına göre farklılık gösterdiğinden devreden, payın devri için yukarıda açıklamış olduğumuz prosedürlerden uygun olanı yerine getirme borcu altına girmektedir.

Devredenin asli borcu gerekli prosedürü izleyerek payı devretmektir. Pay devri için devrin tamamlayıcı unsuru olarak ortaklık onayının arandığı hallerde devreden ortaklığın onay vermemesi dolayısıyla sorumlu değildir. Ancak, gerekli onay kararının

³⁷²DEMİRKAPI, s.136.

³⁷³EREN, (“Özel Hükümler”), s.60.

³⁷⁴TANDOĞAN, s.118.

³⁷⁵EREN, (“Özel Hükümler”), s.63.

alınması için devredenın gösterebileceği bir çaba varsa, bu çabayı ortaya koymak da devredenın pay devri sözleşmesinden doğan asli borcudur³⁷⁶.

Sözleşmenin ifa yeri taraflarca sözleşmede açıkça belirlenmiş ise, pay devri bu yerde, eğer özel bir belirleme yapılmamış ise TBK m. 89 hükmü doğrultusunda ifa yeri kurallarına göre belirlenecek yerde gerçekleşir³⁷⁷.

Devreden; payı, üzerindeki hak kısıtsız, sınırsız ve tam olarak devretmelidir. Devredilen pay, sınırlı bir aynı hakla yada devri engelleyen nispi bir hakla kısıtlı olmamalıdır³⁷⁸.

Devredenın asli borcunu yerine getirmemesi halinde, devralanın dava yoluyla payın mülkiyetini kazanması mümkündür³⁷⁹. Bu durumda senede bağlanmamış payların devrinde mahkemenin vereceği karar devredenın irade açıklaması yerine geçer, senede bağlanmış payların devrinde ise devredenın senet mülkiyetini geçirmesi cebri icra yoluyla sağlanır.

2. Yan Borçları

Devredenın yan borçlarından ilki, devredilene kadar kendi hakimiyet alanında bulunan payı ve pay senedini muhafaza etme, koruma, gerekli özeni göstermektir³⁸⁰. Pay senetleri maddi bir varlığa sahip olduğundan bu varlığın muhafaza ve korunmasının yükümlülük kapsamında olduğ şüphesizdir. Ancak bize göre payın korunması ve

³⁷⁶DEMİRKAPI, s.137.

³⁷⁷EREN, (“zel Hükümler”), s.62.

³⁷⁸Bu durumda devralan seçimlik yarışan hakka sahip olup, dilerse zapttan sorumluluk hükümlerine, dilerse ifa etmeme veya yanılna ya da aldatma hükümlerine göre devredene başvurabilir (EREN, age., s.64).

³⁷⁹DEMİRKAPI, s.137.

³⁸⁰EREN, (“zel Hükümler”), s.65.

muhafazası sadece maddi bir varlığa yönelik olarak düşünülmemeli, payın soyut bir kavram olarak da varlığına yada değerine zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınıp, korunması için gerekli önlemlerin alınması da bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmelidir. Devredenin bu borcu TMK m.2/f.1’de düzenleme bulan dürüstlük kurallarından doğmaktadır. Devredenin borcu kusurlu davranışıyla yerine getirmemesi durumunda, payda meydana gelen zarar devredene aittir. Ayrıca kusurlu ifa imkansızlığı nedeniyle devralanın uğramış olduğu zararı gidermesi gerekir³⁸¹.

Devredenin bir diğer yan borcu, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğüdür. Hukukumuzda ilke olarak sözleşme taraflarının birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü yoktur³⁸². Ancak tarafların karşı tarafın sözleşme yapma iradesini etkileyecek nitelikte olan bilgileri karşı tarafla paylaşması sözleşme öncesi bir yükümlülüktür³⁸³. Devredenin devir konusu pay ve bu payın ait olduğu ortaklık ilişkisine dair önemli hususlarda devralanı aydınlatması da ayrıca dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bir görüşe göre de pay devri sözleşmesinden doğan bu yükümlülüğün yasal dayanağını alacağın temlikine ilişkin TBK m.190 hükmü oluşturmaktadır³⁸⁴. Hükme göre alacağın devreden, devralana alacağı ileri sürebilmesi için gerekli belge ve bilgileri vermekle yükümlüdür.

³⁸¹ age., s.66.

³⁸² age., s.66.

³⁸³ age., s.66.

³⁸⁴ **DEMİRKAPI**, s.138; Yazar, eseri yazdığı dönemde yürürlükte olan 818 Sayılı BK m.169/II hükmüne atıf yapmıştır. Hükümde “...haklarının izhar için lüzumlu olan malûmatıta ile mükelleftir.” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla o dönemde de hükmün lafzının alacağın temlikinden doğan haklara ulaşılabilmesi için gerekli bilgilerin paylaşılmasını düzenlediği görülmektedir. Nitekim yazar da hükümden doğan borcun kapsamının bu şekilde olduğunu ifade etmiştir.

Ancak hüküm alacağın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için gerekli bilgilerin verilmesini düzenlemiş olup, bize göre devir konusu paya ilişkin sözleşme yapılmasını etkileyecek nitelikteki bilgilerin paylaşılmasını bu hükme dayandırmak bilgilendirme yükümlülüğünün sınırlarını daraltacaktır. Bu nedenle de yükümlülüğün dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Pay devri sözleşmesinde, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin kanunda bir hüküm yer almamaktadır. Limited şirket payının devrinde, TTK m. 595 ile bazı kayıtların devir sözleşmesinde yer almasını zorunlu tutulmuştur. Buna göre “...ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullara” yer verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Anonim ortaklıklar için ise böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak anonim ortaklıklarda bilgi verme yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken uygun düştüğü ölçüde bu hükümden yararlanılabilir. Buna göre, anonim ortaklık pay devri sözleşmesi yapılırken paya ilişkin sermaye koyma borcunun yerine getirilip getirilmediği, bakiye sermaye borcu bulunması durumunda bunun miktarı ve muaccel olacağı zamanın bildirilmesi gerekmektedir³⁸⁵. Anonim ortaklık payı üzerinde tesis edilmiş bir hakkın varlığı halinde, devralanın bu husus hakkında da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, nama yazılı paylar için esas sözleşmesel bağlam ile getirilen devir sınırlaması varsa, devralanın bu konuda da devredence aydınlatılması gerekir.

Paya dair bilgiler kadar ortaklığa dair bilgilerin de belli sınırlar kapsamında devralanla paylaşılması gerekmektedir. Anonim ortaklık payının çoğunlukla bir yatırım aracı

³⁸⁵ DEMİRKAPI, s.140.

olması dolayısıyla ortaklığın içinde bulunduğu ekonomik durum konusunda devralanın bilgilendirilmesi özellikle önem taşımaktadır³⁸⁶.

Bilgi verme yükümlülüğünden doğan sorumluluk kusur ilkesine tabidir. Bu nedenle de, devreden kendisinin de paya ilişkin durumu bilmediği ve bilmesi kendinden beklenmeyen hallerde bu yükümlülüğe aykırı davranıldığından söz edilemez. Devreden bilgi verme yükümlülüğünden doğan sorumluluğu ile garanti sorumluluğu ayrımı da esas olarak bu noktada kendini göstermektedir. Garanti sorumluluğu söz konusu olduğunda devreden garanti verdiği hususlarda kusuru olmaksızın sorumluyken, bilgi verme yükümlülüğüne gidebilmek için devreden kusurlu olması aranır³⁸⁷.

Devreden bir diğer yan yükümlülüğü devrin amacına ulaşmasını engellemek, devrin gerçekleşmesi için elinden geleni yapmaktır. Payın devrini gerçekleştirmek asli yükümlülüğü olmakla beraber, özellikle devrin ortaklık onayına tabi olduğu hallerde onayın gerçekleşmesi için de elinden geleni yapmakla, yönetim kurulu üyelerinin oylarını olumsuz yönde etkilememekle yükümlüdür.

Limited ortaklık paylarının devrinde ispat vasıtası niteliği taşıyan pay senetlerinin devralana teslim edilmesi de bir yan yükümlülük olarak değerlendirilmiştir³⁸⁸. Anonim ortaklık paylarının devrinde pay senede bağlanmış ise senedin devri pay devri prosedürünün zorunlu unsurunu oluşturduğu için senetlerin devri bir yan yükümlülük değil asli yükümlülük oluşturur.

³⁸⁶ age., s.141.

³⁸⁷ age., s.142.

³⁸⁸ DEMİRKAPI, s.143.

3. Zapta Karşı Tekeffül

Satıcının mülkiyeti devir borcunun bir sonucu ve müeyyedidesi olan zapta karşı tekeffül borcu, satılan malın tamamı veya bir kısmının bir üçüncü kişinin iddia ettiği üstün haktan dolayı alıcının elinden alınması veya alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu olmasını ifade eder³⁸⁹.

TBK m.214’de düzenlenen satıcının zapttan sorumluluğu niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim ortaklık pay devri sözleşmesine de uygulanır³⁹⁰. Zapta karşı tekeffül borcu kanundan doğan bir borçtur, ayrıca sözleşme ile belirlenmesine gerek yoktur. Ancak, emredici değil düzenleyici bir hüküm olup kanundan doğan zapt hükümlerinin uygulama bulmayacağı taraflarca kararlaştırılabilir³⁹¹.

Daha önce değinildiği üzere, anonim ortaklık payı üzerinde çeşitli haklar kurulması mümkündür. Bu hakların devralanın pay sahipliği hakkına üstün bir hak olup payın elinden alınması yahut paydan doğan haklarını kullanması tam yada kısmi olarak engellemesi halinde zapttan söz edilir.

Zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması belli maddi şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle pay devri sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olması ve payın devralana geçmiş olması gerekmektedir. Devralan, pay üzerindeki üçüncü kişiye ait hakkın varlığını pay devri sözleşmesinin kurulduğu sırada bilmemelidir. Son olarak, bu hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin zapt hakkına sahip olması ve hakkı kullanması konusunda mevcut bir tehlike yeterli olmayıp, üçüncü kişinin bu hakkını devralana karşı ileri sürmüş olması da gerekir. Zapttan sorumluluk hükümlerinin

³⁸⁹TANDOĞAN, s.148; EREN, (“Özel Hükümler”), s.78.

³⁹⁰SEVİ, s.202.

³⁹¹EREN, age., s.78.

uygulanması için devredenin kusurlu olması aranmaz. Ancak, ayrıca kusurlu olması halinde tazminat borcu da söz konusu olur³⁹².

Zapt hükümlerinin uygulanabilmesi ayrıca şekli şartların gerçekleşmesine de bağlıdır. Bu şartlar zaptın ihbarı, ispatı ve hakkın zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması şeklindedir. Devralan, üçüncü kişinin hak iddiası ile karşı karşıya kalması durumunda bu durumu devredene bildirmelidir. Ayrıca zaptın maddi şartlarının gerçekleşmiş olduğunu ispat etmelidir. Hakkın zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması ise bir diğer şekli şarttır. Burada zamanaşımı süresinin TBK m.146'ya göre on yıllık genel zamanaşımı süresi olduğu kabul edilir³⁹³.

Anonim ortaklık payı devralanın elinden alınmış ise, TBK m.217/f.2'e göre pay devri sözleşmesi borç ifa edilmediği için kendiliğinden sona erer. Başka bir ifade ile burada sözleşmeden dönme söz konusu olmayıp, devredenin dönme yönünde irade açıklamasında bulunması aranmaz³⁹⁴.

Kısmi zapt söz konusu ise sözleşme ilke olarak sona ermez ve geçerliliğini sürdürür. Bu durumda sözleşmeden dönme değil sadece tazminat gündeme gelir. Kısmi zapt halinde tazminat taleplerinin başında satış parasının kısmen geri verilmesi yer alır. Devralan bunun haricinde kısmi zapttan dolayı uğramış olduğu müspet zararı da talep edebilir. Burada müspet zarar devralanın uğramış olduğu fiili zarar ve yoksun kalınan kardan³⁹⁵.

Anonim ortaklık payının devrinde zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı nispeten sınırlıdır. Bunun nedeni ise ortaklık payının, çoğunlukla kıymetli evrak

³⁹² age., s.83.

³⁹³ age., s.87.

³⁹⁴ age., s.87.

³⁹⁵ age. s.96.

niteliğindeki pay senetlerine bağlanmış olmasıdır. Hukuken, hamiline ve kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde olan bu pay senetleri kamu güvenliğine sahip kıymetli evrak kabul edilirler. Kamu güvenliğine sahip kıymetli evrak ise, senedi devralana, devreden tasarruf yetkisi ve senedin içeriği bakımından koruma sağlayan kıymetli evraktır³⁹⁶.

Doktrindeki hakim görüşe göre, anonim ortaklıklarda nama yazılı pay senetleri kanunen emre yazılı kıymetli evrak kabul edilmektedir. Emre yazılı senetlerde ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilmekte, senedi düzgün ciro zincirine dayanarak elinde bulunduran kişi ise senedin meşru hamili sayılmaktadır (TTK m.686/f.1, m.648/f.1, m.778/f.1-(a), m.831/f.2). Senedi düzgün ciro zincirine dayanarak elinde bulunduran meşru hamil bu durumda TTK m.686/f.2 uyarınca; sahibinin elinden herhangi bir sebeple çıkmış olan senedi ancak senedi kötü niyetle yada ağır kusur ile iktisap etmiş olması halinde geri vermekle yükümlüdür. Tersine ifadeyle, meşru hamil senedi iktisabında kötü niyeti yada ağır kusuru bulunmadıkça, kendisine devreden yetkisiz olsa dahi, hak sahibi olarak korunmaktadır³⁹⁷.

Hamiline yazılı pay senetlerinin devri ise sadece zilyetliğin geçirilmesi yoluyla gerçekleşir. Hamiline yazılı senetler, kanunda özel bir hüküm bulunmadığı sürece taşınır hükümlerine tabidirler. Buna göre TTK m.658/f.1 ve TMK m.985/f.1 hükümleri doğrultusunda hamiline yazılı senedin zilyedi, hak sahibi sayılır. TMK m.988 taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin, devreden zilyedin bu konularda tasarruf yetkisi bulunmasa dahi korunduğu hüküm altına almıştır. Hamiline yazılı senedi zilyedinden iyi niyetle iktisap eden yeni zilyedin iktisabı da bu

³⁹⁶(ÜLGEN/HELVACI)/KENDİGELEN/KAYA, s.26.

³⁹⁷ age., s.27.

doğrultuda korunur. Senet, önceki zilyetinin elinden rızası dışında çıkmışsa dahi iyiniyetli yeni zilyete karşı taşınır davası açılmaz³⁹⁸.

4. Ayıba Karşı Tekeffül

Alıcı, bir satım sözleşmesine satılan malı istediği amaç doğrultusunda kullanabilmek için mülkiyetini kazanmak üzere taraf olmaktadır³⁹⁹. Bir başka ifade ile satım konusu olan malın kural olarak alıcının bu amacını gerçekleştirebilir özellikte olması gerekmektedir. Bu özelliklerde eksiklik olması halinde sözleşme kurulurken alıcı ile satıcı arasında kurulmuş olan denge bozulacaktır. Ayıptan sorumluluk hükümleri ise bu dengeyi yeniden sağlamaya yönelik hükümlerdir. Ancak TBK’da ayıptan sorumluluk genel hükümler olarak düzenlenmemiş olup kira, eser, satış gibi farklı temel sözleşme tipleri açısından özel hükümler ile düzenleme bulmuştur⁴⁰⁰.

TBK m.219 hükmü taşınır satışlarında satıcının ayıptan sorumluluğunu düzenlemiş ve bu hükmün pay devri sözleşmesine uygulanabilirliği ve kapsamı doktrinde çeşitli açılardan tartışılmıştır. Bu tartışmalar özellikle çeşitli ayıp türlerinin basit anlamda pay devirlerine ve yukarıda tartışmasını yapmış olduğumuz üzere ortaklık malvarlığı üzerinde hakimiyet sağlayan pay devirlerinde söz konusu olup olamayacağı şeklinde ikili bir ayrım ile ele alınmıştır. Özellikle ortaklığa ait işletmede meydana gelen ayıpların TBK m.219 hükmü kapsamında devreden satıcıya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği fikri doktrinde sıkça tartışılmıştır.

³⁹⁸(ÜLGEN/HELVACI)/KENDİGELEN/KAYA, s.27.

³⁹⁹TÜRKYILMAZ, s.131.

⁴⁰⁰TÜRKYILMAZ, s.131; ERDEM, Mehmet, “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketler Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/I, s.177.

Öncelikle hukuk terminolojisinde ayıbın tanımını yapmak gerekirse, alıcının sözleşme konusu maldan gereği gibi yararlanmasını engelleyen tüm bozukluk, yetersizlik ve işe yaramazlık hallerini ifade ettiğini söyleyebiliriz⁴⁰¹. TBK m.219’a göre ise “bir malın satıcı tarafından açıkça veya üstü kapalı olarak vadedilmiş ya da sözleşmeyle izlenen amaç gereği bulunması gereken (vadedildiği varsayılmış) niteliklerden yoksun olması” demektir⁴⁰². Ayıba karşı tekeffül borcu, satıcının satılanın mülkiyetini devir borcunu tamamlayan bir yan borç olarak kabul edilir ve satıcının bu kapsamdaki sorumluluğu kusurdan bağımsızdır⁴⁰³. Bir satış sözleşmesinde ayıp, ayıbın satıcının taahhüt ettiği ya da kullanım amacı dolayısıyla bulunması zorunlu niteliklerin bulunmaması şeklinde doğması ve de ayıbın türünün maddi, hukuki, ekonomik ayıptan biri olması yönünden incelenebilir⁴⁰⁴.

İlk ayırmda ayıptan söz edebilmek için aykırılığın, alıcının beklediği faydayı ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir durum ortaya koyması değerlendirilir⁴⁰⁵.

İkinci ayırmda ise ayıp maddi, hukuki ya da ekonomik olması yönünden incelenmektedir. Maddi ayıp, ayıp nedeniyle satılanın maddeten kullanılamadığı, satılanın maddi varlığı bünyesinde içerdiği ayıpları ifade eder. Ortaklık payının maddi bir varlığı olmadığı için sözleşmenin konusu olarak ortaklık payı kabul edildiği takdirde bu hakkın kendisine dönük olarak maddi ayıptan söz edilemez⁴⁰⁶. Hukuki ayıp ise, zapt

⁴⁰¹ KILIÇOĞLU, (“Özel Hükümler”), s.27.

⁴⁰² SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019, s.199, N.673.

⁴⁰³ TÜRKYILMAZ, s.132.

⁴⁰⁴ KILIÇOĞLU, age., s.27.

⁴⁰⁵ age., s.27.

⁴⁰⁶ TÜRKYILMAZ, s.132.

kavramı, aldatma kavramı veya sözleşmenin hukuka aykırılık nedeni ile hükümsüz sayılması ile karıştırılabilmektedir, ancak bunlardan farklı bir kavramı ifade etmektedir. Bir hukuk kuralı ya da yargı kararının satış konusunun alıcı tarafından kullanılmasına engel teşkil etmesi durumunda hukuki ayıp söz konusudur. Bize göre anonim ortaklık payının bizzat kendisine ilişkin hukuki ayıp söz konusu olabilir. Satılandan beklenen ekonomik verimliliğin, yararın elde edilememesi hali ise ekonomik ayıp olarak tanımlanabilir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ KILIÇOĞLU, age., s.28.

Pay satışlarında ekonomik ayıbın söz konusu olup olmayacağı ise doktrinde ayrıca tartışılmıştır. **SEROZAN**'a göre ekonomik ayıp, hukuki ayıbın bir benzeridir. Ancak, özellikle ekonomik ayıptan söz edebilmek için nitelik vaadinin bulunmadığı durumlarda nitelik eksikliğinin önemli bir eksiklik olmasına dikkat edilmelidir. Bu nedenle de pay senedi alımlarında kazancın beklentilerin gerisinde kalmasının ekonomik ayıp sayılamayacağını, bu nitelik eksikliğinin olsa olsa doğrudan işletme satımında “asset deal” veya buna eşdeğer tutulan “işletmenin iktisadi kontrolünü elde tutmaya yetecek sayıda” pay satımında ayıp sayılabileceğini ifade etmektedir (**SEROZAN**, s.202, N.689). **EREN**, **TÜRKYILMAZ**, **AYOĞLU** ve **ARICI** ise işletme üzerindeki kontrolün alıcıya geçtiği durumlarda da ekonomik ayıbın söz konusu olmayacağı görüşündedir. Bu konuda **EREN** kötü yönetilen bir işletmenin devralınmasında ayıbın gündeme gelebilmesi için satıcının işletmenin belirli bir kazanç ve verimliliğe sahip olduğu beyanında bulunmuş olması gerektiğini ifade etmektedir (**EREN**, s.107). Pay devrinin işletme devrine özdeş olamayacağını savunan **TÜRKYILMAZ** ise ekonomik ayıbın pay satışlarında uygulama bulamayacağı yönündeki görüşünü öncelikle sözleşme konusunun sadece ortaklık payları yani ortaklık hakkı olmasına, ayrıca ortaklığın gelecekte oluşacak finansalları üzerinde pek çok dış etkenin rol oynaması nedeniyle

Anonim ortaklık pay devri sözleşmesinde TBK m.219 vd.’da düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilirliği doktrinde öncelikle bu hükmün pay devrinin niteliğine uygun olup olmaması açısından ele alınmıştır. Bu hükmün maddi varlığa sahip olan malların satımını düzenleme amaçlı olduğu, hatta temelini iki bin yıl öncesinin Roma hukukundan aldığı ve bu kapsamda da çarşı pazar alışverişi ekseninde oluşturulduğu, günümüz ihtiyaçlarına yanıt vermediği ve özellikle pay satımı gibi farklı satım konularına uygulanmak için yetersiz ve çağ dışı kaldığı ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Aynı nedenlerden ötürü, bize göre de Borçlar Kanunu’ndaki taşınır satışına ilişkin hükümlerin pay satışı açısından yetersiz kaldığını ifade etmek gerekmektedir. Ancak bu yetersizlik, hükmün niteliğine uygun düşecek şekilde uygulanmasına da engel sayılmamalıdır.

Anonim ortaklık payı, ortaklık hakkını ifade etmektedir ve hukuki nitelik olarak bir gayrimaddi maldır. Ortaklık payının senede bağlanmış olduğu durumlarda dahi, pay senedi maddi bir mal olsa da ortaklık payı senetten bağımsız bir varlığa sahiptir. Devralınması amaçlananın ise sadece pay senedi değil ortaklık payının kendisi olduğu

satıcının ileride oluşacak finansal durumla ilgili ayıp nedeniyle sorumluluğu bulunmayacağını savunur. Yazar, ortaklık üzerindeki kontrolün alıcıya geçmesinden sonra finansal kararların da kendisi tarafından alınacağı bu nedenle de ekonomik ayıba başvurmanın mümkün olmadığı görüşündedir. Nitelik vaadinin satılana yönelik olduğu ve pay satışında satılanın bizzat payların kendisi olduğu görüşündeki **TÜRKYILMAZ**, bu doğrultuda satışa konu ortaklığın mali performansına yönelik olarak verilen taahhütlerin nitelik vaadi olarak kabul edilemeyeceği, “saf (yöneltmeyi) amaçlayan garanti taahhüdünün” konusunu oluşturmasından söz edilmesi gerektiği görüşündedir (bkz.**TÜRKYILMAZ** s.163-164).

⁴⁰⁸**TÜRKYILMAZ**, s.156; **SEROZAN**, s.124, N.429.

şüphesizdir. Nitekim kıymetli evraka bağlanmış bir hak söz konusu ise satışa konu olan maddi varlığı itibariyle “evrak” değil, esas itibariyle o hakkın kendisidir⁴⁰⁹. Dolayısıyla pay satışı gayrimaddi mal kapsamında bir hak satışdır⁴¹⁰. Doktrinde ağırlıklı olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi varlığa sahip olan malların satımına yönelik hükümler olduğu, dolayısıyla sözleşmenin konusunun sadece ortaklık payı kabul edilmesi durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır^{411,412}. Bu görüşteki yazarlara göre ayıba karşı tekeffül hükümleri yalnızca payın senede bağlanmış olduğu hallerde devredilecek pay senedinde maddi ayıp söz konusu ise uygulama bulabilir⁴¹³.

Bize göre niteliğine uygun düştüğü ölçüde hem bir hak olarak ortaklık payının kendisine hem de kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanması halinde bir maddi varlığı olan senet açısından ayıptan sorumluluğun uygulanması mümkündür. Pay senedindeki maddi ayıba örnek vermek gerekir ise senet üzerindeki çizik ya da yırtıklar,

⁴⁰⁹**NOMER**, Haluk Nami/**ENGİN**, Baki İlkey, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Ankara 2018, s.54.

⁴¹⁰**BUZ**, s.65 ; **EREN**, s.103.

⁴¹¹**BUZ**, s.83.

⁴¹²**EREN** ayıptan sorumluluğun ilke olarak maddi malların (şey) satışlarında söz konusu olduğunu, hak satışlarında söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca gayrimaddi mallar için, örneğin alacak satışına bu satışa ilişkin olan TBK m.191-193 hükümlerinin uygulanacağını, fikri ve sınai haklarla, üyelik kazanımı gibi gayrimaddi diğer malların devir ve satımı hakkında da ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını savunmaktadır. (**EREN**, (“Özel Hükümler”), s.103).

⁴¹³**BUZ**, s.83.

senede bağılı talon veya kupon gibi eklerin bulunması halinde bu unsurlarda eksiklik ayıptan sorumluluğa gidilebilecek hallerdir⁴¹⁴.

Doktrinde bir görüş devre konu pay senetlerinin sahte olması halinde ayıbın söz konusu olduğunu savunur. *EREN* ekonomik ayıbın tanımını yaparken satın alınan pay senedinin sahte olması halinde hukuki ayıp söz konusu olduğu için alıcının paydan beklenen geliri elde edemeyeceğini ifade etmektedir⁴¹⁵. Bu durumda yazarın satın alınan pay senetlerinin sahte olmasını hem hukuki hem de ekonomik ayıp olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu konuda *TÜRKYILMAZ*'ın görüşü ise sahte pay senedinin teslim edilmesi durumunda bu pay senedine hukuken herhangi bir değer atfedilemeyeceği için “hiç ifa etmemenin” söz konusu olduğudur⁴¹⁶.

⁴¹⁴ age., s.83.

⁴¹⁵ *EREN*, (“Özel Hükümler”), s.107.

⁴¹⁶ *TÜRKYILMAZ*, s.150-151; Yazar bu konuyu ele alırken doktrinde kendi görüşü dışında iki görüş olduğunu, bunlardan birinin “aliud ifa” görüşü olduğunu ancak, bu görüşün çelişkili şekilde yine aynı eserinde birkaç sayfa arayla *EREN* tarafından ileri sürülmüş olduğunu ifade etmektedir. Eserin atıf verdiğimiz baskısı incelendiğinde s.105 N.310’da bahsi geçen görüşe yer verildiği görülmektedir. Ancak söz konusu paragrafta yazarın aliud ifa ile ayıp arasında bir karşılaştırma yapmakta olduğu anlaşılmaktadır. Paragrafta “Ayıbın mevcut olup olmadığından söz edebilmek için parça satışlarında satıcının her şeyden önce, sözleşmede bireysel özellikleri ile belirlenmiş bir şeyi teslim etmiş olması gerekir. Çünkü bireysel özellikleri ile belirlenmiş şeyden başka bir şey teslim edilirse, “ayıplı mal” değil “başka mal=yanlış mal” (aliud) teslimi söz konusu olur” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla yazarın vermiş olduğu örnekte; bir pay senedinin tesliminin sözleşmede bireysel özellikleri ile belirlenmiş olduğu, ancak onun yerine verilen “sahte pay senedi” ifadesi ile geçersiz bir senedin değil o pay senedi

Pay senetleri kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Başka bir ifade ile senede bağlanan hak senedin çıkarılmasından önce ve senetten bağımsız bir varlığa sahiptir. Dolayısıyla senet zarar görse dahi hak varlığını sürdürmektedir. TTK m.488 hükmü tedavülü mümkün olmayacak derecede fiziki zarar gören ilmühaberler ve pay senetlerinin sahibi tarafından gideri karşılığında ortaklıktan yeniden talep edilebileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle de senette meydana gelen yırtılma, bozulma gibi fiziki ayıpların varlığı halinde devralanın TBK m.227/f.1 hükmü uyarınca sözleşmeden dönememesi gerektiği savunulur⁴¹⁷.

Ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için ayrıca; alıcı tarafından malın gözden geçirilmesi ve bir ayıp tespit edilmesi halinde bunun satıcıya bildirilmesi, şekli şartlarının da gerçekleşmiş olması aranır⁴¹⁸. Dolayısıyla alıcı malı satın almadan önce varlığını bildiği ya da gözden geçirme sonucu tespit edebileceği ayıba dayanarak satıcının sorumluluğuna gidemez. Bu doğrultuda, TTK m.487 pay senetlerinin şeklinde yer alması gereken asgari unsurları düzenlemiş olup, bu unsurlardaki eksikliğin alıcı tarafından ayıp olarak ileri sürülememesi gerekir. Nitekim bu unsurlardaki eksiklik, senet teslim edildiği anda alıcı tarafından gözden geçirme sonucu tespit edilebilecek bir eksikliktir⁴¹⁹.

Hak satışlarına TBK m.219'da yer alan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağını savunan görüşün karşısında, taşınır satışı hükümlerinin pay devri sözleşmesinde bir hak olarak anonim ortaklık payı hakkında doğrudan uygulanmaması

dışında farklı, bir başka pay senedinin tesliminin ifade edilmek istendiği düşüncesindeyiz.

⁴¹⁷TRKYILMAZ, s.149.

⁴¹⁸EREN, ("zel Hükümler"), s.116.

⁴¹⁹TRKYILMAZ, s.151.

ancak, niteliğine uygun düştüğü ölçüde de uygulama alanı bulması gerektiği görüşünde olan yazarlar vardır⁴²⁰. Bu görüş bizce de diğer görüşe göre daha uygundur. Nitekim ortaklık payının devrinde de devralanın paydan gereği gibi yararlanmasını engelleyen bozukluklar ve yetersizlikler söz konusu olabilmektedir. Örneğin devreden payların itibari değerlerinin azlık haklarını kullanmaya yeterli olan asgari miktarı sağladığı şeklinde veya payların imtiyazlı olduğu şeklinde bir nitelik vaadinde bulunmuş ve söz konusu paylar vaadi karşılamamış ise ya da sermaye koyma borcunun yerine getirilmemiş ve bu husus devredilenle paylaşılmamış ise anonim ortaklık paylarının ayıplı olduğundan söz edilebilir⁴²¹. Bir başka örnek, ortaklık payı üzerinde intifa hakkı kurulması halidir. Bu durumda intifa hakkı kar payı üzerindeyse ekonomik ayıptan söz edilebilir, nitekim ortaklık payından beklenen menfaat bir üçüncü kişinin yarar elde etmesi dolayısıyla tamamen ya da kısmen sağlanamamaktadır. Ayrıca, kar payı elde etme hakkı ortaklık payının sahibine sunduğu en önemli haklardan biri olması dolayısıyla “lüzumlu vasıf eksikliğinden” de söz edilebilmelidir⁴²². Bu durumda devreden TBK m.219 vd. çerçevesinde ayıptan sorumlu olacağı düşüncesindeyiz.

⁴²⁰ age., s.146.

⁴²¹ **TÜRKYILMAZ**, s.147: Yazar, bu tür ayıpların hukuki ayıp kabul edilmesi gerektiği, anonim ortaklık paylarında ekonomik ayıbın dile getirilemeyeceği görüşündedir (s.132 ve s.163).

⁴²² **TÜRKYILMAZ**, s.147; Devirden önce pay üzerinde intifa hakkı kurulmuş ve bu durum devirden sonra anlaşılıyorsa , hukuki ayıp da gündeme gelebilecektir. Örneğin genel kurulda oy hakkı TTK m.432/f.2 uyarınca intifa hakkı sahibince kullanılacağından devralanın pay sahipliği haklarından yararlanması kısıtlanacaktır.

TBK m.219 vd. ayıba karşı tekeffül hükümlerinin işletme satışlarına uygulanabileceği hususunda neredeyse bir görüş birliği mevcuttur⁴²³. Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere önemli miktarda payın devri vadedildiğinde sözleşmenin konusunun hala sadece ortaklık payları mı, yoksa işletmenin kendisi mi olduğu tartışmalıdır. Ancak işletme devrinin doğrudan devir (assetdeal) ve dolaylı devir (sharedeal) olmak üzere iki şekilde olduğu da kabul edilmektedir. Dolaylı devirde ortaklık paylarının devri yolu ile ortaklık ve işletme üzerinde belirli bir hakimiyet elde edilmektedir. Bu durumda devir sözleşmesinin konusu işletmenin kendisi olmamakla beraber devralan dolaylı olarak işletme üzerinde söz sahibi olmaktadır. Bir görüş bu durumda devir konusunun bizzat işletmenin kendisi olduğunu savunmaktadır, ancak bu görüş tarafımızca benimsenmemektedir. Nitekim, anonim ortaklık ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olup, ortaklığın malvarlığı bu tüzel kişiliğe aittir. Ayrıca ortaklık malvarlığı üzerinde pay sahiplerinden önce, ortaklığın alacaklıları öncelik hakkına sahiptir⁴²⁴. Görüldüğü üzere pay sahipleri ile ortaklık malvarlığı arasında dolaylı bir etkileşim söz konusudur. Bu nedenle, pay devri sözleşmesinin konusunun bizzat işletmenin kendisi olduğunu söyleyemeyiz.

Anonim ortaklık paylarının devri ile ortaklığın kontrolünün el değiştirdiği durumlarda pay devri sözleşmesinin konusunun ortaklığa ait malvarlığı olduğunu savunan bu yazarların görüşlerinin ortak noktası, TBK m.219 vd. hükümlerinin ortaklığa ait malvarlığı ve özellikle işletmeden kaynaklı ayıplar hususunda uygulama bulacağı şeklindedir. Aynı zamanda bu görüşe sahip yazarların bir diğer görüşü de, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yalnızca bu tür pay devirlerinde gündeme gelebileceği, ortaklığın hakimiyetinin devredilmemiş olması halinde satıcının sadece satışa konu paylarının

⁴²³EREN, (“Özel Hükümler”), s.103.

⁴²⁴TÜRKYILMAZ, s.155.

mevcudiyeti ve senede bağlanmış paylar varsa bu pay senetlerinin gerçekliğinden sorumlu olduğu yönündedir⁴²⁵.

Özellikle dolaylı devir (sharedeal) halleri başta olmak üzere pay devri sözleşmesine payları devredilen şirketin malvarlığı ve bu kapsamda işletme açısından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilirliği doktrinde tartışmalıdır. Pay devrinin ortaklık ve malvarlığı üzerinde yönetim ve hakimiyet imkanı yaratma amacıyla gerçekleştirilmesi halinde, *TEKİNALP*'in görüşü pay devrinin şirkete ait işletmenin devrine özdeş olup, payları satışa konu ortaklığın malvarlığında bulunan ayıpların bizzat satılarda ayıp kabul edileceği şeklindedir⁴²⁶.

Bu hususta farklı ülke hukuklarındaki yaklaşımı inceleyecek olursak, Alman hukukunda 2002 borçlar hukuku reformu öncesinde hak satışında ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel hükümler bulunup, eski **437 BGB'ye göre alacak veya diğer bir hak satışında satıcı sadece alacağın mevcudiyetinden sorumlu olup, borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmamasından sorumlu değildir. Bu doğrultuda pay devrinde de satıcının sadece devredilen payın mevcut olup olmamasından sorumlu olduğu, payların ait olduğu işletmeye ait ayıplardan sorumlu olmadığı kabul edilmekteydi. Yeni *453 f.1 BGB hükmü ile mal satışına ilişkin hükümlerin, hakların ve diğer şeylerin satışına da kıyasen uygulanacağı düzenlenmiş ise de Alman hukukundaki hakim görüş, düzenlemeden sonra dahi değişmemiştir. Ancak, ortaklık paylarının devrinin dolaylı olarak işletmenin devri yani mal satışı anlamı taşıyorsa, pay satışına mal satışlarında ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmişlerdir⁴²⁷.

⁴²⁵**TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar C.I, s.556, N.772c.

⁴²⁶**TEKİNALP**, s.134.

⁴²⁷**BUZ**, s.81.

Alman hukukunda son yıllarda oldukça taraftar toplayan başka bir görüşe göre ise, pay satışının sadece ortaklık paylarının tamamı yada tamamına yakını konu aldığı hallerde değil, her türlü pay satışında mal satımında ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak bu görüş aynı zamanda hükümlerin uygulanması için ortaklığın işlettiği işletmenin niteliklerine ilişkin taahhütte bulunulmuş olması şartı aramaktadır. Alman Federal Mahkemesinin ise bu görüşü benimsememiş olduğu, kararlara yansımaktadır⁴²⁸.

İngiliz hukukunda satış sözleşmesini düzenleyen “Sale of Goods Act 1979” pay satışları açısından uygulama bulmamakta, dolayısıyla alıcı ayıba ilişkin olarak bu hakları kullanamamaktadır. “Alıcı sakınsın” (“caveat emptor”) ilkesinin İngiliz hukukundaki son uygulama alanlarından biri pay satış sözleşmeleri olup, bu nedenle alıcılar maruz kalabilecekleri risklere karşı satıcıdan sözleşme ile düzenlenecek “garantiler” (“warranty”) talep etmekte, olası riskin gerçekleşmesi halinde ise bu hükümlere dayanarak zararın tazmini yoluna (“indemnities”) başvurmaktadırlar⁴²⁹.

Türk-İsviçre hukuku açısından ise pay satışına, taşınır satışına ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilmekle beraber, kanuni tekeffül borcunun konusunu payların kendisi oluşturmakta, satıcı bu payların mevcudiyet ve kapsamından sorumlu olmaktadır. Payların ait olduğu ortaklık malvarlığına ilişkin ayıplar, payların tamamı satılsa dahi ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda kabul edilmemektedir. Ayrıca, devreden payların değerini olumsuz olarak etkileyen diğer hususlar dolayısıyla da sorumluluğu bulunmamaktadır⁴³⁰. Federal Mahkemeye göre satıcı, satış konusu paylara ilişkin “ayrıca taahhütte bulunmuş” olması

⁴²⁸ age., s.82.

⁴²⁹ TÜRKYILMAZ, s.140.

⁴³⁰ BUZ, s.83.

halinde payların ekonomik değerinden sorumlu tutulabilecektir⁴³¹. İsviçre doktrininde ise giderek taraftar toplayan hakim görüşe göre ortaklık üzerindeki kontrolün devrine yol açacak miktarda pay satışlarında, tarafların iradesinin Art.18 OR'a göre ortaklığın işletmesinin satışına yönelmiş olduğu, dolayısıyla işletmeden kaynaklı ayıpların satıcıya karşı ileri sürülebilmesi gerektiği yönündedir⁴³².

Bizim görüşümüz de önemli oranda ortaklık paylarının devre konu olması halinde bunun işletme üzerinde dolaylı hakimiyet sağlayacağı, ancak pay devrinin doğrudan işletme devrine denk tutulmaması gerektiği yönündedir. Bununla birlikte, her ne kadar sözleşme konusu satılanın işletme değil ortaklık payı olduğunu kabul etsek de, anonim ortaklık payı ile ortaklığa ait işletme ve diğer malvarlığı arasındaki doğrudan ilişkinin göz ardı edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Anonim ortaklık paylarının özellikle yatırım aracı olma niteliği ile önplana çıktığı şüphesizdir. Ortaklık payının sahibine sunduğu ekonomik menfaatler nedeniyle pay alıcısından talep görmekte, bu ekonomik menfaatler ise doğrudan anonim ortaklığın sahip olduğu malvarlığı ile paralellik göstermektedir. Dolayısıyla pay devri sözleşmesi ile devralan, ister ortaklık üzerinde hakimiyet kuracak miktardaki, ister bu sınırın altında kalan miktardaki payı devralsın, neredeyse her zaman bu anonim ortaklığın sahip olduğu veya olması beklenen malvarlığı değeri nedeniyle bu işlemi gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de devreden de korunması adına ayıbın işletmenin ekonomik bütünlüğünü etkileyecek veya organizasyon yapısını bozacak belli bir düzeye ulaşması halinde⁴³³; işletmeden kaynaklı ayıbın da doğrudan payı etkilemesi nedeniyle payın bizzat kendisindeki ayıp kabul edilmesi ve TBK m.219 vd.

⁴³¹ **TÜRKYILMAZ**, s.141.

⁴³² *age.*, s.141.

⁴³³ **ARICI**, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008, s.92.

hükümlerinin bu anonim ortaklık payları açısından uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. DEVRALANIN BORÇLARI

1. Asli Borçları

Pay devri sözleşmesi ivazlı olarak kurulabileceği gibi, ivazsız da kurulabilen bir sözleşmedir. Sözleşmenin ivazlı kurulması halinde bir karşılıklılık ilişkisi (snallagma) söz konusudur ve ivazın yerine getirilmesi devralan için asli edim yükümlülüğü oluşturur.

Bir satım ilişkisi söz konusuysa aksi kararlaştırılmadıkça satış bedelinin, TBK m.207/f.2 ve m.234/f.1'e göre payın devri karşılığında aynı anda ödenmesi gerekir⁴³⁴. Devreden, payı devrettiği yada devri fiilen önerdiği an bedel alacağı muaccel olur⁴³⁵.

Devralanın yükümlülüğü olarak incelememiz gereken diğer bir konu devralma yükümlülüğüdür. Devralma yükümlülüğünün pay devrinde bir asli yükümlülük olup olmadığı tartışmalıdır. Alıcının devralma yükümlülüğü bulunduğu, TBK m.232/f.1'de alıcının borçları başlığı altında düzenlenmiştir.

TBK m.232/f.1 hükmü doğrultusunda alıcıya karşı borçlunun temerrüdü hükümlerine gidilmesinin satıcıyı, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre daha iyi koruyacağı, alacaklı temerrüdünün bazı hallerde yetersiz ve elverişsiz kaldığı öne sürülmüştür. Bu nedenle de borçlu temerrüdünü savunan yazarlarca satılanı devralma yükümlülüğünün bir borç olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴³⁶.

⁴³⁴ EREN, ("Özel Hükümler"), s.162.

⁴³⁵ age., s.162.

⁴³⁶ age., s.173.

Alıcının devralma borcunun gerçek anlamda bir borç mu yoksa külfet mi olduğu tartışmaları neticesinde; devralma yükümlülüğünün kural olarak bir külfet olduğu ancak bazı hallerde durumun özellik ve gereği devralan için asli yükümlülük oluşturduğu kabul edilmektedir⁴³⁷. Devretme olgusunun satıcının menfaatine olup olmaması bu konuda bir değerlendirme noktası oluşturmaktadır⁴³⁸.

Bu nedenle tarafların iradesinin doğru yorumlanması ayrıca önem taşımaktadır. Taraflar arasındaki anlaşmadan yada somut olayın şartlarından, asli yükümlülük olarak belirlendiği anlaşılıyorsa payı devralmanın devralanın asli yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir⁴³⁹.

Buradaki ayırım hüküm ve sonuçları belirleme açısından önemlidir, nitekim devralmanın külfet olarak kabul edilmesi karşısında devreden payı devralması hususunda devralanı zorlayamaz. Devralmanın devralanın asli borcu olduğu anlaşıldığı takdirde ise, devreden devralana karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilir⁴⁴⁰.

2. Yan Borçları

Pay devrinin bir takım giderleri doğurması söz konusu olabilir, bu durumda taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise bu giderleri karşılamak devralanın yan borçlarındandır. Ayrıca ifaya hazırlık fiillerine katılma ve devralanın ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerini koruma borcu da devralanın yan borçları sayılabilir⁴⁴¹.

⁴³⁷ **EREN**, (“Özel Hükümler”), s.173.

⁴³⁸ **DEMİRKAPI**, s.144; **TANDOĞAN**, s.207 vd.

⁴³⁹ **DEMİRKAPI**; s.145.

⁴⁴⁰ **EREN**, (“Özel Hükümler”), s.175.

⁴⁴¹ *age.*, s.177.

II. BEYAN VE GARANTİLERDEN (REPRESENTATIONS&WARRANTIES)

DOĞAN SORUMLULUK

TBK’da yer alan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun pay devri sözleşmesi için uygulanabilirliği ve uygulanması halinde kapsamının nasıl çizileceği, yukarıda da değinildiği üzere son derece tartışmalı bir konudur. Hem bu belirsizlik ve yetersizlik, hem de pay devri sözleşmelerinin vazgeçilmez unsuru olarak sıkça yer verilmesi nedeniyle, uygulamada genellikle devralan devredenden çeşitli hususlarda, ayrıca beyan ve garantilerde bulunmasını talep etmektedir.

Pay devri sözleşmesinde yer alan bu beyan ve garanti hükümleri uluslararası uygulamada “representations&warranties” olarak adlandırılmaktadır⁴⁴². Özellikle işletme üzerindeki hakimiyetin devrinin hedeflendiği durumlar için, bu hükümler olmadan bir pay devri sözleşmesi düşünölemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁴³. Hatta, doktrinde kimi yazarlarca pay devri sözleşmelerinin kalbi olarak da nitelendirilmektedir⁴⁴⁴. Kökenini Anglo-Amerikan hukuk sisteminden alan bu uygulama, aslen İngiliz hukukunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bazı istisnai haller dışında uygulama bulmaması nedeniyle doğan ihtiyaçla oluşmuştur. Ancak pay devri sözleşmelerinin karmaşık yapısı da çoğunlukla bu tür hükümlerin düzenlenmesini gerekli kılmaktadır⁴⁴⁵. Kıta Avrupası sistemi hukukçuları tarafından, Anglo-Amerikan hukuku sisteminin benimsediği bu uygulama doğrultusunda detaylı ve çok uzun

⁴⁴²TÜRKYILMAZ bu hükümler için “beyan ve tekeffüller”, AĞAOĞLU ise “beyan ve taahhütler” ifadesini tercih etmektedir (AĞAOĞLU, Cahit, Şirket Birleşme Devralma İşlemlerinde Tahkim, Ankara 2016, s.124.)

⁴⁴³ICC, Model Mergers and Acquisitions Contract: I-Share Purchase Agreement, s.7.

⁴⁴⁴BUZ, s.70; ICC, s.7.

⁴⁴⁵TÜRKYILMAZ, s.166.

sözleşmeler hazırlanması sıkça eleştirilmektedir, ancak özellikle birleşme devralmalarda ortaya çıkan karmaşık yapının pay devri sözleşmelerinde bu tür hükümlerin düzenlenmesini çoğunlukla gerekli kıldığı da kabul edilmektedir⁴⁴⁶.

Pay devri sözleşmesinde taraflar arasındaki dengenin sağlanması büyük ölçüde *duediligence*'a dayanmaktadır. *Duediligence* sürecinde ortaya konulan her türlü bilgi ve belgenin taraflarca bilindiğinin ve bu belgelerin olası her türlü risk göz önünde tutularak değerlendirilmiş olduğunun kabulü ise bize göre mümkün değildir⁴⁴⁷. Nitekim, pay

⁴⁴⁶ KÄSTLE, Florian/OBERBRACHT, Dirk, *Unternehmenskauf-Share Purchase Agreement*, 3. Auflage 2018, s.1

⁴⁴⁷ Bu konuda uygulamada birbirine zıt iki ayrı çözüm söz konusudur: Bunlardan ilki satıcının sorumluluğunun sınırlarının sadece garanti sözleşmesi (ya da “disclosure letter”da yer verilen istisna tutulan haller) ile belirlenmiş olduğu bunun haricinde alıcının bazı hususların farkında olmasının satıcıyı sorumluluktan kurtarmayacağı yönündedir. Diğer görüş ise alıcının bildiği veya bilmesi kendisinden beklenen hususlarda satıcının garanti sorumluluğu bulunmadığı yönündedir. Bu da alıcının erişim imkanına sahip olduğu bir hususun kendisi tarafından incelenmemiş ya da doğru değerlendirilememiş olması halinde, bu hususa dayalı olarak zarar meydana gelirse alıcının garanti hükümlerince korunmayacağı anlamı taşır. ICC tarafından tüm payların devir hali için oluşturulmuş genel, model sözleşme ile de ilk seçenek çerçevesince çözüm getirilmiş, kural olarak satıcının garanti verdiği hususlarda sorumluluğunu sınırlandıracak tüm hallerin önceden kendisi tarafından ayırık tutulduğunun beyan edilmesi (“disclosure letter” ile) gerektiği, aksi halde bu hususlarda tehlikenin alıcı tarafından önceden bilindiği kanıtlansa dahi riski satıcının taşıdığı yönündedir. Bu kuralın istisnası olarak ise dürüstlük kuralının ve iyi niyet karinesinin ihlal edildiği uç durumların farklı değerlendirilebileceği belirtilmiştir (ICC, s.12).

devri gibi kapsamlı ve çok olasılıklı bir konuda, taraflara bu kadar geniş sorumluluk yüklenebilmesi gerçekçi olmadığı gibi dürüstlük kuralına da uygun düşmemektedir. Bu nedenle de alıcının şüphe duyduğu bazı tehlikeler karşısında, devreden “beyanlar ve garantilerde” bulunmakta, bu sayede üstleneceği sorumluk da belirli bir kapsamla sınırlanmaktadır. Devreden “beyanlar” ile karşı tarafı pay devri sözleşmesi yapmaya sevk amacıyla devre konu ortaklık payı ve/veya payın ait olduğu ortaklığın malvarlığına ilişkin bazı nitelikleri bildirmektedir. Nitelik bildirimleri ile pay devri sözleşmesinin yapıldığı anda ya da bazen sözleşmenin kurulduğu andan devrin gerçekleşeceği ana kadarki süreç dahil olmak üzere⁴⁴⁸; belirli olumlu niteliklerin bulunduğunu ve/veya belirli olumsuz niteliklerin bulunmadığı taahhüt edilmektedir⁴⁴⁹. “Garantiler” ile ise genellikle ileride bazı olumlu durumların ortaya çıkacağı ya da olumsuz durumların gerçekleşmeyeceği taahhüt edilmektedir⁴⁵⁰. Bir başka ifade ile “garantiler”, devredenin bildirdiği “beyanların” doğru olduğu, sözleşmede belirlenen risklerin ortaya çıkması halinde ise zararlar karşılığı tazminat ödeme (“*indemnities*”) yönünde garanti veren taahhütlerdir⁴⁵¹.

Bazı hukuk sistemleri “beyanlara” ve “garantilere” farklı hukuki sonuçlar bağlamaktadır. Amerikan hukukunda ikisi birlikte ele alınarak aralarında belirgin bir ayrıma dikkat edilmemekte, İngiliz hukukunda ise garantinin ihlali sözleşmesel sorumluluk ortaya çıkarmakla beraber, beyanların gerçeği yansıtmaması haksız fiil

⁴⁴⁸ Bazen devrin tamamlandığı an (closing) ve sonrası için de bazı nitelik bildirimleri söz konusu olabilmektedir.

⁴⁴⁹ **BUZ**, s.71.

⁴⁵⁰ *age.*, s.72.

⁴⁵¹ **TÜRKYILMAZ**, s.165-166.

(“*tort*”) temelinde sorumluluk doğurabilmektedir⁴⁵² Bu da garantinin gerçeği yansıtmaması halinde alıcının sadece sözleşmede yer alan tazminatı talep hakkına sahipken, beyanın gerçeği yansıtmaması halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmasını sağlamaktadır. *BUZ* da bu iki kavrama farklı hukuki sonuçlar atfetmekte; “beyanların” ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi olduğunu, “garantilerin” ise bağımsız bir borç doğurup bunların gerçeğe aykırılığı durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin değil borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir⁴⁵³. Uygulamada ise genellikle sözleşmeye TBK m.115 anlamında sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyan “münhasır başvuru yolu” (“*exclusiveremedy*”) klozu eklenmekte, beyanlar ve garantiler kapsamında riskin gerçekleşmesi durumunda başvurulması mümkün başka yollar varsa bunlara değil, sözleşmede yer alan tazminatın talebi yoluna başvurulacağı hüküm altına alınmaktadır⁴⁵⁴. Bu doğrultuda, *TÜRKYILMAZ* da “beyanların” da “garantilerin” de alıcıyı kendisi ile pay devri sözleşmesini akdetmeye sevk amacı taşıdığı, ayrıca alıcının genel hükümler kapsamında irade sakatlıkları hallerine başvuru hakkının hala mevcut olduğunu, bu nedenle de Türk hukuku çerçevesinde bu kavramların aralarında ayırım yapılmayarak değerlendirilmesini daha uygun bulmaktadır⁴⁵⁵.

Her bir pay devri sözleşmesi kendine özgü unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Taraflar genellikle ortaklığın sahip olduğu işletmenin faaliyet konusuna göre ve duediligence sırasında elde ettikleri bilgi ve belgeler doğrultusunda, söz konusubeyan

⁴⁵² age., s.169.

⁴⁵³ *BUZ*, s.72: Burada ayıp zamanaşımı süresi değil 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olma en belirgin farklılıklardandır.

⁴⁵⁴ *TÜRKYILMAZ*, s.169, 269.

⁴⁵⁵ age., s.171.

ve garantilerin nelerden oluşacağını belirlemektedir⁴⁵⁶. Bu nedenle de pay devri sözleşmesinde yer verilen beyan ve garantilerin nelerden oluşacağı konusunda bir genellemede bulunmak mümkün değildir. Ancak yine de bazı beyanlar ve garantilere standart olarak neredeyse tüm pay devri sözleşmelerinde yer verilmektedir.

Özellikle, ortaklığa, paylara, devredene ve ortaklığın malvarlığına ilişkin olmak üzere hukuki durum, fiili durum ve mülkiyet hususunda bazı beyan ve garantilere yaygın olarak rastlanmaktadır⁴⁵⁷.

Bu kapsamda öncelikle payları devre konu anonim ortaklığa ilişkin beyanlar ve garantilere yer verilmekte, bunlar; ortaklığa ilişkin sağlanan bilgilerin doğru olduğu, ortaklığın tabi olduğu hukuka uygun şekilde kurulup var olduğu, faaliyette bulunmak için gerekli izinlere ve yetkilere sahip olduğu, iflas halinde olmayıp borçlarını karşılayabilecek durumda olduğu ve bu hususlarda ortaklığa karşı başlatılmış herhangi bir hukuki işlemin söz konusu olmadığı, pay devri sözleşmesi kurulurken yapılan bilançonun muhasebe ilkeleri ve hukuka uygun olarak hazırlandığı (compliance), ortaklığın pay sahiplerinin kimlerden oluştuğu ve hangi özellikleri taşıyan paylara sahip oldukları, ortaklığa ait bütün muhasebe hesapları, defter, finansal kayıtların hukuka ve usulüne uygun bir şekilde tutulup saklandığı, gerekli yedek akçelerin ayrıldığı, devralan tarafından bilinenler dışında önemli bir sözleşme akdedilmediği, payları devredilen ortaklığın ilgili branşamutad şekilde sigortalandığı, fikri hakların beyan edildiği şekilde mevcut olduğu, üçüncü kişilerin bu hususta bir hakkının ihlal edilmediği, vergilerin usulüne uygun olarak beyan edildiği ve ödendiği, devralana bildirilenler dışında ortaklığa karşı açılmış herhangi bir davanın veya başlatılmış bir takibin bulunmadığı;

⁴⁵⁶BUZ, s.70.

⁴⁵⁷TÜRKYILMAZ, s.293; Ernst & Young, Mergers & Acquisitions, 2nd Edition, 1994, s.62.

böyle bir tehlikenin de mevcut olmadığı, çalışanlarla ilgili yükümlülüklerin hukuka uygun olarak yerine getirildiği gibi hususlardan oluşmaktadır⁴⁵⁸.

Ortaklığın paylarına ilişkin beyan ve garantilere ise payların tamamının çıkarılmış ve tedavülde olduğu, sermaye koyma borcunun ortaklığa ait tüm paylar için yerine getirilmiş olduğu veya devre konu paylar için bu borcun yerine getirilmiş olduğu, hiçbir gerçek ya da tüzel kişinin ortaklığı sermaye artırımını yoluna götürme yetkisine sahip olmadığı, ortaklığın çıkarmış olduğu tahvil bulunmadığı, devre konu paylar üzerinde alım, önalım gibi esas sözleşme veya pay sahipleri sözleşmesinden doğan hakların söz konusu olmadığı, devreden devir konusu payların mülkiyetine sahip olup, devir için gerekli ehliyet ve tasarruf yetkilerinin bulunduğu beyan ve garantileri örnek verilebilir. Ayrıca devreden genellikle kendisinin söz konusu sözleşmeyi akdetmek için de ehliyet ve yetkiye sahip olduğunu, bu sözleşmenin devreden üçüncü kişilerle akdetmiş olduğu başkaca bir sözleşmeyi ya da bir yükümlülüğünü ihlal etmediğini de taahhüt eder⁴⁵⁹.

Ortaklığın malvarlığına, özellikle işletmesine yönelik olarak verilen beyanlar ve garantiler ayrıca büyük önem arz etmektedir. Nitekim hukukumuzda pay devri sözleşmesinin esasen bu malvarlığı üzerinde hakimiyet sağlama amacıyla akdedildiği görüşü baskın olmakla beraber, Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Özellikle bir işletmenin hakimiyetinin devri amaçlanıyorsa işletmeye ilişkin risklerin taraflar arasındaki sözleşme ile baştan detaylıca paylaşılmasında yarar vardır. Ortaklığın malvarlığında bulunduğu belirtilen unsurlardan birinin gerçekte var olmaması veya beklenen niteliğe sahip olmaması ise belirlenmiş olan pay bedellerinin adil olmamasına yol açabilir⁴⁶⁰.Devralan bu durumda

⁴⁵⁸ICC, s.38.

⁴⁵⁹age., s.39.

⁴⁶⁰TÜRKYILMAZ, s.300.

devredenden ortaklığa ait malvarlığının iyi durumda olduğu (“good&marketabletitle”), malvarlığı unsurları üzerinde bir takyidatın bulunmadığı, ortaklığın ticari işletmelerinin faaliyetini sorunsuz yürütebilecek nitelikte olduğu, fikri mülkiyet hakları ve bilişim teknolojilerinin de eksiksiz devredileceği, rekabet edilmemesi, çevresel mevzuatlara uyum sağlandığı, gerekli ruhsat ve izinlere sahip olunduğu ve bunların geri alınmasına neden olacak bir durumun söz konusu olmadığı gibi konularda beyan ve garantilerde bulunmasını isteyebilir⁴⁶¹.

Ayrıca, devreden de devralandan bazı beyan ve garantilerde bulunmasını talep edebilir. Bunlar genellikle devralanın başka bir ortaklık olması halinde, tabi olduğu hukuka göre geçerli bir şekilde kurulup mevcudiyetini sürdürdüğü, borca batık ya da iflas halinde olmadığı, söz konusu sözleşmenin devralan açısından esas sözleşmesini, pay sahipleri sözleşmesini veya başkaca bir hukuki sorumluluğunu ihlal etmediği, devralan ortaklığa karşı yürütülen bir takip, dava, talep, soruşturma bulunmadığı ve finansal durumun elverişliliği gibi hususlarda beyan ve garantilerde bulunmasını talep edebilir⁴⁶².

Beyan ve garanti hükümlerinin bir başka işlevi ise devredenin sorumluluğunun kapsamını belirlemek ve belirli limitlerle sınırlamaktır. Bu sayede devreden de sorumluluğunun hangi hususlarda doğabileceğini önceden bilmekte, kendini güvenceye almış olmaktadır. Bazı pay devri sözleşmelerinde tazminatın ödenmesi talebiyle devredene başvurulabilmesi için ortaya çıkan zararlarda bir alt sınır aranırken, devredenin sorumlu olabileceği en üst toplam tazminat miktarı da önceden belirlenebilir.

“Beyan ve garantilerin” (“*representations&warranties*”) hukuki niteliğini belirlemek gerekirse öncelikle kavramların kökenine bakmamız gerekir. Pay devri

⁴⁶¹age., s.300-313.

⁴⁶²KÄSTLE/OBERBRACHT, s.215.

sözleşmelerinden bahsedilince sıkça akla gelen “representations&warranties” kelimeleri aslında Anglo-Amerikan hukuk (“*CommonLaw*”) sistemine özgü iki kavramı ifade etmektedir ve diğer hukuk sistemlerinde kesin bir karşılığı bulunmamaktadır. Hatta Anglo-Amerikan hukuk sisteminin kendi içerisinde dahi farklı ülke hukukları bakımından yanıltıcı olabileceği belirtilmektedir. Taraflar pay devri sözleşmesini düzenlerken bunların sözleşmede yer almasını ararlar ancak, pay devri sözleşmesinde yer verilen “representations&warranties”in diğer hukuk sistemlerinde sahip oldukları hukuki anlamlardan bağımsız otonom bir kavramı ifade ettiği kabul edilmelidir⁴⁶³.

Türk hukukunda ise, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yer alan “warranty” kavramına en yakın kavram “saf garanti taahhüdü” kavramıdır. Anglo-Amerikan sisteminde “warranty”, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de bulunmaması sonucu, sözleşme için esaslı unsur oluşturmayan hususlarda, sözleşmenin akdi, ifası ve ifadan sonraki durumlar açısından risk ve yükümlülük paylaşımı sağlayan, tekeffül edene bu konuda sorumluluk yükleyen sözleşmesel taahhütlerdir⁴⁶⁴. Hukukumuzda ise garanti sözleşmesi, “saf garanti (yöneltmeyi amaçlayan) taahhüdü” ve “kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti taahhüdü” olarak iki başlıkta ele alınmaktadır. Saf garanti taahhütleri ile devreden devralanı sözleşme yapmaya teşvik etmeye, onu sözleşme yapması için ikna edip, sözleşmeye yöneltmeye çalışmaktadır. Başka bir ifade ile devredenin garanti vermesindeki amaç, olası tehlikeler nedeniyle sözleşme yapma fikrinden uzaklaşabilecek karşı tarafı riskin gerçekleşmesi ihtimalinde sorumluluğu üstelenerek pay devri sözleşmesi yapmaya sevk etmektir⁴⁶⁵. Bu nedenle de devre konu paya ve/veya pay sahip ortaklığın malvarlığına yönelik verilen garantilerin saf garanti

⁴⁶³ICC, s.8.

⁴⁶⁴KAHRAMAN, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s.148-150.

⁴⁶⁵KAHRAMAN, s.17.

sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğini söylemek doğru olacaktır. Her ne kadar hukukumuz açısından pay devri sözleşmesinde yer alan “beyan ve garantileri” saf garanti taahhüdü olarak nitelendirebilsek de, sözleşmenin Anglo Amerikan sistemine göre yorumlanacak olması halinde “representations&warranties”ın farklı özellikler gösterebileceğini unutmamak gerekir.

Saf garanti sözleşmesi niteliğinde olan “beyan ve garantiler” bağımsız karaktere sahip olmakla beraber, genellikle pay devri sözleşmelerinin hükümleri olarak akdedilir. Pay devri sözleşmesi içerisinde düzenlenmesi beyan ve garantilere bağlantılı saf garanti taahhüdü niteliği kazandırsa da yine de bağımsız karakterde olması etkilenmez⁴⁶⁶.

Bağımsız karakterde olması ise, pay devri sözleşmesinin geçersizliğinin beyan ve garantilerin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği tartışmasını doğurmuştur. Her ne kadar bağımsız nitelikte de olsa pay devri sözleşmesinin geçersiz olması veya sona ermesi halinde beyan ve garantilerin ayakta tutulmasının artık hukuki veya ekonomik olarak bir anlamı kalmamaktadır. Garanti, bir sözleşmenin ikincil derece unsurlarının tekeffül edilmesi ve ayıptan sorumluluğun düzenlenmesi gibi hususları içerdiği için, asıl sözleşme olan pay devri sözleşmesinin sona ermesi ile söz konusu garanti de sona erecektir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶**TÜRKYILMAZ**, s.190-191.

⁴⁶⁷**KAHRAMAN**, s.150.

TÜRKYILMAZ da aksinin ekonomik ve hukuksal mantığa aykırı olacağı gerekçesi ile “bağımsızlık” unsurunun bu noktada çok sıkı değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuş, pay devri sözleşmesi ile beyan ve garantiler arasındaki bağın dört farklı yaklaşımla kurulabileceğini savunmuştur. Bunlardan ilki TBK m.19 doğrultusunda taraf iradelerinin beyan ve garantilerin ayakta tutulmasını pay devri sözleşmesinin ayakta kalması şeklinde olduğu bu nedenle de pay devri sözleşmesinin geçersizliğinin, beyan

Ayrıca bu sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, beyan ve garantilere genel hükümler uygulanırken bu hususun göz önünde bulundurulması son derece önemlidir.

Beyan ve garantilere aykırılık halinde devralanın sözleşmeden dönmesi mümkün olmayıp, devredenden sadece sözleşme ile taahhüt edilen tazminatın ödenmesini talep edebilir. Burada riskin gerçekleşmesi halinde ödenmesi gereken tazminat, borca aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan bir borç değil, riskin gerçekleşmesi ile doğan asli bir borçtur. Başka bir ifade ile buradaki “tazminat” (“indemnification”) terimi de alışılan teknik anlamı ile değil yerine getirilmesi gereken edim olarak karşımıza çıkmaktadır. Borca aykırılık sonucu ortaya çıkan tazminat kavramının aksine devreden kusurlu olması da aranmamaktadır⁴⁶⁸.

ve garantilerin geçerliliğinde örtülü bozucu şart kabul edilebileceğidir. İkinci olarak işlem temelinin çökmesine dayanılabileceği, üçüncü olarak ise iki sözleşme arasındaki bağın “bileşik (mürekkep) sözleşme” şeklinde kurulabileceğidir. Dördüncü yaklaşım ise pay devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde beyan ve garantiler ile devreden üstlendiği riskin ortadan kalkması nedeniyle garanti sözleşmesinin sona ermesidir. İki sözleşmenin bileşik sözleşme olmasından hareket etmek en uygun çözüm gibi gözükmemektedir. Nitekim, doktrinde bileşik sözleşmeler belirlenirken “ekonomik bağ ve bütünlük” ön plana çıkmaktadır. Ayrıca, bileşik sözleşmelerde sözleşmeler bağımsızlık unsurlarını korudukları için beyan ve garantiler bağımsızlığını koruyacaktır. Bağımsızlık sonucu her sözleşme kendisi için öngörülen kurallara tabidir. İki sözleşme arasındaki bağlılık ise tek yönlü olup, pay devri sözleşmesinin geçersizliği beyan ve garantileri de geçersiz kılarken, tersi söz konusu olmayacaktır (TÜRKYILMAZ, s.194).

⁴⁶⁸TÜRKYILMAZ, s.250.

Beyan ve garantilere dayanılarak riskin gerçekleşmesi halinde devredilenden talep edilecek olan tazminat içinse zamanaşımı süresi genel hüküm niteliğindeki TBK m.146 uyarınca on yıldır. Bu on yıllık zamanaşımı süresi kural olarak devralanın tazminat alacağının riskin gerçekleşmesine bağlı olarak muacceliyeti ile işlemeye başlar⁴⁶⁹.

III. CEZA KOŞULU (CEZAİ ŞART)

Borcun, borç ilişkisine uygun şekilde yerine getirilmesi amacıyla alacaklı tarafından borçlunun borç ilişkisinin gereğini yerine getirmeme ihtimali gözetilerek farklı güvenceler talep edilebilir. Ceza koşulu da bu güvencelerden biridir. Bu kurum ile, henüz daha sözleşmenin kurulması sırasında borçlu alacaklıya belli bir miktar para ödemeyi tahhüt etmekte, ancak borçlunun bu taahhüdü, borcun gereğini yerine getirmeme şartına bağlanmaktadır⁴⁷⁰. Ceza koşulu ile özellikle geç ifa olmak üzere borca aykırı davranış nedeniyle borçlunun cezalandırılma amaçlanmaktadır⁴⁷¹.

Ceza koşulu hükmü asıl sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme de yapılabilir. Ceza koşulu fer'i bir borç olup, geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. Bu nedenle sözleşmenin ifa yada başka bir neden ile sona ermesi sonucu ceza koşulu da sona erer. Ancak TBK m.131/f.2'ye göre ceza koşulunun ifasını isteme hakkı saklı tutulmuş da olabilir. Ayrıca ceza koşulunun ifasını isteyebilmek için yükümlülüğün ihlal edilmiş olması yeterli olup, karşı tarafın zarara uğramış olması

⁴⁶⁹age., s.237.

⁴⁷⁰KILIÇOĞLU, ("Genel Hükümler"), s.988.

⁴⁷¹age., s.989.

aranmaz. Ceza koşulunun ödenmesi için kural olarak borçlunun kusuru aranmakla beraber, taraflarca aksi de kararlaştırılabilir⁴⁷².

Anonim ortaklıklarda, pay devri sözleşmesi TBK m.26 kapsamında sözleşme özgürlüğü ilkesine tabi olup, tarafların emredici hükümler kapsamında diledikleri düzenlemeleri yapmaları önünde engel bulunmamaktadır. Bu doğrultuda ceza koşulu hükümleri de pay devri sözleşmelerinde yer alabilmekte, nitekim uygulamada bu hükümlerle karşılaşilmektedir⁴⁷³.

Devredenin ortaklık hakkında bilgi ve tecrübe sahip olduğu hallerde ortaklık sırları, müşteri çevresi, know-how gibi unsurların başkası tarafından kullanılması nedeniyle ortaklığın karlılığının azalmasını önlemek adına pay devri sözleşmesi ile rekabet yasağı, sır saklama yükümlülüğü gibi bir takım yükümlülükler de belirlenebilmektedir. Bu yükümlülükler aykırılıkla beraber devreden tarafından devir prosedürünün yada devralanın bedel ödeme yükümlülüğünün doğru şekilde yerine getirilmemesi halleri pay devri sözleşmesinde ceza koşuluna bağlanan durumlara örnektir^{474, 475}.

Uygulamada ceza koşulunun pay devri sözleşmesinden doğan belirli bazı yükümlülükler için değil, herhangi birine uyulmaması halinde ceza koşulunun gündeme

⁴⁷² **YILDIRIM**, Abdulkerim/**GÖZÜYEŞİL**, Fevzi Fırat, “*Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi*”, SÜHFD., C.28, S.3, 2020, s.1145-1179, s.1157, s.1158

⁴⁷³ agm., s.1146.

⁴⁷⁴ agm., s.1147.

⁴⁷⁵ Rekabet yasağının ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olması halinde geçersiz olduğuna ilişkin bknz. Yargıtay 11.HD T.11.06.2015, E.2014/11565, K. 2015/8187; GÜREL, Murat/TEKİN, Ufuk, Yargıtay Kararları, BATİDER, C.XXXI Sa.3, s.153-159, s.154.

geleceği şeklinde düzenlemeye gidilmektedir. Başka bir ifade ile sözleşmeden doğan tüm yükümlülükler ceza koşulu uygulanması yaptırımını ile güvence altına alınmaktadır.

Ceza koşulunda uygulanacak cezanın miktarı taraflarca serbestçe belirlenir. TBK m.182/f.3 hakimin aşırı gördüğü ceza koşulunu res'en indirebileceğini hükme bağlarken TTK m.22 ceza koşulunun tenkisinin tacir tarafından talep edilmesini sınırlamaktadır. Ceza koşulunun TTK m.22 kapsamında talep edilememesi iki unsurun varlığına bağlıdır. Bunlar borçlunun ceza koşulunu taahhüt anında tacir sıfatına sahip olması⁴⁷⁶ ve borcun borçlunun ticari işletmesi ile ilgili olmasıdır. Burada borçlunun tenkis talebinde bulunup bulunamayacağını belirlerken tacir sıfatının tespitinde güçlük bulunmamakta ancak pay devri sözleşmesinin tacirin ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır⁴⁷⁷.

Tacirin bir ticari işletme işletmesi ve pay devri sözleşmesinin bu işletmeyi ilgilendirmesi durumunda TTK m.22 uyarınca ceza koşulunun tenkisini talep edemeyecektir. Gerçek kişi tacirlerin bir ortaklıkta pay sahibi olması durumunda pay devrinin sahip oldukları işletmeleri ilgilendirdiği iddiasında bulunmanın mümkün olmadığı, pay devri sözleşmesinin bu ticari işletmeye ait ticari faaliyet kapsamında kalmadığı ifade edilir. Tüzel kişiler açısından değerlendirilecek ise; pay sahibinin bir ticaret ortaklığı olması halinde kural olarak ticari işletmeleri dışında bir faaliyetin bulunmadığı, ticari iş karinesinin mutlak olduğu kabul edilirken, dernek ve vakıfların amaçlarını gerçekleştirmek adına ticari işletme işletmesi halinde adi iş sahaları olabilir ancak anonim ortaklıkta pay sahibi olmak bu adi iş sahasında yer almayacağından yine ticari faaliyet sahasında kalacaktır⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 18.Baskı, Ankara 2013, s.144.

⁴⁷⁷ YILDIRIM/GÖZÜYEŞİL, s.1145

⁴⁷⁸ agm., s.1175.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK

Borcun sona ermesi, geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesinden farklı bir kavram oluşturup, bir edimi ifa etme yükümlülüğünün ortadan kalkmasını ifade etmektedir. Taraflarının asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülüklerini doğuran aradaki sözleşmenin ortadan kalkması ise borç ilişkisinin sona ermesidir. Kimi zaman borç ilişkisinin sona ermesi ile beraber o ilişkiden doğan borç da sona ermektedir. Ancak bazen bir borç ilişkisinden doğan borcun devam etmesine rağmen borç ilişkisinin sona ermesi mümkünken, bunun tersi olarak borç ilişkisinden doğan borç ayaktayken ilişkinin sona ermesi de mümkündür⁴⁷⁹. Çalışmanın bu kısmında her iki duruma da yer verilerek, pay devri sözleşmesinin sona ermesi ile bu sözleşmeden kaynaklanan borcun veya borç ilişkisinin sona ermesi ifade edilmektedir⁴⁸⁰.

TBK m.131-161 hükümleri arasında “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı” başlıklı Üçüncü Bölüm ile çoğunlukla borçların sona ermesi olmak üzere çeşitli durumlar düzenlenmiştir. Burada yer alan sona erme sebepleri borçları ve koşulları sağlanıyorsa borç ilişkilerini de sona erdirmektedir⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 17. Baskı, İstanbul 2019, s.567, p.1743, 1744.

⁴⁸⁰ KÖROĞLU, Emre, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.217.

⁴⁸¹ KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1067.

“Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı” başlığı altında yer verilen sona erme nedenleri sırasıyla; ibra, yenileme, birleşme, ifa imkansızlığı ve bunun altında kısmi ifa imkansızlığı ile aşırı ifa güçlüğü ve takastır⁴⁸².

TBK’da bir başlık altında hükme alınmış olan genel sona erme sebepleri dışında ayrıca borçların hüküm ve sonuçları arasında yer verilmiş olan özel sona erme sebepleri de yer almaktadır. Bunlardan başında bir borcun en doğal sona erme sebebi olan ve TBK m.131’de sona erme sebeplerinden olduğu vurgulanan ifa gelmektedir. Bir başka borcu sona erdiren sebep dönmedir. Ayrıca hükümsüzlük ve fesih de borçların hüküm ve sonuçları arasında yer verilen sona erme sebeplerindendir⁴⁸³.

Pay devri sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül hallerinde dönme seçeneğinin gündeme gelmesi yukarıda pay devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçları altında incelenmiş olup burada ayrıca değinilmeyecektir. Bu haller dışında pay devri sözleşmesinin temerrüt nedeniyle sona ermesi ve genel sona erme nedenleri ise aşağıda incelenecektir.

II. PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNDE TEMERRÜT

Taşınır satışında satıcının temerrüdüne TBK m.212/I hükmü uyarınca, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulama bulur.

Satıcının temerrüdüne TBK m.212/II-III ile m.233/III ve TTK m.1530/II ve VIII ticari satışlara uygulanacak düzenlemeler getirmektedir⁴⁸⁴. TBK m.212/II’ye göre genel hüküm niteliğindeki I. fıkra istisna olarak ticari satışlarda satıcının temerrüdü halinde alıcının malın devrinden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın

⁴⁸² TBK m.131-161

⁴⁸³ KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1068.

⁴⁸⁴ KILIÇOĞLU, s.1069; TÜRKYILMAZ, s.102.

giderilmesini talep ettiğini varsayan karine getirmektedir. Bu da artık mala ihtiyacı olmayacağı, malı piyasadan sağlayacağı düşüncesine dayanmaktadır⁴⁸⁵. Burada söz konusu hükümlere tabi olup olmayacağını belirlemek adına pay devri sözleşmesinin ticari bir satış sayılıp sayılmadığını incelemek gerekir.

Ticari satıştan ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Ticari satışa ilişkin bir görüş, tekrar satışa arz edilmek üzere bir malın satın alınması olduğudur⁴⁸⁶. Bu görüşe göre sözleşmenin tarafları ticari satış nitelendirmesi açısından önem taşımamaktadır. Diğer görüşe göre ise malların satılması ile kazanç sağlamayı meslek edinenler arasında ve alıcının malı tekrar satmayı amaçladığı satışlardır⁴⁸⁷. Üçüncü bir görüş olarak ise, satışın taraflarının tacir olması ve iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi durumunda ticari satışın söz konusu olacağı şeklinde dar yorumlama yolu seçilmiştir⁴⁸⁸.

Bu görüşlerden ilk ikisinin ortak noktası, ticari satışın malın alıcı tarafından tekrar satılması amacına yönelik olmasıdır. Biz de ticari satışın malın yeniden satılmasına yönelik olan satış olduğunu düşündüğümüz için pay devri sözleşmesinin ticari satış olarak değerlendirilmesi bize göre mümkün değildir. Nitekim hayatın olağan akışında, bir ortaklıkta pay sahibi olmayı amaçlayan kişinin hedefi pay sahipliği haklarından

⁴⁸⁵TANDOĞAN, s.131-132.

⁴⁸⁶HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 78.

⁴⁸⁷EREN, Özel Hükümler; s.69; TANDOĞAN, s.131; ARAL /AYRANCI, s.97.

⁴⁸⁸ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN N. 580; YAVUZ, s.102; CİNDORUK AYHAN, Cansu, “Ticari Satış”, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabil Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.7.

yararlanmak, özellikle anonim ortaklığın faaliyetleri sonucu, dönem sonunda elde ettiği kârdan kâr payı elde etmektir⁴⁸⁹.

Ancak ticari satışın üçüncü görüş doğrultusunda yorumlanacak olursa pay devri sözleşmesinin taraflarının tacir olması ve akdedilen pay devri sözleşmesinin iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiriyor olması halinde ticari işe uygulanması öngörülen hükümlerin pay devri sözleşmesi açısından da uygulama bulacağı kanaatindeyiz.

A. DEVREDENİN TEMERRÜDÜ

Devredenin asli borcu anonim ortaklık payı üzerindeki hakkı devralana geçirmek, eğer pay senedi varsa uygun yöntem ile pay senedini ona teslim etmektir. Devredenin bir satış ya da trampa ilişkisine dayanan bu asli borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde taşınır satışına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin pay devri sözleşmesi için de uygulanması söz konusudur⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹**TÜRKYILMAZ**, s.102; istisnai olarak bazı pay devirlerinde devralanın amacının payı tekrar satmak olduğu kabul edilmektedir. Özellikle risk sermayesi yatırımlarında bu amacın varlığından söz edilmektedir.

⁴⁹⁰**DEMİRKAPI**, limited ortaklıkta payın devrini konu alan sözleşmeye kıyasen alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağını kabul etmekte ve alacağın temlikinde temerrüde ilişkin özel bir düzenleme yer almadığı için de, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin değil genel hükümlerin uygulama bulacağını ifade etmektedir. Satış sözleşmesinde satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlerin ise ancak ticari satış söz konusu olması halinde uygulanabileceğini ancak limited ortaklık payının ticari satışa konu olmasının ise zaten niteliği itibari ile mümkün olmadığını görüşüne eklemektedir (**DEMİRKAPI**, s.147).

Devredenin temerrüde düşmesi için, payın devri için belirli bir tarih kararlaştırılmamış olması halinde devralanın TBK m.117 gereğince devralana ihtarda bulunarak temerrüdün şekli şartını yerine getirmesi; kesin vadeli bir sözleşme mevcut değilse, devredene süre tayin etmesi gerekir⁴⁹¹.

Devreden bu koşulların gerçekleşmesine rağmen payı devretmezse, devralan TBK m.125'te öngörülen; gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı, gecikmiş ifayı ret ve müspet zararın tazmini, ifayı ret ile sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini talep etme şeklindeki üç seçimlik haktan birine başvurabilir^{492,493}. Devralan, ikinci veya üçüncü seçenekten yararlanmak istemesi halinde derhal karşı tarafa bildirmelidir⁴⁹⁴. Aksi halde, devralan devredenin temerrüdüne rağmen susar, seçimlik haklardan hangisini istediğini belirtmez ise, gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını seçtiği kabul edilir⁴⁹⁵.

Anonim ortaklık paylarının devrinde kısmen temerrüt de söz konusu olabilir. Devredenin devre konu ortaklık paylarının tamamının değil bir miktarının devrini

⁴⁹¹ KILIÇOĞLU, ("Özel Hükümler"), s.60.

⁴⁹² "...alıcı 125.maddeye göre üç seçenekten birini kullanabilir:

- a. alıcı malın teslim edilmesini ve ek olarak gecikmeden doğan zararın ödenmesini isteyebilir ya da
 - b. alıcı malın tesliminden tümüyle vazgeçerek malın teslim edilmemesi dolayısıyla doğan zararını (müspet-olumlu zarar) ister yahut da
 - c. sözleşmeyi bozarak (dönerek) sözleşmenin sonuçlar doğuracağına inanması dolayısıyla uğradığı zararları (menfi-olumsuz zarar) isteyebilir."
- (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.162)

⁴⁹³ KILIÇOĞLU, age., s.60.

⁴⁹⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.162.

⁴⁹⁵ KILIÇOĞLU, age., s.60.

yerine getirmek isterse, devralan TBK m.184 uyarınca kısmi devri reddederek tam ifanın bir defada yapılmasını isteyebilir; tam ifanın gerçekleşmemesi halinde devreden, borcun tamamı için temerrüde düşürülmüş olur⁴⁹⁶.

Pay devri sözleşmesinin devreden tarafında birden fazla kişinin bulunması halinde de, durumdan devralanın bu devredenlere ait devre konu payların tamamını devralmayı amaçladığı anlaşılıyorsa, örneğin ortaklık malvarlığı üzerindeki hakimiyeti elde etmek amacıyla devralan pay devri sözleşmesine taraf oluyorsa ve elinde yüzde 10 pay bulunan 10 kişi ile beraber pay devri sözleşmesini akdediyorsa, kısmi ifanın kabulünün zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁹⁷. Bize göre böyle bir durumda devredenlerin bir kısmının ifada bulunmak istemesi ve diğeri/diğerlerinin bulunmak istememesi halinde; devralan, sadece paylarını devretmek isteyen grubun ifası ile yetinmek istemeyip bu ifaları kabul etmeyebilir. Uygulamada bu hususta ileride meydana gelebilecek tartışmaları önceden engellemek adına kısmi ifanın diğer tarafça kabul edilmek zorunda olmadığına sözleşmede ayrı bir hüküm olarak yer almasının faydalı olacağı düşünülmektedir⁴⁹⁸.

B.DEVRALANIN TEMERRÜDÜ

Pay devri sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması durumunda, örneğin satış ilişkine dayandığında, devralan hem alacaklı hem de borçludur. Bu nedenle de kendisinde doğan borç dolayısıyla sadece devreden değil, devralan da

⁴⁹⁶**ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s.164-165; İhtiyati kayıt ileri sürülmeksizin kısmi ifanın kabul edilmesi halinde, alıcı TBK m.125 ve 212 hükümlerindeki haklarını teslim aldığı kısım için değil yalnızca teslim edilmeyen kısım için kullanabilecektir. Burada ileriye etkili fesih söz konusu olduğu ifade edilir.

⁴⁹⁷**ESİN**, s.170.

⁴⁹⁸ *age.*, s.170.

temerrüde düşebilir. Devredenin temerrüdü ortaklık payının ivazını oluşturan bedelin ödenmesi hususunda olabileceği gibi, devir konusu payın devralınması hususunda da olabilir.

1. Payı Devralmada Temerrüt

TBK m.232 alıcının bedel ödeme ve kendisine sunulan satılanı devralma borcunu hükme bağlamakta, “...aksine yerel adet veya anlaşma yoksa, satılanın hemen devralınması” gerektiğini ortaya koymaktadır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alıcı hem borçlu hem de alacaklı olduğu için satıcının dilerse alacaklının temerrüdü ile ilgili⁴⁹⁹, dilerse borçlunun temerrüdü ile ilgili TBK m.123-126 hükümlerine⁵⁰⁰ başvurabileceği kabul edilir.

Doktrinde satılanı devralma borcunun yalnızca satılanın maddi şey (eşya) olduğu hallerde söz konusu olacağı, fikri mülkiyet konusu lisansın devri gibi maddi varlığa sahip olmayan malların satımında ise alıcının devralma borcu değil, satılanı kullanma hakkı olduğundan söz edilmektedir. Bu durumda, alıcı bu hakkı kullanmaz ve satıcının

⁴⁹⁹ Bu kapsamda, satıcı, alıcının satılanı teslim almaktan kaçınması halinde, satılanı tevdi ettirme, koşulları varsa satılanı sattırmak suretiyle bedelini tevdi ettirme haklarını kullanabilir. Bu yetkilerin satıcı tarafından kullanılabilmesi, alıcı tarafından teslim almaktan veya borcun ifa edilebilmesi adına kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerinde haklı bir nedene dayanılmaksızın kaçınılmasına bağlıdır [KILIÇOĞLU, (“Özel Hükümler”), s.106].

⁵⁰⁰ Satıcı, bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede alacaklı aynı zamanda borçlu olduğundan, şekli koşullarını yerine getirmek suretiyle, gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı, gecikmiş ifayı reddederek sözleşmeden dönmeksizin doğan (müspet) zararların tazmin edilmesini ya da sözleşmeden dönerek uğradığı (menfi) zararın tazmin edilmesini talep edebilir (KILIÇOĞLU, age. s.107).

da alıcının bu hakkı kullanmasında yararı söz konusu ise alıcıya karşı ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilir⁵⁰¹.

Anonim ortaklık payı, bünyesinde haklar ile beraber borçları da barındırabilmektedir. Ayrıca pay devri anonim ortaklıktan çıkma imkanı oluşturmaktadır. Dolayısıyla ortaklık payını devredenin, payın devralınması hususunda pay bedeline sahip olmanın ötesinde önemli bir menfaati söz konusu olabilir.

Anonim ortaklık payı da maddi varlığa sahip olmayan bir maldır. Dolayısıyla payın devralınması hususunda alıcının temerrüdü hükümlerinin uygulama bulamayacağı düşünülebilir. Ancak, bize göre burada anonim ortaklık payının devralınması hususundaki değerlendirme bir somut varlığa sahipmiş gibi yapılmalıdır. Devre konu olması bakımından pay, kaynağı olduğu haklar ve borçlar bütünü ile beraber soyut bir mevkiyi temsil etmektedir. Her ne kadar anonim ortaklık payı soyut bir kavram olsa da, onun oluşturduğu bu mevki ile özdeşleştirilmesi somutlaştırma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Nitekim pay sahipliği sıfatı, ortaklık payı devredilmedikçe değişmemektedir. Ayrıca, anonim ortaklıklarda pay sahibinin ortaklıktan çıkma yolu bulunmayıp, ortaklıktan çıkması payını başkasına devretmesi yolu ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla payın türüne özel devir prosedürü tarafların katılımı ile gerçekleştirilmedikçe, ne devreden kendi kendine o payı artık devrettiğini ileri sürme ne de devralanın pay devri prosedürüne katılmayıp daha sonra paya ilişkin bir haktan yararlanma imkanı söz konusu değildir. Bu nedenle de mülkiyetin kazanılması açısından devir prosedürünün gerçekleştirilmesi, anonim ortaklık payı açısından maddi varlığa sahip mallardaki teslim benzemektedir.

⁵⁰¹ KILIÇOĞLU, age., s.106.

Anonim ortaklık payının pay senedine bağlanmış olduğu hallerde devir prosedürünün tamamlanması için zaten devralanın pay senedini teslim alması gerekmektedir. Bu açıdan TBK m.232 hükmünün uygulanabilirliği daha açıktır. Çıplak payın devrinde ise devir prosedürü alacağın temlik hükümlerinin kıyasen uygulanması doğrultusunda tarafların temlik beyanını içeren yazılı sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu sözleşmenin borçlandırııcı işlem niteliğindeki sözleşmeden ayrı yapılacak olması ve alıcının sözleşmeye katılmaması durumunda bize göre alıcının payı devralmada temerrüdü söz konusu olacaktır.

2.Bedelin Ödenmesinde Temerrüt

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural aksi kararlaştırılmamış ise her iki tarafın da edimini aynı anda ifa edeceği yönündedir. TBK m.234 ise satış sözleşmeleri için kurala istisna getirerek, aksi kararlaştırılmamış ise alıcının bedeli ödeme borcunun, malın kendi zilyetliğine girmesi ile muaccel olacağını belirlemiştir. Bu durumda önce satıcı tarafından mal alıcının zilyetliğine geçirilecek, daha sonra alıcının bedeli ödeme borcu muacceliyet kazanacaktır⁵⁰². Ancak pay devri sözleşmesi ile taraflar farklı bir düzenleme belirleyebilirler.

Alıcının bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi, TBK m.123-126'da yer alan borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere tabidir. Ancak bu hükümlerden farklı olarak TBK m.235 ve 236'da iki konuda özel düzenleme getirilmiştir. Kanun koyucunun genel hükümlerden farklı olarak düzenlediği bu konular, alıcının temerrüdünde satıcının dönme hakkı ve satıcının zararının hesaplanması ve giderilmesidir⁵⁰³.

⁵⁰²KILIÇOĞLU, age., s.109.

⁵⁰³ age., s.112.

TBK m.235/II ile peşin satımlarda, alıcının satış bedelini ödememesi sonucu satıcının derhal alıcıya haber vererek, hiçbir işleme gerek olmadan sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir⁵⁰⁴. Veresiye satışlarda ise TBK m.235/III satıcının sözleşmeden dönebilmek için bu hakkı önceden saklı tutmuş olması gerektiği, yoksa sözleşmeden dönme değil, yalnızca satış bedeli ile gecikme dolayısıyla meydana gelen zararın tazmini hakkına sahip olacağını hüküm altına almıştır⁵⁰⁵.

İİK m.199 uyarınca alıcının iflası halinde, satıcı sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmuş olsa dahi bu hakkı kullanamamaktadır. Alıcı malın teslimiyle malik olduğundan satıcı artık istihkak iddiasında bulunamamakta, diğer alacaklılar ile beraber adını satış bedeli ve tazminat alacağı için iflas masasına kaydettirmektedir⁵⁰⁶. Sözleşmeye mülkiyeti saklı tutma kaydı konulması, veresiye satışlarda satıcının böyle bir tehlike ile karşılaşmasının önüne geçmekte, alıcı iflas etse dahi satıcıya satış bedelinin ödenmemiş olmasına dayanarak iflas masasına karşı mülkiyet hakkını ileri sürme imkanı tanımaktadır⁵⁰⁷.

Mülkiyeti saklı tutma kaydı konulması pay devri sözleşmelerinde de mümkün olmakla beraber, özellikle uluslararası uygulamada taraflar çoğunlukla ayrı bir escrow sözleşmesi yapma yolunu tercih etmektedirler. Escrow sözleşmesi pay devrinin tarafları ile escrow aracısı, genellikle bir banka, arasında yapılan bir sözleşme olup, bu sözleşme ile pay veya pay bedelleri, kime hangi şartlarda ödeneceği belirlenerek, belli bir süre

⁵⁰⁴ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s.166.

⁵⁰⁵ *age.*, s.166.

⁵⁰⁶ *age.*, s.167.

⁵⁰⁷ *age.*, s.167.

için escrow aracısı nezdine bırakılmaktadır⁵⁰⁸. Bu mekanizmanın temel amacı, tasarruf işlemi anında taraflarının edimlerinin eş zamanlı ifa edilmesini veya her bir edimin önceden belirlenmiş olan zamanlarda güvenli bir şekilde ifa edilmesini sağlamak olmakla beraber, ayrıca devredenin beyan ve garantilerine göre oluşacak fiyat değişikliği ihtimallerinde de büyük öneme sahiptir⁵⁰⁹.

Ayrıca devralanın bedelde temerrüdü halinde temerrüt faizi borcu gündeme gelir⁵¹⁰. Temerrüde düşme halinde ödenecek temerrüt faiz oranı taraflarca önceden kararlaştırılmış dahi olsa, devredenin devralanı temerrüde düşürebilmek için ihtar etmesi gerekmektedir. Taraflar arasında faiz oranına ilişkin bir anlaşma bulunmuyorsa bu durumda 3095 sayılı Kanun doğrultusundaki yasal faize göre belirlenecektir.

III. İFA

Bir borcun en doğal sona erme hali olan ifa, TBK'da tanımlanmamış olmakla beraber, kısaca borçlanılan edimin yerine getirilmesi olarak ifade edilebilir⁵¹¹. Gereği gibi gerçekleşmesinde çeşitli unsurlar rol oynamakla beraber bunlar; borcun doğru kişi

⁵⁰⁸TÜRKYILMAZ, s.64; Uygulamada escrow aracısı olarak tarafların avukatlarının/hukuk firmalarının yer aldığına da rastlanmakta, ayrıca escrow sözleşmesinin bir alt türü olarak “escrow hesabı” (“escrow account”) kavramı gündeme gelmektedir. Bu da pay devri sözleşmesinden doğan para borçlarının ortak bir banka hesabı kullanılarak güvence altına altına alınmasını ifade etmektedir.

⁵⁰⁹TÜRKYILMAZ, s.64.

⁵¹⁰KILIÇOĞLU, s.110.

⁵¹¹OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s.674.

tarafından, doğru kişiye, doğru yerde, doğru zamanda, doğru edim konusuyla ve doğru şekilde ifa edilmesi olarak sayılabilir⁵¹².

Pay devri pay sahibi tarafından, para ödeme borcu ise devralan tarafından ifa kastıyla yerine getirilir. Burada tarafların ehliyet ve tasarruf yetkisine sahip olması önemlidir. Borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilip edilemeyeceği değerlendirilecek olursa, öncelikle borcun şahsen ifayı gerektirip gerektirmediğine bakılmalıdır. Borcun şahsen ifasının gerektiği durumlarda üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi mümkün değildir. Payın devri ve bedelin ödenmesi borçları şahsen ifayı gerektiren borçlar değildir. Ancak, özellikle payın devrinde ifayı gerçekleştirecek olan üçüncü kişinin devre konu pay üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması aranır⁵¹³.

Pay devri sözleşmelerinde genellikle ifa yeri ve zamanı önceden belirlenmektedir. Sözleşme akdedilirken genellikle bir kapanış (closing) yeri ve zamanı belirlenir, uluslararası hukukta pay devri sözleşmesi ile başka pek çok sözleşmede yer edinmiş olan closing terimi tasarruf işleminin gerçekleşeceği anı ifade etmektedir.

Pay devri sözleşmesinde ifa zamanı için herhangi bir vadenin belirlenmemiş olması durumunda taraflar karşı taraftan derhal ifayı talep edebileceği gibi, karşı tarafa kendi borcu için derhal ifayı da önerebilir⁵¹⁴. Bu husus TBK m.90 ile de “İfa zamanı

⁵¹² ÇETİNER, Bilgehan/ FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Marcus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.Baskı, İstanbul 2021, s.674.

⁵¹³ Yine de, tasarruf yetkisi bulunmamasına rağmen alacaklının iyi niyeti mülkiyeti kazanmayı sağlıyorsa borcun ifa edilmiş sayılacağı kabul edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s.271).

⁵¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C-I, s.334, p.1000.

tarafarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur” şeklinde ortaya konulmuřtur⁵¹⁵.

Sözleşmeden doğan borçların nerede ifa edileceğinin önceden belirlenmemiş olması durumunda bu borçların aranılacak borç mu yoksa götürülecek borç mu olduğunun tespiti gerekir. Para borçları götürülecek borçlardan olup payı devralan tarafından devredenin yerleşim yerine ya da ifa yeri olarak tayin edilen yere devralan tarafından götürülmesi gereken borçtur. Ancak uygulamada para borcunun ifasının genellikle banka ya da escrow mekanizması kanalı ile gerçekleştirildiğı görölmektedir.

Anonim ortaklık payının devrinin ise aranılacak borçlardan olduğunu ifade edebiliriz. Bu durumda payı devralanın payı devredecek olanın yerleşim yeri ya da ortaklığın merkezinin bulunduğu adreste payı bizzat ya da temsilci aracılığı ile devralması gerekir. Limited ortaklık payının devrinde TTK, gerek borçlandırıcı işlemin gerekse tasarruf işleminin yazılı olup noterde onaylanması şartı aramışsa da söz konusu şart anonim ortaklık paylarının devrinde söz konusu değildir. Ancak uygulamada, çoğunlukla anonim ortaklık paylarının devrinde de noter onayının arandığı düşünölerek sözleşmelerin genellikle noter onayına sunulduğu, pay devrinin burada tamamlandığı sıkça görölmektedir⁵¹⁶.

⁵¹⁵ TBK

⁵¹⁶Nitekim Türkiye Noterler Birliğinin internet sayfasında yer alan 22.07.2020 tarihli, 40 No ve “Ticaret (şahıs ve Sermaye) şirketleri İşlemlerine İlişkin Düzenlemeler ve Açıklamalar” başlıklı Birleştirilmiş Genelge’de anonim ortaklık payının devrinin noter onayı aranacağına dair bir hüküm yer almamakla beraber, payın senede bağlanmış olması halinde pay devrinin senet zilyetliğinin devri ile gerçekleştirildiğinin altını çizmektedir (<https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/GenelgelerBirlestirilmis.aspx> Son Erişim: 11.10.2021).

IV. İFA İMKANSIZLIĞI

Anonim ortaklıklarda pay devri sözleşmesinden doğan borçların sona ermesinde ele almak istediğimiz diğer bir neden ifa imkansızlığıdır. İmkansızlık edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olmamasını ifade eder⁵¹⁷. Dolayısıyla burada ifanın güçleşmesinden farklı bir durum olan objektif ifa imkansızlığı incelenecektir.

Pay devrinde hangi imkansızlık türlerinin söz konusu olabileceği tartışılabilir. Maddi imkansızlık ifası gereken malın fiili olarak temininin mümkün olmamasıdır. Hukuki imkansızlık ise edimin ifasının bir hukuk kuralı nedeniyle mümkün olmamasıdır⁵¹⁸. Devre konu anonim ortaklık payının ortadan kalkması ya da hiç doğmaması halinde maddi bir imkansızlık mı hukuki bir imkansızlık mı söz konusu olduğu tartışılabilir. Bize göre bu durumda ortaklık payının her ne kadar somut bir varlığı bulunmasa dahi, bir maddi imkansızlık söz konusudur. Nitekim devir sözleşmesine konu yapılmış olan ortaklık payı mevcut değildir. Ortaklık payı mevcut ise ve hukuki olarak devrinin önünde bir engel var ise o zaman hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak, ortaklık payının doğmaması ya da ortadan kalkması hukuksal bir nedendense yine hukuki imkansızlıktan söz edilebilir.

Konusu sözleşme kurulmadan önce imkansız olan sözleşmeler TBK m.27 f.1 gereği kesin hükümsüzdür. Borç ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan imkansızlık sonucu borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı ise söz konusu imkansızlığın gerçekleşmesinde kusuru olup olmamasına bağlıdır⁵¹⁹.

⁵¹⁷ KILIÇOĞLU, s.1083.

⁵¹⁸ age., s.1083-1087.

⁵¹⁹ age., s.1083-1087.

Dolayısıyla anonim ortaklık payının ifasının imkansızlaşması halinde devredene sorumluluk yüklenebilmesi için öncelikle duruma göre imkansızlığın gerçekleşmesinde kendisine kusur yüklenip yüklenemeyeceği ele alınmalıdır.

Bazı sektörlerde faaliyet gösteren anonim ortaklıklarda payın devri, devletin finansal, rekabet, düzenleme gibi bazı politikaları gereği belli koşullar altında ilgili kurumlardan gerekli izinlerin alınması ya da bu kurumlara bildirimlerde bulunulmasına tabi tutulmuştur⁵²⁰. Bu durumlarda gerekli izinlerin alınması veya bildirimlerde bulunulması çoğunlukla pay devri sözleşmesinin sonuç doğurması için taraflar arasında taliki şart olarak kararlaştırılmaktadır⁵²¹.

Ancak taraflar pay devri sözleşmesinde bu hususa yer vermemiş de olabilir. Bu durumda da payın devrine ilişkin gerekli izin ve onayların alınmasında tarafların dürüstlük kuralı doğrultusunda hareket etmeleri, örneğin izin başvurusu için gerekli bilgi ve belgeleri sunmaktan imtina etmemeleri gerekir⁵²². Aralarındaki sözleşme geçerli olarak kurulmuş iken, devredenin böyle bir yükümlüğe aykırı davranması sonucu pay devrinin imkansızlaşması halinde devredenin kusurlu olacağı ve imkansızlık dolayısıyla sorumluluğun kendisine yüklenebileceği kanaatindeyiz.

⁵²⁰ KILIÇ, Harun, “*Türk Hukukunda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, s.71.

⁵²¹ agm., s.73; Taliki şart ancak iznin ya da bildirim, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliğinin etkileyecek nitelikte bir unsur olmaması halinde söz konusu olabilir. Pay devri için gerekli izinlerin alınması veya bildirimlerin yapılması ilgili düzenlemelerde sözleşmenin geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ise bu durumda zaten hukuki şart olup, taliki şart olarak düzenlenemez.

⁵²² agm., s.78.

V. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı borcu veya borç ilişkisini sona erdiren bir neden olmamakla beraber, TBK “Üçüncü Bölüm”de “Borçlarınve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı” başlığı altında yer verilmiştir⁵²³. Zamanaşımında, belli bir sürenin geçmesi sonucu alacak hakkını dava etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Diğer bir ifade ile zamanın geçmesi alacak hakkının kendisini ortadan kaldırmamakta, ancak o alacağı dava ve takip hakkını aşındırmaktadır⁵²⁴.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki zamanaşımı süresi, risk taşıma süresinden farklı bir kavramı ifade etmektedir. Pay devri sözleşmelerinde beyan ve garantiler için tanınan risk taşıma süresi, bu kapsamda üstlenilen riskin hangi süre aralığında meydana gelmesi halinde devreden sorumluğu kapsamında kalacağını belirlemektedir⁵²⁵.

TBK m.149/f.1-2’de öngörüldüğü üzere zaman aşımının gündeme gelebilmesi ancak alacağın muaccel olmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile zamanaşımına konu alacak muaccel olmadıkça zamanaşımına uğraması da söz konusu değildir⁵²⁶.

Bu kuralın istisnalarından biri olarak, taşınır satımında ayıba ilişkin alıcının talep haklarında zamanaşımı süresi TBK m.231 gereği satılan malın teslimi ile işlemeye başlar⁵²⁷.

⁵²³ KILIÇOĞLU, (“Genel Hükümler”), s.1106.

⁵²⁴ age., s.1116.

⁵²⁵ TÜRKYILMAZ, s.238

⁵²⁶ KILIÇOĞLU, age., s.1116.

⁵²⁷ age., s.1116, s.1119.

Alacağın zamanaşımına uğraması için, muacceliyetten itibaren işlemek üzere yasada öngörülen sürelerin dolması gerekir. TBK m. 146 aksine hüküm bulunmadığı sürece genel zamanaşımı süresini on yıl olarak düzenlemiştir. TBK m.147 ise bunun istisnası olarak beş yıllık zamanaşımına tabi halleri düzenlemiştir. Hükümün 4.fıkrası *“Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacakları”* da bu istisnaya tabi kılınmıştır.

Ancak bu hüküm pay devri sözleşmesinden doğan alacağı kapsamamaktadır. Nitekim devreden pay devri sözleşmesinden doğan bedele, devralanın da payların devrine ilişkin alacak hakkı ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortaklar veya ortak ile ortaklık arasında bir alacak değildir. Burada payın bir üçüncü kişiye değil de yine ortaklardan birine devri halinde de tereddüt etmemek gerekmektedir. Nitekim TBK m.147/f.4’te öngörülen beş yıllık zamanaşımı ortaklık sözleşmesine dayanmak üzere ortaklar arasındaki borçlar için öngörülmektedir⁵²⁸.

Her ne kadar Yargıtay’ın vermiş olduğu bazı kararlarda TBK m.147/f.4’e dayanılarak pay devri sözleşmesinden doğan alacaklarda beş yıllık kısa zamanaşımı süresinin geçerli olduğu yönünde hüküm kurulmuş ise de⁵²⁹, bize göre bu değerlendirme yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda hatalı olup, taşınır satım sözleşmelerinin tabi olduğu on yıllık genel zamanaşımı süresi bu sözleşme açısından da uygulama bulmalıdır.

⁵²⁸ KILIÇOĞLU, age., s.1120.

⁵²⁹ Yargıtay 11.HD 02.12.2014 E.2013/18173, K.2014/18819 (KILIÇOĞLU, age., s.1120).

Pay devri sözleşmesine ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabileceği hallerde, ayıba karşı tekeffül karşısında devralanın hakları açısından zamanaşımı süresi TBK m.231/f.1 uyarınca iki yıldır. Ancak beyan ve garanti hükümleri (representations&warranties) aslen ayrı bir sözleşme teşkil etmekle beraber, bu sözleşmeden doğacak alacak talepleri on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.



SONUÇ

Anonim ortaklıkların kendine özgü bazı özelliklere ve ilkelere sahip olması, anonim ortaklıkların diğer ortaklık türlerden ayrılmasını sağlamakta, yatırım yapmak isteyenler için daha cazip hale getirmektedir. Anonim ortaklığa hakim olan ilkeler arasında payların kural olarak serbestçe devredebilir olması özel bir öneme sahiptir. Payların kolay devredilebilirliği, pay sahiplerine ortaklıktan diledikleri zaman çıkma, ortaklıktaki payını devrederek başka bir yatırım aracına yönelme ve likidite sağlayabilme imkanları tanır. Payların tedavül kabiliyetinin yüksek olması ise ortaklık açısından küçük sermayelerin bir araya toplanarak büyük girişimlere hızlı bir şekilde ulaşabilmesini kolaylaştırır.

Anonim ortaklıkların çıkardıkları pay senetleri de payın devredebilirliği ilkesi açısından ayrı bir öneme sahiptir. Senet çıkarılması ortaklık payının niteliğinde değişiklik yapmamakta ancak senede bağlanma ile hak senette mündemiç hale geldiği için hakkın senetle beraber ileri sürülmesi, payın devri için senedin devredilmesi gerekmektedir. Ortaklığın çıkardığı pay senetleri hamiline yazılı ve nama yazılı pay senetleri olmak üzere iki türdür. Hamiline yazılı payların devri senet zilyetliğinin devri ile nama yazılı payların devri ise ciro ve senet zilyetliğinin devri ile gerçekleşir. Bağlam adı verilen hükümlerle devir sınırlaması öngörülmesi durumunda ise bağlı nama yazılı pay senetleri söz konusu olmakta ve devirleri ortaklık onayına tabi olabilmektedir. Senede bağlanmamış olan payların devrinin ise, pay bedelinin tamamının ödenmiş olması halinde alacağın devri hükümleri doğrultusunda, yazılı bir sözleşme ile gerçekleştirileceği genel olarak kabul edilmektedir.

Ortaklık payının kazanılması aslen kazanma ve devren kazanma olmak üzere iki yolla mümkündür. Payın sözleşme ile kazanılması ise devren kazanma hallerinden en sık karşılaşılanı, hatta dar anlamda pay devrinden anlaşılan yoldur. Anonim ortaklıklarda pay devrine ilişkin düzenlemeye, TTK m.489 vd. hükümlerinde pay senetleri ve bunlarının devirlerinin düzenlenmesi suretiyle yer verilmiştir. Ancak, kanunda anonim ortaklıklarda pay devri sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Anonim ortaklıklar için pay devri sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak düşünülebileceği gibi, sözleşmeye ilişkin düzenlemelerde taraf iradelerine öncelik verilmesi yönünden olumlu da yorumlanabilir.

TTK'nın pay devri sözleşmesine ilişkin bir düzenleme getirmemiş olması nedeniyle, pay devri sözleşmesi genel nitelikte olan TBK hükümleri doğrultusunda değerlendirilir. Bu sözleşme, devreden tarafın anonim ortak paylarının devrini vadettiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Pay devir vaadi, bir ivaz karşılığında olabileceği gibi karşılıksız da olabilir. Pay devri sözleşmesi, bir ivaz karşılığında kurulması halinde karşılığın para veya başka bir mal olmasına göre satış ve trampa ilişkisi, karşılıksız olması halinde ise bağışlama ilişkisi oluşturur. Payın farklı sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde vadedilmesi de mümkündür, örneğin ölene kadar bakma vaadi karşılığında da pay devrinin vadedilmesi şeklinde pay devri sözleşmesi kurulabilir.

Anonim ortaklıklarda ortaklık payı birden fazla anlamda kullanılmaktadır. Devre konu olması bakımından paydan anlaşılması gereken ise; pay sahipliği hakkı, başka bir ifade ile sabit bir pay mevkii ve bu mevkiye bağlı hakların ve borçların teşkil ettiği bütünlük üzerindeki haktır. Bu anlamıyla anonim ortaklık payı aynı zamanda bir ekonomik değer teşkil eden hak, bir gayrimaddi taşınır mal kabul edilir.

Bu açıdan anonim ortaklıkta pay devri sözleşmesi hukuksal niteliği açısından konusu taşınır bir mal olan ve bu mal üzerindeki mülkiyeti devretme amacı taşıyan sözleşmedir. Malvarlığına yaptığı etki açısından ise öncelikle pay devrinin borçlandırııcı işlem aşamasını teşkil ettiği, senede bağlanmamış payların devrinde ise tasarruf işlemi niteliğinde de olabileceği ifade edilebilir.

Pay devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçları kapsamında TBK'nın özel hükümlerinde taşınır satış sözleşmesi açısından düzenleme bulan zapta karşı tekeffül ve ayıba karşı tekeffül kurumlarının pay devri sözleşmesi sözleşmesi açısından uygulanabilirliği tartışılmıştır. Bu kurumların uygulanabilirliği sınırlı olsa da niteliğine uygun düştüğü ölçüde ortaklık payları açısından kabul edilmelidir. Doktrinde önemli miktarda pay devrinin işletme devri olduğu görüşünde olan yazarlarca bu kurumların ortaklık işletmesi ve malvarlığı yönünden pay devri sözleşmesine uygulanabilir olduğu savunmaktadır.

Bize göre ortaklık paylarının devri, işletme devrine eş değer değildir. Bu yaklaşım ortaklığın bir tüzel kişiliğe sahip olmasıyla bağdaşmamaktadır. Ancak, ortaklık paylarının değeri doğrudan ortaklığın malvarlığına, işletmesi aracılığıyla gerçekleştirdiği faaliyetlerine bağlıdır. Bu nedenle de ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması açısından payda meydana gelen ayıbın geniş şekilde yorumlanması gerektiği, işletmede meydana gelen ayıbın payda ayıp kabul edilebileceği görüşündeyiz.

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kanundan doğmakla beraber, taraflar ayrıca pay devri sözleşmesi içerisinde ayrı bir sözleşme niteliğinde olan beyan ve garanti hükümleri de belirleyebilirler. Uluslararası uygulamada da özellikle pay devri ile ortaklık malvarlığı üzerinde hakimiyet sağlanması amaçlanan hallerde, çok detaylı beyan ve garanti düzenlemeleri içeren pay devri sözleşmelerine rastlanmaktadır. Bu durumda garanti altındaki risklerin gerçekleşmesi durumunda sorumluluğun doğması açısından devreden kusuru aranmaz. Garanti hükümlerinin yanı sıra, pay devri sözleşmesi ile taraflar ceza koşulu da kararlaştırabilirler.

Çalışmanın son bölümünde ise pay devri sözleşmesi ve sözleşmeden doğan borçların sona ermesinde özel ve genel haller ile zamanaşımına yer verilmiştir. Bu kapsamda özel hal olarak ayrı ayrı devreden ve devralanın temerrüdü, genel sona erme hallerinden ise ifa imkansızlığı pay devri sözleşmesi açısından ele alınmıştır.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU**, Cahit, Şirket Birleşme Devralma İşlemlerinde Tahkim, Ankara 2016.
- AKDUMAN**, Ebru, Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devri, İstanbul 2010.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019.
- AKİPEK**, Jale, **AKINTÜRK**, Turgut, **ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2013.
- AKİPEK**, Şebnem/**KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2002.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem, Viyana Satım Antlaşması: CISG; *Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı, Kapsamı ve Yorumu*, **Oğuzhan KANYIŞ**, Ankara 2020.
- ALTAŞ**, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler, Ankara 2012.
- ALTAŞ**, Soner, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı:75, Kasım 2012 , s.28-34.
- ANSAY**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1970.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021.
- ARICI**, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.
- ARKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 18.Baskı, Ankara 2013.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.

- ARSLANLI**, Halil, Anonim Şirketler: I Umumi Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1959.
(“Anonim Şirketler”)
- ARSLANLI**, Halil, “*Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 23, 2011, s.248-290. www.dergipark.org.tr , Son Erişim: 22.10.2021 (“Pay Sahipliği”)
- ATAMER**, Yeşim/ **ALTUNBAŞAK SANCAK**, Zahide, “*Hisse Satım Sözleşmelerinde Sonuca Katılmalı Fiyat Düzenlemeleri (Earn-Out Klozları)-Mukayeseli Bir İnceleme*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S.3 s.97-133, s.109-110.
- AYAN**, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2014.
- AYOĞLU**, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018.
- AYTAÇ**, Zühtü, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1998.
- BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2017.
- BECKER**,Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi II. Bölüm Çeşitli Borç İlişkileri, Çev. A. Suat DURA, Bern 1934.
- BİLGİLİ**,Fatih/**DEMİRKAPI**,Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 10.Baskı, Bursa, 2019.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2020.
- BOĞA**, Serap, Anonim Ortaklıklarda Hisse Devri, İstanbul 2010.
- BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2020.
- BOZKURT**, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara 2020.

BUZ, Vedat, “*Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S.3

CANSEL, Erol/**İNAN**, Ali Naim, “*Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.21, 1964, s.345-367, www.dergipark.org.tr Son Erişim:22.10.2021.

ÇETİNER, Bilgehan/ **FURRER**, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Marcus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.Baskı, İstanbul 2021.

CİNDORUK AYHAN, Cansu, “*Ticari Satış*”, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

ÇONKAR, Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması, İstanbul 2009.

DEMİRKAPI, Ertan, “*Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 815-848. (“Hukuki Niteliği”)

DEMİRKAPI, Ertan, “*Limited Ortaklık Payının Devri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2008.

DEMİRKOL, Elif Meviza/ **ÇETİN**, Hüseyin Servet, Anonim Ortaklıkta Pay Senetlerinin Türleri ve Devirleri, İstanbul 2020.

DEREKAYA, Kemal Çağrı, “*Limited Şirketlerde Pay Devri*”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.

DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978.

DORRESTEIJN, Adrian F.M./ **TEICHMANN**, Christoph/**WERLAUFF**, Eric/
MONTEIRO, Tiago/ **POCHER**, Nadia, European Corporate Law 3rd Edition, Kluwer
Law International BV, The Netherlands, (last updated) 2017.

DURAL, Mustafa /**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul
2015.

ERDEM, Mehmet, “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketler
Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler”, Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/I.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26.Baskı, Ankara 2021. (“Genel
Hükümler”)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2020. (“Özel
Hükümler”)

Ernst&Young, Mergers & Acquisitions, 2nd Edition, 1994.

ESİN,İsmail, Birleşme ve Devralmalar, 2.Baskı, İstanbul, 2021.

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, BorçlarHukuku Özel
Bölüm, İstanbul 1992.

HIRSCH, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri Cilt 2: Ticaret Şirket ve Teşekkülleri,
İstanbul1940.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri
Sözleşmesi, İstanbul 2012.

ICC, Model Mergers and Acquisitions Contract: I-Share Purchase Agreement, Paris
2004. (e-kitap)

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989.

İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 1984.

KÄSTLE, Florian/**OBERBRACHT**, Dirk, Unternehmenskauf-Share Purchase Agreement, 3. Auflage 2018.

KAHRAMAN, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri: II Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 2. Baskı, Ankara 1959.

KILIÇ, Harun, “*Türk Hukukunda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021.
 (“Genel Hükümler”)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2020.
 (“Özel Hükümler”)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021.

KIZILYEL, Güventürk, Sermaye Piyasası Mevzuatında Anonim Ortaklıkların Pay Devri ve Sınırlamaları, İstanbul 2018.

KÖROĞLU, Emre, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi*”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2015.

KUTLAN, Serhat, Birleşme ve Devir Almalarda Due Diligence, Ankara 2004.

LAJOUX, Alexandra Reed/**ELSON**, Charles M., Art of M&A Due Diligence, The McGraw-Hill Companies, 2000.

MERAL, Nevin, “*Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 5 Sayı:1 Yıl 2014, s.327-352.

NARBAY, Şafak, “*6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (m.484-501),*” Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: XVI Sayı: 3-4, s.201-251.

NOMER, Haluk Nami/**ENGİN**,Baki İlkey, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Ankara 2018.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 17. Baskı, İstanbul 2019.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, 15. Baskı, İstanbul 2020.

OĞUZMAN, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2011.

OKUTAN NILSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.

OZANEMRE YAYLA, Tolunay, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebep Olan İlişkisi (İlliliği), Ankara 2019.

ÖZ, Turgut, Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri, İstanbul 2020.

ÖZDAMAR, Emine, Anonim Şirkette Pay Devri, Ankara 2019.

ÖZLÜK, Betül, “*Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s.139-166.

ÖZSUNAY,Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5.Baskı, İstanbul1982.

ÖZTAN, Bilge, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Ankara 2021.

ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.

PASLI, Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009.

PASLI, Ali, “*Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri*”, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018.

POROY, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 9. Baskı, İstanbul 1984.

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014.

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul 2019.

PULAŞLI, Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992. (“Pay Senetleri”)

PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Genel Esasları, 8.Baskı, Ankara 2020. (“Kıymetli Evrak”)

PULAŞLI, Hasan, “*Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Dilingence*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:24 Sayı:2 Aralık 2007, s.203-235. (“Due Diligence”)

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esasları, 6.Baskı, Ankara 2020. (“Şirketler Hukuku”)

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2019.

SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2018.

SEVİ, Ali Murat, “*Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 22, Sayı:1, Haziran 2003, s.239-267.

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2020.

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku,4. Baskı, Ankara 2019.

TANDOĞAN,Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:I/1, Ankara 1985.

TAŞDELEN, Nihat, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul 2005.

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıklarda Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle, İstanbul 2012. (“Yeni Bağlam Sistemi”)

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2020. (“Yeni Hukuk”)

TU, V.Kevin, “*Blockchain Stock Ledgers*”, Indiana Law Journal, November 1, 2020, Vol.96:223, s.223-260.

TURANBOY, Asuman, “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 2-3 Haziran 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011.

TÜRKYILMAZ, İsmail, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, İstanbul 2021.

UÇAR, Sercan, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, Ankara 2020.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “*Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*”, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s.62, Son Erişim: www.legalbank.com 29.06.2021.

VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat EDEGE, Ankara 1983.

TÜTÜNCÜ, Muharrem, ““*Anonim*” Şirketin Sonu: Hamiline Yazılı Pay Senetleri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler”, www.jurix.com , Son Erişim: 11.08.2021.

WELLS, Wyatt, “*The Remaking of Wall Street, 1967 to 1971*”, 10.02.2000, <https://hbswk.hbs.edu/> Son Erişim: 15.10.2021.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2014.

YILDIRIM, Abdulkerim/GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, “*Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi*”, SÜHFD., C.28, S.3, 2020, s.1145-1179, www.dergipark.org.tr, Son Erişim: 22.10.2021.

YILMAZ, Abdülsamet, Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul 2020.

ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020.

KARARLAR

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD T.11.02.2021, E.2019/64 K.2021/176; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 27.08.2021.

Yargıtay 11.HD T.12.10.2005, E.2004/12026, K. 2005/9633; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021.

Yargıtay 6.HD T. 16.03.2004, E.2004/1094,K. 2004/1756; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021.

Yargıtay 11.HD T.08.11.2004, E.2004/1848, K.2004/10978; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim: 26.02.2021.

Yargıtay 11.HD T.11.06.2015, E.2014/11565, K. 2015/8187; GÜREL, Murat/TEKİN, Ufuk, Yargıtay Kararları, BATİDER, C.XXXI Sa.3, s.153-159, s.154.

İTERNET KAYNAKLARI

www.worldcat.org

www.heinonline.org

www.jstor.org

www.kluwerlawonline.com

www.hbswk.hbs.edu

www.jurix.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.dergipark.org.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.kazanci.com

ÖZET

Payın devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklığa hakim olup ona karakteristik özelliklerini veren ilkelerin en önemlilerindendir. Bu doğrultuda “anonim ortaklıkta pay devri sözleşmesi” tez çalışmamızın esas konusunu teşkil etmiştir. Tezimizin birinci bölümünde; farklı anlamları ile pay kavramı; temel anlamda anonim ortaklık payının devri kavramı ve benzer diğer kavramlarla karşılaştırılması; anonim ortaklık payının türleri, ortaklığın çıkarabileceği pay senetleri ve bunların her birine göre pay devir prosedürlerinin nasıl gerçekleşeceği olmak üzere pay devrine ilişkin genel kavramlar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve diğer mevzuat çerçevesince ele alınmıştır.

Tezin ikinci bölümünde, pay devri sözleşmesi tanımı, kurulması ve hukuksal niteliği bakımından incelenmiştir. Pay devri sözleşmesinin objektif esaslı unsurları devre konu paylar, sözleşmenin ivazlı yapılması halinde ivaz ve karşılıklı anlaşma sağlanmasından oluşmaktadır. Sözleşmesinin tarafları hususunda, devreden ve devralanın sözleşmeye taraf olma bakımından ehliyetleri ve 6102 sayılı TTK’nun anonim ortaklığın kendi paylarını devralmasına ilişkin düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca, pay devri sözleşmesinin hukuksal niteliği, malvarlığına yaptığı etki, sözleşmenin amacı ve konusu açısından değerlendirilmiştir.

Tezin üçüncü bölümü pay devri sözleşmesi kapsamında tarafların asli ve tali borçları ile haklarına ayrılmıştır. Bu kapsamda, TBK’da yer alan zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin pay devri sözleşmesine devre konu ortaklık payları ve özellikle işletme olmak üzere anonim ortaklık malvarlığı açısından uygulanabilirliği tartışılmıştır. Bu bölümde ayrıca taraflarca üstlenilen “beyan ve garanti” borçları ile ceza koşulunun hukuki niteliği ve özelliklerine değinilmiştir.

Son olarak dördüncü bölümünde, pay devri sözleşmesinin çeşitli sona erme halleri değerlendirilmiştir. Bir taşınır mülkiyetini devir amacı taşıyan sözleşme niteliğinde olması, pay devri sözleşmesinde, genel sebeplerin yanı sıra, bazı özel sona erme sebepleri sunmaktadır. Bu kapsamda özel sona erme nedeni olarak temerrüt ile genel sona erme hallerinden ifa ile ifa imkansızlığı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Pay Devri Sözleşmesi, Hisse Devri Sözleşmesi, Pay Satış Sözleşmesi, Hisse Satış Sözleşmesi, pay devri, hisse senetleri, hamiline yazılı pay senetleri, emre yazılı pay senetleri, beyan ve garantiler.

ABSTRACT

The transferability of its shares, forms one of the major characteristics of the joint stock companies. In this content “Share Transfer Agreement in Joint Stock Companies” constitutes the subject to our Thesis. In the first section of the Thesis, the basic concepts; as the different meanings of “share” in JSCs; basic concept of the share transfer and comparison with similar concepts; types of shares and share certificates in JSCs and the transfer procedures of each one are aimed to presented through the Turkish Commercial Code (Act No. 6102), the Code of Obligations (Act No. 6098) and the other law.

In the second section the share transfer agreement is studied by its definition, establishment and the legal nature. The essential elements of the share transfer agreement consist of the shares, consideration and the agreement. The transferor and the transferee as parties of the agreement, are studied by their legal capacity to contract and the limitation for the JSC to acquire its own shares through the Act No.6102. Besides, the features of the agreement are reviewed by its legal nature through its effect on assets of the transferor, the objective and the subject in this section.

The third section of the Thesis is allocated to the primary & secondary obligations and rights of the parties in the scope of the share transfer agreement. In this content, it is discussed that whether the liability provisions for the defects and deficiencies on the assets of Act No. 6098 are applicable to the agreement by the shares and the asset (especially the business) of the JSC. “The representation and warranty” provisions and the penalty clause promised by the parties also analysed by the nature and features.

Finally in the fourth section, different scenarios for the termination of the share transfer agreement are evaluated. Nature of being a transfer contract of movable property, gives the share transfer agreement some specific termination reasons as well as the general ones. Default of the contract is one of the specific termination reasons and it is reviewed for the both sides of the contract. Also, the general termination conditions such as impossibility of performance is reviewed in terms of share transfer agreement.

Key Words: Share Transfer Agreement, Share Purchase Agreement, Share Sale and Purchase Agreement, transfer of shares, transfer of stocks, share certificates, bearer shares, registered shares, representation and warranties.