

EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKETLERDE BAĞLI NAMA YAZILI PAYLARIN İKTİSABI

ACQUISITION OF THE REGISTERED SHARES WITHIN THE SCOPE OF MARITAL REGIMES PROVISIONS IN JOINT STOCK COMPANIES

Çiğdem Mine YILMAZ*
Sevgi BOZKURT YAŞAR**

Özet: Payın ve pay sahipliğinin serbestçe devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklıkların temel özelliklerinden biridir. Zira anonim ortaklıkların işlevlerinin en önemlisi çok sayıda tasarruf sahibinin birikimlerini bir araya getirerek toplanan meblağ ile önemli yatırımların yapılmasını sağlamaktır. Ancak bazı hallerde nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması, bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Pay devrinin sınırlandırılması, kanuni veya sözleşmesel bağlam şeklinde olabilir. Bununla birlikte istisnai bazı hallerde bağlam düzenlemelerinin etkisini yitirdiği görülmektedir. Bunlardan biri de eşler arasındaki mal rejimi hükümleri uyarınca payın edinimidir. Kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1’de, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar için TTK m. 493/4, TTK m. 494/2’de düzenlenen eşler arasındaki mal rejimi hükümleri kapsamında payların edinimi, borsaya kote edilen nama yazılı paylar için ise TTK m. 495/3’te ele alınmıştır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Nama Yazılı Paylar, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, Eşler Arasındaki Mal Rejimi

Abstract: Freely transmissibility of the shares and shareholding is one of the main features of the joint-stock companies. The most important function of the joint-stock companies is providing sizable investments by bringing together the savings of a large number of savers. However restriction of the transfer of the registered shares is needed in some cases. The restriction of the transfer of the registered shares is derived from a legal provision or an article of incorporation. Nevertheless in some exceptional cases the provisions of the restriction of the transfer of the shares lose their influence. One of them is the acquisition of the shares in terms of the marital regimes

* Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni ABD Öğretim Üyesi
ORCID 0000-0003-2961-0040

** Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi
ORCID 0000-0001-6521-290X

provisions. While in article 491/1 of Turkish Commercial Code (TCC) is determined the exception of the restriction of the transfer of the registered shares concerning the legal provision, the exception of the limitation of the transfer of the shares regarding to the article of incorporation for not listed shares is regulated in article 493/4 and 494/2 of TCC and for the listed ones is in article 495/3 of TCC. For the determination of the application of these provisions, an assessment of the scope of the acquisition of the shares in terms of the marital regimes provisions is required.

Keywords: Joint-Stock Company, Registered Shares, Restriction of The Transfer of Registered Shares, Marital Regimes

GİRİŞ

Payın ve pay sahipliğinin serbestçe devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklığın temel özelliklerinden biridir. Ancak bazı hallerde bu serbestinin sınırlanması bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. 6102 sayılı TTK'da da 490 ila 498. maddeleri arasında anonim ortaklığın paylarının devir sınırlamaları ele alınmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde payın devrinin sınırlandırılması kanuni veya esas sözleşmesel bağlam düzenlemeleri olarak iki ayrı grupta değerlendirilebilir. Bununla birlikte kanun koyucu bağlam sistemine bazı istisnalar tanıyarak, özellikle kanuni intikal hallerinde bağlamın etkisini kaybetmesine de olanak sağlamıştır. Bunlardan biri olan payların kanuni intikal halleri ve bu haller kapsamında eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim halleri bağlamın etkisini yitirdiği durumlardan biridir. Konuya ilişkin düzenlemeler ise kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar için TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar için TTK m. 495/3'te yer almaktadır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi ise söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmada anonim ortaklıklarda nama yazılı payların edinimi bakımından, bağlamın etkisini yitirdiği eşler arasındaki mal rejimi hükümleri yoluyla iktisabı değerlendirilmiş olup, ilk kısımda hukuk sistemimizdeki mal rejimi hükümleri öncelikli olarak değerlendirilmiş ikinci kısımda ise bağlı nama yazılı payların devri ve devir sınırlamaları ile genel bilgiler verilerek, özellikle eşler arasındaki mal rejimine göre payın iktisabı ve bu iktisabın hukuki sonuçları incelenmiştir.

I. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA MAL REJİMİ KAVRAMI VE EŞLERİN YETKİLERİ

A. Mal Rejimi Kavramı ve Mal Rejimi Sözleşmesinin Konusu

Mal rejimi, eşlerin malvarlıklarının kendi aralarında ve üçüncü şahıslarla olan ilişkilerini sonuca bağlayan kurallar olarak tanımlanabilir.¹ Bu hükümlerle, eşlerin mevcut malvarlıklarının mülkiyetinin hangi esaslarla nasıl düzenleneceği; malların yönetimi, mallardan yararlanma ve mallara ilişkin tasarrufların nasıl olacağı, eşlerden her ikisine birden ait olan mallardan sorumluluk ve malvarlığının tasfiyesinin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılmasını, evlilik birliğinin üçüncü şahıslara karşı temsili, bu temsil dolayısıyla çıkan borçlardan sorumluluk gibi hususları düzenleyen hükümler ise eşlerin hangi mal rejimini benimsediğine bakılmaksızın geçerli olan ve dar anlama mal rejimi kurallarına tabi olmayan hükümlerdir.²

Mal rejimi yukarıdaki bilgiler ışığı altında şu şekilde tanımlanabilir: Eşlerin evlilik birliğinin kurulması öncesinde sahip oldukları ve birliğin devamı sırasında edindikleri malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ve evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de malvarlığına giren değerlerin akıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür.

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) mal rejimleri, Aile Hukuku kitabının dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. TMK m. 202'den 217'ye kadar devam eden ve "Genel Hükümler" başlığını taşıyan birinci ayırmadaki hükümler, mal rejimi türlerinin tamamı için uygulanacak niteliktedir. Bu hükümler mal rejimi hukukunun genel ilkelerini büyük ölçüde emredici hükümlere dayalı olarak belirlemektedir.³ TMK m. 202 vd. yer alan, mal rejimine ilişkin düzenlemeler, genel malvarlığı hukuku kurallarından kısmen saparak, evlilik sırasındaki mal varlıklarına ilişkin eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan konumlarını da belirler. Bu anlamda mal rejimi hukuku, eşlerin mal varlığına ilişkin ortaya çıkan temel bir kısım soru ve sorunlara cevap arar. Kanun

¹ Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 395.

² Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 26.

³ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 217.

koyucu bu sorulara “*Tipe Bağlılık*” ilkesi çerçevesinde öngördüğü mal rejimleri türleri ile sınırlı seçeneklere dayalı cevaplar sunmaktadır.⁴

Türk Medeni Kanunu’nda dört çeşit mal rejimi öngörülmüştür. Bunlar; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218-241), Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243), Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244-255) ve Mal Ortaklığı Rejimidir (TMK m. 256-281). Mal rejimini seçme konusunda eşler arasında teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil aksine çerçeve ve içeriği kanun tarafından belirlenmiş olduğundan “*sınırlı sayı ve tipe bağlılık*” ilkesi söz konusudur.⁵ Zira eşler mal rejimi konusunda ancak kanunda belirtilen rejimler arasından seçim yapabilirler. Eşlerin seçilen mal rejiminin kanunda belirtilen sınırlarını değiştirmeleri ya da bir araya gelerek yeni bir mal rejimi yaratmaları mümkün değildir.⁶ Nitekim TMK 203. maddesinde “*Taraflar istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilir*” demektedir. Bu maddeden anlaşılması gereken; mal rejimi konusunda gerçek ve teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil, sınırlı sayıda olan mal rejimi tiplerinden birini seçme özgürlüğü bulunduğudür.⁷ Burada tek taraflı irade açıklaması ile istenilen hüküm ve sonucu doğuran teknik ve dar anlamda “seçim hakkı” yoktur.⁸ Öte yandan ülkemizde çeşitli saiklerle, mal rejimi seçme noktasında sözleşme yolu ile farklı bir rejim benimsenmemekte, adeta yasal mal rejimi olan “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” tek rejimmiş gibi görülmektedir.

⁴ Gümüş, s. 217.

⁵ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Aile Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2016; Gümüş, s. 217.

⁶ Kanunda belirtilen sınırlar ancak yine kanunun izin verdiği sınırlı hallerde değişebilir. Bu haller şunlardır: TMK m. 221 gereği bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağı; kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağıın kurallarının değiştirilebilmesi; TMK m. 237 gereği, mal rejiminin tasfiyesinde yasal paylaşım kurallarının değiştirilebilmesi, artık değere katılmada başka bir esasın kabul edilebilmesi; Değer artış payının paylaşmaya dahil olmaması ; Paylı mülkiyete konu bir mal veya ev eşyası üzerinde nasıl tasarrufta bulunulacağı; Mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının kapsamının genişletilmesi ya da daraltılması; paylaşmalı mal ayrılığında da tasfiyenin sona ermesinden sonra denkleştirme bedeline faiz yürütülmeyeceği.

⁷ Veysel Başpınar, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, *AÜHFD*, C.52, S.3, 2003, s.79-101, s.88.

⁸ Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 302.

TMK m. 203 ile mal rejimi sözleşmesinin konusunun, yasal mal rejimi dışındaki seçimlik rejimlerden birinin kabulü, yasal mal rejimi ya da seçilmiş olan mal rejiminin kaldırılması ve başka bir mal rejimi seçilmesi olabileceği belirtilmiştir.

Mal rejimi sözleşmesinde kanuni sınırlara uymak kaydıyla değişiklik yapılabilir. Bu sözleşmede işin niteliği gereği fiili tespitler öngörülebilir. Nitekim sözleşme yapıldığı sırada eşlerin sahip oldukları mallar ve bu malların hangi mal grubuna dâhil oldukları gösterilebilir. Evliliğin malvarlığına ilişkin genel hükümleri emredici nitelikte olduğundan⁹ mal rejimi sözleşmesine de dâhil olmaz.¹⁰ Eşler, mal rejimi sözleşmesi ile aralarındaki rejimin şarta bağlı olmaksızın ya da bir şartın gerçekleşmesi halinde değişebileceğini kararlaştırabilirler. Ancak şart veya sürenin geriye dönük olarak kararlaştırılması mümkün olmadığı gibi, seçilen mal rejimi de geriye yönelik hüküm ve sonuç doğurmaz.¹¹ Kanaatimizce bu durumda geçmişe dönük bir olayın ortaya çıkması halinde ilgili mal rejiminin sonlanacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda şartın sonucu, geleceğe etkili olacaktır. Örnek olarak eşlerden birinin geçmişten gelen bir borcunun ortaya çıkması halinde mal ayrılığına geçmenin kararlaştırılması verilebilir.

B. Yasal Mal Rejimi – Diğer Mal Rejimleri

1. Yasal Mal Rejiminde Mal Türleri

Türk Medeni Kanunu eşler için birden fazla mal rejimi seçeneği sunulmuştur. Mal rejimleri “*rejime tabi olma şekli*” bakımından üç ana başlık altında incelenebilir. Şöyle ki eğer hiçbir tercih yapılmamışsa kanun gereği tabi olunan mal rejimi¹² “*yasal mal rejimi*”, eşler tarafından bir seçim yapılmışsa “*seçimlik mal rejimleri*”¹³ kanunda belirli bazı

⁹ Öztan, s. 400.

¹⁰ Evliliğin genel hükümlerinden, taraf iradesiyle değiştirilebilecek hükümler mal rejimi sözleşmesindeki sıkı şekli şartlara uyulmasına gerek olmaksızın değiştirilebilir. Örneğin evlilik birliğinde birliğin giderlerine katılma payının ne olacağı (TMK m. 186/III), evlilik birliğinin temsiline ilişkin anlaşmalar (TMK m. 188).

¹¹ Öztan, s. 401.

¹² Öztan, s. 404.

¹³ Bu rejimi “kural mal rejimi” olarak adlandıranlar yazarlar da bulunmaktadır, Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2010, s. 118.

¹³ Doktrinde bazı yazarlar da bu rejimi “Sözleşmesel Rejim” olarak nitelendirmektedirler, M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1998, s. 30.

şartların gerçekleşmesi sonucu eşlerden birinin talebi ya da mahkeme kararıyla başka bir rejime geçiş söz konusuysa “*olağanüstü mal rejimi*” söz konusu olur.¹⁴

22.11.2001 tarihinde kabul edilip, 01.01.2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre yasal mal rejimi, “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*” dir.¹⁵ 01.01.2002 öncesinde mevcut bulunan evliliklere ise 4722 sayılı “Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu’nun 10. maddesi ile üç farklı seçenek sunulmuştur. Bunlardan birincisi yasal mal rejimi lehine tanınan istisnadır. Yürürlük Kanunu (YK) m. 10/3 ile eşlere 1 yıllık süre içinde yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejimini evlenme tarihinden itibaren geçerli kılabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumda örneğin; eşlerden birine ait bulunan kişisel mal niteliğindeki anonim ya da limitet ortaklık payı, edinilmiş mal grubuna dâhil edilmiş olabilir. Seçeneklerden ikincisi ise yasal mal rejimi aleyhine bulunan istisnadır. YK m. 10/1’e göre eşler dilerse başka bir mal rejimini seçebilir. Üçüncü ve Kanun’un eşlere hiçbir işlem yapmadıkları takdirde bağladığı sonuç ise; 01.01.2002’den önceki yapılan evliliklerde TMK m. 220/2 hükmü gereği, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılması, bu tarihten sonraki edinilenlerin ise yasal mal rejimi hükümlerine tabi olduğudur.¹⁶

Yukarıda anılan ihtimallere göre eşlerin bu konuda bir seçim yapıp yapmadığının tespiti ve paylarının hangi gruba dâhil olduğunun belirlenmesi pay devrinde uygulanacak kuralın tespiti için öncelik arz etmektedir. Örneğin; 01.01.2002 tarihinden önce evlenmiş olan eşler YK. m. 10/3 ile yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etmiş olabilirler. Bu duruma eşlerden birine ait olan ortaklık payı bu tercihle, edinilmiş mal grubuna dâhil olmuş olabilir.¹⁷

¹⁴ Çalışma içerisinde yasal mal rejimi dışındaki rejimlerden birinin hangi sebeple var olduğu önem arz etmediğinden bu rejim türleri “Diğer Mal Rejimleri” başlığı altında ele alınacaktır.

¹⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk’e göre “mal ayrılığı” rejim olarak esas olmalı, mal rejimi ile eşlere birbirinin kazancı üzerinde talep hakkı tanımak yerine evliliğin süresi ve kadın eşin durumu göz önünde tutularak, sadece kadın eşe ve erkek eşin bütün malvarlığı üzerinde boşanma tazminatı alacağı tanınmalıdır, Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 85.

¹⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 86.

¹⁷ Yarg. 8. HD. 26.09.2011 T. E. 2011/648, K.2011/4618 sayılı kararında başka mal

TMK m. 218 “Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar” demektir. Doktrinde bir fikre göre esasen evlilik birliği sürecinde karının malları ve kocanın malları şeklinde dikey ayırmaya uğramış iki malvarlığı mevcut olduğu, bu malvarlığının da TMK m. 219 vd. sonucu “karının/kocanın kanuni edinilmiş malları” “karının/kocanın kanuni kişisel malları” ve “sözleşmesel kişisel/edinilmiş mallar” şeklinde ele alınması gerektiği düşünülmektedir.¹⁸ Kanunda ise karının/kocanın malı şeklinde bir ayırım yapılmaksızın her iki eş için de geçerli olan aynı terim kullanılmıştır.¹⁹

a. Edinilmiş Mallar

TMK m. 219; uyarınca “Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.” Bu hükümden edinilmiş malların tespitinde öncelikle iki unsura bakılması gerektiği; bunlardan ilkinin “mal rejimi süresince edinilmiş olma”²⁰ diğerrinin ise “emek karşılığı edinilmiş olma” olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

“Mal Rejimi Süresince Edinilmiş Olma” kavramını anlayabilmek için rejimin başlangıç ve bitiş anını tespit etmek gerekir. Başlangıç anı iki farklı şekilde olabilir. Eşler yasal mal rejiminden başka bir rejim seçmemişlerse, yetkili evlendirme memuru önünde “evlenme sözleşmesinin tamamlandığı an” başlangıç anıdır. Eşler yasal mal rejiminden başka bir rejim seçmişler ise “sözleşmenin yapıldığı an” başlangıç anı olarak kabul edilmektedir²¹.

Rejimin sona erme anı ise, TMK m. 225’de düzenlenen sona erme sebebine göre belirlenir. Rejimin sona ermesi dört farklı sebebe dayanabilir. Bunlar; ölüm, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçme, bo-

rejimi seçilmemesi halinde 01.01.2002 tarihine kadar eşler arasında mal ayrılığı bu tarihten sonra ise edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olacağı, bu tarihten önce edinilen mallarda diğer eşin yapacağı katkının Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

¹⁸ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.207; Öztan ise bu ayırımın evlilik birliğinin devamı boyunca önem taşımadığını, birliğin sona ermesiyle, iki grup mal arasındaki ayırımın belirginleştiğini belirtmektedir, Öztan, s. 436.

¹⁹ Çalışma içerisindeki terim seçiminde kanundaki sistem takip edilmiştir.

²⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014, s. 208; Öztan, s. 437; Dural/Ögüz/Gümüş, s. 207.

²¹ Akıntürk/Ateş, s. 156; Kılıçoğlu, s. 309, 315; Kılıçoğlu; yenilikler, s. 209.

şanma/evliliğin iptali ve mevcut mal rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığın dönüşürülmesidir.²² Ölüm halinde evlilik kendiliğinden sona erdiğinden, eşler arasındaki mal rejimi de ölüm anında sona erer.²³ Sözleşmeyle başka bir rejime geçme halinde bu sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren yasal mal rejimi sona erer. Haklı sebeplerle mahkemece mal ayrılığına karar verilmesi halinde ise, eşler arasında dava tarihinden itibaren mal ayrılığı rejimi geçerli olur. Boşanma veya ayrılık kararı verilmesi halinde de mal rejimi, davanın açıldığı tarihten itibaren sona ermiş olur.²⁴

TMK m. 219 sadece temel bir kural öngörmektedir. Ancak bu kuralın istisnaları aşağıda açıklanacağı üzere vardır.²⁵ Medeni Kanun'un yukarıda anılan hükmü çerçevesinde "karşılık" kavramı, hukuki işlemlerde mübadele değeri olarak sunulan gerek maddi gerek kişisel edim olabilir. Emek karşılığı edinilmiş olma kavramı ise kanun koyucu tarafından TMK m. 219/II' de beş bent halinde örnek olarak²⁶ sayarak tanımlamaya çalışmıştır. Kanun koyucu 219/I' de "özellikle şunlardır" ifadesi ile bu beş bentteki sayılanlar dışında da edinilmiş mal olabileceğini işaret etmektedir.

Birinci bentte; bir eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, eşlerin ücret karşılığı iş görmesi, eşlerin ticari işletme faaliyetine dönük çalışmaları, sermaye kazançları edinilmiş maldır. Bir ticari işletmenin itibari ve marka değeri sınıai ürün sayıldığından, endüstriyel değer artışı da²⁷ ekonomik faaliyete dayandığı için edinilmiş mallardan sayılmalıdır.²⁸ Aynı maddenin iki ve üçüncü bentlerinde ise; eşlerden birine yapılmış bulunan sosyal güvenlik veya yardım kurumlarının ödemeleri²⁹ çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar; adın gaspı, ekonomik kişilik

²² Gümüş, s. 227; Akıntürk/Ateş, s. 149; Öztan, s. 435.

²³ Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde ise gaiplik kararının kesinleşmesi ile de mal rejimi sona ermiş olur, Akıntürk/Ateş, s. 196.

²⁴ Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2014, s. 103.

²⁵ Öztan, s. 436.

²⁶ Gümüş, s. 254.

²⁷ Konjonktürel değer artışı ise pazar mekanizmasındaki arz ve talebe bağlı olarak değiştiğinden, kazanç kavramına dahil değildir, Öztan, s. 442.

²⁸ Öztan, s. 441.

²⁹ Emekli maaşı, emekli ikramiyesi, kıdem tazminatı, yaşlılık, engellilik, işsizlik ücreti gibi kazançlar bu kapsamadır.

hakkının³⁰ ihlali nedeniyle ödenen maddi tazminatlar da emeğin karşılığını teşkil ettiği için edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Ödemeyi yapan kurum, sandık veya kuruluşlara yapılan ödemenin hangi mal grubundan karşılandığının önemi bulunmamaktadır. Kanun burada belli bir malvarlığı değerinin hangi mal grubundan karşılanmışsa, o gruba dâhil olacağı şeklindeki ana kurala istisna getirmiştir.³¹

TMK m. 219/b. IV ile kişisel mallarının gelirleri edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir. Esasen bu düzenlemeyle “edinilmiş mal” kavramının ruhuna bir istisna getirilmiştir.³² Zira kişisel malların gelirinin elde edilmesinde kişinin mutlaka emeğinin bulunması, karşılık vermesi gerekmez.³³ Bu bağlamda ticari ortaklığa kişisel maldan konulan sermayenin geliri olan kar payı edinilmiş mal sayılır.³⁴ Ancak söz konusu kural emredici olmayıp taraflar aksini kararlaştırabilir.

Beşinci bentte ise edinilmiş malların yerine geçen değerlerin de edinilmiş mal olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu malın belirlenmesinde, esas alınması gereken kriter kullanma amacı değil, malın tedarik edilmesindeki kaynaktır.³⁵ Bu gruptaki mallar doğrudan kandan doğduğu için taraf iradeleriyle değiştirilemez. Edinilmiş mal grubundan çıkan değer tüketilmiş veya bağışlanmışsa çıkan değer yerine geçen değerden bahsedilemez.

TMK 219. maddesinin II. fıkrası edinilmiş malları örnek kabilinden saydığı için birliğin giderlerine katılma ile ilgili ödemeler (TMK m. 186, 196, 197) ; üçüncü şahısların bakımına ilişkin ödemeler (TMK m. 327/I, 328/I, II, 355/I, 359/II); Türk Borçlar Kanunu m. 54/b. 1, 2 ve 4'e göre verilen tazminatlar ve edinilmiş mallara ilişkin gelirler de edi-

³⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 209; Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararın giderimi için ödenen tazminat da edinilmiş mal sayılmalıdır. Zira doktrinde haklı olarak bu tür tazminatın “çalışma karşılığı edinme” bakımından fark olmadığı düşünülmektedir. Öztan, s. 443.

³¹ Öztan, s. 443.

³² Bu hüküm ile TMK m. 685/I'deki “Bir şeyin maliki onun ürünlerinin de maliki olur” şeklindeki kurala da istisna getirilmiştir.

³³ Öztan, s. 437.

³⁴ Ahmet Kılıçoğlu, Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar), Ankara 2016, s.113; Gümüş, s. 261.

³⁵ Bu görüş çerçevesinde lotodan elde edilen kazancın, loto kuponu edinilmiş mal la satın alınmışsa edinilmiş mal grubuna gireceği doktrinde ileri sürülmektedir, Şükran Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 103.

nilmiş mal kabul edilebilir.³⁶ Doktrinde Medeni Kanun'un edinilmiş malların üzerinde mülkiyet hakkı bulunan malları düzenlediği kabul edildiğinden³⁷ eşlerin sınırlı aynı hak sebebiyle zilyetliğinde bulunan malların edinilmiş mal olduğu düşünülmemektedir.

b. Kişisel Mallar

Medeni Kanunda edinilmiş malların aksine kişisel malların tanımı yapılmamıştır. Kişisel mallar, kanundan ve sözleşmeden doğabilirler. TMK m. 220' de kanun gereği nelerin kişisel mal olacağı sınırlayıcı ve emredici³⁸ biçimde belirlenmiştir. İlgili hükümde belirtilenlerden biri eşlerden birinin kişisel kullanımına yarayan eşyadır.³⁹ Bu niteliğin tespitinde ilgili eşyanın kullanma amacı esas alınır.⁴⁰ Eşyanın tüketilebilir veya üçüncü kişilerle birlikte kullanılıyor olması eşyanın bu özelliğini değiştirmez. Satın alınan eşyanın bedelinin edinilmiş mallardan sağlanmış olması eşyanın kişisel mal olma niteliğini değiştirmez. Ancak böyle bir halde tasfiyede denkleştirmeye gidilir.

Eşlerden birinin miras veya karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mallar da kanun gereği kişisel maldır. Bu çerçevede, sağlararası yapılan bağışlar, ivazlı feragat halinde elde edilen ivaz, karma bağışlamada ivazın bağışlanana oranla oldukça düşük olması halinde⁴¹ mal kişisel mal kabul edilmelidir. Yapılan bağışlamanın eşlerden birine verilmekle hangisine verildiği açıkça belirtilmemiş veya amaç itibarıyla eşlere birlikte bağışlandığı sonucu çıkıyorsa, eşler TMK m. 222/II' ye göre bu mal üzerinde paylı hak sahibi olurlar. Eşyanın "*aslen kazanımı*" da "*karşılık*" verilmeden elde edildiğinden kişisel mallar grubuna dâhil edildiği kabul edilmektedir.⁴²

³⁶ Öztan, s. 441.

³⁷ Şıpka, s. 95.

³⁸ Zafer Zeytin/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 174.

³⁹ Bu hükümde yasal mal rejimi ruhuna bir istisna getirilmiştir. Zira eşlerden birinin şahsi kullanımına yarayan eşya bir karşılık sonucu elde edilmiş olsa dahi, şahsi kullanım özelliği sebebiyle kişisel mal kategorisine dahil olacaktır.

⁴⁰ Kişisel kullanıma yarayan eşya edinilmiş maldan karşılansa dahi kişisel malda denkleştirme istenemez. Ancak örneğin; Bayan A, süslenmek amacını abartıp 10 Trabzon bilezik satın alırsa, süslenme amacını aşan kısım için kişisel malda denkleştirme istenebilir, Gençcan, s. 227.

⁴¹ Gümüş, s. 269; Zeytin, s. 128.

⁴² Acar, s. 197; Gümüş, s. 269.

TMK m. 220/III'e göre manevi tazminat alacakları da kişisel mallardan kabul edilmiştir. Tazminatın, sözleşmenin ihlali veya haksız fiil sonucu doğmuş olması fark etmemekte, tazminattan gelir elde edilmişse TMK m. 219/II/IV gereği edinilmiş mal sayılmalıdır. Son bentte ise kişisel malların yerine geçen değerler de kişisel mal olarak belirlenmiştir. Kişisel malların yerine geçen mallar veya hakların ikame değerleri de kanundan dolayı doğrudan kişisel mal grubuna dâhil olur. Edinilmiş mal yerine geçen değerlerin kişisel malla karşılanması gerekir.

Kişisel mal kabul edilebilecek diğer bir grup mal ise bir mesleğin icrası ya da işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel malların gelirleridir. Bu gruptaki mallar esasen edinilmiş mallara dâhil olması gerekirken sözleşme ile kişisel mal kabul edilebilecek niteliktedir. Mesleğin icrası ile örneğin mali müşavirin bilgisayarı, doktorun görüntüleme cihazının sözleşmeyle kişisel mal olacağı kararlaştırılabilir. Kişisel malların gelirleri de, örneğin, ortaklık hissesinin gelirinin kişisel mal sayılacağını mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılmış olabilir.

Yukarıda sayılanlara ilave olarak TMK m. 228/II ile tasfiye sırasında *“eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerine olacak idiyse tasfiyede, o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır”* ifadesi ile bu şekilde ödenen maddi tazminatların hak sahibinin kalan yaşam süresini karşılayacak olan miktarı kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin; A şahsı 2010 yılında aldığı 100.000 TL tutarındaki emeklilik ikramiyesinin tamamıyla anonim veya limitet ortaklıkta pay sahibi olur 2013 yılında da evliliği sona ererse, bu 3 yıl için ortaklıktaki payı edinilmiş maldır. Ne var ki evlilik sona erip de mal rejiminin tasfiyesine gidildiğinde A'nın ortalama yaşam süresine göre 100.000 TL irat şeklinde bağlanmış olsa 3 yıl için hesaplanacak tutarı edinilmiş mal, kalan kısım ise kişisel mal olarak hesap edilecektir.⁴³

c. Rejimin Tasfiyesi Sırasında Doğan Mal Türü: Paylı Mallar

TMK m. 222 *“Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edi-*

⁴³ Kılıçoğlu, Aile, s. 351.

lemeyen mallar onların, paylı mülkiyetinde sayılır" düzenlemesi ile üçüncü bir mal grubu yaratmıştır. İlk fıkra ile esasen ispat hukuku ile ilgili TMK m. 6 ve 6100 sayılı HMK m. 190 tekrar edilmektedir. Bu hükümle bir malın eşlerden birine ya da üçüncü bir kişiye ait olduğu iddia edildiğinde bunu ispatla yükümlü olacağı ifade edilmektedir⁴⁴. Esasen TMK'nın bu hükmü eşya hukukundaki zilyetliğin mülkiyete ve diğer sınırlı aynı haklara karine olduğu yolundaki genel kuralı tekrar etmektedir.

TMK m. 222/I fıkrası ile her iki eş için de aynı ağırlıkta⁴⁵ ispat külfeti getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*paylı mülkiyet karinesi*" ile eşlerin hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilmiştir. Eşlerden hangisine ait olduğu belli olan bir malda bu karinenin uygulanması mümkün değildir. Taşınmazlar, motorlu araçlar, şirket hisseleri gibi mallar kayda tabi olduğundan, bunların kime ait olduğu konusunda ispat sorununun olmadığı; bu sorunun ancak resmi kayda tabi olmayan taşınır mallar için söz konusu olacağı düşünülmektedir.⁴⁶ Bu hususta TMK 216. maddesi yol gösterici olabilir. Zira bu hükme göre malların getirilmesinden itibaren 1 yıl içinde yapılan envanterin içeriği, aksi ispat edilmedikçe doğru kabul edilir.

2. Ortaklık Paylarının Mal Rejimi İçerisindeki Yeri

Anonim ortaklıklarda eşlerden biri veya her ikisi pay sahibi olabilir. Bu payın ediniliş biçimi yukarıdaki mal gruplarından hangisine gireceğini belirler. Burada özellik arz edebilecek çeşitli haller olabilir. Şöyle ki; payın edinilmiş mal olarak tespiti halinde, ortaklığın tasfiyesinde pay bedeline tekabül eden değer de TMK m. 219/II b. 5 anlamında edinilmiş malın yerine geçen değer olması sebebiyle, edinilmiş mal sayılmalıdır. Zira "*tasfiye payı*" gelir değil "*kaim değer*" dir. Yine anonim ya da limitet ortaklık payının edinilmiş mal olması halinde payın temettüsü de edinilmiş mal olarak kabul edilir.⁴⁷ Şöyle ki kanun kişisel

⁴⁴ Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 91.

⁴⁵ Öztan, s. 456.

⁴⁶ Kılıçoğlu, Aile, s. 354.

⁴⁷ Kılıçoğlu Ahmet, Şirket Hissesinde Katkı- Katılma Alacağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, 27 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 12 vd.; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 114, 115; Yarg. 2. HD 24.05.2007 T. E. 2007/8727, K.2007/8727 sayılı kararında söz konusu karara esas dosyada bahsi geçen şirket hissesinin kocanın kişisel

malların gelirlerini edinilmiş mal olarak kabul etmiş ancak, edinilmiş malların gelirleri hakkında susmuştur. Bu durumda edinilmiş malın gelirlerinin evleviyetle edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekir. Ortaklık payının kişisel mal olması halinde, pay kime aitse pay üzerinde eş malik olarak kalıp ortaya çıkan gelir üzerinde diğer eş yararına katılma alacağı doğacaktır.⁴⁸

Sermaye artırımını sonucunda elde edilen yeni payların hangi mal grubuna dâhil olacağı hususu da önem taşımaktadır. TTK m. 461/1 fıkrasına göre “*Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkını haizdir*” düzenlemesi ile ortakların rüçhan hakkı yoluyla pay sahibi olmasını düzenlemektedir.⁴⁹

Eşlerden birinin bu yolla oluşmuş yeni payda katılma alacağına sahip olup olmadığının tespiti için öncelikle sermaye artırımının nasıl yapılacağına bakmak gerekir. Sermaye artırımını sermayenin yerine getiriliş şekline göre üç farklı şekilde yapılabilir. Bunlar; Efektif artırım, eski payların itibari değerinin yükseltilmesi ve iç kaynaklardan sermaye artırımını olarak sınıflandırılabilir.⁵⁰

“*Efektif*” yani “*yeni sermaye konularak*” yapılan artırımda, elde edilen bu yeni paylar hangi kaynaktan finanse edilmişse payın niteliği de buna göre şekillenecektir (TTK m. 459 vd.).⁵¹ Yeni pay elde edilmesinde eşin aynı ya da nakdi ödeme yapması söz konusu olabilir. Yeni payın edinilmesi hangi grup maldan sağlanmakta ise yeni payın da o gruba dâhil olması gerekir.⁵²

malı olduğu, kişisel mal yerine geçen değerlerin de kişisel mal olduğu, kişisel malın gelirinin ise aksine sözleşme yapılmadığı sürece edinilmiş mal olduğu açıklanmıştır. Yine aynı kararda şirket tarafından davalıya payı dikkate alınarak bir temettü verilmiş ise bunun tespiti, kar payı verilmemiş ancak şirkete ayın olarak ilave yapılmış ise bunun da belirlenmesi, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların tasfiyede dikkate alınacağına gözetilmesi buna göre katılma alacağının hesaba katılması gerektiği ifade edilmiştir.

⁴⁸ Yarg. 8. HD, 19.09.2016 Tarih 2015/3290 E. 2016/12416 K. sayılı kararında da mal rejiminin tasfiyesi sonucunda oluşan hakkın kişisel nitelikte alacak hakkı olduğu vurgulanmıştır.

⁴⁹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 673 N. 1403.

⁵⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1383, s. 660; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, 2. bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 1759.

⁵¹ Acar, s. 174.

⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 328; Gümüş, s. 261.

Sermaye artırımı, mevcut payların “*itibari değerlerinin yükseltilmesi*” suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu tip artırım TTK’da özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 421/II/a bendi dikkate alınarak bu tür sermaye artırımının yapılabileceği kabul edilir.⁵³ Artırım usulü yeni sermaye taahhüdü veya bedellerin iç kaynaklardan karşılanması yolu ile olabilir. Bedellerin iç kaynaklardan karşılanması halinde itibari değer, pay sayısında değişiklik yapılmaksızın, ortakların ortaklığa bir bedel ödemeksizin artmaktadır.⁵⁴ Yeni paylar, yedeklerden karşılanma şeklinde ise; pay sahiplerinin taahhütlerinin artırımı ve buna bağlı aynı ya da nakdi ödeme söz konusu olmadan oluşmaktadır. Bu durumda yeni paylar ekonomik olarak “*gelir, kar*” gibi işlem görüp, ister edinilmiş ister kişisel maldan kaynaklansın TMK m. 219/II/IV uyarınca edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.⁵⁵

Üçüncü artırım yolu da “*iç kaynaklardan sermaye artırımı*”dır.⁵⁶ Bu tip esas sermaye artırımında iç kaynaklar, esas sözleşme ve/veya genel kurul kararıyla ayrılmış (isteğe bağlı) ve belirli bir amaca özgülennemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbest kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlardır (TTK m. 462). Bu tür artırımda ortaklık malvarlığında bir büyüme söz konusu olmayıp, yedek akçeler ve fonlar⁵⁷ azalmakta bilançodaki sermaye miktarı artmaktadır. Yedek akçeler ve fonlar sermayeye aktarıldığından, paydaşlar oluşan yeni payları bedelsiz elde etmektedirler.⁵⁸ Bu durumda şayet gelirden oluşturulmuş yedek akçe ve fon söz konusu ise yeni pay edinilmiş mal sayılacaktır.⁵⁹ Şöyle ki; yeni pay alma hakkına dayalı kişisel mallardan finanse edilen pay iktisabının hangi mal grubuna dâhil olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre yeni paylar, iç kaynaklardan oluşan sermaye artırımında edinilmişse, bu pay için bir bedel ödenmemekle birlikte, payların ekonomik kaynağı şirketin dağıtılmamış karları olan yedek akçeler ol-

⁵³ Bahtiyar, s. 353; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1824.

⁵⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1390, s. 668.

⁵⁵ Ancak burada gerçek bir bedelsizlikten bahsedilemez. Zira ihraç edilen paylar ile yükselme ortaklığın dağıtılmamış karlarından yapılmakta yani bunların karşılığını yedek akçeler oluşturmaktadır, Acar, s. 174, 175

⁵⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1395, s. 669.

⁵⁷ Yeniden değerlendirme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonu Gerekçe TTK m. 462/1; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1826.

⁵⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1397, s. 670.

⁵⁹ Acar, s. 175.

duğu için bir bedelsizlikten söz edilemez. Yine, yeni paylar çıkarmak yerine, mevcut payların itibari değerlerinin artırılması suretiyle iç kaynaklardan doğan sermaye artırımını da bedelsiz, ivazsız edinilmiş olma kavramına sokulamaz. Bu sebeple mevcut payın, bu şekilde oluşması halinde de paylar edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir.⁶⁰ Ne var ki bir başka görüşe göre⁶¹ yeni pay alma hakkına dayalı kişisel mallardan finanse edilen pay iktisabı kural olarak bağımsız bir malvarlığı olarak kişisel mallar içinde yer alır.

3. Evliliğin Devamı Sırasında Eşlerin Malları Üzerindeki Hak ve Yetkileri

a. Mülkiyet, Yönetme ve Yararlanma Hak ve Yetkileri

Evliliğin devamı süresince üç grup mal üzerinde eşlerin mülkiyet, yönetim ve yararlanma, tasarruf yetkileri TMK m. 223/I ve II' de düzenlenmiştir. TMK m. 223/I kuralı belirtmekte, II ise kuralın istisnasını teşkil etmektedir.

TMK m. 223/I: “Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir”.⁶² TMK m. 223/II ise; “Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki hissesi üzerinde tasarrufta bulunamaz.” hükümlerini içermektedir.

Eşlerin malvarlıkları üzerindeki mülkiyet hakkının belirlenmesinde kural olarak eşya hukuku kuralları geçerlidir. Ne var ki edinilmiş mallara katılma rejiminde ilk planda eşlerin malvarlıkları kesin sınırlarla birbirinden ayrılmamakta, mal ortaklığı rejiminde olduğu gibi ortaklık mallarından oluşan bir özel malvarlığı kabul edilmemektedir.⁶³ Edinilmiş mallara katılma rejiminde temel kural edinilmiş malların ve kişisel malların değiştirilmezliğidir. “Değiştirilmezlik” ile ifade edilmek istenen⁶⁴ kanunun edinilmiş ve kişisel malları belirlediği, bu malların

⁶⁰ Acar, s. 175.

⁶¹ Gümüş, s. 261.

⁶² Bu kural Gençcan’a göre emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılmaz, Gençcan, s. 260.

⁶³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.

⁶⁴ Gümüş, s. 253; Gençcan, “mal gruplarının değişmezliği” kavramını kabul etmiş olup, iki farklı grup dışında bir mal grubu yaratılmayacağı ancak TMK m. 221 gereği kişisel mal statüsü yaratabileceklerini ancak edinilmiş mal statüsü yaratamayacaklarını ifade etmiştir, Gençcan, s. 198.

mülkiyetinin edinilmesinde kullanılan finansman kaynağına göre edinilmiş mallar içinde yer alabileceği gibi kişisel mallar içinde de yer alabileceği ancak bir malın kısmen edinilmiş kısmen kişisel olamayacağıdır.⁶⁵ Eşlerin kişisel malvarlığı olarak nitelendirilemeyen bütün malvarlığı unsurları aksi ispatlanıncaya kadar edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.⁶⁶ Yani istisnalar haricinde eşler arasında bir paylı mülkiyete konu mal haricinde malın türüne göre, o mal üzerindeki mülkiyet belirlenmektedir. Edinilmiş mallar grubuna giren mallarda mülkiyet hakkı sahibi, o mal için karşılığını veren eştir.

Eşlerden biri, üzerinde mülkiyet hakkı iddia ettiği malın kendi kişisel malı olduğunu ispatlayabildiği takdirde edinilmiş mal olmaktan çıkıp eşin kişisel malı olacak ve üzerinde eşin mülkiyet hakkı olacaktır.⁶⁷ Bir malın ne kişisel ne de edinilmiş mal olduğu ispatlanamazsa bu duruma paylı mülkiyet esaslarına tabi olup ve eşlerin 1/2 pay sahibi olduğu kabul edilecektir.

TMK m. 223/1'de açıkça ifade edildiği üzere eşlerden her biri yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme hakkına sahiptir. Böylelikle örneğin eşlerden biri gerek babasından miras yoluyla kalan ortaklık hissesini, gerekse edinilmiş mallara katılım rejiminin devamı boyunca kendi çalışması sonucu edinmiş olduğu bir hisseyi diğer eşin katılımı olmaksızın bizzat yönetebilecektir. Yine eşlerin her biri yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kişisel ve edinilmiş mallarından, serbestçe, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın dilediği gibi yararlanabilir.

İlgili maddede “*yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla*” diyerek yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkisinin bir takım sınırlamaları bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sınırlamalar genel olabileceği gibi⁶⁸ aile hukukuna özgü sınırlamalar da olabilir. Genel sınırlama halleri Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan hukuki işlemlere ilişkin şekil,

⁶⁵ Gümüş, s. 253.

⁶⁶ Bu kural zamansal olarak mal rejimi sona erdikten sonra tasfiye aşamasında uygulanır.

⁶⁷ Yarg. 8. HD 08.07.2010 tarihli E. 2010/1097, K. 2010/3788 sayılı kararında, bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edileceği, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimsenin ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Aynı yönde Yarg. 2. HD 09.11.2004 T., E.2004/12873, K. 2004/13349.

⁶⁸ Öztan, s. 458.

hukuka ahlaka adaba aykırı olmama, irade sakatlığı halleridir. Aile hukukuna özgü sınırlamalar ise TMK m. 194 ve 199'da düzenlenmiş olan aile konutu ve eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin mahkeme hükmüdür.

TMK 223/II' de ise paylı mallarla ilgili sınırlama getirilmiştir. Ne var ki bu sınırlamanın maddenin lafzından "*tasarrufa*" ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Paylı mülkiyette tasarrufu düzenleyen TMK m. 688/III'e göre paydaş diğerlerinin katılım olmaksızın payını devredebilir, rehnedebilir. Nitekim pay TMK m. 688/III'e göre alacaklılar tarafından da haczedilebilir. Ancak eşler arasında paylı mal olması halinde aksi kararlaştırılmadıkça eşlerden biri tek başına tasarrufta bulunamaz. Bu durumda eşlerin payları üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin mevcut eksiklik diğer eşin rızasıyla doldurulur.⁶⁹ TBK m. 46 burada kıyasen uygulanmalıdır. Esasen TMK m. 223/II ile paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmamakta, sadece diğer eşin rızasına tabi tutularak sınırlandırılmaktadır. Diğer eşin rızası bulunmaksızın tasarrufta bulunan eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde ise iyiniyetin korunacağına dair özel hüküm bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Bu durumda yalnızca paylı mülkiyet konusu mal taşınmaz ise üçüncü kişinin iyiniyeti TMK m. 1023 ve 1025/II gereğince korunur.

Paylı mallarda yönetim ve yararlanmanın nasıl olacağına ilişkin TMK'nın paylı mülkiyeti düzenleyen hükümlerine bakılması gerekir. Bu hükümlerde aksi kararlaştırılmamışsa olağan yönetim işlerini paydaşlardan her biri, olağanüstü yönetim işlerini ise paydaşlar oybirliği ile yapabilir.⁷⁰ Bu durumda örneğin ortaklık payının korunması için davayı eşlerden her biri kendi başına açabilecekken, pay üzerinde intifa hakkı veya rehin hakkı gibi aynı hakları ancak birlikte tesis edebileceklerdir. Oğuzman'a göre olağan yönetim işi, bir hukuki işlem yapılmasını gerektiriyorsa, hukuki işlemi yapan paydaşın diğer paydaşları temsile yetkisi olduğu kabul edilmelidir.⁷¹ Zira olağan yönetim yetkisinin paydaşlarca daraltıldığı veya ortadan kaldırıldığı üçüncü kişilere karşı ancak bu kısıtlamayı bildikleri oranda ileri sürülebilirdir.

⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s 213.

⁷⁰ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 318 vd.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir, s. 313.

Yukarıda ifade edildiği üzere eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptirler. Ancak kanunun verdiği bu serbesti “yönetme yetkisi” olup “yönetme yükümlülüğü” değildir. Başka bir anlatımla, eşler edinilmiş /kişisel mallarını kendileri yönetmek zorunda değildir. Eşlerden her biri gerek kişisel gerekse edinilmiş malların yönetimini diğer eşe bırakabilir. TMK m. 215’de eşlerden birinin mallarının yönetimini diğer eşe bırakması durumunda uygulanacak kuralları düzenlemektedir. TMK m. 215 “Eşlerden birinin açık veya örtülü olarak mallarının yönetimini diğer eşe bırakması halinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekâlet hükümleri uygulanır” şeklindedir.

743 sayılı Medeni Kanun’da karşılığı olmayan maddenin gerekçesinde “Bu hükme göre, bir eş açıkça veya ses çıkarmamak suretiyle fiilen, mallarının yönetimini diğer eşe bırakabilir. Yönetimin açıkça diğer eşe bırakılması için mutlaka bir mal rejimi sözleşmesi yapılması şart değildir. Bir iş veya şirket sözleşmesi çerçevesinde de bu yönetim diğer eşe bırakılabilir. Bu gibi durumlarda vekâlet değil, bu sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tabiidir” denilmektedir. Görüldüğü üzere, yönetimin devri için mal rejimi sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Emsal sayılabilecek Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 4.12.2001, E.15741/K.17190 sayılı kararında kadının mallarının idaresi kocaya bırakılmış ve bu malların gelirleri ev masrafına karşılık sayılmıştır.⁷²

Yönetimin devri belirli mallara yönelik olabilir. Başka bir anlatımla, eşlerden birisi malvarlığının tamamının ya da bir bölümünün de yönetiminin devrini isteyebilir. Malik olan eş haklı sebeplerin varlığına rağmen mallarının yönetimini eşine devretmiyorsa malik olmayan

⁷² “...Davacı dava konusu malın idaresini davalı kocasına bırakmıştır. Medeni Kanun’un 186/2. maddesi uyarınca bu malların bütün gelirlerinin ev masrafına karşı kocasına bıraktığı gözetilmeden davacının ½ paydaş olduğu taşınmazın malları kiraya veren kocadan kira parasının yarısının ödetilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına,..ve devamında muhalefet şerhinde Medeni Kanun’un 186. maddesi; kadının mallarının idaresini kocasına bırakmış olduğu takdirde, evliliğin devamı müddetince hesap vermektен vazgeçtiği ve malların bütün gelirini ev masraflarına karşı kocasına bıraktığı farz olunur kuralını getirmiştir. Evin makul gideri dışında kadına ait gelirin kocaya bırakıldığı kabul edilemez. Her şeyden önce bir dürüstlük kuralı ile bağdaştırılamaz. Mahkemece, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucu uyarınca değerlendirme yapılması gerekir” şeklindedir.

eş aile mahkemesinden TMK m. 199 gereğince tedbir alınmasını⁷³ ya da haklı bir sebep varsa mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.

Malik olan eş mallarının yönetimini malik olmayan eşine açık veya örtülü olarak bırakabilir. Eşlerden birinin malların yönetimini diğer eşe bırakması mal rejimi sözleşmesiyle ya da iş/şirket sözleşmesiyle gerçekleşebilir. Bu duruma eşler arasında iş veya şirket sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.⁷⁴ Eğer eşlerden birisi ses çıkarmamak suretiyle fiilen, “örtülü” olarak yönetimi diğer eşe bırakmışsa, kural olarak vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.⁷⁵ Ancak eşlerin aksini kararlaştırmalarına kanun olanak vermektedir.

Ortaklık payının eşin yönetim yetkisini diğer eşe devri hususunda Türk Ticaret Kanunu’nda bir takım özel düzenlemeler mevcuttur. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ortaklıkta pay sahibi olan veya olmayan bir kişi temsilci sıfatıyla genel kurulda bulunabilir. Nitekim TTK m. 425’e göre temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.⁷⁶ Açık olan bu hüküm sonucu ortaklık payının malik olmayan diğer eş tarafından da yönetilebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Yönetim yetkisinin şekli hakkında ise TTK m. 426/I yol göstermektedir. Madde “*Senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince, yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır*” diyerek sadece “yazılı” şeklin yeterli olduğunu göstermektedir.⁷⁷ Bu ifade karşısında, temsil yetkisinin verilmesinin noterde düzenlenmesi veya vekâlet verenin imzasının notere onaylatılması ya da noterce onaylanmış imza sirkülerinin eklenmesi de gerekmediği anlaşılmaktadır. Ortaklık payı üzerinde intifa hakkına sahip olunması durumunda da, intifa hakkı sahibi bu hakkını

⁷³ Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hakim, bu duruma gerekli önlemleri alır

⁷⁴ Ömer Uğur Gençcan, Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihat-İlgili Mevzuat, 2007, s. 1838.

⁷⁵ Gençcan, s. 178.

⁷⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 776.

⁷⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 776.

belgelendirerek TTK m. 432/II'nin verdiği açık yetkiyle genel kurula katılabilir.⁷⁸

Yasal mal rejiminde eşlerin edinmiş oldukları anonim ortaklık payları eşlerin her ikisinin adına yazılı ise bu duruma ise karı-koca birlikte atayacakları ortak bir temsilci vasıtasıyla oy hakkını kullanabilirler.⁷⁹ Zira TTK m. 432/1 uyarınca *“bir pay, birden çok kişinin ortak mülkiyetindeyse bunlar içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi genel kurulda paydan doğan haklarını kullanması için temsilci atayabilir.”* Hükümde geçen *“atayabilirler”* ifadesi genel kurula katılarak oy kullanmak istedikleri takdirde *“atamalıdırlar”* şeklinde anlaşılmalıdır.⁸⁰

b. Tasarruf Yetkisi

Eşler, kişisel ve edinilmiş malları üzerinde yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Ancak tasarruf serbestisinin iki sınırı bulunmaktadır. Bunlardan biri TMK m. 199'a göre tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır. Bu maddeye göre ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin isteme bulunması üzerine, hâkimin belirleyeceği malvarlığı ile ilgili tasarruflar ancak diğer eşin rızasıyla yapılabilir.⁸¹ Bir başka deyişle, diğer eşin rızası olmadıkça yapılan hukuki tasarruflar geçerli olmayacak ve hiçbir sonuç doğurmazdır. Bu duruma eşlerin ortaklıktaki hissesi ile ilgili böyle bir kısıtlama kararı varsa yapılacak devirde diğer eşin de rızası alınmalıdır.

⁷⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 778.

⁷⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831.

⁸⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 324; genel kurula katılabilme ve oy hakkının kullanılabilmesi için müşterek maliklerin bir müşterek temsilci tayin etmeleri gerektiği yönünde Bkz.: Pulaşlı, 777-778.

⁸¹ Örneğin; evliliği iyi gitmeyen A, edinilmiş mal olan, ortaklıktaki payını arkadaşı B'ye devretmek istemektedir. Bu niyetten haberi olan A'nın eşi E, mahkemeden A'nın ortaklık payı ile ilgili tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını ister ve mahkeme de bu talebi kabul ederse artık pay ile ilgili her türlü işlem ancak diğer eşin izin veya icazeti ile geçerli olur. İşleme izin verilmediği takdirde yapılan tasarruf işlemi gerek eş gerekse karşı taraf açısından bağlayıcı değildir, geçersizdir. Dural/Öğüz /Gümüş, s. 185. İşleme icazet verildiği takdirde ise işlem yapıldığı andan itibaren geçerlidir. İzin olmaksızın yapılmış olan tasarruf işlemi için TBK m. 46'ya göre uygun süre içinde izin verilmesi istenebilir. Bu uygun süre içinde izin verilmediği takdirde işlem sürenin dolduğu andan itibaren *“extunc”* *“kesin”* geçersiz hale gelir. Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 34.

Bir diğer kısıtlama ise paylı mal yani paylı mülkiyet hissesi üzerinde tasarrufun TMK m. 223/II ile diğer eşin rızasına tabi tutulmasıdır.⁸² Bu hüküm sadece münhasıran eşlerin paydaş olduğu paylı mülkiyet ortaklığında uygulama bulur. Mal üzerinde üçüncü bir şahıs paydaş ise diğer eşin rızası aranmaz. Yine bu rıza mal rejimi sona erene kadar aranır. Eşlerin paylı mülkiyete sahip olduğu ortaklık payında tasarruf için rızayı sağlayamayan eşin, üçüncü kişinin tamamen iyiniyetli olması halinde, üçüncü kişinin zararını ödeme değil bizzat borcu ifa yükümlülüğü altına girmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira TTK m. 678'de düzenlenen "*Temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumlu olur.*" hükmünün burada uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bunun anlamı şudur: Yetkisiz temsilciden TBK m. 47 uygulanarak tazminat istenmesi söz konusu olmaz. O, aynen ifa sorumluluğu altındadır. Kanunda yazılı olmamasına rağmen, doktrin ve Federal Mahkeme, temsil olunanın icazet vererek durumu düzeltebilmesine, dolayısı ile temsilciyi sorumluluktan kurtarmasına imkân tanımakta ve böylece TBK m. 46 hükmü tamamen devre dışı kalmamış olmaktadır.⁸³ İcazet verilmemişse, poliçeyi ödeyen yetkisiz temsilcinin temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olması öngörülmüştür. Yine TTK'nın anılan hükmüne göre, bu çözüm temsilcinin yetkisini aşması halinde de geçerlidir. Ancak doktrin, kambiyo alacaklısının, temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisizliğini "*bilmesi*" halinde, yetkisiz temsilcinin ona karşı sorumluluktan kurtulmasını kabul etmektedir.^{84,85}

4. Diğer Mal Rejimlerine İlişkin Temel İlkeler

a. Mal Ayrılığı

TMK m. 242 ve 243'te düzenlenen mal ayrılığı rejiminde temelde

⁸² Akıntürk/Ateş, s. 159; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213; Kılıçoğlu, Aile, s. 357 vd.

⁸³ Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 138.

⁸⁴ Rona Serozan, Hüseyin Hatemi, Necip Kocayusufpaşaoğlu, Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1: Necip Kocayusufpaşaoğlu, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014 s. 772.

⁸⁵ Pulaşlı da TTK m. 678'de TBK m. 47/I'in aksine durumu bildiği ya da bilmesi gerektiğinin aranmadığı, karşı tarafın yani alacaklının durumu bilmesi gerektiği kanıtlanarak borçtan kurtulanamayacağı, muhakkak doğrudan doğruya bildiğinin ispat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 119.

karı ve kocanın ayrı malvarlığı mevcuttur.⁸⁶ Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak mal ayrılığı farklı malvarlığı kesimleri⁸⁷ içermemekte, karının malvarlığı ve kocanın malvarlığı şeklinde dikey bir ayrım bulunmaktadır.

Mal ayrılığı rejiminde her eş kendi malının mülkiyetine sahiptir. TMK m. 243. maddesinin atfıyla TMK m. 245'e göre "*Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır*".

Mal ayrılığı rejimi, malvarlığı açısından adeta eşler arasında bir evlilik yokmuş gibi görüldüğünden eşlerin malları üzerindeki mülkiyet hakları, yönetme ve tasarruf hakları bakımından evli olmayan kişilerden farkları yoktur. Eşlerden her biri kendi malvarlığına dâhil olan bir anonim ortaklıktaki nama veya hamiline yazılı paylar üzerindeki oy hakkını kullanma hakkına sahiptir (TTK m. 426/I, II; TMK m. 242).⁸⁸ Her eş kendi malının mülkiyetine sahip olduğu için mal rejiminin tasfiyesinde, diğer eşte bulunan malın iadesi talep edilmelidir.

Mal ayrılığı rejiminde, evliliğin genel hükümleri sonucu eşlerin mallarının birbirine karışması, ispat problemini doğurmaktadır.⁸⁹ Eşlerin, malvarlığının kendilerine ait olduğunu ispatlayamamaları halinde TMK'daki atıf gereği paylaşmalı mal ayrılığı kuralları uygulanır. İlgili hüküm olan TMK m. 245/I gereğince de paylı mülkiyetin eşlerden birine özgülenmesi dışında bu rejimin sona ermesinde eşler açısından bir talep hakkı doğmaz. Paylı mülkiyet hükümleri gereği ve TMK m. 248 gereği eşlerden biri, diğer eşin payının ödeme günündeki karşılığını vermek ve malın kendisine kalmasında üstün yararı olduğunu ispatlamak şartıyla, paylı mülkiyete konu olan malın kendisine verilmesini isteyebilir. Ancak bu mal rejiminde, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak TMK m. 223/II hükmünün sınırlaması uygulanmaz.⁹⁰ Eşlerin mülkiyetin sınırlarını düzenleyen TMK m. 688/III'e göre sahip oldukları yetkilere en fazla TMK m. 185 kapsamında

⁸⁶ Evliliğin mal rejimi devamı süresini, sona ermesini ve eşlerin malvarlıklarını etkilememesi sebebiyle mal ayrılığının esasen bir rejim olmadığı da düşünülmektedir, Öztan, s. 559.

⁸⁷ Öztan, s. 560; Gümüş, s. 424.

⁸⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831.

⁸⁹ Gümüş, s. 424.

⁹⁰ Gümüş, s. 425.

özellikle sadakat ve yardım yükümlülüğü çerçevesinde dolaylı bir sınırlama getirilebilir.

b. Paylaşmalı Mal Ayrılığı

Paylaşmalı mal ayrılığı temel olarak karı ve kocanın ayrı malvarlığına sahip olması esasına dayanır.⁹¹ “Kadının malları” ve “erkeğin malları” şeklinde iki grup malvarlığı kendi içerisinde de eşlerin evlenirken getirdikleri ve sonradan edindikleri⁹² mallardan oluşur. Ancak bu mallar edinilmiş veya kişisel mal şeklinde yatay bir bölümlenmeye dayalı malvarlığı kesimini içermeyip TMK m. 250’de “aileye özgülenen mallar” dan bahsedilmektedir.⁹³ Maddede “Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler...” den bahsedilmektedir. Bu maddedeki ifadeden iki grup malın paylaşmaya tabi olacağı sonucu çıkmaktadır.⁹⁴ Birinci grup; ailenin ortak kullanımına özgülenen mallar⁹⁵ ikinci grup ise evlilik birliği içerisinde eşlerin kazançlarıyla, ailenin geleceğini güvence altına almak amacıyla yaptıkları yatırımlardır. Yine bu mal grubunun yerine geçecek değerler de paylaşmaya dâhildir.

Eşlerin malvarlıkları dışında aileye özgülenen bu malvarlığı grubu, rejim yürürlükte iken değil, mal rejiminin sona ermesi ile bir an için kurulmakta ve aynı anda tasfiye aşamasına geçilmektedir.⁹⁶ Eşlerden birine ait olan ticari işletme veya diğer yatırım malları, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar olarak, aileye özgülenen mallara dâhil olabilir.⁹⁷

⁹¹ Gümüş, s. 429.

⁹² Öztan, s. 563.

⁹³ Gümüş, s. 429.

⁹⁴ Öztan, s. 564.

⁹⁵ Hatemi’nin haklı olarak eleştirdiği üzere, bu mal rejiminde paylaşmanın söz konusu olabilmesi için, paylaşılacak malın malik eş tarafından “aileye özgülenmiş olması” aranmaktadır. Oysa somut olay adaleti bireyin keyfini esas almamalıdır. Zira ileride boşanma halinde önemli bir pay veya katılma alacağı ile karşılaşmak için kurnaz davranıp en değerli malvarlığı unsurlarını kadın eşten gizleyen bir kocanın bu tutumu ödüllendirme olarak görülebilir ve bu hiçbir şekilde doğru değildir, Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 84.

⁹⁶ Gümüş, s. 430.

⁹⁷ Gümüş’e göre kanun koyucu TMK m. 250/II’de “Manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile karşılıksız kazandırmada bulunanın açık

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi de temelde mal ayrılığına dayandığı için eşlerden her biri yasal sınırlar içinde kendi malvarlığını yönetme, ondan yararlanma ve malvarlığı üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir.⁹⁸ Bu sebeple, bir anonim ortaklıkta paya sahip olunması halinde oy hakkı, senede bağlanmamış paylar ile nama yazılı paylar ve ilmühaberde pay defterinde adı yazılı olan eş (TTK m. 426/1), hamiline yazılı paylarda ise eşlerden birine aittir (TTK m. 426/2).⁹⁹

Bu rejimde mal ortaklığı rejiminin aksine diğer bir özel malvarlığı yoktur. Ancak tasfiye aşamasında eşler arasında aileye özgülenen malların bütünü üzerinde elbirliği ile hak sahipliğine dayalı bir tasfiye ortaklığı kurulur.¹⁰⁰ Tasfiyede ise mal ortaklığından farklı olarak kural olarak “aynen paylaşmaya” gidilir. TMK m. 251 uyarınca “Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hâkim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yaptığı varsayılır. Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.” Esasen burada mevcut olan bir denkleştirme bedeli değil¹⁰¹ aileye özgülenecek mallar içinde yer alması gerekirken dışarıda kalan mallar yerine eklenecek değerlerdir.¹⁰²

c. Mal Ortaklığı

TMK m. 256- 281’de düzenlenen mal ortaklığı rejiminde üç grup mal vardır. Bunlar karının kişisel malları, kocanın kişisel malları ve

iradesinden aksi anlaşılmadıkça sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallar hakkında bu hüküm uygulanmaz” ifadesi ile aileye özgülenen malların finansmanının büyük ölçüde eşlerin bir karşılığa, emeğe dayalı edinimleri üzerinden sağlanmasını arayarak adı konulmamış bir edinilmiş mal- kişisel mal ayrımı yaratmıştır. Gümüş, s. 430.

⁹⁸ Öztan, s. 562.

⁹⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831-832.

¹⁰⁰ Gümüş, s. 430.

¹⁰¹ Denkleştirme bedeli, edinilmiş mallara ilişkin bir kavram olup TMK m. 230 anlamında eşlerin malvarlıkları içindeki edinilmiş malları ile kişisel malları arasındaki değer kaymalarının denkleştirilmesini ifade eder.

¹⁰² Gümüş, s. 431.

ortaklık mallarıdır.¹⁰³ Kanun koyucu eşlere, hangi malların kişisel mal hangi malların ortaklık malı olduğunu belirleme imkânı sunmuştur.

Ortaklık malları tüzel kişiliği bulunmayan kendine özgü bir hukuki birliktir.¹⁰⁴ Ortaklık mallarının kapsamını eşlerin kendi aralarında belirleyecekleri mal ortaklığı türü tayin eder. Bu mal rejiminde TMK m. 261'e göre bir malın kişisel mal olduğu ispatlanmadıkça tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı kabul edilir. Esasen "mal" kavramına "alacaklar" da dâhildir.¹⁰⁵ Kişisel mallar kanun, sözleşme veya üçüncü şahsın karşılıksız kazandırmalarından doğabilir. Hangi malların kişisel sayılacağı da eşlerin aralarında kabul ettikleri mal ortaklığı çeşidine göre farklılık gösterir.¹⁰⁶

Mal ortaklığı rejiminin iki alt türü bulunmakta olup, bunlar genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığıdır. Genel mal ortaklığında, kanun gereğince kişisel mal sayılmayan mallar¹⁰⁷ ve bunlar yerine geçen değerler ortaklık mallarına dâhil olacaktır.

Mal ortaklığı rejiminde, eşler mal rejiminin kurulmasıyla kendiliğinden elbirliği ile malik olurlar. Burada eşya hukukundaki TMK m. 701-703. hükümler uygulanır.¹⁰⁸ Bu hükümlere göre evlilik birliği devam ederken eşler ortaklık malındaki payı üzerinde tek başlarına tasarruf hakkına sahip olmayıp ancak ortaklık malları üzerinde olağan yönetim sınırları içinde serbestçe tasarruf edebilecek, her bir eş diğer eşi yükümlülük altına sokabilecektir.¹⁰⁹ Olağanüstü yönetim sayılabilecek işlerde ise TMK m. 263/I'e göre eşlerin rızalarının bulunması aranır. Olağan yönetimi aşan, hayat tecrübelerine göre, malvarlığının alışıl gelmiş idaresi dışında kalan bütün hukuki işlemler olağanüstü kabul edilir. Olağanüstü işlemleri eşlerin birlikte yapması şarttır. Ancak burada üçüncü şahısların iyiniyeti korunmuş olup, rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilecek duruma olmayan üçüncü kişiler aç-

¹⁰³ Gümüş, s. 437.

¹⁰⁴ Gümüş, s. 437.

¹⁰⁵ Acar, s. 248.

¹⁰⁶ Ancak hangi mal ortaklığı tipi seçilmiş olursa olsun yasal sınırlamaları göz önünde bulundurmak gerekir. TMK m. 260/II'ye göre bu duruma eşlerin kişisel kullanımına ayrılmış eşya ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel maldır.

¹⁰⁷ Bunlar eşlerin kişisel kullanımına ayrılmış eşya ile manevi tazminat alacaklarıdır.

¹⁰⁸ Öztan, s. 551.

¹⁰⁹ Öztan, s. 530.

sından TMK m. 263/II gereğince bu rızanın varlığı kabul edilir. Ancak bu rejimde çok özellik arz eden bir hüküm TMK 264. maddedir. Şöyle ki bu madde “Eşlerden biri diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına bir meslek veya sanat icra ediyorsa, bu meslek ve sanata ilişkin bütün işlemleri tek başına yapabilir” şeklindedir. Kişisel mallar üzerinde ise her eş yasal sınırlar içinde tasarrufta bulunabilir.¹¹⁰ Bu sebeple anonim ortaklıkta paya sahip olunması durumunda, oy hakkı, senede bağlanmamış paylar ile nama yazılı paylar ve ilmühaberde pay defterinde adı yazılı olan eş (TTK m. 426/1), hamiline yazılı paylarda ise eşlerden birine aittir (TTK m. 426/2).¹¹¹

II. EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMİNE GÖRE ANONİM ORTAKLIK PAYLARININ İKTİSABINDA DEVİR SINIRLAMALARININ ETKİSİZLEŞMESİ

A. Anonim Ortaklıkta Payın Devrine İlişkin Temel İlkeler

Anonim ortaklıklarda payların devredilebilirliği ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilke payın ve pay sahipliğinin anonim ortaklığın onayı olmaksızın el değiştirebilmesi ve sadece nama yazılı paylarda/pay senetlerinde devredilebilirliğin sınırlandırılmasının kanundaki emredici hükümler çerçevesinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir.¹¹²

Devredilebilirlik ilkesi uyarınca anonim ortaklıkta gerek senede bağlanmamış (çıplak) paylar gerek pay senetleri devre konu olabilir.¹¹³ Senede bağlanmamış payların devri, TTK’da özel olarak düzenlenme-

¹¹⁰ Öztan, s. 553.

¹¹¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831-832.

¹¹² Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 1; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N. 772b. TTK m. 490 uyarınca kanunda veya esas sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut olmadıkça nama yazılı paylar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın devredilebilir.

¹¹³ Anonim ortaklıklarda devredilebilirlik ilkesinin kabul edilmesinin temel sebepleri, ortağın kural olarak ortaklıktan çıkma hakkının olmaması, anonim ortaklığa ortak olmanın daha çok bir yatırım aracı olarak görülmesi ve bunun istendiğinde paraya çevrilmesinin sağlanması ve sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda kural olarak ortağın kişisel niteliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin bulunmayışı sebebi ile ortaklarda değişimin ortaklık tüzel kişisi açısından herhangi bir dezavantaj oluşturmaması olarak sayılabilir. Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli, Bern 1996, § 44, N. 79 vd.

miş bulunduğundan TBK'daki genel hükümlere tabi olup, tasarrufi bir işlem olan alacağın temlik yolu ile devredilebilir. Senede bağlanmamış payların devrinde yazılı şekil TBK m. 184/1 uyarınca bir geçerlilik şartıdır.¹¹⁴ Geçerli şekilde yapılan temlik işlemiyle devralan payın mül-

¹¹⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1606. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 102; Yargıtay'ın bazı kararlarında ise çıplak pay satışının herhangi bir özel bir şekle bağlı olmadığı, ancak yazılı şekil şartının ise ispat açısından uygun olduğu görüşü benimsenmiştir. Bkz.: 11. HD. 7.3.1994, E. 4752/K. 1775; Yarg 11. HD 12.02.1998, E. 1997/9618, K. 1998/717. Ancak Yargıtay daha yeni tarihli kararlarında anonim ortaklık çıplak pay devirlerinde alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağını ve yazılı şekil şartının aranması gerektiğini belirtmiştir. "Davalı anonim şirketin pay senetleri hamiline yazılıdır. Ancak, şirket payları henüz senede bağlanmadığı gibi, bunlara ilişkin ilmühaber dahi çıkartılmıyıp, çıplak pay durumundadır. Senede bağlanmamış payların devri ise, BK.nun 163 vd. maddelerinde yer alan alacağın temlik hükümlerine tabidir. Alacağın temlik tasarrufi bir işlem olduğu için temlik ile çıplak pay devralana geçer. Bunun için alacağın temlikinde öngörüldüğü gibi, yazılı şekil şarttır. Somut olayda davacının davalı ...A.Ş.'de sahibi olduğu çıplak payları davalılardanA.Ş.'ne devrettiğine dair yazılı bir belge dosyaya sunulmamış olmakla ortada geçerli bir devrin varlığından da söz edilemeyeceğinden davacı taleplerinin bu çerçevede değerlendirilerek karara bağlanması gerekirken yazılı şekilde ve hatalı gerekçe ile ortada geçerli bir pay devri varmışçasına farazi bir takım varsayımlarla davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yarg 11. HD 17.10, 2006, E..2005/7353, K. 2006/10440; "...anonim şirketin münferid pay senedi haline dönüştürülmemiş, yani ihraç edilmemiş nama yazılı "çıplak pay"larının BK'nun 162 ve devamı maddelerine göre devirlerinin gerçekleştirilmesi gerekli olup, dosyadaki bilgi ve belgelere nazaran, böyle bir devrin gerçekleştiği belge asılları ile kanıtlanmadığı gibi, TTK'nun 416 ve 417. maddeleri hükümleri uyarınca, devrin şirket yönetim kurulunca gerekli nisapla onanarak pay defterine kayıt kararının mevcudiyeti de belirlenememiş olması karşısında, böyle bir devrin anonim şirkete karşı hüküm ifade etmemesi nedeniyle temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir. Yarg. 11. HD.26.03.2002, E. 2001/10867, K. 2002/2773; "Uyuşmazlığın, davacıya ait payların devrinden kaynaklanmış olmasına göre, öncelikle davacıya ait olan pay senetlerinin niteliğinin belirlenerek, hisse senetlerinin hamiline yazılı olması halinde devrin TTK'nun 415. maddesi uyarınca teslimle geçerli olacağı gözetilerek davacıdan elinde bulunan hisse senetlerinin ibrazının istenilmesi suretiyle devrin geçerliliğinin tartışılması, yok eğer hisse senetleri nama yazılı ise TTK'nun 416. maddesi uyarınca devrin ciro edilmiş senedin devralana teslimi ile olabileceği, eğer hisse senetleri nama yazılı ve fakat şirket tarafından pay senedi çıkartılmamış (çıplak pay) olması halinde devrin ancak alacağın temlik hükümlerine uygun olarak yapılabileceği gözetilerek davacıya ait pay devirlerinin geçerliliğinin ve bu konudaki ispat yükümlülüğünün hangi tarafa düştüğünün belirlenmesi gerekirken bu hususta bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi yanlış olmuştur." Yarg 11. HD13.02.2007, E. 2005/11406 ., K. 2007/2326; "Anonim şirket tarafından henüz pay senedi ihraç edilmemiş olması ve ilmühaber dahi çıkarılmaması, anonim şirkete pay devrine engel teşkil etmeyecektir. Anonim ortaklığın çıplak paylarının devri konusunda 6762 sayılı TTK'da bir hüküm bulunmamakta olup, payın devredilebilirliği ilkesi uyarınca, çıplak payın da senede bağlan-

kiyetini kazanır. Ancak devir işleminin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için, devir anlaşmasının ortaklığa bildirilmesi ve devralanın pay defterine kaydedilmesi gerekir.¹¹⁵

Anonim ortaklık paylarının tedavül kabiliyetini arttıran, pay sahipliği sıfatının ispatı, ortaklık haklarının kullanılması ve payın hukuki işlemlere konu olmasına kolaylık sağlayan kıymetli evrak niteliğinde bulunan pay senetlerinin devri düzenlenme türüne göre değişiklik arz eder. TTK m. 484 uyarınca pay senetleri hamiline veya nama düzenlenebilir.¹¹⁶ Hamiline yazılı pay senetleri¹¹⁷ zilyetliğin geçirilmesi ile devredilebilir (TTK m. 489, TTK m. 647/1).¹¹⁸ Hamiline yazılı pay senetlerinin devri esas sözleşme hükümleri ile yasaklanamaz veya or-

muş paylar gibi serbestçe devredilebileceği, bu devrin 818 sayılı BK'nın162ve devamı (6098 sayılı TBK m. 183) maddelerine göre alacağın temlik hükümleri çerçevesinde olacağı kabul edilmiştir".Yarg. HGK 12. 11. 2014, E. 2014/11-801., K. 2014/891 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹⁵ Ortaklıkla ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir (TTK m. 499/4). Bedeli ödenmemiş veya kısmen ödenmiş payın devrine izin vermesi gereklidir (TBK m. 195, TTK m. 491/). Ortaklık, bakiye borç için teminat gösterilmesini isteyebileceği gibi, teminatın verilmemesi veya yeterli olmaması halinde ortaklık payın devrine onay vermekten kaçınabilir (TTK m. 491/2).

¹¹⁶ TTK m. 484-501 arasında düzenlenen pay senetleri açıklayıcı ve illi senetlerdir. Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 541. TTK m. 486/2'de payların hamiline yazılı olması halinde yönetim kurulunun pay bedellerinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtması gerekliliği öngörülmüştür. Mülga TTK'da ise anonim ortaklıkların pay senedi çıkarması gerekliliğine yönelik herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, doktrinde pay sahiplerinin talep etmesi durumunda ortaklığın pay senedi çıkarmak mecburiyetinde olduğu görüşü savunulmaktaydı. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 173; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1585.

¹¹⁷ Hamile yazılı pay senetlerinin çıkarılabilmesi için ise pay bedelinin tamamen ödenmiş olması şarttır. Pay bedelleri ödenmeksizin pay senedi çıkarılmış ise hükümsüzdür (TTK m. 484/2). Bununla birlikte böyle bir senedi iyi niyetle iktisap eden kişilerin tazminat hakları 484/2'de saklı tutulmuştur.

¹¹⁸ "Davacının elinde bulunan hisse senetleri hamiline yazılıdır. Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri için senedin zilyetliğinin devri yeterlidir. (TTK m. 415) Yarg 11. HD 22.03.2007, E. 2005/13734, K. 2007/4830. "(Mülga) TTK'nın 415. maddesine göre, hamiline yazılı hisse senetleri devri teslimle gerçekleşir. Ayrıca gerekli olmamakla beraber sadece tanzim edilen temlik senedinin sağlıklı olması yeterli olmayıp, devir konusu edilen hisse senedinin dahi sağlıklı olması ve devir alana teslim edilmiş olması gerekir." Yarg. 11. HD. 23.10.1984, E. 4349, K. 4366; Yarg. 11. HD. 21.01.2002; E. 2001/8063, K. 2002/296;13.02.2007, E2005/11406, K. 2007/2326 (Hukuk Türk Mevzuat-İçtihat Bankası).

taklık onayına bağlı tutulamaz.¹¹⁹ Nama yazılı pay senetlerinin¹²⁰ devri ise ciro edilmiş¹²¹ senedin zilyetliğinin devralana geçirilmesi ile¹²² gerçekleştirilebilir (TTK m. 490/2).¹²³ Nama yazılı pay senetlerinin ci-

¹¹⁹ Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 199; Tekinalp, s. 5; S. Anlam Altay, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam", İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukununun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 565; Şükrü Yıldız/İbrahim Özbay, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Payscalelerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, 2006, s.8; Arslanlı, s. 180; Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması", GÜHFD, C. XII, S.1-2, 2008, s. 130; Sevi, s. 226; Necdet Uzel, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.s 108.

¹²⁰ Nama yazılı paylar bakımından TTK m. 486/3'te azlığın isteme bulunması halinde nama yazılı hisse senetlerinin bastırılarak tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılması esas kabul edilmiştir. Doktrinde nama yazılı pay senetlerinin azlığın talepte bulunması halinde bastırılması gerekliliğini düzenleyen hükümde, bunların çıkarılma süresi konusunda herhangi bir süre öngörülmediğinden, TTK m. 486/2 c.1 hükmüne kıyasen hamiline yazılı senetlere ilişkin en geç üç aylık sürenin uygulanması gerektiği ve talebin ortaklığa iletildiği tarihten itibaren bu süre içinde yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Şafak Narbay, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri", EÜHFD, C.XVI, s.3-4,2012, s. 212; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1585.

¹²¹ Hakim görüşe göre nama yazılı pay senetlerinin beyaz ciro ile devredilebileceği ancak bunun pay senedinin hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana getirmeyeceği kabul edilmektedir. Hayri Domanıç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 1301, 1316; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 365;Abuzer Kendigelen, "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil" Makalelerim C.I, 1986-2001, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006,s. 234; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1592; Tartışmalar için. Bkz.: Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992, s. 14 vd.

¹²² Senet zilyetliğinin devralana geçirilmesi, bizzat senedin fiili teslimi yolu ile olabileceği gibi, araçların teslimi, temsilciye teslim, kısa elden teslim, hükmen teslim ve zilyetliğin havalesi suretiyle de yapılabilir. Pay senedinin devri için zilyetliğin devri, mülkiyetin devri amacıyla yapılmalıdır. Zilyetliğin devrinin bu amaçla yapıldığı karine olarak kabul edilir. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1598 vd. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre devir, ciro ve zilyetliğin devralana geçirilmesi yoluyla yapılmalıdır. Bu iki işlemin birinin yokluğu halinde devir işlemi geçersiz olur. Yargıtay HGK.22.11.1978 T. E.1977/11-922, K. 1978/978 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹²³ Nama yazılı pay senetlerinin ciro ve zilyetliğin geçirilmesi suretiyle devrini öngören TTK m. 490/2 (eTTK m. 416/2) hükmünün farklı yorumları sebebiyle bunların hukuki niteliği Türk Hukuku doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş ise nama yazılı pay senetlerinin emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde olduğu yönündedir. Bkz.: Uzel, s. 34, dn.20; Tartışmalar hakkında Bkz.: Sevi, s. 206 vd.; Erdoğan Moroğlu, "Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları", Makaleler I,

ronun yanı sıra TBK m. 183 vd. hükümleri uyarınca alacağın temlik yolu ile devrinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹²⁴ Temliğin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması ve senedin zilyetliğinin devralana geçirilmesi gereklidir (TBK m. 184/1). Nama yazılı pay senetlerinin menfi emre kaydı ile gerçek nama yazılı pay senedi halinde getirilmesi mümkün olup, bu halde devir için senet üzerine veya ayrı bir kâğıda temlik beyanı ile senet ve ayrı belgede ise temliknamenin zilyetliğinin devralana nakledilmesi devredenin devre yetkisi olması gerekir.¹²⁵ Nama yazılı pay senetlerinin devrinin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için senede bağlanmamış payların devrinde olduğu gibi iktisap edenin pay defterine kaydı gerekmektedir.¹²⁶ Pay defterine kayıt işlemi ise açıklayıcı etkiye sahiptir.¹²⁷ Nama yazılı pay senetlerinin

Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s. 243 vd; İsviçre ve Alman hukukunda ise nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı kıymetli evrak olarak kabul edildiği hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz.: Sevi, s. 202-203; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1591; Nama yazılı pay senetlerinin emre yazılı kıymetli evrak olduğu yönünde Bkz.: BGE 83 II 297, s. 304; BGE 81 II 197, s. 202.

¹²⁴ İmregün, s. 364; Arslanlı, s. 181; Domaniç, s. 1305; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1596; Sevi, s. 235-236; Moroğlu, s. 264; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, 1595 vd; Kendigelen, Payların Devrinde Şekil, s. 234; Karşı görüş Hüseyin Ülgen, Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı Pay Senetlerinin (Ciro Yerine) Ayrı Bir Temlikname ile Devri Caiz midir? İkt. Mal. 1980, C. 27, S.1, s. 18 vd.

¹²⁵ Bunlar için yabancı hukukta rekta kelimesi kullanılmaktadır. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1187; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017, s. 334; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1388.

¹²⁶ eTTK m. 416/2 c.2 de öngörülen “şu kadar ki, devir şirkete karşı ancak pay defterine kayıtlı hüküm ifade eder” hükmü 490. maddeye alınmamıştır ancak m. 499/4’te bu husus açık bir şekilde belirtilmiş ve 490. maddede tekrardan kaçınılmıştır. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 397. Ciro ve zilyetliğinde geçirilmesi yolu ile nama yazılı pay senetlerinin devri halinde, devralan kişinin anonim ortaklık bakımından pay sahibi olarak nitelendirilebilmesi için m. 499/4 uyarınca pay defterine kayıt gerekli olup, TTK m. 499/2 uyarınca “payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilmediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi pay defterine yazılamaz.” hükmü dikkate alındığında pay senetlerinin usulüne uygun şekilde devredildiği ortaklık yönetim kuruluna ispat edilmelidir. Narbay, Devir, s. 216.

¹²⁷ Arslanlı, s. 183; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 97; Ünal Tekinalp, “Pay Defterine Yazımın Hukuki Niteliği Sorunu”, İkt. Mal. 1975, C. 25; S. 11; s. 471 vd; Domaniç, s. 1320-1321; İmregün, s. 366; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 82 vd; Narbay, s. 146 vd; Moroğlu, s. 49; Eriş, s. 673-674; Sevi, s. 244-245; Altay, s. 566-567; Narbay, s. 146 vd; Peter Böckli, SchweizerAktienrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2009, § 4, N. 101; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 90; N. 43 N. 82 vd; Yarg. 11. HD. 23.11.1978,, 1978/4631E., 1978/5252 K.; Yarg. 11. HD. 7.11.2000, 2000/6279E., 2000/8691K.

hukuki işlemler ile devri bakımından TTK m. 490/2 uyarınca işlem yapılması gerekmekte olup, kanuni intikallerde ise ciro ve zilyetliğin devrine gerek bulunmaz.¹²⁸ Anonim ortaklıklarda pay senetleri çıkarılıncaya kadar payı temsil etmek ve pay senedinin yerini tutmak üzere ilmühaberler bastırılabilir. İlmühaberlere kıyas yolu ile nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 486/2). Bu sebeple bunların devri ciro ve zilyetliğin devri ile veyahut alacağın temlik yolu ile mümkündür.¹²⁹

Borsada işlem gören anonim ortaklık payları Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi (MKK) nezdinde elektronik ortama tutulduklarında tutulmaktadır. Bu sebeple bunlara ilişkin işlemler kaydi sistem yolu ile yapılmaktadır. Kaydi anonim ortaklık paylarının kaydi sistem aracılığı ile borsada yapılan devirleri, hak sahipleri tarafından aracı kuruluşlara verilen ve aracı kuruluşlar tarafından kaydi sisteme girilerek, ilgili sermaye piyasasına iletilen al-sat şeklindeki müşteri emirlerinin irade beyanı (icap ve kabul) olarak kabul edilmesi ve bu emirlerin içerdiği birbirine uygun irade beyanlarının eşleşmesi yolu ile yapılır.¹³⁰ Bu çerçevede payın devri, pay sahibi tarafından verilen talimat ile başlamakla birlikte, devir konusu pay aracı kuruluşlar vasıtası ile takas havuz hesabı dâhilinde takas merkezinde devralınmaktadır. Elektronik sistem üzerinden gerçekleşen devir TTK m. 489 ve 490/2 hükümlerinin uygulama alanı dışında kalmakta olup, bu halde alacağın temlik hükümleri uyarınca tasarruf yetkisini haiz olan devreden talimatı ile devrin gerçekleştiği kabul edilmektedir.¹³¹

¹²⁸ Gereğe TTK m. 490.

¹²⁹ Sevi, s. 319.

¹³⁰ Mücahit Ünal, Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler, Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya 2013, s. 726.

¹³¹ Uzel, s 40; Sevi, s. 301 vd; Bilgili/Demirkapı, s. 545. Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihi 29081 Sayılı RG). Takas işlemi yetkili takas ve saklama kuruluşu tarafından ilgili sermaye piyasası takas düzenlemelerine uygun surette MKK nezdindeki takas havuz hesabı ve aracı kuruluş havuz hesapları kullanılarak yapılmaktadır. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihi 29081 Sayılı RG), m.17/1. Takas günü takas yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacı ile satışı yapılan kaydileştirilmiş anonim ortaklık payı aracı kuruluş tarafından yatırımcı hesaplarından aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarma yapılır. Aracı kuruluş havuz hesaplarında bulunan devir konusu payın takas havuz hesabına aktarılması ile söz konusu aracı kuruluşun takas borçları kapanır. Takas alacakları yetkili takas ve saklama kuruluşu tarafından takas havuz hesabından ilgili aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarılır. Devri gerçekleşen payın devralan yatırımcı hesaplarına

B. Bağlı Nama Yazılı Payların Devri ve Genel Olarak Bağlam

TTK m. 490'da nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde kural olarak devredilebilirliği esas almış olmakla birlikte, bunların kanunda veya esas sözleşmede öngörülecek şartlarla devrinin sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir.¹³² TTK m. 493/7 de ise esas sözleş-

dağıtımı da yine aracı kuruluş tarafından yapılır. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG), m. 17/3. Borsa dışında gerçekleştirilen alım satım işlemleri nedeniyle kayıtlarda gerekli değişiklikler ise kaydi sermaye piyasası aracının yer aldığı hesabın MKK' da bağlantılı olduğu üye tarafından yerine getirilir. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG), m. 17/4.

¹³² 6762 sayılı mülga TTK m. 418 kapsamında düzenlenmiş olan esas sözleşmesel ve kanuni bağlam düzenlemeleri, 6102 sayılı TTK ile kapsamlı bir değişikliğe uğramış ve nama yazılı pay devirlerinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) 1991 yılında kabul edilen değişiklikler ile 01.07.1992 tarihinde yürürlüğe giren 685a ile 686 g maddelerinin bazı farklılıklarla iktibas ile yeniden biçimlendirilmişlerdir. 6102 sayılı TTK'nın mülga kanundan ayrılan önemli farklılıklarından biri payın devrinin bağlam hükümleri ile yasaklanmasının mümkün olmamasıdır. Mülga TTK m. 418 hükmü ile yetkili organa sebep gösterilmeksizin devir talebinin reddi yetkisinin verilmiş olması, nama yazılı pay senetlerinin devrinin yasaklanabileceğini sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Bkz.: İmregün, s. 363 vd; Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 36. Aynı zamanda esas sözleşmeye eklenebilecek çeşitli içeriklerdeki ret sebepleri de uygulamada bunların yorumlanması ve uygulanması aşamasında zorluklar ihtiva etmekteydi. Payını devretmek isteyen pay sahiplerinin durumu ve ortaklığın bağlam hükümleri ile öngörülen menfaatleri ile pay sahiplerinin menfaatlerinin dengelenmesi İsviçre ve Türk hukukunda kabul gören bölünme teorisi çerçevesinde sağlanmaya çalışılsa da yeterli bir başarıya ulaşmadığı görülmektedir. Bölünme teorisi uyarınca, bağlam düzenlemesi payın devrini geçersiz hale getirmemekte, payın içerdiği hakların bir kısmı devredende kalırken bir kısmı ise devralana geçmektedir. Payı devralan pay senedi üzerindeki mülkiyet ve malvarlığı haklarından kaynaklanan alacak haklarını edinirken (kar payı, hazırlık devresi faizi, tasfiye bakiyesi katılma gibi), yönetsel hakları (oy hakkı ve buna bağlı haklar) payını devretmek isteyen pay sahibinde kalmakta ve defterde kayıtlı pay sahibi her ne kadar ortaklık ile ekonomik anlama bir ilgisi kalmamış olsa dahi bu hakları kullanabilmektedir. Bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1150; Ömer Teoman, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler" Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- C.I 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s. 52; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 179; Altay, s. 578-579. Bağlam hükümlerinin özellikle oy sözleşmeleri, temsil yetkisi verilmesi gibi yollarla dolanılması bu sistemdeki arzu edilen sonuçların sağlanmasına da imkân vermiyordu. İsviçre hukukunda 1991 tarihinde kabul edilen değişiklikler ile esas olarak birlik teorisini kabul eden ve pay senedinin borsaya kayıtlı olup olmadığını da gözetilen yeni düzenlemeler getirilerek bağlam hükümleri tekrar düzenlenmiştir. Birlik teorisi payın bölünemeyeceğini ve bu sebeple payların bundan doğan tüm haklarla birlikte devrolunabileceğini kabul etmektedir. Birlik teorisinin payın bölünemeyeceği gerekçesinin yanı sıra bir diğer temel gerekçesi İBK 967/3 (TTK m. 647/3) uyarınca "kanun veya sözleşme ile başkalarının bu arada özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir" hük-

menin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılamayacağı öngörülmüştür. Bu sebeple nama yazılı payların kanuni ve esas sözleşmesel bağlam hükümleri ile devri sınırlandırılabilirse de esas sözleşmeye konulacak bir hükümle devredilmesi yasaklanamaz.¹³³ Devrin sınırlandırılması bağlam olarak ifade edilirken, devri sınırlandırılmış nama yazılı paylar/pay senetleri bağlı nama yazılı paylar/pay senetleri olarak adlandırılır. Devrin gerçekleşmesi için, senede bağlanmamış bağlı nama yazılı paylarda alacağın temlik hükümleri (TBK m. 183 vd.) uyarınca tasarruf yetkisini haiz devreden yazılı devir beyanının yanı sıra ortaklığın onayı aranırken, bağlı nama yazılı pay senetlerinde ise TTK m. 490/2 uyarınca ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile ortaklığın devre onay vermesi gerekmektedir.

Devir sınırlamalarının düzenlendiği TTK 491 ila 498 hükümleri dikkate alındığında bağlamın hukuki sebebi açısından kanuni ve esas sözleşmesel bağlam ayrımı yapılması mümkün olup, bu iki tür bağlam hükümlerinin düzenlenmesi amaçları farklılık arz etmektedir. Kanuni bağlam, ekonomik durumları zayıf olan kişilerin anonim ortaklıkta pay sahibi olmalarının engellenmesi, ödemelerin teminat altına alınması ve sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir (TTK m. 491). Esas sözleşmesel bağlam düzenlemeleri ise bazı özgün yapılarla sahip anonim ortaklıklarda, bunların kendilerine has

müdür. Birlik teorisine göre bağlama ortaklık hakkı bir bütün olarak ele alındığından yönetsel hakları ile malvarlığı hakları arasında bir bölünme söz konusu olamaz, bu sebeple payı satan pay sahibi ile alıcı üçüncü kişi arasındaki tasarrufi işlem de ortaklığın onay vermemesi halinde geçersiz hale gelmektedir. Bu duruma hem pay senedinin mülkiyeti hem de paydan doğan haklar satıcı pay sahibinde kalır, sadece alacak hakkına dönüşen hakların üçüncü kişiye devrolması (tarafındaki sözleşme şartlarının yorumu ile) mümkündür. Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Senetler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 14; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 179 vd. Birlik teorisi bağlı nama yazılı pay senedinin taraflar arasında gerçekleşen devir işleminin, ortaklık tarafından devre onay verilmemesi halinde tamamen geçersiz olacağını savunur. Bağlı nama yazılı pay senetlerinin devri açısından ortaklığın vereceği onay, hem senet mülkiyetinin geçmesi hem de pay sahipliği sıfatının kazanılması bakımından kurucu niteliktedir Pulaşlı, Bağlı nama Yazılı, s. 173; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1153, s. 593. 6102 sayılı TTK'da bağlam hükümlerine ilişkin düzenlemelerde esas olarak İBK 685 vd. hükümlerinin iktibası ile birlik teorisi kural olarak benimsenmiştir. Altay, s. 609; Sistem değişikliğinin temel sebepleri, bağlama ilişkin düzeni daha adaletli, daha basit daha net ve sonuçları daha kesin kurallara bağlamak devrin sınırlandırılmasını makul ve açıklanabilir düzeyde tutmaktır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 15.

¹³³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1607; Sevi, s. 261; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5, 80.

özelliklerinin devamını sağlamak amacı ile öngörülür (TTK m. 492-498). Bu amaç öncelikle aile tipi ve kapalı anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin birbirlerine karşı sahip oldukları karşılıklı güven ve anlayışı sürdürmek ve dışarıdan birisinin katılmasını esas sözleşmede öngörülecek bağlam hükümleri ile engellemek olarak karşımıza çıkar.¹³⁴ Benzer şekilde pay sahiplerinin bazı kişisel niteliklere sahip olmasını gerektiren ortaklıklarda, payı devralacak kişilerin de söz konusu bu özellikleri taşımalarının sağlanmasına yardımcı olur.¹³⁵ Ayrıca gerek iç gerekse dış yabancılaşmanın önlenmesi¹³⁶ ekonomik gücün merkezi hale getirilmesi bağlam hükümlerinin temel amaçları arasında sayılmaktadır.¹³⁷

Bağlam sadece nama yazılı paylar ve nama yazılı pay senetleri ile bunlar yerine çıkarılan ilmühaberler için öngörülmüş olup¹³⁸ hamiline yazılı pay ve hamiline yazılı pay senetlerinin devri bağlam düzenle-

¹³⁴ Anonim ortaklıklar, esas sözleşmesel bağlam aracılığı ile ortaklık pay sahipliği yapısını veya pay sahibi sıfatıyla oy kullanarak karar alma süreçlerine etki edebilecek kişileri denetim altına almayı amaçlamaktadırlar. Bkz.: Uzel, s. 105-106.

¹³⁵ Örnek olarak bir hastane işlemeciliği faaliyetinde bulunan ortaklıkta sadece doktorların veyahut ilaç üretiminde fabrika laboratuvarında çalışmaları gerekliliği ile sadece eczacıların ortak olduğu bir ortaklıkta diğer meslekten olan kişilerin ortaklıkta pay sahibi olmasının engellenmesi bağlam hükümleri ile mümkün olabilir. Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 118-119. Keza TTK m. 480/4 uyarınca esas sözleşmede pay sahiplerine tali/ikincil yükümlülük getirilmesi durumunda, bu yükümlülükleri yerine getirebilecek nitelikte olmayan kişilerin pay sahibi olmalarının engellenmesi bağlam hükümleri vasıtası ile mümkündür. Sevi, s. 266.

¹³⁶ Dış yabancılaşma özellikle ortaklıkların işletme konusu bakımından tabi oldukları mevzuat gereği Türk tabiiyetinde bulunanlardan teşkili gerekli veya yabancı iştirak belirli oranda sınırlanmış ise söz konusu olur. Örnek olarak TTK m. 940; 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 4; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 44 vd. Ayrıca Bkz.:beliril grup pay senetlerinin sadece Türk vatandaşlarına tahsisine ilişkin TCMB Kanunu m. 11/d. Ortaklığın rakibin pay sahibi olmasının getirdiği avantajları kullanarak, ortaklıkla rekabet şartlarını kendi lehine değiştirmesini engellemek ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını korumak amacı ile de bağlam düzenlemeleri öngörülebilir. Lerzan Yılmaz, "İsviçre Borçlar Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu", *İBD*, C.60, S.4, 2007, s. 1573; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 43.

¹³⁷ Sevi, s. 251 vd; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 115 vd.; Yılmaz, s. 1573.

¹³⁸ Anonim ortaklıkta nama yazılı payların bir kısmı için bağlam öngörülürken, diğerleri için ise öngörülmemesi mümkün olup, özellikle nama yazılı payların gruplara ayrılarak belirli gruplara imtiyazlı haklar tanınması durumunda, bu payların el değiştirmesinin kontrol altında tutulması için gerekliliği çerçevesinde sadece o paylar bakımından bağlam hükümleri düzenlenmesi olanaklıdır. Altay, s. 572.

meleri ile sınırlanamaz.¹³⁹ Hamiline yazılı pay senetleri yerine çıkarılabilecek olan ilmühaberler hakkında TTK m. 486/2 uyarınca nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaksa da esas sözleşmesel bağlam hükümleri bunlar hakkında uygulanamaz.¹⁴⁰

C. Bağlam Türleri

1. Kanuni Bağlam

Kanuni bağlamın düzenlendiği TTK m. 491/1 uyarınca, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar¹⁴¹ ancak ortaklığın onayı ile devrolunabilir. Esas sözleşmede bu yönde herhangi bir hüküm bulunmasına gerek olmaksızın pay bedeli tamamen ödenmemiş ve devralanın ödeme gücünün şüpheli olması halinde TTK m. 491 uygulanabilir ve ortaklık, onay talebini, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ve ortaklık tarafından istenen teminatın verilmemesi halinde reddedebilir (TTK m. 491/2).¹⁴² Hüküm uyarınca ortaklık sadece payı devralanın devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi konusunda ödeme yeterliliği şüpheli ise teminat isteyebilecek ve teminat verilmez ise onay vermeyi reddedebilecektir.¹⁴³ Kanunda teminatın niteliği bakı-

¹³⁹ Altay, s. 565; Arslanlı, s. 180; Karasu, *Devir*, s. 130; Uzel, s. 108; Sevi, s. 254; Hamiline yazılı pay ve hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin bağlam düzenlemeleri, kararlar ve uygulamaların yok hükmünde olduğu, bu hususun kayden izlenen hamiline yazılı payları da kapsadığı yönünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; esas sözleşmede yer alan hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin bağlam hükümlerinin geçersiz olduğu yönünde Bkz.: Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 123, 145; Yıldız/Özbay, s. 8.

¹⁴⁰ Tekinalp(Çamoğlu/Poroy), Ortaklıklar, N.769; Ancak kanuni bağlam hükümleri çevresinde ortaklığın onayı şartı aranabileceğine ilişkin Bkz.:Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1715; Uzel, s. 110.

¹⁴¹ TTK m. 491'in bedeli tamamen ödenmemiş ve pay senedine bağlanmamış hamiline yazılı paylar bakımından kıyasen uygulanabileceği doktrinde savunulmaktadır. Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 400; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 2; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 770, Yıldız/Özbay, s. 8, dn.3; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1624; Karşı görüş Uzel, s. 98-99.

¹⁴² Ödeme gücüne dayanarak ortaklığın onay vermeyi reddetme olanağı, anonim ortaklıkta kişisel değerlendirme yapma bağlamında bir takdir hakkı tanımaktadır. Devralanın ödeme gücüne sahip olmasına rağmen, ortaklığın onay vermemesi dürüstlük kuralıyla (TMK m. 2) bağdaşmaz ve takdir yetkisi dürüstlük kuralı ile denetlenir. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34; Karasu, *Devir*, s. 132. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 119.

¹⁴³ Esas sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut değilse onay incelemesi yönetim kurulu tarafından yapılacak olup, yönetim kurulu, devralanın ödeme kabiliyetini gerekli özeni göstererek araştırmak zorunda olup, gerekli araştırmanın yapıl-

mından bir açıklık bulunmamakta olup, söz konusu teminat aynı veya şahsi nitelikte olabileceği gibi, devralan veya üçüncü bir kişi tarafından da gösterilebilir.¹⁴⁴ Ortaklığın devre onay vermemesinin sonuçlarına ilişkin kanuni bağlam bakımından ayrı bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay devirlerine ilişkin esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Bu sebeple talep edilen teminat verilmediği veya teminat yetersiz bulunduğu için ortaklık devre onay vermez ise devre konu payların mülkiyet hakkı ve diğer pay sahipliği hakları devredende kalır (TTK m. 494/1).¹⁴⁶ Ortaklığın payın devrine onay vermesi durumunda paydan doğan taahhüt borcu TTK m. 501/1 uyarınca devralana geçer ve bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı bir payı iktisap eden kimse pay defterine kaydedilmekle ortaklığa karşı geri kalan pay bedelini ödemekle yükümlü olur.¹⁴⁷ Kanuni bağlam düzenlemesi nama yazılı payların devrinde uygulanacak bir düzenleme olup, paylar üzerinde intifa hakkı kurulması halinde ise -esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinden- farklı olarak uygulama alanı bulmaz.¹⁴⁸

mamış olması ve teminat istenmeksizin onay verilmesi halinde doğacak zarardan sorumlu olacaktır. Taşdelen, s. 3357; Uzel, s.101; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 30. Ret kararının hukuka aykırılığı halinde ise devralan pay defterine kayıt talebini içeren bir eda davası ikame edebilecektir. Uzel, s. 105; .Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung: Theorie und Praxis Im Neuen Aktienrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt a.M. 1997, s. 299; Akın, s. 176; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 33-34.

¹⁴⁴ Uzel, s. 102-103; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1621-1622.

¹⁴⁵ Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay devirlerine ilişkin ortaklığın ret kararının, sadece genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların kullanılmasının engellenmesine yönelik olduğu ve bu durumun kanuni bağlam sistemi çerçevesinde sermayenin korunması ilkesi ile uygun düşmeyeceği dikkate alınarak, kanuni bağlam kapsamında ortaklığın reddinin hukuki sonuçlarına borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.:Kläy, Vinkulierung, s. 299; Akın, s. 176; Uzel, s. 104.

¹⁴⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1622; Uzel, s. 105. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34.

¹⁴⁷ Ortaklığın kuruluşu veya esas sermayesinin artırılması tarihinden itibaren iki yıl içinde ortaklığın iflas etmesi ve pay taahhüdünde bulunan veya sermaye artırımına katılan kişiden payı iktisap eden kişi ıskat olunmuş ise payı devreden kurucu veya iştirak taahhüdü sahibi eski pay sahiplerinin ikincil nitelikte sorumlulukları söz konusu olup, bunun dışındaki durumlarda ise devralanın pay defterine kaydedilmesiyle bu kişiler borçlardan kurtulmuş olurlar (TTK m. 501/2, 3).Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 93; Kläy, Vinkulierung, s. 302; Akın, s. 179-180

¹⁴⁸ TTK m. 492/2 söz konusu sınırlama halini esas sözleşmesel bağlam hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş olup, pay bedellerinin tam olarak ödenmemiş olmasının

TTK m. 491 kanuni bağlamın uygulanacağı nama yazılı payları borsaya kote edilmemiş paylar olarak sınırlandırmamış olmakla birlikte, borsaya kote edilen nama yazılı paylar bakımından kanuni bağlam hükümlerinin güncel mevzuat açısından uygulama alanı bulunmamaktadır (SerPK m.12/1). Zira anılan hükme göre halka arz edilecek payların bedelleri tamamen ödenmiş olmalıdır.

Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icra yolu ile devralınması halinde¹⁴⁹ ortaklığın onay vermekten kaçınmayacağı TTK m. 491/1'de ayrıca belirtilmiştir.¹⁵⁰

2. Esas Sözleşmesel Bağlam

Esas sözleşmesel bağlam ile ilgili temel ilkelerin belirlendiği TTK m. 492'de esas sözleşme¹⁵¹ ile nama yazılı payların ancak ortaklığın onayı ile devredilebileceğinin öngörülebileceği¹⁵² bu sınırlamanın in-

intifa hakkı tanınacak kimseye onay verilmemesini haklı göstermemektedir. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 23.

¹⁴⁹ TTK m. 490, 493/3 gerekçelerinde söz konusu intikal halleri bakımından kanuni devir ifadesi kullanılmakla birlikte, belirtilen devir hallerinden bazılarında hukuki işleme dayalı olarak devrin gerçekleştiği de görülmektedir (vasiyetname, evlilik sözleşmesi, miras sözleşmesi). Bu sebeple doktrinde bu edinim halleri için farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Hukuki işlemler dışında iktisap edilme (Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 201 vd); İrade dışı kazanım (Karasu, Devir, s. 132), özel iktisap halleri (Klây, Vinkulierung, s. 205, Akın, s. 117, dn.399).

¹⁵⁰ Doktrinde TTK m. 493/4'te yer alan payın miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmesi halinde ortaklığın gerçek değeri üzerinden payları satın alabilmesine ilişkin hükmün, TTK m. 491/1 kapsamında da uygulanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Bkz.: Karasu, Devir, s. 132; borsada kote edilmemiş nama yazılı paylarda anonim ortaklığın söz konusu payları gerçek değeri ile devralmayı önererek devri onaylamayabileceği görüşünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34; Karşı görüşte: Üzel, s. 97. Konunun tartışılabilceği görüşünde Bkz: Bahtiyar, s. 325.

¹⁵¹ Nama yazılı payların esas sözleşme dışında başka bir işlemle, örnek olarak genel kurul kararıyla sınırlandırılması geçerli değildir. Ayrıca eTTK'nın aksine TTK'ya göre esas sözleşmede herhangi bir neden gösterilmeksizin pay devirlerinin sınırlandırılması da mümkün değildir. Bkz.: Karasu, Devir, s. 133-134; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 80-81; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1607.

¹⁵² İBK 685/a hükmüne paralel 492/1 hükmünün payların borsaya kote olup olmaması ve borsa içi veya dışında gerçekleştirilen devirler bakımından farklılaşan hukuki sonuçları dikkate almaksızın düzenlendiği doktrinde ifade edilmiştir. Zira borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ortaklığın onayı payın mülkiyeti ve paydan doğan hakların devralana geçişi için zorunluluk teşkil ederken, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde ortaklığın vereceği tanınma kararı sadece oy hakları ve buna bağlı hakların kullanılmasına ilişkindir. Üzel, s. 65.

tifa hakkı¹⁵³ kurulurken de geçerli olacağı ve ortaklık tasfiye haline girmiş ise devredilebilirliğe ilişkin sınırlamaların uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir.¹⁵⁴ TTK m. 492' de devre onay verme yetkisinin ortaklığa ait olduğu belirtilmiş olup, esas sözleşme ile aksi öngörülmemiş ise onay verme yetkisi yönetim kuruluna aittir.¹⁵⁵ Yönetim kurulu devrin esas sözleşmede mevcut bulunan bağlam hükümlerine uygunluğunu ve işlemin TTK m. 490/2 hükmüne uygunluğunu kontrol etmekle yükümlüdür (TTK m. 499/2).¹⁵⁶

TTK m. 492' de pay üzerinde intifa hakkı kurulması halinde sınırlamanın geçerli olacağına ayrıca belirtilmiştir. Bunun sebebi ise intifa hakkı sahibinin aksine anlaşma yoksa payın çıplak mülkiyeti dışında paydan doğan yönetsel ve mali hakları edinmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁷ Esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümlerinin intifa hakkı

¹⁵³ Doktrinde intifa hakkının tek başına bağlama konu edinilemeyeceği savunulmaktadır. Altay, s. 592.

¹⁵⁴ Pay devri sınırlamaları, ortaklığın ticari faaliyetlerini aktif olarak devam ettirdiği süre içinde, ortaklığın amacının gerçekleşmesini engelleyebilecek veya menfaatlere zarar verebilecek unsurlardan korunmayı sağladığından, tasfiye haline giren bir ortaklıkta, serbestçe devir ilkesinin sınırlandırılmasını haklı gösteren gerekçeler ortadan kalkmaktadır. Gerekçe TTK m. 492/3; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 234. Ancak ortaklığın tasfiye halinde devredilebilirliğe ilişkin sınırlamanın ortadan kalkacağına ilişkin TTK m. 492/3, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrine ilişkin TTK m. 491' de öngörülen kanuni bağlam düzenlemesi bakımından uygulanamaz. Bkz.: Uzel, s. 99-100.

¹⁵⁵ Onayın kabulü veya reddi doğrudan pay defteri ile ilgili olduğundan ve pay defterinin tutulması yetkisinin TTK m. 375/1 (f) hükmü uyarınca yönetim kuruluna ait bulunduğu dikkate alındığında karar organının yönetim kurulu olması gerektiği, TTK m. 365. maddesinin de bu görüşü desteklediği, ancak yönetim kurulunun bu yetkisinin devredilemez nitelikte olmadığı ve devre onay verme yetkisinin genel kurula bırakılabileceği kabul edilmektedir. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 21-22; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 129; Böckli §6 N. 31 vd; ayrıca Bkz.: Uzel, s. 57 vd; az sayıda ortağı bulunan anonim ortaklıklar için genel kurulun yetkili olması düşünülebilirse de çok ortaklı ve çağrı usulüne uygun genel kurulu davet etmek zorunda bulunan anonim ortaklıklar için yetkinin genel kurula verilmesi pratik olmayacaktır. Akın, s. 47, 185; Altay, s. 573 vd; Sevi, s. 258; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 141; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 119.

¹⁵⁶ Karar organı senet hamilinin şeklen yetkili hamil olup olmadığını değerlendirmelidir. Sevi, s. 240 vd. Yönetim kurulu bu kararı verirken TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile eşit işlem ilkesine uygun surette alınması gereklidir. Akın, s. 187.

¹⁵⁷ Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 203 vd. Nama yazılı paylar üzerinde intifa hakkı, intifa hakkı sahibinin özellikle kanunen oy hakkına sahip olması sebebiyle bağlam bakımından önem taşımaktadır. Zira TTK m. 432/2 uyarınca bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması halinde aksi kararlaştırılmamış ise oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Bu sebeple bağlam hükümlerinin intifa hakkı sahibi-

kurulurken uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye esas sözleşmede ayrıca belirtilmesine ise gerek bulunmaz.¹⁵⁸

TTK m. 492’de nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılması bakımından temel ilkeleri belirledikten sonra, TTK 493 ila 498 maddeleri arasında bağlam konusu pay senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre iki grup halinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

a. Borsaya Kote Edilmemiş Paylar

TTK m. 493/1’de ortaklığa, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların¹⁵⁹ devrini, esas sözleşmede öngörülmüş bulunan önemli bir sebebin varlığını öne sürerek onaylamama veya devredene, paylarını başvurma anındaki gerçek değeri ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önerme hakkını kullanması yolu ile devri engelleyebilme olanağı düzenlenmiştir.

TTK m. 493/1 de öncelikle nama yazılı payın devrinin esas sözleşmede öngörülmüş olan önemli bir sebebin ileri sürülmesi yolu ile engellenebilmesi olanağı düzenlenmiştir. Esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin ortaklığın işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı¹⁶⁰ yönünden esas sözleşmede yer alan veya esas sözleşmeden anlaşılan pay sahipleri çevresinin bileşiminin korunması bakımından onayın reddini haklı göstermesi gerekmektedir (TTK m. 493/2).¹⁶¹ Bu sebeple salt pay sahipleri çevresinin bilişimine ilişkin esas

ne uygulanmaması, bağlanan beklenen yararları etkisiz hale getirir. Bkz.:Gereğe TTK m. 492/2. Karasu, Devir, s. 134; Altay, 590; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 22.

¹⁵⁸ Altay, 590-591; Uzel, s. 126. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar üzerinde intifa hakkı kurulmasına onay talebi esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümleri sebebi ile ortaklık tarafından reddedebilir. Ortaklığın aynı zamanda TTK 493/4 uyarınca satın alma teklifinde bulunma hakkı da bulunmaktadır. Uzel, s.127;eTTK döneminde 418/4 hükmündeki kanuni alım hakkının kullanılabilceği yönünde Bkz.: Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 49-51.

¹⁵⁹ Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar terimi kapalı anonim ortaklıklar ile halka açık olup borsaya kotasyon için başvurmamış halka açık anonim ortaklıkların nama yazılı paylarını ifade etmektedir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 39.

¹⁶⁰ İşletmenin ekonomik bağımsızlığı TTK’da tanımlanmamıştır. İsviçre doktrininde, işletmenin bir başka işletmenin veya bireysel bir alıcının fiili veya hukuki olarak kontrolüne girmesi sonucunu doğuracak pay devirlerinin ekonomik bağımsızlık gerekçesi ile reddedilebileceği kabul edilmektedir. Böylece yabancılaşmanın önüne geçilebilecektir. Karasu, Devir, s. 136.

¹⁶¹ Borsaya kote olmayan nama yazılı paylar bakımından, pay sahipleri çevresinin

sözleşme hükümleri önemli sebep olarak kabul edilmez. Pay sahipleri bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin önemli sebep teşkil etmesi için mutlaka işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik veya ortaklığın ekonomik bağımsızlığının korunmasına ilişkin olması gerekmektedir.¹⁶² Bu çerçevede doktrinde işletmenin konusunun gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak, rekabet eden kişilerin ortaklığa girmesinin engellenmesi¹⁶³ şirket amacının gerçekleşmesi için gereklilik arz eden pay sahiplerinin bazı kişisel niteliklere sahip olması koşulunu içeren bağlam düzenlemeleri¹⁶⁴ istisnaen vatandaşlık şartı temeline dayalı ret sebepleri¹⁶⁵ ile işletmenin ekonomik bağımsızlığının korunması bakımından kontrol değişikliğinin engellenmesi ve pay devirlerine getirilebilecek yüzdeler ve sayısal sınırlamalara ilişkin ret şartlarının geçerli olarak düzenlenebileceği belirtilmektedir.¹⁶⁶ Pay devrinin reddi sebepleri esas sözleşmede açık ve somut bir şekilde belirtilmelidir.¹⁶⁷

TTK m. 493/1 de ikinci olarak ortaklığın satın alma teklifinde bulunarak devri engelleme olanağından bahsedilmiştir. *“Kaçış klozu”*

bileşimi bağlamında esas sözleşmeye konulacak önemli sebep ile payların devrinin onayını reddetme olanağı yönetim kuruluna tanınmış olup, bu hükümle kapalı anonim ortaklıklarda kişisel olarak nitelendirilebilecek menfaatlerin korunması amaçlanmıştır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40-41; Önemli sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 42 vd.; Uzel, s. 231 vd. önemli sebep kavramının kullanılmasına ilişkin eleştiriler için Bkz.: Akın, s. 37 vd. Devir sınırlamaları işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı bakımından devrin reddini haklı göstermelidir. Devrin reddine ilişkin sebep objektif olarak haklı görüldüğü takdirde önemli olarak kabul edilir, ortaklığın veya karar organının subjektif anlayışı yeterli değildir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 139.

¹⁶² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N.140; Böckli, §6 N.244 ; 257vd; Kläy, Vinkulierung, s. 146; Kläy, Aktien, s. 50; Sevi, s. 263;Uzel, s. 237; Altay, s. 600.

¹⁶³ Böckli, §6, N. 258 vd.;Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 143; Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2009, s. 126.

¹⁶⁴ Karasu, Emredici, s. 126; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 144.

¹⁶⁵ Sevi, s. 267; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 44.

¹⁶⁶ Sevi, s. 263 vd; Uzel, s. 252 vd; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 43 vd; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 151.

¹⁶⁷ TTK m. 493 maddeye atfı yapılması veya anılan hükmün esas sözleşmede aynen tekrarı ile düzenlenen ve başkaca somut açıklama içermeyen devir sınırlamalarına ilişkin düzenlemeler geçersizdir. Sevi, s. 262; Kläy, Vinkulierung, s. 142 vd; Kläy, Aktien, s. 54; Böckli, § 6 N. 247; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N. 137, 156 vd; Akın, s. 37; Karşı görüş TTK 493/1 hükmünde yer alan kalıbın esas sözleşmede olduğu gibi kullanılabilirliğini kabul eder. Bkz.: Altay, s. 601.

(*escape clause*) olarak adlandırılan devre konu payların gerçek değeri üzerinden devralma önerisinde bulunulması için, buna ilişkin bir hükmün esas sözleşmede öngörülmüş olması şart değildir.¹⁶⁸ Ancak bu ret imkânının kullanılabilmesi için ortaklığın nama yazılı pay devirlerinin kanuna uygun surette önemli sebebe dayanarak sınırlandırılmış olduğunun esas sözleşmede yer alması gerekir.¹⁶⁹ Bu düzenleme ile ortaklığa başka bir neden göstermesine-önemli sebep- gerek kalmadan sadece kanunda belirlenen şekilde alım teklifi yapması koşulu ile devrin onaylanması istemini reddedebilme olanağı tanınmıştır.¹⁷⁰ Ortaklığın kaçış klozunu kullanması payını devretmek isteyen pay sahibini paylarını devretmekle yükümlü kılmaz. Bu duruma pay sahibinin ortaklığın teklifini kabul etme veya teklifi reddederek payları elinde tutma seçeneklerinden birini kullanabilir. Böylece kaçınma klozu ortaklığa ortak olarak benimsemek istemediği kişileri ortaklıktan kabulden kaçınabilmesine imkân sağlarken, aynı zamanda da payını devretmek isteyen pay sahibine paylarını gerçek değeri üzerinden satarak ortaklıktan ayrılabilme olanağı tanımaktadır.¹⁷¹ Ortaklık, satın alma teklifini payını devretmek isteyen pay sahibine yönelmelidir.¹⁷²

¹⁶⁸ Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/1; Karasu, Devir, s. 136-137; Uzel, s. 206 vd.

¹⁶⁹ Uzel, s. 205; Sevi, s. 273; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 402; Akın, s. 77; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, 44, § N. 121; Klây, Aktien, s. 51.

¹⁷⁰ Şafak Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 224; Narbay, Devir, s. 296; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 48.

¹⁷¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 161, 166; Kaçış klozu bir önalım hakkı niteliğinde bulunmamaktadır. Kaçış klozu pay sahibinin rızası hilafına paylarının edinilmesini sağlamaz Klây, Vinkulierung, s. 17; Klây, Aktien, s. 67; Akın, s. 75; Uzel, s. 324vd.; Ortaklığın satın alma teklifinde bulunarak devir işlemine onay vermektен kaçınmasının yenilik doğuran bir hak kullanılması niteliğinde, ortaklığın icabı ile bağlı olduğu ancak teklifin yöneltildiği pay sahibinin söz konusu icabı kabul zorunda olmadığı yönünde Bkz.: Sevi, s. 274. Kişi icabı kabul ederse teklifte belirlenen kişiye satarak ortaklıktan çıkacak ancak kabul etmez ise paylarını devretmekten vazgeçmiş sayılacaktır. Böckli, §6 N. 237; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N. 166, Karşı görüş kaçış klozunun önalım hakkı niteliğinde olduğunu kabul eder Bkz.: Bahtiyar, s. 328; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 48, 50, 83. Sonuncu yazar kaçış klozunun önalım hakkı niteliğinde bulunduğu, devredecek olan pay sahibinin gerçek değerden daha yüksek bir fiyat elde edecek olsa dahi öneriyi geri çeviremeyeceğini belirtir. Ayrıca ortaklığın yenilik doğurucu satın alma beyanını yönelterek bu payları gerçek değerinden satın almasının söz konusu olduğu yönünde Bkz.: Altay, s. 603-604, 610; ortaklığın teklifinin kabul edilmesi gerektiği yönünde Bkz.: Karasu, Devir, s. 137.

¹⁷² Borsaya kote edilmemiş paylara ilişkin olarak öngörülen kaçış klozunun kullanılmasında, birlik teorisi uyarınca payın mülkiyetinin ve paya bağlı hakların devri ortaklığın onayına bağlı olduğu ve onay öncesinde bunların üçüncü kişiye geçmemiş olduğu dikkate alındığında payını devretmek isteyen pay sahibi malik

Ortaklığın satın alma teklifinde satın alınmak istenen payların gerçek değeri teklif edilmelidir. Ancak payların gerçek değerinin tespitinin ne şekilde yapılacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçek değer payların piyasa değerine eşit olduğu kabul edilmektedir.¹⁷³ Satışa konu payların gerçek değeri kural olarak tespit tarihi itibari ile aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak tespit edilen bilanço değeri üzerinden hesaplanmakla birlikte, bu değere *good-will* (peştemaliye) eklenmelidir.¹⁷⁴ Pay sahibi ortaklığın teklif ettiği satın alma bedelini reddetmesi durumunda ise gerçek değer ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi tarafından tespit edilir (TTK m. 493/5). TTK m. 493/5 uyarınca mahkeme, ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır ve değerlendirme giderleri ortaklık tarafından karşılanır.¹⁷⁵ TTK m. 493/6 uyarınca devreden pay sahibi gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir ay içinde bu bedeli reddetmez ise ortaklığın devralma önerisini kabul edildiği varsayılır.

Ortaklığın diğer bir imtina sebebi ise, TTK m. 493/3'te öngörülmuş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, devralan payları kendi adına¹⁷⁶ ve hesabına aldığı açıkça beyan etmez ise, ortaklık, devrin pay defterine kaydını reddedebilir. Bu hüküm ile pay devir sınırlamalarının dolanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.¹⁷⁷ Doktrinde hâkim görüşe

sıfatını taşımaktadır, Uzel s. 325-326; Akın, s. 82; Sevi, s. 274.

¹⁷³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1630.

¹⁷⁴ Tespit edilecek değer tasfiye değerinin üzerinde olup, ortaklığın faaliyet dönemi değerlerini esas alır. Sevi, s. 277; ayrıca Bkz.: Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1630; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44 N. 168.

¹⁷⁵ Gerçek değer tespitinde mahkeme ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır hükmünün isabetli olmadığı, gerçek değer tespitinin mahkemedен istenmesinden sonra payların değerindeki değişiklikten m. 493/1 hükmü uyarınca devreden veya m. 493/4 uyarınca devralanın olumlu ve ya olumsuz bir şekilde etkilenmemesi gerektiği bu sebeple gerçek değer tespitinin değerlendirilmesinin talep edildiği tarihteki ortaklık mevcudu dikkate alınmasının menfaatler dengesine daha uygun olduğu yönünde Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s.404, İBK m. 685/b 5'den farklı şekilde düzenlenen TTK m. 493/5'in başvuru anındaki gerçek değer esas alınacağına ilişkin TTK m. 493/1 ile çelişki yarattığı yönünde Bkz.: Uzel, s. 320.

¹⁷⁶ Ortaklığın payları kendi hesabına iktisap etmesi halinde TTK m. 379 vd. hükümlerinin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Tartışmalara ilişkin Bkz.: Akın, s. 85 vd; Sevi, s. 274 vd.

¹⁷⁷ Esas sözleşmede öngörülmuş bulunan önemli sebep dolayısıyla onay alamayacağını bilen kişi, nama yazılı payları başkasına, ancak kendi hesabına alıncı, kendisini gizleyerek pay sahibi olmak isteyebilir. Kanun, bağlam hükümlerinin bu şekilde dolanılmasını engellemek için, ortaklığa, devralandan, arkasında başkası-

göre TTK m. 493/3 uyarınca pay defterine kayıt yapmaktan kaçınma imkânının esas sözleşmede açıkça öngörülmesi zorunlu değildir.¹⁷⁸ Bununla birlikte hükmün uygulama alanı bulması için esas sözleşmede nama yazılı pay senetlerinin ortaklığın onayına tabi olduğu hususunda bir düzenlemenin bulunması gereklidir.¹⁷⁹ Devralanın ortaklığın istemi uyarınca payları kendi ad ve hesabına aldığını beyan etmesi halinde ortaklığın TTK m. 493/3'te yer alan ret sebebinin ileri sürmesi olanaklı değildir. Ortaklığın talebine uygun yanıt verilmediği veya talebe yanıt verilmemesi halinde ise birlik teorisi uyarınca payların devrinin reddedilmesi sonucunda payın mülkiyeti ve paydan doğan tüm haklar devredende kalır. Devralanın beyanının gerçeğe uygun olmadığı yönünde bulgular mevcut ise ortaklık pay defterine kayıt yapmaktan kaçınabilir. Devralanın beyanının doğru olmadığı daha sonra anlaşılır ise TTK m. 500'de öngörülen şartlarla yapılan kaydın pay defterinden silinmesi söz konusu olabilecektir.¹⁸⁰

Bir üst başlıkta bahsedildiği üzere, bağlı nama yazılı payın senede bağlanmadığı hallerde, payın hukuken geçerli bir şekilde devri için, alacağın temlik hükümleri gereği, tasarruf yetkisine sahip olan devreden yazılı bir devir beyanında bulunması, ortaklığın ise devre onay vermesi gereklidir. Payın senede bağlı olması halinde ise, bağlı nama yazılı senetler bakımından da uygulama alanı bulan TTK m. 490/2 uyarınca borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devri için, mülkiyetin devri amacını taşıyan zilyetliğin devralan geçirilmesi işleminden önce senedin devralana ciro edilmesi ve devrin ortaklık tarafından onaylanması gereklidir.¹⁸¹ Taraflar arasında gerçekleştirilen

nun bulunmadığına ilişkin beyan vermesini isteme imkanı tanımıştır. Payları görünüşte alan kişinin beyan vermeyi reddetmesi halinde, ortaklık onay vermekten kaçınabilir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 50-51. Bu düzenleme "esas sözleşmeyle sınırlama" yan başlığı altında yer almasına rağmen, bütün bağlı nama yazılı paylara, buna ilişkin bir hüküm esas sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi uygulanır. Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/3. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 171; hüküm inanca dayalı pay iktisabı veya saman adamlar vasıtası ile devir sınırlamalarının dolanılmasına engel olma amacına hizmet eder. Kläy, Aktien, s. 52.

¹⁷⁸ Esas sözleşmede herhangi bir şekilde geçerli bir bağlam hükmünün bulunması yeterlidir. Altay, s.605; Karasu, Devir, s. 141; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 402; Ayrıca Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/3; Bilgili/Demirkapı, s. 551-552.

¹⁷⁹ Altay, s. 605; Pulaşlı, 42-67; Uzel, s. 185; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1633; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 122.

¹⁸⁰ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s.51.

¹⁸¹ Kıymetli evrakın devrinde kanun veya sözleşme ile başkalarının, özellikle borç-

devir sonrasında devreden veya devralanın istemi üzerine TTK m. 491/1 uyarınca ortaklığın vereceği onay payın mülkiyeti ve paya bağlı tüm pay sahipliği haklarının devralana geçmesini sağlayacaktır.¹⁸² Payın devrine ortaklık tarafından onay verilmemesi durumunda ve ortaklık tarafından onay verilmesine kadar ise birlik teorisi uyarınca payların mülkiyeti ve paya bağlı tüm haklar devredende kalır.¹⁸³ Bu kuralın istisnası ise kanuni intikal halleridir.¹⁸⁴ TTK m. 494/3 uyarınca ortaklık devrin onaylanması istemini aldığı tarihten itibaren üç ay içinde ret etmemiş ise veya ret haksız ise onay vermiş sayılır.¹⁸⁵ Ortaklığın bu süre içinde sessiz kalması hali de onay verildiği anlamına gelmektedir.¹⁸⁶ Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri halinde devreden ve devralan onay isteminde bulunabilir.¹⁸⁷ Onay isteminin reddi kararına karşı TTK m. 497/4 hükmü kıyasen uygulanarak onayın sağlanmasına yönelik eda davası ile zarar halinde tazminat davası açılabilir.¹⁸⁸

lunun devre katılmaları zorunluluğunun öngörülebileceğini düzenleyen TTK m. 647/3 hükmüne uygun surette, TTK m. 494 düzenlemesi gereği ortaklığın onayı olmadan devir gerçekleşmeyecektir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 4-5; Uzel, s. 38; Sevi, s. 250..

¹⁸² TTK m. 494/1 uyarınca ortaklığın devri onayının sonuçları ileriye etkilidir. Bkz.: Uzel, s. 66, ortaklık devre üç ay içinde reddetmezse veya ret haksız ise onay geriye etkili olarak verilmiş sayılır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40.

¹⁸³ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N. 179; Kläy, Vinkulierung, s. 197; Kläy, Aktien, s. 52; Ortaklık tarafından payın devrinin kabul edilmemesi halinde, devralan ile devreden aralarında yapacakları anlaşma ile devreden hak kazanacağı kar payını, pay sahibi sıfatını kazanamayan devralana aktaracağı hususunda bir anlaşmaya varmaları mümkün olup, bununla birlikte taraflar arasında akdedilen söz konusu anlaşmanın ortaklığa karşı ileri sürülmesi ve rüçhan hakkı ile bedelsiz paylara ilişkin malvarlıksal hakların sözleşmeye konu edilerek sözleşen tarafa aktarılması ise olanaklı değildir. Sevi, s. 285. TTK m. 492/1 uyarınca ortaklığın devre onay vermediği hallerde bu husus, taraflar arasındaki tasarruf işlemini etkiler ancak taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem geçerliliğini korur. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; payı devreden satım sözleşmesinde devrin onaylanmasının sağlanmasını yan yükümlülük olarak üstlenebilir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 130.

¹⁸⁴ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40. Ayrıca Bkz.:Bkz.: II, D.

¹⁸⁵ Altay, s. 611; esas sözleşmesel ret sebeplerinin bildirilmesine ilişkin kanunda öngörülen süre hak düşürücü niteliktedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 177.

¹⁸⁶ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40.

¹⁸⁷ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 21; Altay, s. 594; Uzel, s. 54.

¹⁸⁸ Uzel, s. 217, 227, Kläy, Vinkulierung, s. 201, 360; Narbay, Devir, s. 231-232; Davanın niteliğinin eda davası olduğu hakim görüşü olarak kabul edilmektedir. Tartışmalar için Bkz.: Uzel, s. 215, 227; onay isteminin reddine karşı eda davası niteliğinde reddin iptali ve TTK m. 497/4 e kıyasen zarar varsa tazminat dava-

b. Borsaya Kote Edilmiş Paylar

Payların devrinin sınırlanması ve -bu yola pay sahipliği sıfatının ve devir konusu paylara ait hakların geçişinin- ortaklığın onayına bağlanması, borsada işlem gören paylar açısından ihtiyaç duyulan tedavül kabiliyetinin ve işlem güvenliğinin zedelenmesine neden olur.¹⁸⁹ Bununla birlikte özellikle sermayenin bir veya birkaç kişinin elinde yoğunlaşmasının engellenmesi ve sermayenin tabana yayılmasının sağlanması bakımından bağlam düzenlemelerinin öngörülmesi gerekebilir. Bu sebeple borsaya kote payların devrinde yüzdeye bağlı sınırlama getirilmesi, ortaklığın halka açık ortaklık özelliğinin güçlenmesini sağlayacak bir araçtır. Bu şekilde halka açıklık niteliğinin sürdürülmesi olanağı yaratılarak, büyük birikim sahiplerinin ortaklık egemenliğini ele geçirmeleri engellenebilecektir.¹⁹⁰

Borsaya kote edilmiş paylar bakımından bağlamın düzenlendiği TTK m. 495/1'e göre, ortaklık, borsaya kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas söz-

sı açılabilmesi yönünde Tekinalp, s. 56-57. Davanın sonuçlarının hukuki etkisi ise doktrinde tartışmalıdır.: Mahkeme tarafından reddin haksızlığının kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi halinde kararın hukuki etkisinin ortaklığa yapılan onay için başvuru tarihine kadar geriye gitmesi ve devralan kişinin bu andan itibaren ortaklık karşısında pay sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde Bkz.: Narbay, Devir, s.341, Narbay, Pay Defteri, s. 231-232; ortaklıkça onay istemine haksız ret kararı verilmesi halinde söz konusu haksız ret kararının verilmesi ile birlikte devralanın pay sahipliği ve hakları iktisap ettiğini kabul etmenin TTK m. 494/3 hükmüne uygun olduğu yönünde Bkz.: Sevi, s. 289; davacının istem tarihinden itibaren anonim ortaklık pay sahibi sıfatını kazanacağı, bu ara döneme dağıtılan karlara ve rüçhan haklarına hak kazanacağı, bunların elde edilmesinin mümkün olmaması halinde ise (üçüncü kişilerin bu hakları iyi niyetle kullanmış olması ve iktisap etmiş olmaları halinde) söz konusu zararlar için anonim ortaklığa karşı tazminat davası açılabilmesi görüşünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 57. Karşı görüş ise borsaya kayıtlı anonim ortaklıklar açısından m. 497/4'te öngörülen mahkemenin kesinleşmesi ile tüm payları kullanabilmesi (ileriye etkili) olmasının kıyasen borsaya kayıtlı olmayan paylar bakımından uygulanması gerekliliğini savunur. Bkz.:Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s.238; Uzel s. 224 vd. Genel kurul kararı ile devrin reddi halinde genel kurul kararının iptali davası açılması da mümkündür. Bkz.:Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 132.

¹⁸⁹ Sevi, s. 279.

¹⁹⁰ Ömer Teoman, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler", Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-C.I, 1971-1982, s. 58. İktisap üst sınırı yüzdesine ilişkin hükmün öngörülme amacı pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmasının yanı sıra halka açık anonim ortaklıklarda payların bir elde toplanmasına ve bu ortaklıkların bir veya birkaç kişinin hakimiyeti altına girmesini engel olmak ve sermayenin tabana yayılmasını sağlamaktır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 64-65.

leşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmış ise reddedebilir.¹⁹¹ Yüzdelerik sınır temel olarak ortaklığın halka açık olma niteliğini koruma amacı güder.¹⁹² Esas sözleşme ile getirilecek yüzdesel sınırın halka açık ortaklık karakterini koruyacak oranda belirlenmesi gerekir.¹⁹³ Esas sözleşme düzenlemesi iktisap üst sınır yüzdesinin aşılması halinde yönetim kuruluna onay vermemeyi bir yükümlülük olarak öngörebilir veya bu konuda takdir hakkı tanıyabilir.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ortaklık, esas sözleşmede yüzdesel bir iktisap sınırı öngörülmüş ve belirlenen bu sınır aşıldığı takdirde kayıttan imtina edebilir. Bu hüküm bir taraftan pay sahiplerinin kompozisyonunu korumayı amaçlarken, diğer taraftan da hukuki güvenliği sağlamaktadır. Böylece ortaklığın hangi şartlarda pay devirlerine onay vereceği önceden öngörülebilmektedir. Karasu, Devir, s. 140.

¹⁹² Akın, s. 139. İsviçre değişiklik kanunu son hükümleri 4. madde uyarınca federal kanunlarla öngörülen gereklilikler çerçevesinde hissedar kompozisyonunun çoğunluğunun İsviçre tabiiyetinde olmasının öngörüldüğü hallerde İBK m. 685 d hükmüne ek olarak yabancıların ortaklıkta pay iktisabının sınırlandırılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile İsviçre’de borsaya kote payların devrinin yüzdesel olarak sınırlanmasına ek olarak bağlam düzenlemesi getirilebilir. Bu kapsama yabancıların pay ediniminin reddi için belirli bir çoğunluğun federal kanunlar kapsamında ortaklığın amacının gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması veya bu hususta önemli bir tehdidin ortaya çıkması gerekir. Böckli, §6 N. 81. Aynı yönde bir sınırlamanın Türk hukukunda da uygulanabileceği yönünde Akın, s. 147. Türk mevzuatının yabancıların bazı anonim ortaklıklardaki paylarını belli yüzdeler ile sınırlayan kanunlara yollama yapan esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu yönünde Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 68.

¹⁹³ Yüzdelerik sınır halka açık ortaklıkların sisteminin korunmasına ve dolaylı olarak işletmenin bağımsızlığına hizmet eder. Kanun koyucu yüzdelik iktisap üst sınırının miktarı ile ilgili olarak açık bir hüküm öngörmemiş olup, ortaklık tarafından kural olarak bu sınır serbest biçime belirlenebilir. Bununla birlikte söz konusu sınırın payların borsada tedavül kabiliyetine engel olacak veya olumsuz etkileyecek derecede düşük bir seviyede olmaması gerektiği kabul edilir. Sevi, s. 280-281; Esas sözleşmede belirlenen yüzdelik sınır geçmişe etkili değildir ve bu sınırın esas sözleşmeye eklendiği tarih itibarıyla ortaklıkta belirlenen orandan fazla paya sahip olanlar bu fazla kısmı elden çıkarmakla yükümlü değildir. Pay sahipliği haklarında da herhangi bir kısıtlama söz konusu olmaz. Sevi, s. 281.

¹⁹⁴ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 64. Böckli §6 N 71. Kanun ifadesi karar organının takdir yetkisine işaret etmektedir. Karar vermeye yetkili olan ortaklık organının takdirine bağlı olarak devralanın pay sahipliğinin tanınması kararını esas sözleşmede öngörülen yüzdesel sınır aşılmış olsa dahi istisnaen verebileceği ifade edilmiştir. Payları devralanın esas sözleşmedeki yüzdesel oranı üzerinde pay edinebilmesi için bunun nesnel gerekçelere dayanması, ortaklığın keyfi nitelikte olmayan süreklilik arz eden bir uygulamasının olması ve iktisabın bağlam ile istenilen amaca aykırı olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.: Akın, s. 143. Somut sebeplerin ortaya çıkması durumunda karar organının mutlak surette devre onaydan kaçınma yükümlülüğü altında olması katı bağlam hükmü olarak adlan-

Borsaya kote nama yazılı paylar bakımından ikinci ret sebebi ise pay sahibi olarak tanınma isteminde bulunan kişinin payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmemesidir (TTK m. 495/2). Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde mevcut olan devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmemesi halinde ortaklığın, kendisini (devralanı) pay sahibi olarak tanımaktan kaçınması olanağı bu tür paylar için de geçerlidir (TTK m. 495/2). Bu şekilde bağlam hükümlerinin dolanılması engellenmek istenmiştir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri halinde payın mülkiyeti ve pay sahipliği hakları devir anında veya borsa dışında işlem yapılması durumunda tanınma isteminin yöneltildiği an itibarıyla devralana geçmiş olacağı için ortaklığın, devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını beyan etmesi isteminin yanıtızsız bırakılması veya uygun yanıt verilmemesi halinde oy hakkı ve buna bağlı haklar kullanılmasına olanak sağlayan tanınma kararının verilmemesi söz konusu olur.¹⁹⁵

Borsaya kayıtlı bağlı nama yazılı payların devrinin hukuki sonuçları, devrin borsa içinde ve dışında olmasına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. TTK m. 497 uyarınca borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa içinde satış talimatı ile devri halinde, mülkiyet ve paydan doğan tüm haklar devir anında devralana geçmektedir. Ortaklığın tanıma kararının ise devrin gerçekleşmesi bakımından herhangi bir hukuki etkiye sahip bulunmamakta, sadece yönetsel hakların kullanımını açısından gerekli bulunmaktadır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay SPK m. 13 gereği kıymetli evraka bağlanması yasak olduğundan, burada alacağın temlik hükümleri uyarınca tasarruf yetkisine sahip bulunan devreden talimatı ile devrin gerçekleşmesi söz konusudur.¹⁹⁶ Payın devri, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortama pa-

dırılırken onaydan kaçınma ilgili organın takdirine bırakılmış ise takdiri bağlam hükmü olarak tanımlanmaktadır. Altay, s. 568; ilgili organa takdir yetkisi verildiği halde eşit davranma yükümüne uygun şekilde karar alınmalıdır. Kläy, Aktien, s. 56.

¹⁹⁵ Uzel, s. 189; borsaya kote bağlı nama yazılı payların devrini ortaklığın reddetmesi halinde bu husus devri geçersiz kılmaz, sadece paydan kaynaklanan bazı hakların kullanılması engellenmiş olur. TTK m. 647/3 hükmü ile uyum içerisinde olmayan bu düzenlemenin payların tedavül kabiliyetinin korunması amacı ile kabul edildiği anlaşılmaktadır. Sevi, s. 287-288.

¹⁹⁶ Uzel, s.40; Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hakkında Bkz: Nusret Çetin, Ebru Töremiş, menkul Kıymet Borsalarında Alım

yın devredenin hesabından devralanın hesabına doğru yapılan kayıt ile gerçekleşir.¹⁹⁷ TTK m. 496 gereği borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada devre konu olmaları durumunda MKK, devredenin kimliğini ve satılan payların sayısını ortaklığa bildirir veya ortaklığın bu bilgilere teknik erişimini sağlar. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, borsa dışında devri ise kıymetli evrak niteliğini haiz bir belgenin söz konusu olmaması sebebi ile alacağın temliki hükümleri uyarınca, devredenin yazılı bir devir beyanında bulunarak devir sonrasında pay sahipliği sıfatının tanınması amacını talebin ortaklığa yöneltilmesi yolu ile yapılır.¹⁹⁸ Bağlı nama yazılı payların borsa dışında devre konu olması halinde¹⁹⁹ TTK m. 497/1 uyarınca pay sahipliği hakları devir anında değil, tanınma isteminin ortaklığa ulaşması ile birlikte devredilmiş olur.²⁰⁰ Ortaklık tarafından pay sahipliği sıfatının devralana tanınması halinde ise yönetsel hakların kullanımına izin verilmesi söz konusu olur.²⁰¹ Tanınma isteminin ortaklığa yöneltilme-

Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *GÜHFD*, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 77 vd.

¹⁹⁷ Uzel, s. 40; Ünal Tekinalp, *Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru*, Batider, C XIV, S.3, 1988, s.9; MKK kayıtlarının kurucu niteliği olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasasında İşleme Bağlı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara 2008, s. 181; Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesi hükmüne göre Kaydi Sistemin Esasları*, *AÜHFD*, C.50, S.2, 2001, s. 181; Ünal Tekinalp "Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği", Prof. Dr Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 542; Narbay, *Pay Devri*, s.163; Akın, s. 153; Uzel, s.40.

¹⁹⁸ Tekinalp, *Nama Yazılı Kaydi Paylar*, s. 542; Sevi, s. 289; Uzel, s. 46.

¹⁹⁹ Borsa dışında iktisap borsa dışı bir piyasada satın alınan payların bir borsa üyesi tarafından borsaya getirilerek tescil edilmesini ve taraflar arasında bir borsa üyesinin katılımı olmadan yapılan devirleri kapsar. Tekinalp, *Bağlam Sistemi*, s.61.

²⁰⁰ Payların borsa dışında satın alınmış olması halinde satın alan kişi ortaklığa devri bildirmelidir (TTK m. 497/1). MKK'nın bildirim ve teknik erişim sağlama yükümlülüğü bu duruma söz konusu değildir. Bildirim payları devralının oysuz pay sahibi olarak pay defterine yazılması için önem taşır (TTK m. 497/3).

²⁰¹ Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa içinde devri anında mülkiyet ile tüm pay sahipliği haklarının devralana intikal etmiş olduğu dikkate alınarak, tanınma isteminin devralan tarafından ortaklığa yönetilebileceği belirtilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 55; borsaya kote edilmiş olup olmadığı hususunda bir ayırım yapılmaksızın devrin onaya tabi olduğu hallerde hem devredenin hem de devralanın talepte bulunabileceği yönünde Bkz.: Altay, s. 594. Borsaya kote edilmiş payların borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise devralanın tanınma isteminde bulunması gerekliliğinin TTK m. 497/1 c.2 de belirtilmiş olmasına rağmen hem devralan hem de devreden talepte bulunabileceği doktrinde belirtilmektedir. Uzel, s. 56.

si ile birlikte devreden pay defterine oydan yoksun pay sahibi olarak kaydedilir. Devralan payın mülkiyeti ve paya bağlı malvarlıksal haklar üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunur ancak yüzdesel sınırı aşan paylarına ilişkin genel kurula katılma, oy hakkı ve buna bağlı hakları kullanması söz konusu olmaz.²⁰² Payın mülkiyeti ile paya bağlı tüm haklar mali haklar ve oy kullanma ve buna haklar ile genel kurula katılma hakları da geçer. Ancak bu oy kullanma ve buna bağlı haklar ile genel kurula katılma haklarının kullanılabilmesi için ortaklığın pay sahibi olarak tanınması gerekir.²⁰³ Bu hakların kullanılamaması TTK m. 389/son cümle ve 201/1 anlamında donması ve bu payların genel kurul toplantı nisabının hesabında sermayeden düşülmesi anlamına gelir.²⁰⁴

Bu ayırım iradi devriler bakımından önem taşımaktadır. TTK m. 495/3'te öngörülen kanuni intikal halleri açısından ise bu ayırım herhangi bir önemi haiz bulunmaz. Bu duruma payın mülkiyeti ve paya bağlı haklar edinimin gerçekleştiği hukuki sebebin özellikleri uyarınca kazanılır.²⁰⁵ Bununla birlikte payları kanuni intikal hallerinden biri ile edinen kişinin -ortaklık tarafından edinen kişinin bilinmesinin

²⁰² Uzel, s. 214. Ancak burada bölünme teorisinin uygulanması söz konusu değildir. Zira bölünme teorisi uyarınca ortaklığın devre onay vermemesi halinde paydan kaynaklanan yönetsel ve koruyucu hakların devredene kalacağı ve onun tarafından kullanılacağı kabul edilmektedir. Borsaya kote bağlı nama yazılı payların devri bakımından TTK m. 497 ortaklığın onay vermemesi halinde dahi paya bağlı hakların tümünün devralana geçeceği ancak ortaklık tarafından onaylanan tam bir pay sahibinin aksine pay sahibi olarak tanınmadığı sürece bu kişinin paydan doğan genel kurula katılma ve oy hakkı ile oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamayacağını öngörmektedir Sevi, s. 287; bölünme teorisine üstünlük tanındığı yönünde Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 407.

²⁰³ Devralan mülkiyet hakkına sahip olduğundan ortaklık tarafından tanınmasından önceki ara döneme payı tekrar satabilir. Bkz.:Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N 216, oy kullanma ve buna bağlı hakların ortaklığın onayına ilişkin geciktirici şarta bağlı olduğu yönünde Böckli, §6 N. 135. 497/3 ün ifadesinin isabetli olmadığı, payın devri ile birlikte tüm hakların payları edinene geçtiği sadece payları edinen kişinin bu oy hakkını kullanması için ortaklığın onayına ihtiyacı olduğu yönünde Bkz.: Akın, s. 151.

²⁰⁴ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 74. Bağlam hükümleri sebebi ile oydan yoksun pay sahibi olarak belirtilen devralan genel kurula katılamaz oy kullanamaz iptal davası açamaz, rüçhan hakları dahil tüm malvarlığı haklarını kullanabilir esas sözleşme hükümlerine uyan kişilere nama yazılı payları devredebilir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 75.

²⁰⁵ Uzel, s. 174. Genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların kullanılmasının ortaklığın onayına bağlı oluşu bu hakların geçici olarak donması veya kullanılması yasağı olarak nitelendirilebilir. Uzel, s. 213.

sağlanması amacı ile-kural olarak bir bildirim yaparak pay sahipliği sıfatının tanınmasını istemesi, kazanmış olduğu mülkiyet ve payın mülkiyetine bağlı tüm hakları kullanabilmesi bakımından önem taşımaktadır.²⁰⁶

TTK m. 497/3 uyarınca borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri halinde, devralan ortaklığın tanıma kararına kadar oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedilir.²⁰⁷ Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez. Ortaklık pay sahibi olarak tanınma istemini aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmez ise devralanı pay sahibi olarak tanımış kabul edilir (TTK m. 498). Bu sürenin geçirilmesi halinde devralan tüm haklarını kullanabilir. Ortaklıktan pay defterinde gerekli değişikliğin yapılarak tüm hakları kullanabilen pay sahibi olarak kaydının değiştirilmesini talep edebilir. 20 günlük süre hak düşürücü niteliktedir.²⁰⁸

Borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı paylar bakımından esas sözleşmede öngören yüzdesel sınırı aşacak şekilde intifa hakkı kurulmasında ortaklığın onayı kurucu bir işleve sahip olmamakla ve tanıma kararı verilmediği hallerde de geçerli şekilde intifa hakkı kurulmasının söz konusu olduğu halde bu sınırın üstündeki paylara ilişkin

²⁰⁶ Uzel, s. 127; yüzdesel sınırın hesaplanması ve genel kurula katılma ve oy hakları ile buna bağlı hakların kullanılması yasağının tespitinde edinilen tüm paylar değil, esas sözleşmede belirlenen yüzdesel sınırı aşan nama yazılı paylar dikkate alınır Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N.189.

²⁰⁷ Oydan yoksun pay sahibi, malvarlığı haklarını (bedelsiz payları edinme hakkı ve rüçhan hakkı, kar payı, tasfiye bakiyesine katılma, tesislerden faydalanma gibi) hakları sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabildiği halde, genel kurula katılma, oy ve oya bağlı haklar anonim ortaklığın pay sahibi olarak tanıma kararına kadar kullanılamaz. Bu çerçevede genel kurul toplantısına çağrılma, genel kurula katılma, öneride bulunma, bilgi alma ve inceleme hakkı ve oy hakkı ve buna bağlı olan diğer haklar ortaklık tarafından pay sahibi olarak tanınmaya kadar kullanılamaz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1656 vd; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 74; devralanın rüçhan hakkını herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabileceği kanunda (TTK m. 497/2) öngörülmüş olmakla birlikte rüçhan hakkı ve bedelsiz payları edinme hakkı ile kazanılan yeni paylar bakımından da TTK m. 497/2 amacı dikkate alınarak bunlara ilişkin genel kurula katılma, oy ve oy hakkına bağlı haklar ortaklık tarafından tanınmayan pay sahibi tarafından kullanılmaz. Bkz.: Sevi, s. 288.

²⁰⁸ Kanunda öngörülen esas sözleşmesel ret sebeplerinin bildirilmesine ilişkin süre hak düşürücü nitelikte olup, sürenin geçmesinden sonra ortaklığın tanıma istemini reddetmesi mümkün değildir. Altay, s. 611; Akın, s. 163; Böckli, §6 N 151; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 223, dp.95.

tanınma istemi reddedilebilir ve bu paylara ilişkin oy hakkı kullanılması engellenebilir.²⁰⁹

Borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı payların hukuka aykırı şekilde reddi halinde TTK m. 497/4 hükmü uyarınca ortaklığa dava ikame edilmesi mümkündür.²¹⁰ Doktrinde mahkeme kararının ortaklık kararının yerine geçeceği dikkate alınarak davanın hukuki niteliği hakim görüş eda davası olarak nitelendirilmektedir.²¹¹ Ret hukuka aykırı ise ortaklık mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren oy hakkını ve buna bağlı hakları tanır. Ortaklık kendisine herhangi bir kusurun yükletilmeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın ret nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Bununla birlikte TTK'nın borsaya kote edilmiş paylara ilişkin bağlam düzenlemeleri ile 6362 sayılı SerPK ve bu Kanuna ilişkin çıkarılan ikincil mevzuat arasında uyumsuzluklar mevcut olup, anılan düzenlemelerde bağlam hükümlerinin uygulanmasını engelleyici ve ortaklıkların borsaya başvurusunda bağlama ilişkin hükümlerinin kaldırılmalarının talep olunacağı görülmektedir.²¹²

²⁰⁹ Uzel, s. 127.

²¹⁰ Hukuka aykırı ret halinde m. 497/4 uyarınca mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren oy hakkını ve buna bağlı hakları devralan pay sahibine tanır ve ortaklık kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe ret sebebi ile uğranılan zararı gidermekle yükümlüdür. Sevi, s. 290-291; TTK m. 497/4 uyarınca mahkemenin vereceği hüküm, verildiği tarihten ileriye etkili (exnunc) hüküm ifade eder.

²¹¹ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 75. Gerek borsaya kote edilmiş gerekse borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay devirlerinde onay ve tanınma kararı verilmesine yönelik bir iradenin varlığı gerektiğinden ve ortaklık iradesi olmaksızın pay devrinin sonuçlarını tam anlamıyla gerçekleşmeyeceğinden doktrindeki hakim görüşe göre açılacak davanın eda davası niteliğinde ve mahkeme kararının ortaklık iradesi yerine geçeceğinin kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 218.

²¹² 6362 sayılı SerPK m. 137/3 c. 1 "halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden itibaren; Borsa İstanbul AŞ Kotasyon Yönergesi payların kotasyon şartlarının düzenlendiği madde 8/ç'de "Paylar üzerinde, pay sahibinin haklarını kullanmasına engel olacak kayıtlar bulunmaması ve esas sözleşmenin Borsada işlem göreceği payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı hükümler içermemesi" şartı aranmış olup ayrıca Pay Tebliği (VII-128.1)(22/6/2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) madde 6 -(1) Halka arz edenlerin ortaklıkta sahip oldukları payları halka arz edebilmeleri için halka arz edilecek payların üzerinde rehin veya teminata verilmek suretiyle ya da başka bir şekilde devir veya tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici kayıtların olmaması zorunludur.

D. Bağlamın Etkisini Kaybettiği Haller Çerçevesinde Eşler Arasındaki Mal Rejimine Göre Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Bağlamın etkisini kaybettiği hallerden biri ortaklığın tasfiyeye girmiş olmasıdır. TTK m. 493/3 uyarınca ortaklık tasfiye aşamasına girmiş ise nama yazılı payların devrine ilişkin esas sözleşmede yer alan sınırlamalar ortadan kalkacaktır. Bu hüküm herhangi bir sınırlama içermediğinden hem borsaya kote olan hem de olmayan nama yazılı paylar bakımından uygulanma alanı bulunur.²¹³ Bir diğer durum ise TTK m. 421/6 uyarınca işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararı alınması halinde ilgili genel kurul kararına olumsuz oy vermiş olan nama yazılı pay sahiplerinin bu kararın TTSG'de yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın paylarını devredebilmeleridir. Bağlamın etkisini kaybettiği son bir hal ise kanuni iktisap halleridir. Bunlar payların miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icra olarak belirlenmiştir.²¹⁴

2. Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri ile Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı

Türk Ticaret Kanunu uyarınca anonim ortaklıkta pay devri sınırlamalarına ilişkin hükümlerin etkisini yitirdiği hallerden biri, eşler arasındaki mal rejimine göre payın iktisabıdır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri kapsamında iktisaba TMK m. 202 ila 281. maddeleri kapsamında yer alan tüm edinim halleri girmektedir. Bu hükümler incelendiğinde bağlı nama yazılı payların, evlenme, evlilik birliği içerisinde mal rejimi değişikliği, ölüm, boşanma veya butlan sonucu evliliğin sona ermesi sonucu edinildiği görülmektedir.²¹⁵ Bu ihtimallerden ortaklık payının mal rejimi çerçevesinde kazanılması da çeşitli şekillerde olabilir.

²¹³ Ancak TTK m. 491 hükmü uygulama alanı bulur. Sevi, s. 293.

²¹⁴ Kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar açısından TTK m. 495/3.

²¹⁵ Kläy, Vinkulierung, s. 204, Akın, s. 119.

TMK m. 208 “Eşler, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler” demek suretiyle, eşlerin mevcut mal rejiminin değiştirilmesi hususunda anlaşmış olmaları halinde kanunun belirttiği şekilde rejimin değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğunu kabul etmektedir.²¹⁶ Ne var ki bu yolla bir değişiklik halinde ortaklık paylarının iradi olarak devri söz konusu olup, bağlam hükümlerinin etkisini kaybettiği kanuni intikal hallerinden biri olarak değerlendirilemez.²¹⁷

Bağlam kurallarının etkisiz hale geldiği haller eşlerin iradesi dışında rejim değişikliğinin gerçekleştiği hallerdir. Eşlerin her ikisinin iradesi dışındaki rejim değişikliği ya “kendiliğinden” ya da “mahkeme kararı” ile gerçekleşir. Medeni Kanun, bazı hallerde mevcut mal rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığı rejimine, mevcut mal ortaklığı rejiminin kendiliğinden veya hakim kararıyla mal ayrılığı rejimine dönüşmesi, hatta bazı hallerde tekrar eski mal rejimine dönmenin hal ve şartlarını düzenlemiştir.

Kendiliğinden dönüşme, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin bulunması halinde, eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, hiçbir karara gerek olmaksızın mal ortaklığının kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesidir. TMK m. 209’da düzenlenen bu durumda, mal ayrılığı kendiliğinden, “iflasın karar verildiği tarihten” itibaren doğar.²¹⁸ Bir başka deyişle iflas kararının kesinleşmesiyle mal ayrılığı rejimi kendiliğinden yürürlüğe girmiş olacaktır.²¹⁹ Bu hükümlerle paralel olarak TMK m. 271/I’de de eşlerden bir hakkında iflasın açılmış olması, mal ortaklığının sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir.

²¹⁶ Akıntürk/Ateş, s. 148.

²¹⁷ Limited şirketler bakımından payın karı- koca mallarının idaresine ait hükümler gereği iktisabında ortakların muvafakati gerekliliğinin istisnasının düzenlendiği mülga TTK m. 521/1 hükmüne ilişkin Yarg. 11. HD. 28.06.2010 T., 2009/672 E. 2010/7517 K sayılı kararında ise böyle bir devirin mülga TTK m. 521/1 kapsamında olup olmadığını açık bir şekilde değerlendirmeksizin -ancak bu şekildeki bir devrin mülga TTK m. 521/1 kapsamında sayılabileceği yorumuna açık olarak taraflar arasında akdedilen mal rejimi sözleşmesini YK m. 10/3 de tanınan süre içinde yapılmamış olmasından bahisle geçerli bir devir olmadığı yönündeki yerel mahkeme hükmünü onamıştır.

²¹⁸ Öztan, s. 423.

²¹⁹ Bu hükümlerle hem iflas edenin eşi hem de eşin alacaklıları korunmaktadır. Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 2. Cilt, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2007, s. 1830.

Mal rejiminin tasfiyesi ise TMK. m. 212'deki atıf gereğince "mal ortaklığı"nın tasfiyesine göre yapılmalıdır. Mal ortaklığının tasfiyesinde, ortaklık malları ile kişisel malların kapsamının belirlenmesinde esas alınacak an, ortaklığın sona erdiği andır.²²⁰ Mal ayrılığına geçişin mahkeme kararıyla olduğu bu halde, her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olan nitelikteki malları, ortaklık mallarından geri alır. Geriye kalan mallar TMK m. 277/I ve II'ye göre eşler arasında başka bir anlaşma yoksa yarı yarıya paylaşılır.^{221 222} Ancak TMK m. 280 gereği eşlerden biri üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle, payına mahsuben eşyanın kendisine verilmesini isteyebilir. Mal ortaklığı rejimi sona erdikten sonra artık ortaklık malvarlığı söz konusu değildir. İstisnaen, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak sona erme tarihinden sonra ortaklık mallarına dâhil malvarlığı değerlerinin yerine geçen değerler de ortaklık malvarlığına dâhil olur. Aynı şekilde mal rejiminin başlangıcının tasfiyesine kadar elde edilen ürünler de ortaklık malvarlığı içinde yer alır.²²³

Mahkeme kararıyla yürürlükte olan mal rejiminin eşlerden birinin²²⁴ istemi üzerine mal ayrılığı rejimine dönüşmesi de TMK'nın çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu eşlerden birinin talebi üzerine, mal ayrılığına geçişi üç halde öngörmüştür. Bu haller; TMK m. 206'da düzenlenen haklı sebeplerin varlığı, TMK m. 197/II'de düzenlenen evliliği koruyucu tedbirlerden biri olarak eşlerin birlikte yaşamalarına ara verildiği durumlar ve TMK m. 169'da düzenlenen boşanma veya ayrılık davasının devamı sırasında veya hâkim tarafından ayrılığa karar verilmesi durumunda alınacak önlemlerdir.

²²⁰ Gümüş, s. 442.

²²¹ Ne var ki eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul ettikleri hallerde "edinilmiş mal ortaklığı" söz konusu olup, bu düzenleme edinilmiş mal ortaklığında uygulama bulmaz. Yukarıda anılan sebeplerle mal ortaklığının sona ermesiyle birlikte, elbirliği halinde ve bir kül olarak sahip olunan "edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mal sayılacak olan ortaklık malları" üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği durumu yasa gereği kendiliğinden tek başına mülkiyete dönüşür. Gümüş, s. 445.

²²² Yargıtay 18. HD 05.04.2004 tarih, E.2004/1953, K. 2004/2636 sayılı kararda da her eşin ortaklık mallarının yarısına sahip olduğu, söz konusu ihtilafta mal rejimi dolayısıyla yasal olarak eşine düşen kamulaştırma bedelinin yarısının davacı adına yatırılmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

²²³ Gümüş, s. 443.

²²⁴ Eşlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde yasal temsilci de talep hakkına sahiptir, Gençcan, Medeni Kanun, s. 1822.

TMK m. 206 “*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir*” şeklindedir. “*Haklı sebep*” in ne olabileceği aynı maddede 5 bent halinde “*özellikle*” denilerek sınırlayıcı olmadan belirtilmiştir.²²⁵ 1-5. Bentlerde, diğer eşin borca batık veya mal ortaklığındaki payının²²⁶ haczedilmiş olması; diğer eşin, isteme bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması; diğer eşin ortaklığın malları üzerinde tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı sebep olmadan esirgemesi; diğer eşin, isteme bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması; diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, haklı sebep olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştirilebilmesi, evliliğin genel hükümleri arasında kabul edilen birliğin korunması amacıyla alınan tedbir sonucunda da gerçekleşebilir. Şöyle ki; TMK m. 197/II “*Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarını yönetime ilişkin önlemleri alır*” şeklindedir. Maddede ifade edilen “*malların yönetimi*” ne “*mal ayrılığına karar verilmesi*” de dâhil edebilir.²²⁷²²⁸

TMK m. 169 ile hâkimin boşanma veya ayrılık davası açılınca eşlerin malların yönetimine ilişkin tedbirleri re’sen alacağını öngörmüştür. Bu durumda hâkim, eşlerden birinin malvarlığına ilişkin ufak bir tehlikenin varlığı halinde dahi mal ayrılığına geçilmesine karar verebilir. Bu tedbir geçici nitelikte olduğundan boşanma davası reddedildiği

²²⁵ Yarg. 2. HD’nin 02.06.2004 t. 6062 E. 7170 K. Sayılı kararında da bu hallerin sınırlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

²²⁶ Ortaklıktaki payın haczi ancak mal ortaklığı rejiminde söz konusu olabilir.

²²⁷ Öztan, s.429.

²²⁸ Nitekim mehaz kanun İsviçre Medeni Kanun m. 176/I/b.3’te, hakimin hal ve şartlar haklı gösteriyorsa eşler arasında mal ayrılığı rejimine hükmedeceğini öngörmektedir. Gümüş’e göre de “malların yönetimine ilişkin önlemlerden” neyin anlaşılması gerektiği belirsiz olup, hakime “gerekliyorsa” “orantılılık ilkesinin ışığında” mal rejimine müdahale edebilme imkanının tanınması gerekir. Gümüş, s. 173; Aynı görüşte Dural/Öğüz/Gümüş, s 184; Zeytin, s. 56. Yargıtay ise eşlerin ayrı yaşadığı dönemde talep üzerine hakim kararıyla olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçişini TMK. 206 hükmü kapsamında ele alarak, haksız ayrılığın ancak evlilik ortaklığına ilişkin menfaatleri tehlikeye düşürerek bir haklı sebebin varlığına yol açtığı takdirde mümkün görmektedir. Yarg. 2. HD. 18.04.2005 t. E. 2005/3039, K. 2005/6149 s. Karar.

takdirde TMK m. 208'e göre, taraflardan birinin talebi üzerine mal ayrılığı rejimi hâkim tarafından kaldırılır ve eski mal rejimine dönülmesine karar verilir.

Eşlerden birinin talebi dışında mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştiği bir diğer hal TMK m. 210'da düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasından zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesini isteyebilir. Alacaklı bu talebini her iki eşe de yöneltmeli ve zararını ispatlamalıdır.²²⁹

Bağlı nama payların kanun gereği başkasına intikalini doğuran mahkemenin mal ayrılığına geçiş kararı²³⁰ ile eşler arasındaki mal rejimi dava tarihinden itibaren kendiliğinden sona ermiş ve eşler bu tarihten itibaren mal ayrılığına geçmiş olur. Eşler bir başka mal rejiminden mal ayrılığına geçtiklerinde, önceki mal rejimi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve sona ermiş olan mal rejiminin tasfiyesi işlemi, ilgili mal rejiminin tasfiye kurallarına göre yapılır.²³¹ Tasfiyeyi talep

²²⁹ Gençcan, Medeni Kanun, s. 1831.

²³⁰ Mahkemenin bu kararı Şıpka'ya göre değiştirici yenilik doğuran karar niteliğindedir, Şıpka, s. 45.

²³¹ Tasfiyeye ilişkin hükümlere bakıldığında; Mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde, evliliğin genel hükümleri sonucu eşlerin mallarının birbirine karışması, ispat problemini doğurmaktadır. Eşlerin, malvarlığının kendilerine ait olduğunu ispatlayamamaları halinde TMK'daki atf gereği paylaşmalı mal ayrılığı kuralı uygulanır. İlgili hüküm olan TMK m. 245/I gereğince de paylı mülkiyetin eşlerden birine özgülenmesi dışında bu rejimin sona ermesinde eşler açısından bir talep hakkı doğmaz. Paylı mülkiyet hükümleri gereği ve TMK m. 248 gereği eşlerden biri, diğer eşin payının ödeme günündeki karşılığını vermek ve malın kendisine kalmasında üstün yararı olduğunu ispatlamak şartıyla, paylı mülkiyete konu olan malın kendisine verilmesini isteyebilir. Paylaşmalı mal ayrılığının tasfiye aşamasında ise eşler arasında aileye özgülenen malların bütünü üzerinde elbirliği ile hak sahipliğine dayalı bir tasfiye ortaklığı kurulur. Tasfiyede mal ortaklığından farklı olarak kural olarak "aynen paylaşmaya" gidilir. TMK m. 251 uyarınca "Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hakim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yaptığı varsayılır. Bu tür kazandırmalara ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir." Esasen burada mevcut olan bir denkleştirme bedeli değil, aileye özgülenecek mallar içinde yer alması gerekirken dışarıda kalan mallar yerine eklenecek değerlerdir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, kişisel mallar tasfiye dışı kalmaktadır. Bu sebeple kişisel mal niteliğindeki ortaklık payı hangi eşin mülkiyetinde ise, o eşanın maliki olmaya devam edecektir. Edinilmiş mallara katılma rejimi sonrası katılma alacağı TMK m. 239/I'e göre, ayın ya da na-

eşlere ve alacaklılara aittir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sonrası katılma alacağı TMK m. 239/I'e göre, ayın ya da nakit olarak ödenebileceğinden ortaklık payının devri karşımıza çıkar. Ancak ayın olarak ödeme, alacaklı eşin borçlu eşten nakit yerine aynı olarak verilmesini talebi üzerine gerçekleşmez. Bu hak, borçlu eşin nakit olarak ödeme imkânının bulunmadığı durumlarda, borçlu eşin üçüncü kişilere malını satması yerine, alacaklı eşe borçlu eşten ayın verilmesini talep imkânının daha uygun görülmesi sebebiyle verilmiş olup bu halde de devir söz konusu olacaktır.²³²²³³ Bununla birlikte bu hükümde, borçlu eşe nakden ödeme yerine aynen ödeme imkânı tanınmış olup, alacaklı eşin ayın verilmesi hususunda bir talep hakkı bulunmamakta, "alacaklı eşin hakkının şahsi hak olduğu" kuralına istisna tanınmamaktadır. Anonim ortaklığın bağlı nama yazılı payının bu şekilde bir devri ise iradi devir içinde değerlendirilmeli ve bağlamın etkisini yitirdiği kanuni intikal halleri kapsamında kabul edilmemelidir.²³⁴

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, kişisel mallar tasfiye dışı kalmaktadır. Bu sebeple kişisel mal niteliğindeki ortaklık payı hangi eşin mülkiyetinde ise, o eşyanın maliki olmaya devam edecektir. Bu sebeple bağlı nama yazılı payların ediniminde bağlamın etkisini yitirdiği kanuni intikal halleri kapsamında yer almayacaktır.²³⁵

kit olarak ödenebileceğinden ortaklık payının devri karşımıza çıkmaktadır. Ancak ayın olarak ödeme, alacaklı eşin borçlu eşten nakit yerine aynı olarak verilmesini talebi üzerine gerçekleşmez. Bu hak, borçlu eşin nakit olarak ödeme imkânının bulunmadığı durumlarda, borçlu eşin üçüncü kişilere malını satması yerine, alacaklı eşe borçlu eşten ayın verilmesini talep imkânının daha uygun görülmesi sebebiyle verilmiş olup bu halde de devir söz konusu olacaktır. Mal ortaklığında ise TMK m. 277/I, II ile her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olanları ortaklık mallarından geri alıp, geri kalan ortaklık malları eşler arasında yarı yarıya paylaşılır.

²³² Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s. 60.

²³³ Yarg. 8. HD.'nin 05.06.2012 T. E.2012/3390, K. 2012/5321 sayılı kararında "kural olarak mal rejimi davalarında ayın istenemeyeceği ancak şahsi hak niteliğinde bulunan malların karşılığı olan alacak hakkı istenebileceği, ne var ki davalının davaya konu taşınmazın yarısını devre hazır olduklarını ama davacının kabul etmediği ve bu sebeple eksik inceleme yapıldığı..." şeklindeki kararında borcu eşten böyle bir yetkisinin olduğu belirtilmiştir.

²³⁴ İsmail Kırca, Çiğdem Kırca, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, İstanbul 2008, s. 558-559.

²³⁵ Kırca/Kırca, s.555. Ayrıca anlaşmalı boşanmada bir eşin mahkemenin boşanma

Bağlı nama yazılı payların kanuni devri sonucunu doğurabilecek bir diğer hal ise paylı mülkiyete konu bir malın mahkeme kararıyla eşlerden birine tahsis edilmesidir. Şöyle ki TMK m. 226/II" ye göre *"Tasfiye sırasında paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden birisi kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir."* Bu maddede öngörülen hakkın hukuki niteliği tartışmalı olup²³⁶ her halükarda talep hakkı kullanıldıktan sonra eşler arasında pay için ödenecek bedel üzerinde anlaşılıp, yapılan borç sözleşmesinin ifasına dayalı olarak payın ifası sağlanamazsa üstün hak sahibi eşin dava yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır.

TMK m. 226/II" ye dayanarak, eşlerden birinin mahkeme kararıyla eşyanın mülkiyetinin kendisine devri için, ilgili hükümden, sağlanması gerekli bir takım şartların olduğu sonucuna varılmaktadır. Şöyle ki; eşya sadece eşlerin paylı mülkiyetinde bulunmalı²³⁷ eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermiş ve rejimin tasfiyesi başlamış olmalı, hak sahibi eşin üstün yararı olmalıdır.²³⁸ Bu şartlara sahip olan eş, devir için yenilik doğuran talep hakkını kullandığı tarihteki malın sürüm değerini ödemelidir. Bu hak, mal rejiminin tasfiyesine kadar kullanılmalıdır. Ancak bu talebe uygun davranmayan eşe karşı, diğer eş dava yoluna başvurduğu takdirde hâkimin vereceği karar payın devrini sağlayacak tasarrufi nitelikte bir karar değildir.²³⁹

kararı ile diğer eşin kişisel malı niteliğindeki ortaklık payını iktisabı halinde de ortaklığın bağlı nama yazılı paylar bakımından bağlam hükümlerini ileri sürebileceği yönünde Kırca/Kırca, s. 555 vd.

²³⁶ Bir görüşe göre; talepte bulunan eş için, paylı mülkiyet payının kendisine devrini sağlamaya yönelik, borç sözleşmesi yapma borcu altına sokacak yasa kaynaklı kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 218, Gümüş, s. 315, Akıntürk/Ateş, s. 177. Aksi görüşte olan yazarlar için bkz: Gümüş, s. 314.

²³⁷ Doktrinde bu hükmün elbirliği mülkiyetine uygulanabileceği yolunda da görüş bulunmaktadır. Dural/Oğuz/Gümüş, s. 219.

²³⁸ Üstün yarar, söz konusu mala ilişkin mesleki, ticari ya da sağlığı bakımından ihtiyacı olan hatta saf duygusal menfaatler de olabilir. Dural/ Oğuz/Gümüş, s. 219; Zeytin, s. 183. Ancak doktrinde aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 288.

²³⁹ Gümüş, s. 315.

3. Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri ile Bağlı Nama Yazılı Payları İktisabının Hukuki Sonuçları

Kanuni bağlamın düzenlendiği TTK m. 491/1 hükmünde devrin miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yolu ile iktisap edilmesi halinde kanuni bağlam hükmünün uygulanmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple eşlerin mal rejimi hükümleri kapsamında payı edinimleri halinde bedeli tamamen ödenmemiş bir payın iktisabının teminat verilmesi şartına bağlanması veya satın alma teklifinde bulunma hakkı kullanılarak engellenmesi mümkün değildir.

Esas sözleşmesel bağlam hükümleri açısından ise payların borsa ya kote edilmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır.

Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların kanunda belirlenen irade dışı devir hallerinde TTK m. 493/4 ve TTK m. 494/2'nin dikkate alınması gerekmektedir. TTK m. 493/4 uyarınca ortaklık miras²⁴⁰ mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yolu ile iktisap edilmesi halinde payları edinen kişiye paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.²⁴¹ Böylece payların eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri gereği iktisap edildiği hallerde ortaklığın esas sözleşmedeki bağlam hükümlerine dayanamayacağı, bu halde ortaklığın elindeki tek imkânının payları edinen kişiye, paylarını gerçek değeri ile devralmayı önererek devre onay vermekten imtina edebileceği kabul edilmiştir.²⁴²

²⁴⁰ Bu hüküm ile getirilen istisnai düzenlemenin kapsamına hem kanuni mirasçılar hem de vasiyet şeklinde iradi mirasçıların girdiği kabul edilir. Akın, s. 118.

²⁴¹ Payların kanuni devir ile edinimine ilişkin TTK 493/4'te sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığı, benzer intikal hallerinin de bu hüküm kapsamında değerlendirilebileceği doktrinde belirtilmektedir. Özellikle birleşme, bölünme, malvarlığının devri, özelleştirme, MK 54 ve MK 640 uyarınca intikaller bu kapsama sayılmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz.: Uzel, s. 162 vd. birleşme ve bölünme bakımından aynı yönde Akın, s. 122. TTK m. 493/4 gerekçesinde de sayılan edinim hallerinin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Birleşme esnasında pay edinimi hali için Bkz.: BGE 109 II 130 vd. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel 44 N 174.

²⁴² Payların gerçek değerinin belirlenmesi konusunda ortaklık ile devralan arasında uyumsuzluk çıkması olasılığı dikkate alınarak devralana ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak payların gerçek değerini mahkeme aracılığı ile tespit ettirme olanağı tanınmıştır. Bu halde değerlendirme giderleri ortaklık tarafından ödenir (TTK m. 493/5). Bu tür kanuni geçiş hallerinde TTK m. 493/3 ün de kullanılması söz konusu değildir. Uzel, s. 154.

TTK m. 494/2'ye göre ise anılan edinim hallerinde payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhal, genel kurula katılma haklarıyla oy hakları (yönetimsel haklar) ise ancak ortaklığın onayı ile birlikte devralana geçecektir. Bu sebeple irade dışı devir hallerinde, pay sahipliği sıfatının tanınması istemine onay verilmemesi halinde payları edinen kişi sadece genel kurula katılma, oy hakları ile buna bağlı diğer hakları kullanamaz. Doktrinde bu düzenleme sebebi ile birlik teorisinin kabul edildiği bir sisteme tekrar bölünme teorisinin kısmen de olsa -belirli bir süre pay sahibi olarak tanınma istemi ile ortaklığa TTK m. 494/3 uyarınca tanınan üç aylık süre-kabul edilip edilmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.²⁴³ Kanuni devir hallerinde gerçek anlama bir devreden bulunmadığı bazı hallerde devreden kişinin artık mevcut olmadığı (ölüm, birleşme gibi) veya icra yolu ile edinim halinde olduğu gibi ortaklığın onay vermemesi halinde -diğer devir hallerinden farklı olarak- pay bağlı tüm hakların devredende kaldığını savunmak ve işlemin eski hale döndürülmesi mümkün görünmemektedir.²⁴⁴ Bu sebeple kanaatimizce kanuni intikal hallerinde -bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde- payın mülkiyet ve paya bağlı tüm hakların bu edinimi sonuçlayan kazanım halleri ile payları edinen kişiye geçtiği, ancak genel kurula katılma ve oy hakları ile bunlara bağlı diğer hakların kullanılmasının ortaklığın onayına bağlı olduğunun kabulü benimsenen sistemin bütünlüğü açısından daha uygun bir çözüm olarak görülmektedir.

²⁴³ Doktrinde bu duruma birlik teorisinden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı, kanuni devir hallerinde de paya bağlı tüm hakların payları edinen kişiye geçtiği ancak paya bağlı yönetimsel hakların kullanımı için ortaklığın onayına ihtiyaç bulunduğu savunulmaktadır. Bkz.: Kläy, Vinkulierung, s. 210-211; Uzel, s. 155, s. 156 dn. 148' de sayılan yabancı literatür; Akın, 119; Geçici bir süre bölünme teorisinin uygulama alanı bulduğu yönünde Bkz.: Karasu, Devir, s. 139; Tekinalp, s. 53; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 404-405; Narbay, Devir, 231; Narbay, Pay Defteri, s. 308; Altay, s. 612; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, 44, N. 181; Böckli, §6 311 vd; Bu kişilerin oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydı önerilmektedir. Kläy, Vinkulierung, s. 212-213; oydan yoksun pay sahibi olarak kaydın bölünme teorisini tekrar ortaya çıkaracağı ve 497/3 te öngörülen oydan yoksun pay sahibi olarak kaydın borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı payların devrinde öngörülmediği yönünde Akın, s. 125-126; İBK m. 685/c hükmü bakımından bölünme geçici de olsa devam ettiği yönünde Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 238.

²⁴⁴ Uzel, s. 210 vd; Akın, s. 123 vd; Kläy, Vinkulierung, s. 210-211.

Ortaklık satın alma teklifinde bulunma hakkını kullanmak istediğinde, bu teklifi payları kanuni intikal sebepleri ile edinen kişi/kişilere yöneltecektir.²⁴⁵ Ortaklığın satın alma teklifini pay sahibi olarak onaylamaya ilişkin istemi aldığı tarihten itibaren üç ay içinde yapması gereklidir. Bu süre içerisinde ortaklık herhangi bir teklifte bulunmaz ise -sessiz kalması halinde- pay devrine onay verdiği kabul edilir (TTK m. 494/3). Kanuni intikal halleri ile payları edinen kişi/kişiler - bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri ile edinen-satın alma teklifini kabul etmekle yükümlü değillerdir.²⁴⁶ Payın gerçek değeri üzerinde anlaşma sağlanamaması halinde payları edinen kişi/kişiler ortaklığın bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden payların gerçek değerinin belirlenmesini isteyebilir. Bu duruma mahkeme ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır.²⁴⁷ Değerleme giderleri ortaklık tarafından karşılanır(TTK m. 493/5). Ortaklığın talebi haksız olarak reddetmesi halinde iktisap eden ortaklık aleyhine pay defterine kayda ilişkin eda davası ve uğradığı zararın tazmini davasını açabilir.²⁴⁸

Doktrinde hâkim görüş, payları gerçek değeri ile satın alma teklifinin sadece ortaklık tarafından yapılabileceği, satın alma teklifinde

²⁴⁵ Sevi, s. 274. Genel kaçış klozunun kullanılmasından farklı olarak TTK m. 493/4 uyarınca ortaklığa tanınan satın alma teklifinde bulunma hakkının muhatabı kanuni devir halleri ile payı edinen kişidir. Zira bu durumlarda (miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri, cebri icra) payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar kanuni sebeplerin gerçekleşmesi ile derhal ilgili tarafa geçer (494/2). Akın, s. 82.

²⁴⁶ Teklifin reddi halinde ise payları edinen kişi sadece malvarlıksal hakları kullanabilecektir. Bkz.: Uzel, s. 157; Karşı görüşte Akın, s. 76, 125; yazar kanuni devir hallerinde ortaklığın payları gerçek değeri üzerinden satın alma teklifinin reddinin mümkün olmadığı görüşündedir. Anonim ortaklığın payları gerçek değeri ile almayı önerdiği takdirde mülkiyet ile tüm pay sahipliği haklarının bırakan ve devredenden doğrudan doğruya anonim ortaklığa geçeceği yönünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55. Ortaklığın ulaştırdığı yenilik doğurucu irade beyanı ile satın sözleşmesinin kurulduğu yönünde Bkz.: Altay, s. 608. TTK m. 493/1 ve 4 bakımından kurucu yenilik doğuran bir satın alma hakkının düzenlendiği yönünde Bkz.: Yıldız/Özbay, s. 11, dn.14; kanuni bir önalım hakkı niteliğinde bulunduğu yönünde Bkz.: Bahtiyar, s. 334.

²⁴⁷ İBK m. 685b/5 ten farklı şekilde düzenlenen ve mahkemenin karar tarihine en yakın tarihteki ortaklığın değerini esas almasını öngören TTK m. 493/5'in pay bedelinin tespiti sürecinde değerde düşmenin meydana gelmesi olasılığı nedeni ile doktrinde eleştirilmekte ve kaynak hukuktaki kanun hükmü ile uyum sağlanarak değiştirilmesi önerilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 32 vd; ayrıca Bkz.: Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 404.

²⁴⁸ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55. Tazminat davasında TTK m. 497/4 kıyasen uygulanır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 57.

bulunacak pay sahipleri veya üçüncü kişilerin ise ortaklık tarafından temsil edilmeleri gerektiği yönündedir.²⁴⁹ Payları edinen kişi/kişiler, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmez ise, ortaklığın devralma önerisini kabul etmiş sayılır (TTK m. 493/6).

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda ise TTK m. 495/3 uyarınca miras, mirasın paylaşılması, eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri veya cebri icra yoluyla²⁵⁰ iktisap hallerinde, devralanın pay sahibi sıfatı alması reddedilemez. Bu duruma ortaklığa devralana paylarını gerçek değeri üzerinden almayı önererek, pay defterine kayıtan imtina olanağı da tanınmamıştır.²⁵¹ Ortaklık payı edinen kişiyi pay defterine kaydı zorunlu olup, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine kayıt imkânı bulunmaz.²⁵² Bu duruma esas sözleşmede öngörülen yüzdesel iktisap sınırı aşılmış olsa dahi payı edinen kişinin herhangi bir hak sınırlamasına tabi olmaksızın kaydı zorunludur (TTK m. 495/3).²⁵³

²⁴⁹ Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55; TTK m. 493/4'te genel kaçış klozunun düzenlendiği m. 493/1 den farklı olarak ortaklığın ilgili payları kimlerin hesabına alabileceği düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde TTK m. 493/4 düzenlemesinin genel kaçış klozundan farklı ve daha dar yorumlanmasına gerek olmadığı kabul edilmekte ve bu sebeple ortaklığın payları kendi veya diğer pay sahipleri veyahut üçüncü kişi hesabına satın alabileceği kabul edilmektedir. Kläy, Vinkulierung, s. 208; Sevi, s. 298.

²⁵⁰ Kaynak kanun İBK 685/d 3'ten farklı olarak cebri icra uyarınca payların edinilmesi hali de devir sınırlamalarının ileri sürülemeyeceği kanuni devir halleri arasına alınmıştır. Eleştirisi için Bkz.: Uzel, s. 175 vd; Altay, s. 619 vd.

²⁵¹ Payları borsada işlem gören bir anonim ortaklığın, kanuni bir iktisabı önlemeyi gerektirecek ortaklık menfaatinin bulunmadığından, ortaklığa devralma önerisinde bulunarak, devri onaylamama yetkisi tanınmamıştır. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 63-64.

²⁵² Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 210; Payları edinen kişi tanınma isteminde bulunmadığı süre zarfında pay sahipliği haklarını kullanamaz, TTK m. 495/3 uyarınca tanınma istemi ortaklığa yöneltildiğinde devralanın pay defterine kaydı zorunlu olup, doktrinde 497 ve 498 hükümlerinin dikkate alınarak tanınma kararına kadar isteme bulunan kişinin oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedilmesi ve tanınma kararına kadar yönetsel haklar dışındaki tüm pay sahipliği haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir. Tanınma açısından esas sözleşmesel bağlam bakımından bir değerlendirme yapılamayacağı ve bu sebeple en kısa sürede pay sahipliği sıfatının kendisine tanınması gerektiği kabul edilmektedir. TTK m. 498' deki 20 günlük sürenin kıyasen uygulanması ve ortaklığın olumlu kararının bu süre içinde bildirileceği kabul edilmektedir. Uzel, s. 174-175.

²⁵³ TTK m. 495/3 emredici nitelikte bulunup, aksine bir düzenlemenin esas sözleşmeye eklenmesi kesin hükümsüzdür. Akın, s. 165-166.

SONUÇ

Mal rejimi, Eşlerin evlilik birliğinin kurulması öncesinde sahip oldukları ve birliğin devamı sırasında edindikleri malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ve evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de malvarlığına giren değerlerin akıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu hükümlerle, eşlerin mevcut malvarlıklarının mülkiyetinin hangi esaslarla nasıl düzenleneceği; malların yönetimi, mallardan yararlanma ve mallara ilişkin tasarrufların nasıl olacağı, eşlerden her ikisine birden ait olan mallardan sorumluluk ve malvarlığının tasfiyesinde malların mülkiyeti göz önünde tutulmaksızın paylaşımının nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) mal rejimleri, Aile Hukuku kitabının dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. TMK m. 202'den 217'ye kadar devam eden ve "Genel Hükümler" başlığını taşıyan birinci ayırmadaki hükümler, mal rejimi türlerinin tamamı için uygulanacak niteliktedir. Türk Medeni Kanunu'nda dört çeşit mal rejimi öngörülmüştür. Bunlar; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218-241), Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243), Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244-255) ve Mal Ortaklığı Rejimidir (TMK m. 256-281). Mal rejimini seçme konusunda eşler arasında teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil aksine çerçeve ve içeriği kanun tarafından belirlenmiş olduğundan "sınırlı sayı ve tipe bağlılık" ilkesi söz konusudur.

Anonim ortaklıklarda payların devredilebilirliği ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilke payın ve pay sahipliğinin anonim ortaklığın onayı olmaksızın el değiştirebilmesi ve sadece nama yazılı paylarda/pay senetlerinde devredilebilirliğin sınırlandırılmasının kanundaki emredici hükümler çerçevesinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Devredilebilirlik ilkesi uyarınca anonim ortaklıkta gerek senede bağlanmamış (çıplak) paylar gerek pay senetleri devre konu olabilir. TTK m. 490'da nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde kural olarak devredilebilirliği esas almış olmakla birlikte, bunların kanunda veya esas sözleşmede öngörülebilecek şartlarla devrinin sınırlandırılabilmesi kabul etmiştir. Devrin sınırlandırılması bağlam olarak ifade edilirken, devri sınırlandırılmış nama yazılı paylar/pay senetleri bağlı nama yazılı paylar/pay senetleri olarak adlandırılır. Ancak Kanunun saymış olduğu bazı hallerde bağlam hükümleri etkisini kaybetmektedir. Bunlarda biri de payların eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesin-

de kazanım halleridir. Payların kanuni intikal halleri ve bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimine göre edinim hallerinde, pay devri sınırlamalarının etkisinin yitirildiği haller kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar için TTK m. 495/3'te düzenlenmiştir. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi ise söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde kazanım halleri ise şu hallerdir:

İlk ihtimal; TMK m. 209'da düzenlenen eşler arasında mal ortaklığı rejiminin bulunması ve eşlerden birinin iflasına karar verilmesi halinde mal ortaklığının kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesidir.

İkinci ihtimal; "dönüştürme davası" olarak da adlandırılan²⁵⁴ mahkeme kararıyla yürürlükte olan mal rejiminin eşlerden birinin istemi üzerine mal ayrılığı rejimine dönüşmesidir. Bu dava TMK m. 206'da düzenlenen haklı sebeplerin varlığının ispatlanması halinde mümkündür.

Üçüncü bir ihtimal olarak TMK m. 197/II' de düzenlenen evliliği koruyucu tedbirlerden biri olarak eşlerin birlikte yaşamalarına ara verildiği durumlar ve TMK m. 169'da düzenlenen boşanma veya ayrılık davasının devamı sırasında veya hâkim tarafından ayrılığa karar verilmesi durumunda alınacak önlemler arasında kabul edilebilecek, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine ilişkin tedbirdir.

Eşlerden birinin talebi dışında mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştiği bir diğer hal ise mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklının haczin uygulanmasından zarara uğraması ve ispatlanması halinde mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçilmesidir.

Bağlı nama payların kanun gereği başkasına intikalini doğuran mahkemenin mal ayrılığına geçiş kararı ile eşler arasındaki mal rejimi

²⁵⁴ Gençcan, Medeni Kanun, s. 1822.

dava tarihinden itibaren kendiliğinden sona ermiş ve eşler bu tarihten itibaren mal ayrılığına geçmiş olur. Eşler bir başka mal rejiminden mal ayrılığına geçtiklerinde, önceki mal rejimi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve sona ermiş olan mal rejiminin tasfiyesi işlemi, ilgili mal rejiminin tasfiye kurallarına göre yapılır.

Kaynakça

- Acabey M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1998.
- Akın Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014., Aile Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2016.
- Altay S. Anlam, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam", İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 563-637.
- Arsanlı Halil, Anonim Şirketler C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12 bs., Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017.
- Başpınar Veysel, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", *AÜHFD*, C.52, Sa.3, 2003, s.79-101.
- Bilgili Fatih/ Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Bozgeyik Hayri, Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, *Batider*, c.25, s.2, 2009, s. 211-226.
- Böckli Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2009.
- Domanıç Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Forstmoser Peter/MeierHayoz Arthur/Nobel Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli, Bern 1996.
- Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2010.

- Gençcan Ömer Uğur, 4721 Türk Medeni Kanunu, 2. Cilt: Bilimsel Açıklama-İçtihat-İlgili
Mevzuat, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2007.
- Gümüş Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri,
Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Hatemi Hüseyin/Oğuztürk Burcu Kalkan, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Karasu Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler
İlkesi, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2009 (Emredici).
- Karasu Rauf, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması", *GÜHFD*, C. XII, S.1-2, 2008, s. 127-147 (Devir).
- Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994 (İntifa Hakkı).
- Kendigelen Abuzer, "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde
Şekil", Makalelerim C.I, 1986-2001, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s. 215-243.
- Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On
İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012 (Yeni Türk Ticaret Kanunu).
- Kılıçoğlu Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014. (Yenilikler)
- Kılıçoğlu Ahmet, Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar), Ankara 2016. (Katılma Alacağı)
- Kılıçoğlu Ahmet, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu Ahmet, Şirket Hissesinde Katkı- Katılma Alacağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, 27 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Kırca İsmail/Kırca Çiğdem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited
Şirketlerde Bağlamanın Etkisizleşmesi", Prof Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 545-560.
- Kläy Hanspeter, Die Vinkulierung Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Helbing &
Lichtenhahn, Basel, Frankfurt a.M. 1997 (Vinkulierung).
- Kläy Hanspeter, Statutengestaltung bei der Vinkulierung nicht kotierter Aktien, Le Notaire

- Bernois, N. 58, 1997, s. 49-79 (Aktien).
- Manavgat Çağlar, "Sermaye Piyasasına Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi
- Sistemin Esasları, *AÜHFD*, C.50, S.2, 2001, s. 159-191.
- Moroğlu Erdoğan, "Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları", *Makaleler I*,
- Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006.
- Narbay Şafak, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 (Pay Defteri).
- Narbay Şafak, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay
- Senetlerinin Devri", *EÜHFD*, C.XVI, S.3-4,2012, s.201-251. (Devir).
- Oğuzman Kemal /Seliçi Özer /Özdemir Oktay Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- 2015.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat
- Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- 2014.
- Pulaşlı Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992.
- Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi C.I,II, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,
- Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- Sevi Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Şıpka Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya ilişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Tekinalp Ünal, Anonim Oraklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri ile Birlikte,
- Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Teoman Ömer, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları
- Üstüne Düşünceler", Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- C.I 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000,s. 46-59.

- Töremiş Ebru, Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında
Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, *GÜHFD*, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, 77- 102.
- Uzel Necdet, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na
Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Ülgen Hüseyin, Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı Pay Senetlerinin (Ciro Yerine) Ayrı Bir
Temlikname ile Devri Caiz midir? İkt. Mal., 1980, C. 27, S.1, s. 18-25.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku,
On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yıldırım Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2014.
- Yıldız Şükrü/Özbay İbrahim, "Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı", Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 15 Aralık 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 7-40.
- Yılmaz Lerzan, "İsviçre Borçlar Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay
Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu", *İBD*, C.60, S.4, 2007, s. 1571-1595.
- Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Zeytin Zafer/Ergün Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.