

161770

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK ve AZERBAYCAN HUKUKU
İLE MUKAYESELİ OLARAK
ANONİM ŞİRKETLERDE
OY HAKKI ve
KULLANILMASI**

DOKTORA TEZİ

161770

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR. İbrahim ARSLAN

HAZIRLAYAN

Server SÜLEYMANOV

KONYA – 2005

İÇİNDEKİLER

İçindekiler.....	I
Kısaltmalar.....	XI
Yararlanılan Kaynaklar.....	XII

GİRİŞ

§ 1 KONUNUN ÖNEMİ ve AMACI.....	1
§ 2 KONUNUN SINIRLANDIRILMASI ve İNCELENİŞ ŞEKLİ.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM ANONİM ŞİRKETLERDE OY HAKKI, KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

§ 3 GENEL OLARAK.....	9
§ 4 OY HAKKI VE ÖZELLİKLERİ.....	10
I. OY HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ.....	10
A. OY HAKKININ TANIMI.....	10
B. OY HAKKI KULLANIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	12
II. OY HAKKININ KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ.....	20
A. OY HAKKININ KAPSAMI.....	20
1. Oy Hakkı İle İtibari Değer Arasındaki İlişki.....	22
a. Alman Hukukunda.....	22
b. Fransız Hukukunda.....	23
c. İtalyan Hukukunda.....	24
d. İspanya Hukukunda.....	25
e. Hollanda Hukukunda.....	25
f. Avrupa Birliği Hukukunda.....	26
g. Amerikan ve İngiliz Hukuklarında.....	26
h. Türk Hukukunda.....	27
i. Azerbaycan Hukukunda.....	34
2. Oy Hakkı İle Pay Bedelinin Ödenme Oranı Arasındaki İlişki.....	36

B. OY HAKKININ ÖZELLİKLERİ	43
1. Oy Hakkı Sadece Pay sahibine Tanınabilir.....	43
2. Paydan Ayrı Olarak Devredilemez.....	46
3. Mahrum Bırakılamaz ve Vazgeçilmez Olması ...	48

İKİNCİ BÖLÜM GENEL KURULDA OY HAKKI SAHİBİ

§ 5 GENEL OLARAK	50
§ 6 PAY SAHİBİ	52
I. SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ.....	53
A. ASLEN İKTİSAP EDİLEN SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ	57
1. Kanuni iktisap halleri.....	67
2. Kazaî iktisap halleri	69
B. DEVREN İKTİSAP EDİLEN SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ	71
1. Açık Tipli Anonim Ortaklıklarda	72
2. Kapalı Tipli Anonim Şirketlerde	82
II. SENEDE BAĞLANMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ.....	90
A. NAMA YAZILI HİSSE SENETLERİNDE OY HAKKI SAHİBİ.....	92
1. Aslen İktisap Edilen Nama Yazılı Hisse Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi.....	93
2. Devren İktisap Edilen Nama Yazılı Hisse Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi.....	95
a. Yabancı Hukuklarda.....	95
aa. Amerikan Hukukunda	95
bb. İngiliz Hukukunda	98

cc. Alman Hukukunda.....	101
dd. Fransız Hukukunda.....	103
ee. İsviçre Hukukunda.....	104
ff. Türk Hukukunda.....	106
b. Azerbaycan Hukukunda.....	108
aa. Devir Beyanı ve Senedin Zilyetliğinin Geçirilmesi	112
bb. Pay Defterine Kayıt	118
aaa. Kayıt İçin Müracaat	122
bbb. Kaydın Yapılması	135
ccc. Pay Defterine Yapılan Kayıtların Hukuki Niteliği.....	139
cc. Azerbaycan Hukuku Bakımından Konu ile İlgili Değerlendirme	140
3. Bağlam ve Pay Defterine Kaydın Hukuki Niteliği Konusunun Genel Olarak Değerlendirilmesi	148
a. Bağlam, Pay Senetlerinin Teorik Temeline ve İşlevine Uymamaktadır	156
b. Bağlam, Halka Açık Anonim Şirket Kavramı ile Bağdaşmaz	163
B. HAMİLİNE YAZILI PAY SENETLERİNDE OY HAKKI SAHİBİ	178
1. Aslen İktisap Edilen Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi.....	179
2. Devren İktisap Edilen Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi.....	180
§ 7 İNTİFA HAKKI SAHİBİ	181
§ 8 PAYIN REHİN veya HAPİS KONUSU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ.....	197
I. PAYIN REHİN KONUSU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ	197
II. PAYIN (PAY SENEDİNİN) HAPİS KONUSU OLMASI HALİNDE ve DİĞER BENZER HALLERDE OY HAKKI SAHİBİ.....	202

A. PAYIN HAPİS KONU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ	202
B. DİĞER BENZER HALLERDE OY HAKKI SAHİBİ	204
1. Hacze Konu Olan Paylarda Oy Hakkı Sahibi ...	204
2. İflasa Konu Olan Paylarda Oy Hakkı Sahibi	207

III. BÖLÜM İMTİYAZLI PAYLARDA OY HAKKI

§ 9 İMTİYAZLI PAY KAVRAMI	209
I. GENEL OLARAK	209
II. İMTİYAZLI PAY KAVRAMI ve TEMEL NİTELİKLERİ	211
A. İMTİYAZLI PAYIN TANIMI	211
B. İMTİYAZLI PAYLARIN TEMEL NİTELİKLERİ	212
1. İmtiyaz Paya Bağlanmalıdır	212
2. İmtiyaz, Payların Bir Kısımına Üstünlük Tanınarak Oluşturulabilir	215
3. İmtiyazların Ana Sözleşmede Öngörülmesi Zorunluluğu	224
4. İmtiyazların Özel Olarak Korunması	227
§ 10 OY HAKKINDA İMTİYAZ	229
I. OY HAKKINDA İMTİYAZIN TANINMASI NEDENLERİ	229
II. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ	232
III. YABANCI HUKUKLARDA OY HAKKINDA İMTİYAZ	235
A. OY HAKKINDA İMTİYAZI YASAKLAYAN SİSTEMLER	236
1. Alman Hukuku	236

2. İtalyan Hukuku	236
3. Diğer Kara Avrupa Ülke Hukukları ve Avrupa Topluluğu Hukuku.....	237
B. OY HAKKINDA İMTİYAZA İZİN VEREN SİSTEMLER	238
1. Fransız Hukuku	238
2. İsviçre Hukuku.....	239
3. Diğer Kara Avrupa Ülke Hukukları	239
4. Amerikan ve İngiliz Hukukları	241
IV. AZERBAJYAN HUKUKUNDA OYDA İMTİYAZ	243
A. OY HAKKINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME	243
B. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANINMASININ ZAMANI	246
1. Kuruluş Aşamasında Oy Hakkında İmtiyazın Tanınması	247
2. Oy Hakkında İmtiyazın Kuruluştan Sonra Tanınması	248
a.. Sonradan İhdas Olunan Yeni Paylar Lehine Oyda İmtiyaz Tanınması	248
b. Ana Sözleşme Değişikliği ile Mevcut Paylara Sonradan Oyda İmtiyaz Tanınması	252
C. OY HAKKINDA İMTİYAZIN SINIRLARI	253
1. İmtiyazlı Oy Hakkının Kullanılması Bakımından	254
2. Oyda İmtiyazın Üst Sınırı.....	255
a. Konu ile İlgili Görüşler.....	255
b. Kişisel Değerlendirme ve Kanaatimiz.....	257
V. OY HAKKINDA İMTİYAZIN YERİNDELİĞİ.....	261
§ 11 KÂR VE/VEYA TASFİYE BAKİYESİNDE İMTİYAZLI OYDAN YOKSUN PAYLAR.....	268
I. KÂRDA VE/VEYA TASFİYE BAKİYESİNDE İMTİYAZLI OYDAN YOKSUN PAY KAVRAMI ..	268

II. BENZER MENKUL KIYMETLERLE	
KARŞILAŞTIRILMASI.....	271
A. KATILMA İNTİFA SENETLERİYLE	271
B. TAHVİLLERLE	278
III. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAYLARIN İHRAÇ	
ŞARTLARI	280
A. ANA SÖZLEŞMEDE HÜKÜM BULUNMASI ...	280
B. NAMA YAZILI OLMASI	281
C. İHRAÇ USULÜ	282
D. İHRAÇ SINIRINA UYULMASI	284
E. PAYLARIN İTİBARI DEĞERİ	285
IV. OYDAN YOKSUN PAY SAHİPLERİNİN	
HAKLARI	285
A. MALİ HAKLAR.....	287
1. Kar Payı Hakkı.....	287
2. Tasfiye Bakiyesine Katılma Hakkı.....	288
3. Bedelsiz Pay Alma Hakkı	289
4. Yeni Payları Almada Öncelik Hakkı (Rüçhan	
Hakkı)	290
B. ŞAHSİ NİTELİKTEKİ HAKLARI.....	291
1. Genel Kurula Katılma Hakkı	291
2. Oy Hakkı	292
3. İptal ve Mesuliyet Davalarını Açma Hakkı	298
4. Azınlık Hakları.....	301
V. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ	
ÖZEL KURULU	302
VI. AZERBAYCAN HUKUKUNDA MEVCUT	
DURUM.....	303
A. KONUSU İLE İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ	
DÜZENLİ ve UYUMLU OLMAYIP,	
KARMAŞIKTIR.....	305
B. İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ KONUNUN	
DÜZENLENMESİ BAKIMINDAN YETERSİZ	
KALMAKTADIR.....	308

1. İmtiyazların Konusu ve Niteliği Bakımından ...308
2. İmtiyazların Korunması Bakımından314

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OY HAKKININ KULLANILMASI

§ 12 OY HAKKININ KULLANILMASINA HAKİM

OLAN İLKELER	322
I. GENEL OLARAK	322
II. OY HAKKININ KULLANILMASINDA KABUL	
EDİLEN İLKELER.....	322
A. OY HAKKI GENEL KURULDA ALINAN	
KARARLAR BAKIMINDAN SÖZ	
KONUSUDUR.....	322
1. Oy Hakkının Ancak Genel Kurula Katılarak	
Kullanılabileceğini Öngören Sistemler	324
2. Oy Hakkının Genel Kurula Katılmaksızın	
Kullanılmasına İzin Veren Sistemler	324
a. Mektupla Oy Verme	325
aa. Yabancı Hukuklarda.....	326
aaa. Fransız Hukukunda	326
bbb. Belçika Hukukunda	327
ccc. İtalyan Hukukunda.....	328
ddd. ABD Hukukunda.....	329
bb. Azerbaycan Hukukunda	331
cc. Değerlendirme	340
b. Proxy Sistemi	344
aa. Anlamı ve Özellikleri	344
bb. Proxy Sisteminin Genel Olarak	
Değerlendirilmesi ve Azerbaycan	
Hukuku Bakımından Yerindeliği	349
B. OY HAKKI KURAL OLARAK ESAS	
SERMAYEYE KATILMA ORANINA GÖRE	
KULLANILABİLİR.....	351

C. OY HAKKININ SERBESTÇE	
KULLANILABİLMESİ	352
1. Pay Sahibi Oy Hakkını Kullanmak Zorunda	
Değildir	352
2. Pay Sahibi Oy Hakkını Şahsen Kullanmak	
Zorunda Değildir	353
3. Pay Sahibi Oy Hakkını Hangi Yönde ve Nasıl	
Kullanacağı Hususunda Özgürdür	354
§ 13 OY HAKKININ KULLANILMASI USULÜ	364
I. BİRİKİMLİ OY	364
II. OY HAKKI İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR	368
A. OY HAKKININ ÖZÜNE YÖNELİK	
SINIRLAMALAR	368
1. Oy Hakkına Üst Sınır Getirilmesi	369
2. Oy Hakkının Kademeli Olarak	
Sınırlandırılması	376
3. Her Pay Sahibine Bir Oy Hakkı Tanınması	378
4. Oy Hakkının Donması	379
a. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi	
Halinde	379
b. Bağlı İşletmelerde	382
B. OY HAKKININ KULLANIMINA YÖNELİK	
SINIRLAMALAR	387
1. Oy Hakkının Belirli Gündem Maddelerine İlişkin	
Olarak Kullanılmaması	388
a. Para Dışında Konulan Sermayeye Değer	
Biçilmesinde	388
b. Oy Hakkı Sahibi ile Anonim Şirket Menfaatinin	
Karşı Karşıya Gelebileceği Diğer	
Durumlarda	395
aa. Pay Sahibi ile Şirket Arasındaki İşlerde	397
aaa. Soruna iptal ve sorumluluk davalarının	
yeterli olduğu görüşü açısından	
bakıldığında	400

bbb.	Soruna oydan yoksunluk sistemi açısından bakıldığında.....	403
ccc.	Konu ile ilgili genel değerlendirme ve kişisel kanaatimiz	404
ddd.	Konunun Azerbaycan hukuku bakımından değerlendirilmesi	408
bb.	Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasında	410
2.	Pay Bedelinin Ödenmiş Olması Şartı	418
3.	Belirli Bir Miktarda Paya Sahip Olma Şartı.....	419
C.	OY SÖZLEŞMELERİ	421
1.	Oy Sözleşmelerinin Anlamı ve İşlevleri	422
a.	Oy Sözleşmelerinin Anlamı.....	422
b.	Oy Sözleşmelerinin İşlevleri.....	423
2.	Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Çeşitleri	425
a.	Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu	425
b.	Oy Sözleşmelerinin Çeşitleri	428
aa.	Tek Taraflı Oy Sözleşmeleri	429
bb.	İki Taraflı Oy Sözleşmeleri	430
cc.	Çok Taraflı Oy Sözleşmeleri	431
3.	Oy Sözleşmelerine Uyulmamasının Sonuçları	432
4.	Azerbaycan Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.....	438
III.	GENEL KURULDA OY HAKKININ KULLANILMASI USULÜ	441
A.	EL KALDIRMAK SURETİYLE OY KULLANMA	444
B.	YAZILI ŞEKİLDE OY KULLANMA	445
IV.	OY HAKKININ PAY SAHİBİ TARAFINDAN KULLANILMASI.....	446
A.	GENEL OLARAK.....	446
B.	SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA	447
1.	Pay Sahipleri Defterinin Kayıt Kurumu Tarafından Tutulması Halinde	447

2. Pay Defterinin Anonim Şirketin Kendisi Tarafından Tutulması Halinde	461
C. SENEDE BAĞLANMIŞ PAYLARDA.....	463
1. Nama Yazılı Pay Senetlerinde	463
2. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde	472
V. OY HAKKININ TEMSİLCİ VASITASIYLA KULLANILMASI.....	480
A. TEMSİL ÇEŞİTLERİ	480
1. Rızâî Temsil-Kanuni Temsil	480
2. Genel ve Özel Yetkili Temsil.....	481
3. Açık Temsil-Gizli Temsil.....	482
4. Ferdi Temsil-Kurumsal Temsil.....	484
B. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ.....	484
1. Ferdi Temsilde	484
2. Kurumsal Temsilde.....	487
a. Yönetim Organınca Temsil	488
b. Vekalet Toplayanlarca Temsil.....	488
c. Aracı Kurumlarca Temsil	489
C. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ GEÇERLİLİK SORUNLARI.....	491
D. YETKİSİZ TEMSİL ve SONUÇLARI.....	502
1. Temsil Belgesinde Gündem Maddeleri Hakkında Pay Sahibinin İradesi İfade Olunmuşsa.....	502
a. Kullanılan oyların Geçerliliği Bakımından ...	504
b. Temsilcinin Sorumluluğu Bakımından	506
2. Temsil Belgesinde Pay Sahibinin Gündem Maddeleri Hakkında İradesi İfade Olunmamışsa.....	507
SONUÇ	508

KISALTMALAR

AİK	: Azerbaycan İcra Kanunu
AO	: Anonim Ortaklık
AOK	: Anonim Ortaklıklar Kanunu
Az.MK	: Azerbaycan Medeni Kanunu
b.	: bend
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
Del.Gen.Corp.L.	: Delaware General Corporation Law
dpn.	: dipnot
E	: Esas
ed.	: editor
eds.	: editors
f.	: fıkra
GK	: Genel Kurul
İf.K.	: İflâs Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İkt.,Mal	: İktisat ve Maliye
İsv.BK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
K	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MKK.	: Menkul Kıymetler Kanunu
POK	: Paylı Ortaklıklar Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Ser.PK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
ŞK	: Şirketler Kanunu
vd.	: ve devamı

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKIN, M.Y.:** Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002
- ANTUNES, J.E.:** “Shareholder Voting Rights in Portugal”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 231 vd.
- ARKAN, S.:** Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976
- ARNOLD, C.:** “Voting Abroad: Practical Experiences”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 391 vd.
- ARSLAN, İ.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, (Yönetim Yetkisi) Konya 1994
- ARSLAN, İ.:** Şirketler Hukuku Bilgisi, 4.baskı, Konya 1999
- ARSLAN, İ.:** Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.baskı Konya 2003.
- ARSLANLI, H.:** “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, (Pay Sahipliği) İHFM, s. 248 vd;
- ATAN, T.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, (Meclis azalarının Mesuliyeti) Ankara 1969
- AYAN, M.:** Eşya Hukuku, 3. baskı, C. III, Konya 2000
- AYTAÇ, Z.:** Anonim Ortaklıklarda İbra, (İbra) Ankara 1980
- AYTAÇ, Z.:** Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, (Hisse Senetleri) Ankara 1988

- BAHTİYAR, M.:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, (Anasözleşme) İstanbul 2001.
- BAHTİYAR, M.:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi, Batider, C. XVIII, S. 4, s. 11 vd.
- BALLAR, S.:** Anonim Şirkette Genel Kurul Öncesi HYP.S.lerinin Zilyetliği ile Hukuki Devir ve Teslimlerinin Kısıtlanması, VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1989, s. 93 vd.
- BÄR, R/BAŞGÜL, M.:** Oyda İmtiyazlı Hisse Senedi İhdas Eden Sermaye Artırımlarında Karar Yetersayısı, Batider, C.XIV, S. 2, s. 167 vd.
- BAUMS T./BUXBAUM R./HOPT K. (eds),** *Institutional Investors and Corporate Governance*, Berlin 1994.
- BAUMS, T.:** “Shareholder Voting Rights and Practices in Germany”, in: Baums/Wymeersch (eds.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, London 1999, s. 109 vd.
- BİRSEL, M,** Anonim Şirketlerde Kar Kavramı, C. I, İzmir, 1973
- BİRSEL, M.,** “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, Batider, C. VIII, S. 3, s. 41 vd.
- BLOCH, K. (çev. Teoman, Ö):** Payların Bölünmesinin Hukuki Koşulları ve Etkileri, İkt.Mal. C. 24, s. 17 vd.
- BUDAK, A.C.:** İngiliz Şirketler Hukukunun ana Hatları, Batider, C. XVI, S. 1, s. 75 vd.
- CHARLESWORTH/MORSE,** “Company Law”, Sixteenth Edition, London 1999.

CHINMOY GHOSH/SIRMANS.: Board Composition, Control of Shareholder Voting Rights and Performance of Real Estate Investment Trusts, For presentation at the Cambridge-Mastricht Conference, Second draft, June 21, 2001.

CUNNINGHAM, L. A.: The Modern Sensibility of New York's New Corporate Law, Aspen Law&Business, New York, February 1998

ÇAĞA, T.: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse senetleri, İkt.Mal., C. 17, s. 34 vd.

ÇAMOĞLU, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, (Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu) İstanbul 1972

ÇEKER, M.: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, (Oy Hakkı ve Kullanılması) Ankara 2000.

ÇEKER, M.: Halka Açık Anonim Şirketlerde Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma ve Pay Sahiplerine Çağrıda Bulunarak Vekalet Toplanması, (Vekalet Toplama) Batider, C. XVIII, S. 1-2, s. 173 vd.

DAĞ, Ü.: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996

DAVIES, P. L.: "Shareholder Voting Rights and Practices in the Unated Kingdom" , in: T. Baums/Wymeersch (ed.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 331 vd.

DAVIS, S. M.: "Bridging the Accountability Gap: Anonim Agenda for Global Share Voting Reform", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 383 vd.

- DENHAM, R./PORTER, M.:** "Lifting All Boats: Increasing the payoff from Private Investment in the U.S. Economy, (Washington: Competitiveness Policy Council, 1995).
- DOĞAN, D. M,** Büyük Türkçe Sözlük, 4.baskı, Ankara 1986
- DOMANIÇ, H.:** Türk Ticaret Kanununun Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.
- DOMANIÇ, H.:**, Nominal Değerleri Eşit Anonim Şirket Hisselerinde Rey İmtiyazı, İkt.Mal., C. 17, s. 69 vd.
- DRUEY J.N.:**, "General Report", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 367 vd.
- DURAL, M.:** Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 2. bası, İstanbul 1984.
- EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R.:** The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge, Mass 1996
- EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R.:** "The Corporate Contract", in: Beckbuk(ed), *Corporate Law and Economic Analysis*, Cambridge 1991
- EREN, F.:** Borçlar Hukuku, C. I, 6.bası, İstanbul 1998
- ERİŞGİN N.:** Toplu Saklamada Saklatanlar Arasındaki İlişkiler ve Hukuksal Sonuçları, Batider, C. XXII, S. 1, s. 157 vd.
- GEORGAKOPOULOS, L.N.:** "Shareholder Voting Rights and Practices in Greece", in: T. Baums/Wymeersch (eds.), "Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 131 vd.
- GOMARD B.:** "Shareholder Voting Rights and Practices in Denmark", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 57 vd.

GOWER L.C. B.: Principles of Modern Company Law, 5th edition, Aylesbury, Bucks, 1992.

GUGLER C.: “Corporate Governance and Economic Performance: A Survey”, Department of Economics, University of Vienna, 1998

GUYON Y.: “Shareholder Voting Rights and Practices in France”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 95 vd.

GÜRISOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, 2. baskı, Ankara 1984.

HAMILTON R.W.:, “Cases and Materials on CORPORATIONS : Including Partnerships and Limited Liability Companies” 16th Edition, ST. Paul 1998

HERMIDA, A.J.T.: “Shareholder Voting Rights and Practices in Spain”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 257 vd

HİRSCH, A. (çev. Öcal, A): Oyda imtiyazlı Hisse Senedi ihracına İlişkin Bir Görüş, Batider, C. XIV, S. 3, s. 101 vd.

HİRSCH, A./HENRY, P. (çev. A. Öcal), Ortaklar Arasındaki Sözleşmelerin İcrasında En Emin yol: Hisse Senetlerinin İştirak Halinde Mülkiyeti, Batider, C. XII, S. 2-3, s. 123 vd.

İMRE, Z.: Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik, İHFM., C. XVIII, S. 3-4, s. 741 vd.

İMREGÜN, O.: Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968

İMREGÜN, O.: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989

İMREGÜN, O.: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri (Menfaat İhtilafları), İstanbul 1962).

İMREGÜN, O.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1993.

JAEGGİ P. (çev. Teoman, Ö.): Anonim Ortaklıklar Hukukunun Çözümlememiş Sorunları, İkt. Mal. C. XXII, S. 1 (Nisan 1975), s. 21

JENSEN, M.C./MECKLING, W.H.: “Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, in: R. Romano (ed.) Foundations of Corporate Law, New York, Oxford University Press, 1993

JENTZ, G.A./MİLLER, R.L./CROSS, F./CLARSON, K.W.: West’s Business Law, 4th edition, Paul – New York – Los Angeles – San Francisco, 1990

KALPSÜZ, T.: Bilanço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Nedeniyle Genel Kurul Kararlarının İptali, Batider, C. X, S. 1, s. 23 vd

KANETİ, S.: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.

KARAHAN, S.: “Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması”, (HAAO Statüsü) Batider, C. XXI, S. 2, s. 27 vd.

KARAHAN, S.: “Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar”, BATİDER, C.XVIII, S. 3, s. 17 vd.

KARAHAN, S.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, (İmtiyazlı Paylar ve Korunması) İstanbul 1991

KARAYALÇIN, Y.: “Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu” (İmtiyazlı Pay Sahipleri), X. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 77 vd.

KARAYALÇIN, Y.: Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Başkanın Üstün Oyu, Batider, C. V, S. 3, s. 520 vd.

KARAYALÇIN, Y.: Yeniden Değerleme Fonu – Esas Sermaye Artırımı, VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 147 vd.

KARAYALÇIN, Y.: “İsviçre’de Borçlar Kanunu’nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler”, Batider, C. XVII, S. 1 (1993), s. 1 vd.

KAYIHAN, Ş.: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet, C. XXII, S. 1, s. 79 vd.

KENDİGELEN, A.: Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu, Batider, C. XIX, S. 1, s. 103 vd.

KENDİGELEN, A.: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, (İntifa Hakkı) İstanbul 1994

KENDİGELEN, A.: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, (Yönetimde İmtiyaz,) İstanbul 1999

KENDİGELEN, A.: “İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, Prof. Dr. O. İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 335 vd.

KLAUSNER, M./ELFENBEIN, J.: “Shareholder Voting Rights and Practices in United States”, in: Baums/Wymeersch (eds.), “Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 353 vd.

KOPPENSTEİNER, H.G/F. RÜFFLER, “Shareholder Voting Rights and Practices in Austria”, in: Baums/Wymeersch (eds.), “Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 1 vd.

KÖPRÜLÜ/KANETİ, Sınırlı Aynî Haklar, 2. baskı, İstanbul 1982-1983

KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, 8.baskı, Ankara 1995

LOSS, L./SELİGMAN, J.: Securities Regulation, Boston, Little, Brown 1990

MANAVGAT Ç.: Aleni Pay Alım Teklifi, Sermaye Piyasası Kurulu yayını, No: 64, Ankara 1997

MARCHETTİ, P./CARCANO, G./GHEZZİ, F.: “Shareholder Voting Rights and Practices in Luxembourg”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 155 vd.

MOROĞLU, E.: “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği” (Anasözleşme ve Hukuki Niteliği), Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, s. 515 vd.

MOROĞLU, E.: “Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih”, Arslanlı’ya Armağan, İstanbul 1978, s. 463 vd.

MOROĞLU, E.: “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması”, Batider 1994, C. XVII, S. 3, s. 47 vd.

MOROĞLU, E.: “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1996, s. 39 vd.

- MOROĞLU, E.:** Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1972.
- MOROĞLU, E.:** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük), İstanbul 2001, 3.baskı
- MOROĞLU, E.:** XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara1996, Tartışmalar, s. 24-25
- MOROĞLU, E.:** Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri (Oy Sözleşmeleri), 2. bası, Ankara 1996.
- MURPHY D.:** “Shareholder Voting Rights and Practices in İrland”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 139 vd.
- NOBEL, P.:** “Shareholder Voting Rights and Practices in Switzerland”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 311 vd.
- NOMER F.:** Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar (*Oydan Yoksun Paylar*), İstanbul 1994
- NOMER F.:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü (*Sadakat Yükümlülüğü*), İstanbul 1999
- OĞUZMAN K.:** Medeni Hukuk Dersleri, (Temel Kavramlar) 7. baskı, İstanbul 1994
- OĞUZMAN/ SELİÇİ,** Kişiler Hukuku, 6. baskı, İstanbul 1999.
- OĞUZMAN/ÖZ,** Borçlar Hukuku, İstanbul 1998
- OĞUZMAN/SELİÇİ,** Eşya Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992
- ÖÇAL A,** Anonim Şirket Genel Kurullarında Mektupla Oy Kullanma - Fransa Örneği -, (Mektupla Oy Kullanma) İkt.Mal., C. 34, s. 378 vd.

- ÖÇAL, A.:** Anonim Şirketlerde Beyaza Yetki Sorunu (Beyaza Yetki) Batider, C. VIII, s. 67 vd.
- ÖZTEK, S.:** Fransız Hukukunda Oy Hakkından Yoksun Kar Payında Öncelikli Hisse Senetleri, Batider, C. XI, S. 3, s. 91 vd.
- POROY R.:** Holdingler, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1964, s. 427 vd.
- POROY/TEKİNALP,** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 13. baskı, İstanbul 1998.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU,** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.bası, İstanbul 2000
- POSTACIOĞLU, İ.:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti ile ilgili Bazı Meseleler, Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 479 vd
- PRÜM, A./CORBİSİER, İ.:** “*Shareholder Voting Rights and Practices in Luxembourg*”, in: Baums/Wymeersch (eds.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, London 1999, s. 183 vd.
- PULAŞLI, H.:** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri (Pay Senetleri), Ankara 1992.
- PULAŞLI, H.:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları (Şarta Bağlı İşlemler), Ankara 1989.
- PULAŞLI, H.:** Şirketler Hukuku, İstanbul 1995
- SANDERS, P.:** Dutch Company Law, 1997 London
- SAYMEN/ELBİR,** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963

SCHMID, F.A. Voting Rights, Private Benefits and Takeovers,
<http://research.stlouisfed.org/publications/review/02/01/35-46Schmid.pdf>.

SCHWARZ, A.B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (Terc. B. Davran), İstanbul 1948

SERGEEVA, A./TOLSTOGO, K.: Grajdanskaya Pravo, C. I, Moskva 1998

SİRMEN, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992

SKOG, R.: “Shareholder Voting Rights and Practices in Sweden”, in: Baums/Wymeersch (eds) Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 289 vd.

STAPLEDON G.P.: İntitutional Investors and Corporate Governance, Oxford 1996.

STEİGER, F. (çev. Çağa,): İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

TANDOĞAN, H.: Anonim Şirketlerde Hissedarların Umumi Heyete İştirak ve Rey Haklarının Esas Mukavele ile Tahdidi, I. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1960, s. 98 vd.

TANDOĞAN, H.: Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider, C. I, S. 1, s. 1 vd.

TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1993.

TEKİL F, Anonim Şirketler Hukuku, 2.bası, İstanbul 1998

TEKİNALP Ü.: Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, (Tüzel Kişilerin Temsili) Ankara 1965

TEKİNALP Ü, İki Güncel Sorunun Çözümünde Teorik Yaklaşım Denemesi: AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme – Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Hukuki Niteliği, Batider, C. XVII, S. 2, s. 29 vd..

TEKİNALP Ü, Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olmayacağı Sorunu, İkt.Mal., C. XVIII, S. 8, s. 300 vd.

TEKİNALP Ü.: Katılma İntifa Senetleri, Batider, C. VI, S. 2, s. 297 vd.

TEKİNALP, Ü.: “İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar”, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 1 vd.

TEKİNALP, Ü.: Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXIX, S. 7-8-9, s. 249 vd.

TEKİNALP, Ü.: Bedelsiz Paylara Hak Kazanma Sorunu, VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s. 127 vd.

TEKİNALP, Ü.: Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi, İkt.Mal., C. 25, s. 78 vd.

TEKİNALP, Ü.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, (Yönetime Katılma) İstanbul 1979.

TEKİNALP, Ü.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Rüçhan Hakları ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. C. XXX, S. 2, s. 73 vd.

TEOMAN, Ö.: “Alman Paylı Ortaklıklar Kanunundaki Düzenlemeye Göre Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, (Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı) İkt. Mal. C. 24, S. 12, s. 504 vd.

TEOMAN, Ö.: “Alman ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Bedelinin Ödeme Oranının Oy Hakkına Etkisi ve Türk Sistemi Üzerine Düşünceler” H. Arslanlı’ya Armağan, (Arslanlı Armağanı) İstanbul 1975, s. 699 vd.

TEOMAN, Ö.: “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi” (Birim Değer), İkt. ve Mal., C. 19, S. 12, s. 498 vd.

TEOMAN, Ö.: “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu”, (Oydan Yoksunluk) İstanbul 1983.

TEOMAN, Ö.: “Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?”, Batider, C. XVIII, S. 3, s. 1 vd.

TEOMAN, Ö.: “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir” Kuralının (TK.m. 329/3, c.2) Anlamı, İkt.Mal., C. 23, S. 9, s. 374 vd.

TEOMAN, Ö.: Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, (Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması) Batider, C. XVII, S. 3, s. 39 vd.

TEOMAN, Ö.: Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, (İntifa Senetleri) İstanbul 1978.

TEOMAN, Ö.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Oy Hakkının Sonradan Bir Anasözleşme Değişikliği ile Sınırlandırılmasının Anayasaya Aykırı Olmadığı Konusunda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin Bir Kararı, İkt.Mal., C. 23, S. 10, s. 418 vd.

- TEOMAN, Ö.:** Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, (Bağlı Nama Yazılı Pay ve HAAO) İkt. Mal. C. 19, S. 1, s. 23 vd.
- TEOMAN, Ö.:** Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri (Katılma İntifa Senetleri), İkt.Mal., C. 31, S. 1, s. 17 vd.
- TEOMAN, Ö.:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1192-1993, Ankara 1995
- TİMMERMAN, L.:** “Shareholder Voting Rights and Practices in Netherlands”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 209 vd.
- TOIVIAINEN, H.:**, “Shareholder Voting Rights and Practicies in Finland”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 77 vd.
- TUHR, A.:** Borçlar Hukuku (çev. C. Edege), 2. bası, Ankara 1983.
- Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998.
- ULUSOY, Y.:** Sermaye Piyasası Kanununun Yorum ve Açıklaması, Ankara 1981.
- ÜLGEN, H.:** “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanın Üstün Oyu, Batider C. VI, S. 4, s. 667 vd.
- ÜLGEN, H.:** Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Halinde Oy hakkının Malik Tarafından Kullanılmasını Öngören Sözleşmelerin Geçerliliği, İkt.Mal., C. 23, s. 488 vd.

WYMEERSCH E.: “Shareholder Voting Rights and Practices in Belgium”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 21 vd.

YASAMAN, H.: Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992

YILDIZ, Ş.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından EŞİT İŞLEM İLKESİ, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, A.: Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 3. baskı, Ankara 1992

ZEVKLİLER, A.: Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 4. baskı, Ankara 1995.

[www. Company Law Club/library_fr.htm](http://www.CompanyLawClub/library_fr.htm)

[www. ICGN Global Share Voting Principles.htm](http://www.ICGNGlobalShareVotingPrinciples.htm)

www.bvca.co.uk/publications/europeinvesting/BVCA%20Spain.pdf

www.bvca.co.uk/publications/europeinvesting/BVCA%20Spain.pdf.

www.companylawclub.co.uk/members/topics/faq125.htm;

www.domini.com/shareholder-advocacy/Proxy-Voting/index.htm;

www.japanlaw.co.jp/gov/attch2.html.

www.japonlaw.co.jp/corp/attch4.htm;

www.research.stlouisfed.org/publications/review/02/01/35-46Schmid.pdf.

www.sec.gov/rules/submitcomments.htm.

www.teijin.co.jp/english/Investors/page/020530Reference/020530ReferenceMaterial.pdf

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/2000/invest/pdf/nestor.pdf>.

www.state.de.us/corp/DElaw.htm

GİRİŞ

§ 1 KONUNUN ÖNEMİ ve AMACI

XX. yüzyılda yaşanan ekonomik gelişmeye paralel olarak serbest ekonomik düzeni benimsemiş olan sistemlerde kişiler, ortak bir iktisadi amacı gerçekleştirmek uğrunda sürekli olarak birleşme eğilimi göstermiş ve bunun sonucunda da “ortaklıklar” ekonomik hayatın vazgeçilmez kurumları haline gelmiş bulunmaktadır. Ekonomik hayatın vazgeçilmez kurumları olarak ortaklıklar, şahıs ve sermaye ortaklıkları şeklinde gruplara ayrılmakta ve bunlardan sermaye ortaklıkları, sınırlı sorumluluk ilkesinin de büyük oranda etkisi ile, gittikçe daha fazla yaygınlaşma eğilimi göstermektedirler.

Pazar ekonomisini benimseyen sistemlerde arzu edilen kalkınmaya ulaşabilmenin temel şartlarından biri, sağlıklı bir yapı ve işleyişe sahip sermaye piyasasının olması gereğidir ki, bu da ancak halkın olabildiğince büyük oranda sermaye piyasasına çekilmesiyle mümkündür. Yani halkın katılımı olmadan sermaye piyasasının sağlıklı bir şekilde büyümesi mümkün olmayacağı gibi, meydana gelebilecek herhangi görünüşteki bir büyüme de sağlıklı bir yapıdan mahrum olacaktır. Zira böyle bir büyüme, toplumun tavanı ile tabanı arasında olan uçurumların daha da derinleşmesine ve böylece halkın sosyal yapısında huzursuzluklara neden olabilmektedir¹. Buna göre de, pazar ekonomisinin yapısına ve işleyişine ilişkin hukuki düzenlemeler yapılırken çok ortaklı şirketleşme teşvik edilmeli ve sağlıklı bir şekilde çok ortaklı şirket idaresinin işleyişinin sağlanmasına hususi bir özen gösterilmelidir.

Sermaye ortaklıkları grubunda yer alan anonim ortaklıklar, ilk ortaya çıktıklarından itibaren ekonomik ve sosyal hayatı etkileyen, büyük imkânların sağlanmasına neden

¹ S. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, Batider, C.XVIII,S.3,s. 21.

olmakla birlikte aynı derecede büyük yıkıntılara da neden olabilen kuruluşlardır². Ayrıca, anonim ortaklıklar, küçük ve dağınık tasarrufların bir araya gelmesi suretiyle büyük meblağların toplanmasını ve bunların büyük sermayeye ihtiyaç duyulan yatırım alanlarına aktarılmasını en kolay şekilde temin eden ve böylece aynı zamanda hem de halk kapitalizmine yol açan bir ortaklık türüdür. Bütün bu özelliklerinin yanı sıra, genelde kanun koyucuların da çeşitli müdahale, teşvik ve etkinlikleri sayesinde anonim ortaklıklar, ekonomileri belli bir düzeye ulaşmış bulunan serbest piyasa ekonomisine dayalı sistemlerin temel direği haline gelmişlerdir.

Anonim ortaklıkta her pay, malikine çeşitli haklar sağlar. Bu haklar, genel olarak doktrinde mali nitelik taşıyan haklar (kâr payı, rüçhan hakkı, tasfiye bakiyesine katılma hakkı vs.) ve kişisel nitelik taşıyan haklar (genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, oy kullanma, inceleme ve denetleme hakkı vs.) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Paydan doğan bu haklar arasında yer alan oy hakkının özel ve ayrı bir önemi vardır. Çünkü, genel kurul kararının alınmasında, yani ortaklık iradesinin oluşmasında ve şirket yönetiminin nezaretinde en etkin bir araç oy hakkıdır. *Bu bakımdan da pay sahipliği haklarının korunması hususunda oy hakkı, bir nevi güvence niteliğini taşımaktadır.* Bu yüzdendir ki, payın sağladığı haklardan pay sahibinin tam olarak yararlanabilmesi, bir ölçüde pay sahibinin oy hakkını haiz olup olmamasına bağlıdır. Bu önemine binaendir ki, ortaklık işlerine yönelik en önemli kararın, (pay sahiplerinin oy haklarını kullanabilecekleri şirket organı olarak) genel kurulda

² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.bası, İstanbul 2003, N. 441.

alınabileceği, hemen hemen bütün kanun koyucular tarafından emredici bir şekilde düzenlenmektedir³.

Kapalı tipli anonim ortaklıklarda veya az ortaklı anonim ortaklıklarda genel kurul tam olarak işlevini eda etmemekte ve dolayısıyla da bir organ olarak genel kurulun etkinliği pek hissedilmemektedir. Zira, bu tür anonim ortaklıklarda payların büyük bir kısmı, genelde bir tek şahsın elinde toplandığından, genel kurul toplantıları bir formaliteden öteye geçmemektedir⁴. İşte bu yüzden de, bu tip anonim ortaklıklarda oy hakkı ile ilgili kuralların etkisi pek hissolunmamaktadır.

Konu incelenirken de görüleceği üzere, Azerbaycan'da anonim şirketler hukuku oldukça yeni sayılan bir hukuk dalıdır. Bunun nedeni, bağımsızlık öncesi Marksist rejimin etkisi ile Azerbaycan'da her türlü özel teşebbüsün ve üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin yasaklanmış olmasıydı. Durum böyle olunca da, özel hukuk oldukça dar bir çerçevede düzenlemiş ve tedris edilmiştir. Haliyle, söz konusu dönemde ticaret hukuku ile ilgili hiçbir düzenleme ve uygulama bahis mevzu olmadığı

³ Örneğin Avusturya hukuku bakımından bkz. **H. KOPPENSTEİNER/F. RÜFFLER**, "Shareholder Voting Rights and Practices in Austria", in: Baums/Wymeersch (eds.), "Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 5-6; Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (bundan sonra POK) § 119, 120, 179, 182, 237, 262 (bkz. **T. BAUMS**, "Shareholder Voting Rights and Practices in Germany", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 115-116; İtalyan hukuku bakımından bkz. **P. MARCHETTI/G. CARCANO/F. GHEZZI**, "Shareholder Voting Rights and Practices in Italy", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 158-159); İngiliz Şirketler Kanunu section. 366; ABD hukuku bakımından bkz. Delaware Corporation Law § 211 (ABD'deki bütün anonim şirketlerin % 50'i bu federe devlet kanununa göre faaliyet göstermektedir, bu hususla ilgili malumat için bkz. **M. KLAUSNER/J. ELFENBEİN**, "Shareholder Voting Rights and Practices in United States, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 355; Türk Ticaret Kanunu m.312.1, 316, 311, 388, 434.2 b.9, 442, 443.2.

⁴ **M. ÇEKER**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, (bundan sonra kısaca, Oy Hakkı ve Kullanılması) Ankara 2000, s. 1.

gibi, herhangi bir bilimsel çalışma ve tedris de yapılmamıştır. Bu da sonuçta, özel hukuk ve bilhassa ticaret hukuku alanında uzman kişilerin yetişmesine engel olmuştur.

İşte böyle bir ortamda bağımsızlık elde edildikten sonra, ülkenin ekonomik ve siyasal yapısı temelden değişmeğe yüz tutmuş, özel hukukun belli başlı temel dallarının hemen hepsi ile ilgili yasal düzenlemeler ve kanunlar kabul edildiği gibi, doğal olarak, anonim şirketler alanında da yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Anonim şirketler hukukunun en teknik ve kilit kavramı, pay kavramıdır. Zira, anonim şirketin hemen bütün özellikleri pay kavramı ile bağlantılıdır⁵. Fakat paya bağlı haklar içerisinde de en teknik konu idari haklardır ki, bunun da başında oy hakkı gelmektedir. Anonim şirketler hukukunun mahiyetinin anlaşılmasında ve özellikle işleyiş ilkelerinin kavranmasında oy hakkının rolü, fevkalade ve vazgeçilmez bir nitelik arz etmektedir. Anonim şirketlerin işleyiş felsefesinin iyi anlaşılması, onun faaliyet alanının sağlıklı bir şekilde düzenlenmesine uygun zeminin hazırlanması bakımından, payın sağladığı oy hakkının iyi bir şekilde hukuki bir çerçeve içerisinde düzenlemiş olması, çok büyük önem taşımaktadır. Zira, anonim şirketlerin işleyişine ilişkin sağlıklı ve amaca uygun kuralların yasal olarak düzenlenmesi, şüphesiz anonim şirketlerin gelişmesine ve yaygınlaşmasına büyük katkı sağlar. Bunun da ülke ekonomisinin gelişmesi bakımından günümüz koşulları içerisinde çok büyük bir önemi haiz olduğu, umuma malum olan bir hakikattir.

Bu bağlamda, anonim şirketlerde paydan kaynaklanan oy hakkının ele alınıp incelenmesi, aynı zamanda anonim şirketler hukukunun mahiyetinin daha iyi anlaşılmasına hizmet etmekle, özellikle Azerbaycan hukuku bakımından anonim şirket

⁵ İ. ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.baskı, Konya, 2003, s. 282.

faaliyetlerinin sağlıklı bir şekilde düzenlenmesine olumlu katkı sağlayabilir.

Ortak sayısının artması üzerine, genel kurul toplantılarının, oy hakkının ve bunlarla ilgili hukuk kurallarının önemi ve etkisi kendisini hissettirmeye başlar. Ekonominin belli bir ölçüde kalkınması ile birlikte sermaye piyasasında da gelişmeler olmakta ve bu da özellikle anonim ortaklıkların halka açılma oranında bir artışın olması ile kendisini göstermektedir. İşte bu durumda, oy hakkının ortaklık yönetimindeki önem ve etkisi daha iyi anlaşılmakta ve ortaklık yönetimini ele geçirme veya nezarete götürme çabaları nedeniyle konuya ilişkin uyuşmazlıklarla daha fazla karşılaşılmaktadır. Özellikle XX.yüzyılın son beş yılından itibaren genel olarak dünya çapında pay sahipleri tarafından oy hakkının kullanılması oranında sürekli bir artış olduğu gözlemlenmektedir⁶.

Bu açıdan, bağımsızlığını yeni kazanmış Azerbaycan için konu ayrı bir önem taşımaktadır. Konunun önemi, Azerbaycan Hukuku'nda anonim şirketler bakımından oy hakkı ve onun kullanılması ile ilgili hükümlerin yetersizliği ve özellikle yanlış yoruma neden olabilecek hükümlerin varlığı eklenince, çok daha kabarıklık bir şekilde kendisini hissettirmektedir. Fakat, serbest piyasa düzeni yeni benimsenmiş olduğundan ve ekonomik bakımdan henüz öyle kayda değer ciddi bir gelişme sağlanamadığından, Azerbaycan'da özel sektöre bağlı şirketleşme, şimdilik arzu edilen düzeyden çok uzaktır. Buna göre de, Azerbaycan'da özel hukuk hükümlerine tabi anonim ortaklıklar, aile tipi veya tek ortaklı bir yapıdadır. Bu yüzden, şirketler hukukunun diğer müesseselerinde olduğu gibi oy hakkı ile ilgili hukuk kurallarının da yetersizliği uygulamada henüz yeterince hissedilmemektedir. Gelecekte, Azerbaycan'da

⁶ Global çapta artış grafiği ile ilgili olarak bkz. C. **ARNOLD**, "Voting Abroad: Practical Experiences", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 392 vd.

konu ile ilgili muhtemel kanun değişiklerine olumlu katkıda bulunmayı da hedefleyerek, konunun derinlemesine ve yabancı hukuklarla karşılaştırmalı bir şekilde etraflıca incelenmesinde fayda mülahaza ediyoruz.

§ 2 KONUNUN SINIRLANDIRILMASI ve İNCELENİŞ ŞEKLİ

Oy hakkı konusunun genişliği karşısında bazı sınırlamaların da yapılması zorunluluğu vardır. Çünkü bu, belirli bir konunun etraflıca ve derinlemesine incelenebilmesinin doğal bir sonucudur. İşte bu bağlamda oy hakkına ilişkin incelemeler, “anonim ortaklıklar” ile sınırlandırılmış ve esas ağırlık da pay sahibinin şirket genel kurulunda oy hakkı ve onun kullanılmasına verilmiştir.

Bundan başka, araştırmada Azerbaycan Hukuku esas alınmış, fakat bunun sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, özellikle Türk Hukuku başta olmak üzere, diğer belli başlı hukuk sistemlerindeki düzenleme ve doktrinler de elden geldiğince dikkate alınmaya çalışılmıştır.

Giriş ve sonuç dışında inceleme konusu dört bölümde ele alınmış ve mümkün olduğu kadar kendi sınırları içinde tutulmaya çalışılmıştır. Ancak doğal olarak, gerekli görüldüğü ölçüde, tali konulara da yer verilmiştir.

Üçüncü ve dördüncü paragrafın yer aldığı birinci bölümde oy hakkı, kapsamı ve özelliklerine ilişkin hususlar üzerinde durulmuştur. Üçüncü paragrafta oy hakkı genel olarak ele alınmış, dördüncü paragrafta ise, oy hakkının mahiyeti ve işlevleri açıklanmıştır.

İkinci bölüm dört paragraftan ibarettir. Bu bölümde, oy hakkı sahibi, mukayeseli hukuk da göz önünde bulundurularak incelenmiştir. İkinci bölümde inceleme, oy hakkı sahibinin tespitine yönelik olarak yapılmış ve bu yapılırken de payın hisse senedine bağlı olup olmadığı, pay

üzerinde sınırlı aynı hakların tesis edilmiş olup olmadığı ve bunların oy hakkına etkisi, ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Üç ayrı paragrafın yer aldığı üçüncü bölümde ise, imtiyazlı paylara ilişkin oy hakkı, incelenme konusu olarak ele alınmıştır. Dokuzuncu paragrafta imtiyazlı pay kavramı genel olarak ele alınmıştır. Onuncu paragrafta ise, oy hakkında imtiyaz konusu çeşitli yönleri ile ele alınarak incelenmiştir. On birinci paragrafta, oydan yoksun paylar, özel olarak inceleme konusu yapılmıştır.

Oy hakkının kullanılması başlığını taşıyan dördüncü bölüm, iki paragraftan ibarettir. On ikinci paragrafta genel olarak oy hakkının kullanılmasına hakim olan ilkeler ele alınmıştır. On üçüncü paragrafta ise, oy hakkın kullanılması usulü ele alınmıştır. Sözü edilen paragrafta oy hakkının, pay sahibinin bizzat kendisi tarafından kullanılması ile temsilci aracılığıyla kullanılması hali, ayrı ayrılıkta ele alınarak, karşılaştırılmalı bir şekilde incelenmiştir.

Burada son olarak, **terminolojiye** ilişkin bazı hususları da belirtmemiz gerekir. Şöyle ki, çalışmada Azerbaycan hukukunda söz konusu bazı düzenlemelerle ilgili açıklamalara yer verilirken günümüzde Türkçede pek kullanılmayan (fakat normalde Türkçenin söz hazinesinde bulunan) “sehim” ibaresini kullanma lüzumu duyduk. Bu kelime, ilgili yerde açıklamalarda bulunurken de ifade edildiği üzere, anonim şirket payı anlamına gelmektedir. Yalnız şunu da derhal belirtelim ki, söz konusu ibare, sadece Azerbaycan hukukunda mevcut olan bazı düzenlemeler aktarılırken kullanılmıştır.

Bundan başka, bu çalışmada “halka açık” anonim şirketler kavramı ile birlikte aynı zamanda eş anlamlı olarak “açık tipli” anonim şirketler ibaresine de yer verilmiştir. Bunun nedeni, hem “halka açık” ibaresine oranla anlam bakımından “açık tipli” ibaresinin bize daha tutarlı (zira, kapalı anonim şirketin halka açık hale gelmesi “tip

değişirme” olarak nitelendirilmektedir) gözükmesi, hem de Azerbaycan mevzuatında söz konusu şirketlerin “açık tipli” olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE OY HAKKI, KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

§ 3 GENEL OLARAK

Oy hakkı ve onun kullanılması hususu anonim şirketler hukukunun en fazla dikkat çeken konularından biridir⁷. Çünkü, sonuç itibariyle iktisadi açıdan anonim şirketin maliki konumunda olan pay sahipliği mevkiine tanınan en önemli haklardan biri ve belki de birincisi oy hakkıdır. Zira bu hak, pay sahibine onu kullanmakla şirketin işleyişine katılma, başka bir ifade ile onun işleyişine tesir etme imkânı sağlayabilmektedir. Şöyle ki, oy hakkı pay sahibine, hem paydan kaynaklanan malvarlığı hakları ile ilgili çıkarlarını koruma, hem de anonim ortaklığın yönetimi ve denetimi bakımından etkili olabilme imkânını sağlayabilmektedir.

Böylece pay sahibinin oy hakkı, bir yönü ile şirket yönetim ve denetimine katılma, diğer bir yönü ile de malvarlığı ile ilgili hakların merkezinde yer almakla temel pay sahipliği haklarından biri konumundadır. Ayrıca yapılan araştırmalar⁸ da ortaya koymaktadır ki, pay sahiplerinin şirket işlerine nezaret oranı ve özellikle de genel kurulda oy verme oranı ve imkânı arttıkça şirketin performansında da yükseliş olur.

⁷ BAUMS, s. 110.

⁸ Bkz. C. GUGLER, "Corporate Governance and Economic Performance: A Survey", Department of Economics, University of Vienna, 1998, s. 14 vd; R. DENHAM, M. PORTER, "Lifting All Boats: Increasing the payoff from Private Investment in the U.S. Economy, (Washington: Competitiveness Policy Council, 1995).

Bundan başka, sağlıklı ve kolayca oy verme imkânı sağlayan düzenlemeler şirket yöneticilerini ve bilhassa yönetim kurulunu, pay sahiplerine karşı daha sorumlu olmaya mecbur etmekle, şirkete gayri maddi kazançlar da – örneğin, şirketin mali cihetten daha da sağlamlaşmasına ve uluslararası rekabet gücünün artmasına yardım edebilmektedir⁹. Bu önemine binaen olsa gerek ki, uluslar arası örgütler olan İktisadi Teşkilatların Kurulması ve Kalkınması (OECD) örgütü ile Uluslararası Kooperatif İdareme Ağı (ICGN) örgütü, pay sahiplerince oy hakkının kullanılmasında karşılaşılan problemleri mümkün merteye ortadan kaldırmak amacıyla bu konudaki yasal düzenlemelere kılavuz olabilecek bir öneri paketleri hazırlamışlar¹⁰.

Yalnız burada şunu da belirtmeden geçmek istemiyorum: küçük orandaki pay sahipleri açısından oy hakkı bir çok hallerde belki bu kadar önemli olmayabilir, onlar açısından yukarıda ifade edilen hususlarla ilgili dava açma hakkı daha etkili ve dolayısıyla daha önemli bir hak sayılabilir. Zira, değişen ekonomik koşullara ayak uydurma gereği, anonim şirketlerde çoğunluk ilkesinin kabulünü zorunlu kılmıştır. Söz konusu ilke gereğince de küçük pay sahiplerinin oyları önemli ölçüde etkisiz kalabilmektedir.

§ 4 OY HAKKI VE ÖZELLİKLERİ

I. OY HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ

A. OY HAKKININ TANIMI

Yasal açıdan baktığımızda oy hakkı, pay sahiplerinin iştiraki ile şirket genel kurulunun teşkilini ve bu organdan karar

⁹ S. M. DAVIS, “Bridging the Accountability Gap: Anonim Agenda for Global Share Voting Reform”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 383.

¹⁰ Tam metin için bkz. OECD Principles of Corporate Governance (1999); ICGN Global Share Voting Principles (Adopted 10 July 1998).

alınmasını sağlayan bir haktır. Aynı zamanda oy hakkının kullanılması, pay sahibine şirket işlerine iştirak etme ve hatta onu etkileme imkânını sağlar. Zira şirketin işleyişi ve bünyesi ile ilgili en temel konulardaki karar esasen şirket genel kurulu tarafından alınmaktadır. Ancak ne var ki, anonim şahıslara değil, daha ziyade sermayeye dayalı bir ortaklık şirket olması hasebiyle (ve tüzel kişiliğin bir uzantısı olarak) onun ortakları, şirketin işleyişine doğrudan değil, dolayısıyla katılmaktadırlar. Şöyle ki, şirketin varlığı ve devamı ortaklarının şahsından bağımsız olduğu gibi, yönetim ve temsili de bizzat pay sahiplerince değil, anonim ortaklığın organları tarafından yerine getirilir¹¹. Ancak şirketin yönetim ve temsil organı konumundaki yönetim organı, genel kurulun kararı ile bağlı olduğundan ve üyelerinin seçim ve azli, son neticede genel kurulun yetkisi dahilinde bulunması hasebiyle, pay sahiplerinin şirket işlerine oyları ile katılması, dolaylı nitelik arz etmektedir.

Şimdi bu açıklamalardan sonra, ileride oy hakkının özelliklerine ilişkin yapılacak olan açıklamaları da göz önünde bulundurarak oy hakkını şöyle tanımlamak mümkün: **Mahrum olunması ve feragat edilmesi mümkün olmayan ve sahibine GK toplantılarında alınan kararın oluşumuna katkıda bulunmak suretiyle şirketin bünyesi, yönetimi ve temsili**

¹¹ Azerbaycan Hukuku'nda şirket denetimi, denetim organının (ki, ancak halka açık olan anonim şirketler bakımından bu organ zorunlu bir organ olarak öngörülmüştür) yanısıra, yasal bir zorunluluk olarak bağımsız yeminli müşavirler tarafından da yapılmaktadır (AZ.MK.m. 107.6). Bundan başka, şirketin yönetim faaliyetini daimi denetiminde tutan ve görevi esasen yönetim kurulunu denetlemek olan özel bir direktörler şurası (supervisory board) diye isimlendirebileceğimiz ayrı bir organ daha vardır (direktörler şurası, halka açık anonim ortaklıklar bakımından zorunlu bir organdır. AZ.MK.m. 107.3).

konularında şirket iradesine etkili olabilme yetkisini sağlayan paysahipliği hakkına, OY HAKKI denir¹².

B. OY HAKKI KULLANIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Hemen baştan belirtelim ki, oy hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde fikir birliğine varılamamıştır. Bunun başlıca sebebi, anonim ortaklıklardaki oy hakkının hukuki niteliğinin belirli bir hukuki kalıba tam tamına uymamasıdır. Fakat ortaklık genel kurulunda oy kullanan (bu oy ister olumlu, isterse de olumsuz olsun, fark etmez) pay sahiplerinin bir irade beyanında bulduklarından şüphe edilmemelidir. Zira genel kurula katılıp oy kullanan pay sahipleri, bununla genel kuruldan belirli bir teklifin karar olarak çıkarılmasını veya çıkarılmamasını istediklerini (yani hukuki bir sonuca yönelmiş arzularını) açıklamış olurlar. Buna göre de, oy kullanımının bir irade beyanı olduğu ortadadır. Ne var ki, esasen bu konudaki tartışma, zaten söz konusu irade beyanının hukuki niteliği ile ilgilidir.

Doktrinde olan bir görüşe¹³ göre, oy hakkı niteliği gereği bir hukuki işlemdir. Bu görüş uyarınca oyun hukuki niteliği bizatihi genel kurul kararının hukuki niteliğine tabidir. Genel kurul kararı, genel kurula katılanların şirketi bağlayıcı nitelikteki irade açıklamalarının belirlenmesi anlamına geldiğine göre, pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanmaları da hukuki işlem niteliğindeki bir irade açıklamasından başka bir şey değildir. Bu görüşü savunan *Teoman*'a¹⁴ göre, hatta tek başına oyun içerdiği irade açıklamasının hukuki işlemler gibi

¹² Çeşitli tanımlar için bkz. Ö. TEOMAN, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu", İstanbul 1983, s. 3; ÇEKER, s. 7 ve orada dnp.13'de anılanlar.

¹³ TEOMAN, Oydan Yoksunluk , s. 3-4 ve orada dnp. 10'da anılanlar.

¹⁴ TEOMAN, Oydan Yoksunluk , s. 4

arzu edilen hukuki sonucu meydana getirme yeteneğinden yoksun olduğu da söylenemez. Buna gerekçe olarak da, bütün payların bir kişinin elinde toplanması halinde (tek kişi ortaklığında) veya ortakların aynı sonucu oybirliği ile istemeleri halinde, söz konusu pay sahibi veya sahipleri, toplantı başkanına iradelerini yöneltmekte ve hukuki sonuç onların arzu ettiği şekilde ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce, oy hakkının hukuki işlem olduğunu bu şekildeki gerekçelerle izahı tatminkar olamamaktadır. Çünkü, verilen örnekler, münferit oy hakkına değil yetersayıyı sağlayacak oy haklarının toplamına yöneliktir. Kaldı ki, bu gerekçeler aksi yönde kullanılan oyların hukuki niteliğini açıklamaktan yoksundur. Oy kullanan münferit pay sahibi, ancak diğer pay sahiplerinin aynı yöndeki irade açıklamalarının toplanması ile arzu ettiği sonucun sağlanabileceğinin bilincinde olarak ve sadece bu amaçla kendi iradesini açıklaması oy hakkının tam ve kesin bir hukuki işlem olduğu sonucuna götürmez. Zira bu şekilde kullanılan oy hakkına rağmen, genel kurul kararı arzu edilen sonuca yönelik olmayabilir, yani münferit pay sahibinin irade açıklaması, arzu edilen bir sonuca yönelmiş olsa da hukuk, açıklanan bu arzuya uygun sonuç meydana getirmemektedir. Kısacası, bu durumda yapılan beyan, arzu edilen hukuki sonucu doğurmamaktadır.

Doktrinde olan diğer bir görüş¹⁵, oy hakkının bir *maddi fiil* olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, oyun içerdiği **irade beyanının** tek başına arzu edilen hukuki sonucu (yani genel kurul kararını) meydana getirme yeteneğinden yoksundur ve buna göre de tek başına genelde değer taşımayan oyun (böylece onun içerdiği irade beyanının) ancak diğer oylarla (yani aynı doğrultudaki irade beyanları ile) birlikte

¹⁵ Ü. DAĞ, “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması” İstanbul 1996, s.6 ve orada dnp. 13’de anılanlar.

değerlendirildiklerinde, kanunda veya esas mukavelede öngörülen toplantı ve karar nisaplarını oluşturuyorlarsa, ilgili konuda arzu edilen kararın alınması sonucunu sağlarlar. Böylece, genel kurulda oylamaya sunulan hususlar hakkında karar alınmasına ilişkin hukuki sonuç, oy haklarının kullanılması suretiyle açıklanan pay sahiplerine ait münferit irade beyanlarına değil, bunların meydana getirdiği değişikliğe bağlanmıştır. Oy hakkının maddi fiil olduğunu savunanlardan biri olan Dağ'a göre, "maddi fiil: Kendisine değil de, kendisinin meydana getirdiği maddi değişikliğe bir hukuki sonuç bağlanmış irade açıklamalarıdır"¹⁶.

Oy hakkının maddi fiil olduğu yönündeki bu görüşe de kanaatimizce, katılmak pek mümkün değildir. Çünkü, maddi fiiller bir irade açıklaması değil, bir iş veya emek açıklaması teşkil eden fiillerdir. Zira hukuki sonuç, **irade açıklamasına değil de, insanların meydana getirdiği bir maddi değişikliğe bağlanmışsa**, maddi fiil söz konusu olur¹⁷. Misal vermek gerekirse, örneğin bir kimsenin başkasına ait olduğunu bilmediği bir malı kendi malının bütünleyici parçası haline getirmesi (hukuki sonuç: asıl şeyin maliki bütünleyici parçaya da malik olur, Az.MK.m. 135.10) veya iyi niyetli bir kimsenin, başkasına ait bir malı işleyerek çok daha değerli bir ürün meydana getirmesi (hukuki sonuç, yeni değerli ürün, onu meydana getiren iyi niyetli kimsenin mülkiyetine geçer, AZ.MK.m. 188.1,c. 2) gibi fiiller hukuki sonuç doğuran birer maddi fiillerdir. Fakat sözü edilen bu maddi fiillerin aynı zamanda birer irade açıklaması mahiyetinde olması

¹⁶ DAĞ, s. 6 dph. 12.

¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, s. 37; K. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, 7. baskı, s. 99; A.B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, (Terc. B. Davran) İstanbul 1948, s. 159; von TUHR, Borçlar Hukuku (Terc. C. Edege), İstanbul 1952, s. 178.

zorunluluğu kesinlikle söz konusu değildir. Zaten hukuki işlem benzerleri ile maddi fiiller arasında en temel fark da işte bu noktada, yani maddi fiillerden farklı olarak hukuki işlem benzerlerinde irade açıklamasının zorunlu bulunması noktasındadır¹⁸.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, esasen oy kullanımının bir irade açıklaması olduğu tartışmasız bir gerçektir. Fakat, gene yukarıda yer verilen görüşlerden anlaşıldığı üzere, bu irade beyanı kanaatimizce, hukuki işlemlerin bütün unsurlarını taşımamaktadır ve dolayısıyla da bunların tam bir hukuki işlem olduğunu söyleyemeyiz. Oy hakkının kullanımına ilişkin irade beyanı, ne hukuki işlemlerin, ne hukuki işlem benzerlerinin ve ne de maddi fiillerin ayrı ayrılıkta bütün unsurlarını taşımamaktadır. Buna göre de, kanaatimizce, genel kuruldaki oy hakkının kullanımına ilişkin irade açıklamasını zorlama bir usulle illa da bu kategorilerden birine ait etmek doğru değildir.

Oy hakkının kullanımı, kendine özgü (sui generis) bir irade beyanı olup, menfaatler dengesi ve pratik ihtiyaçlar gereği yapısının elverdiği ölçüde, hukuki sonuç doğurabilen irade beyanlarının ana temelini teşkil eden ve buna göre de (bu tür irade beyanları içerisinde) en geniş bir şekilde hukuki normlar tarafından düzenlenmiş bulunan hukuki işlemlerin tabi olduğu hukuki rejime bağlıdır. Demek ki, pay sahibinin genel kuruldaki oy kullanımı, bazen hukuki işlemlerde olduğu gibi muteberlik (özellikle iradeyi ifsat eden sebepler) açısından sakat olabilir ve bu yüzden de söz konusu oy kullanımının iptali ve bunun hukuki sonuçları sorunu ile karşılaşılabılır.

Doktrinde, hukuki işlemler hakkındaki hükümlerin ve bilhassa irade sakatlığı sebebiyle fesih ve butlana ilişkin hükümlerin (Az.MK.m. 339.2-5; 347 ve 354) bir irade beyanı olan oy hakkının kullanılması hakkında uygulanacağı

¹⁸ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 39.

genellikle kabul edilmektedir¹⁹. Burada bir şeyi de önemle belirtmek gerekir ki, hata, hile veya ikrah sonucu belirli bir yönde kullanılan oyların iptal edilmesi neticesinde genel kurul kararının gerekli yetersayıyla alınmadığı tespit olunursa, bu genel kurul kararının yokluk veya butlanla malul olduğu anlamına gelmez. Yani nasıl ki gerçek kişilerce yapılan hukuki muamelelerde hata, hile veya ikrah sebebiyle iptale kadar gerçek irade değil de görünüşteki irade esas alınır, aynen onun gibi bu tür durumlarda da genel kurul kararı bakımından hukuki görünüş esas alınarak onun meydana geldiği kabul edilmektedir. Aksinin kabulü menfaatler dengesine aykırı olacağı gibi, hukuki işlemlerde cari olan güvenlik ilkesine de aykırı olur.

Fakat burada hemen şunu da belirtelim ki, hukuki işlemlerin muteberlik sebeplerine ilişkin hükümlerin hemen hepsinin oy hakkının kullanılmasında da geçerli olduğu söz konusu olamadığı gibi (örneğin, Az.MK. m. 339.1; 341 ve 357’de düzenlenen gabin veya latife beyanı ya da işleme sonradan icazet verme ile ilgili hükümlerin), hata, hile ve ikraha ilişkin hükümler dahi genel kurulda oy kullanma müessesesinin bünyesinin elverdiği ölçüde uygulanabilme imkânına sahiptirler. Nitekim, hukuki işlemler şarta bağlı olarak yapılabildiği halde, pay sahibinin genel kurulda oy hakkını şarta bağlı olarak kullanamayacağı doktrinde kesin bir şekilde ifade edilmektedir²⁰. Bunun temel nedeni, biraz yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere, oy hakkı kullanımının salt bir hukuki işlem niteliğinde olmamasıdır.

¹⁹ **E. MOROĞLU**, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü” İstanbul 2001, 3.baskı, s. 8 ve orada dpn.12’de anılanlar; **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 4; **DAĞ**, s. 6; **ÇEKER**, s. 14.

²⁰ **H. PULAŞLI**, “Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s. 124; **ÇEKER**, s. 16.

Keza doktrindeki yazarlar²¹da, genel kurul toplantısının bitiminden sonra hata, hile veya ikrah nedeniyle verilmiş oyların iptalinin esasen irade sakatlığı nedeniyle hukuki işlemlerin iptali için genel zamanaşımı süresi içerisinde değil de, genel kurul kararının iptaline ilişkin zamanaşımı süresi içerisinde dava yolu ile istenebileceğini belirtmektedirler. Çünkü, normal olarak oyun iptalinin veya butlanın ileri sürülmesinin temelinde duran menfaat, genel kurul kararının gerekli nisapla alınmadığını ortaya koymak suretiyle iptalinin temin edilmesidir. İşte böyle bir durumda genel kurul kararının iptaline ilişkin zamanaşımı süresinin geçmesi ile birlikte, verilmiş oyun iptaline ilişkin menfaat da esasen ortadan kalkacaktır.

Ayrıca, karşılaşılma ihtimali az da olsa, bazen genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmak isteyen pay sahibi, sırf davacı sıfatını haiz olabilmesi için hata, hile veya ikrah sonucu “olumsuz oy” yerine “olumlu oy” vermiş olduğunu ileri sürerek oyun iptalini isteyebilir. Ancak söz konusu bu durumda da, oyun iptali, pek tabii olarak (oyun iptalinde hedeflenen amaç gereği) genel kurul kararının iptaline ilişkin dava açma süresi içerisinde ileri sürülebilecektir²².

Fakat bazen, Çeker’in²³ de haklı olarak belirttiği üzere, oy kullanan kimsenin (yazar sadece pay sahibini kast etmiştir) genel kurul kararının iptali dışında, sırf kendi kullandığı

²¹ **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 261; **DAĞ**, s. 7 ve orada dpn.162’de anılanlar; **ÇEKER**, s. 15.

²² Genel kurul toplantısı bitmeden, yani toplantı esnasında pay sahibi hata veya hileyi fark etmesi veya tehdidin ortadan kalkması üzerine genel kurul başkanlığından bu tür sakat irade sonucu verilmiş oyların iptalini isteyebilir. Genel kurul başkanlığının söz konusu talebi ret etmesi halinde ise, bu durumun tutanağa geçirilmesini sağlamak suretiyle daha sonra iptal davası açarak oyun iptalini talep edebilir.

²³ **ÇEKER**, s. 15.

oyların iptalinde haklı bir menfaati olabilir. Böyle bir talebi, pay sahibi sıfatını taşıyıp taşıyamamasından asılı olmayarak oy hakkını haiz her kes (bazı hukuklarda oy hakkının tanındığı intifa hakkı sahibi²⁴ veya rehin hakkı sahibi²⁵ gibi ortak sıfatını taşımayan kimseler de) ileri sürebilir. Durumla ilgili çeşitli örnekler vermek gerekirse: Mesela, pay sahibi B, yapmış olduğu oy mukavelesi gereği oyunu belirli bir yönde kullanması gerekirken hata, hile veya tehdit sonucu farklı yönde kullanmışsa, sorumluluktan kurtulmak için genel kurul kararının iptali için öngörülen zamanaşımı süresi ile bağlı olmaksızın, kullanmış olduğu oyun iptalini isteyebilir. Benzer durum B, payını satmış olduğu halde, henüz satılan payları almış olan gerçek pay sahibi A'nın adının pay defterine yazılmadığından, pay defterinde ortak olarak gözüken B'nin satılmış olan paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanması halinde de söz konusu olabilir. Şöyle ki, bu gibi durumlarda B, oy hakkını A'nın menfaati doğrultusunda kullanmakla

Temsil yetkisinin hata, hile veya ikrah sonucu ihlali hallerinde gene aynı durum söz konusu olabilecektir. Ne var ki, genel kurul kararından bağımsız olarak oy hakkının iptali yoluna başvurma imkânı yukarıda gösterilen örnek hallerde bile her zaman pek mümkün olmayabilecektir. Zira, iptali istenen oylar hiç verilmemiş olsa idi dahi, ortaklık genel kurulundan gene aynı karar çıkacak idiyse, diğer bir ifade ile söz konusu oyların iptali genel kurul kararının gerekli nisapla alınmasına olumsuz etki yapmayacağıysa, sonradan oyların iptalinde kural olarak menfaat eksikliği söz konusu olacaktır. Şöyle ki, bu şekilde arzu edilmeyen yönde oy kullanılmakla, kimsenin menfaati zarar görmemiştir ki, oy kullanan kimse bu zarar sorumluluğundan kurtulmak için oyların iptali yoluna başvursun.

Fakat eğer arzu edilmeyen yönde oylar kullanılmış olmasaydı, genel kuruldan aynı kararın çıkması mümkün olmayacak idiyse veya oyların farklı şekilde kullanılmasını önlemek için cezai şart öngörülmüş idiyse, ancak o zaman söz konusu yola başvurmak gerekecektir. Çünkü, bu son durumlarda hata, hile veya ikrahın etkisiyle oy kullanan kimse, böyle bir oy kullanmadan dolayı sorumluluk taşımaktadır.

İrade sakatlığı nedeniyle oyun iptalinin ileri sürülmesi genel kurul kararının iptalini (gerekli nisapla alınmadığından dolayı) sağlamak amacıyla yapıldığı taktirde oyun iptali davası genel kurul kararının iptali davasıyla birlikte açılması gerekir. Çünkü, oyların iptal edilmiş olması, oyların hiç verilmemiş sayılmasına neden olur²⁷, yoksa genel kurul kararının iptaline neden olmaz. Genel kurul kararının böyle bir durumda iptal edilebilmesi için iptal edilen oylar sonucu genel kurul kararının gerekli nisapla alınmadığının ispatlanması gerekir.

²⁷ **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 261; **ÇEKER**, s. 15 ve orada dpn. 45'de anılanlar.

Oyun iptali davası nazari olarak genel kurul kararının iptali davasından ayrı olarak da açılabilir. Fakat oyun iptali davasının ayrıca olarak açılması elverişli bir usul sayılmaz. Çünkü, oyun iptali davasından beklenen amacın gerçekleşebilmesi için bu davanın genel kurul kararı aleyhine açılacak davaların tabii olduğu zamanaşımı süreleri içerisinde tamamlanması lazım. Bu süre içerisinde oyun iptali davası tamamlanamadığı takdirde her bir davanın açılabilmesinin temel şartlarından biri olan korunmaya değer bir menfaatin varlığı dahi söz konusu olmayacak. Dolayısıyla, söz konusu usul, hem böyle bir riski beraberinde taşımakta, hem de genel kurul kararının iptali istemiyle ikinci bir davanın açılmasından ileri gelen ilave masraf ve zaman israfına neden olabilmektedir.

II. OY HAKKININ KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

A. OY HAKKININ KAPSAMI

Daha önce de çeşitli vesilelerle değinildiği üzere oy hakkı, pay sahibine şirket iradesinin oluşmasına katılma imkânı sağlayabilmektedir. Buna göre de oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahipleri, şirketin iradesine ve şirket işlerinin idaresine de hakim olabilmektedirler. Böylece, haddi zatında anonim ortaklıklar son neticede oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin iradesine tabidirler. O zaman cevaplandırılması gereken tabii bir sualle karşı karşıya bulunmaktayız: anonim ortaklıklarda paylara ait oy hakkının kapsamını belirlemede hangi ölçü esas alınır ve bu hak ne zaman kazanılır?

Şirketleri şahıs şirketi ve sermaye şirketi olarak iki gruba ayıracak olursak, en fazla sermaye niteliği ağır basan şirket çeşidi hiç kuşkusuz anonim şirketler olacaktır. Yani anonim şirketin bir sermaye şirketi olduğu (yani şahıslara değil, sermayeye dayalı bir şirket olduğu) tartışmasız bir gerçekliktir.

Hal böyle olunca, şahıs şirketlerinden farklı olarak anonim şirketlerde pay sahipleri değil, paylar önem taşımaktadır. Buna göre de pay, anonim ortaklıklar hukukunda başlıca merkez kavram olarak kabul edilmektedir²⁸. Bir pay sahipliği mevkii olarak pay, anonim ortaklıkta pay sahipliğinden kaynaklanan hakların ve borçların kaynağı olmakla birlikte, aynı zamanda esas sermayenin belirli sayıda itibari değere bölünmüş bir parçasını ifade eder²⁹.

Netice itibariyle, bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklarda diğer bütün pay sahipliğine bağlı haklarda olduğu gibi oy hakkının kapsamı da kural olarak esas sermayeye katılma oranına göre belirlenmelidir. Evrensel ilke olan “sermayeye göre hak ilkesi” anonim ortaklıklar hukukunun doğal yapısından kaynaklanan adil ve faydalı bir ilkedir. Çünkü bir kere, ortaklığa kim ne kadar çok sermaye ile katılıyorsa, şirketin başarısızlığa uğraması halinde onun zararı en az bir o kadar fazla olacaktır. Yani pay sahipleri, sermayeyi anonim şirkete ortak sıfatı ile yatırdıklarında (velev tasfiye bakiyesinde imtiyazlı olsalar bile) şirket zararından en fazla risk taşıyan kimse konumuna düşmektedirler. Zira tasfiye halinde verdiğini alanlar içerisinde onun sırası en sonuncudur³⁰. Böyle bir risk altında sermaye şirketine yatırım yapan kimseler - ki bunlar şirket işlerinin başarı durumundan en fazla etkilenen ve onun başarısında en fazla menfaati bulunan kimselerdir - şirketin işleyişinde ve idaresinde

²⁸ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.bası, İstanbul 2000, N. 758; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 282; **DAĞ**, s. 18.

²⁹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N.759-761; **H. ARSLANLI**, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İHFM, s. 248 vd; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 283; **DAĞ**, s. 18, dpn. 60 ve orada anılanlar.

³⁰ **F.H. EASTERBROOK/D.R. FISCHEL**, “The Economic Structure of Corporate Law”, Cambridge, Mass 1996, s. 11; **G.A. JENTZ/R.L. MİLLER/F. CROSS/K.W. CLARSON**, West’s Business Law, 4th edition, Paul – New York – Los Angeles – San Fransisko, 1990, s. 633.

kendi koymuş oldukları sermaye oranında söz hakkı sahibi olmayacak da, kim olacaktır?!

Kaldı ki, bu ilke, sermaye yatırımının en önemli güvencelerinden birini teşkil etmekle birlikte, aynı zamanda sermayenin yatırıma dönüştürülmesinde teşvik bakımından da önemli bir etkidir.

Nitekim belli başlı hukuk sistemlerinin aşağı yukarı hemen hepsinde söz konusu ilke prensip olarak benimsenmiş durumdadır. Konumuz açısından “sermayeye göre hak” ilkesinin etkisi özellikle oy hakkının kapsamını belirleme bakımından büyük önem taşımaktadır. Söz konusu ilkenin oy hakkının kapsamını belirlemedeki işlevi esasen iki bakımdan kendisini göstermektedir: 1- oy hakkı ile itibari değer arasındaki ilişki, 2- oy hakkı ile pay bedelinin ödenme oranı arasındaki ilişki. Bununla ilgili çeşitli ülke düzenlemelerinin de gözden geçirilmesi, kanaatimizce konuya ışık tutma adına faydalı olacaktır.

1. Oy Hakkı İle İtibari Değer Arasındaki İlişki

a. Alman Hukukunda

Alman POK § 12’ye göre, “her pay oy hakkı verir”. Oy hakkı, her bir pay sahibinin feragat edemeyeceği temel ortaklık haklarındadır³¹. Oy hakkını haiz olmak için asgari belli bir miktar paya sahip olmayı arayan esas mukavele hükümleri geçersizdir³². Oy hakkı payın itibari değerine³³ göre kullanılır, yani paydan kaynaklanan oy hakkının kapsamını belirlemede esas alınan ölçü, payın itibari değeridir (Alm. POK. § 134/I,c.1).

³¹ Oydan yoksun imtiyazlı paylar bu temel kuralın istinasıdır (Alm. POK. § 139), ileride konu ayrıca olarak ele alınacak; bkz. s. III. Bölüm, § 11 başlığı altında yapılan açıklamalar.

³² BAUMS, s. 125.

³³ “İtibari” ya da “nominal değer”, anonim ortaklıkta pay mevkiini ifade eden hisse senedinin üzerinde para ile ifade edilen yazılı değerdir.

Demek ki, oy hakkının kullanılması yönünden payların itibari değerinin değişik olması halinde genel kuruldaki oylamada en aşağı itibari değer taşıyan paylar esas alınacak ve bu paylar bir oy hakkı verecektir. Daha yüksek itibari değer taşıyan paylar ise, en aşağı itibari değer taşıyan paylardan itibari değerlerinin fazlalığı oranında daha çok oy hakkı sağlayacaktır.

Yalnız burada şunu da belirtelim ki, halen de sürekli olarak büyük itirazlara ve eleştirilere neden olmasına rağmen³⁴, yasal olarak esas mukavele hükümleri ile müteaddit paylara malik olan pay sahiplerinin kullanabilecekleri oy hakkına sınırlama getirilebilir. Ancak esas mukavele ile böyle bir sınırlama getirilecek olursa, bu bütün ortaklara şamil edilmelidir (Alm. POK. § 134/I). Ayrıca 1 Mayıs 1998 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeye göre ("Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich – kısaca olarak KonTraG- .m. 1/20) bu tür bir sınırlama, ancak borsaya kayıtlı bulunmayan şirketler bakımından mümkündür.

b. Fransız Hukukunda

Fransız Hukukunda da "bir pay bir oy" ve payın itibari değerine göre oy hakkı prensibi hakimdir³⁵. Bu prensibe aykırı ana sözleşme hükümleri yazılmamış sayılır (L. m. 174³⁶).

Böylece, Fransız Hukukunda da oy hakkının kapsamını belirlemede kural olarak esas alınan ölçüt, **payın itibari değeridir**. Fakat ne var ki, Fransız şirketler kanunda açıkça yer alan söz konusu ilkeye, gene aynı kanunda önemli istisnalar da getirilmiştir. Şöyle ki, esas mukavelede şirket genel kurulunda

³⁴ BAUMS, s. 125 ve orada dph. 68'de anılanlar.

³⁵ GUYON, s. 103

³⁶ L harfi ile, Fransız hukukunda 24 Temmuz 1966 tarihli ticaret Hukuku ile ilgili kanun kastedilmektedir, bkz. GUYON, s. 108.

iştirak etmek ve oy kullanmak için asgari pay miktarına sahip olmak şartı öngörülebilir ve fakat öngörülen asgari pay sayısı ondan fazla olamaz³⁷. Genel kurula iştirak bakımından başka her türlü sınırlama hukuken batıldır³⁸.

Bundan başka, Fransız hukukunda (L. m.175) sermayeye göre hak ilkesi bakımından öngörülen ve uygulamada da çok yaygın olarak kullanılmakta olan önemli bir istisna daha vardır. Söz konusu madde hükmüne göre, ortaklık esas sözleşmesinde en az iki yıldan beri pay defterinde aynı kişi adına kayıtlı bulunan, bedelleri tamamen ödenmiş nama yazılı paylara iki oy hakkı tanınabilir. Ayrıca, bahsedilen payların maliki ya fransız milletinden olmalı ya da Avrupa Birliği ülkelerinden birinin vatandaşlığında olmalıdır³⁹.

Nihayet bir diğer istisna, oy hakkı veren azami pay sayısına getirilebilen sınırlamadır. Bu istisna uyarınca, ortaklık esas mukavelesinde müteaddit paylara malik olan pay sahiplerinin kullanabilecekleri oy hakkına, dürüstlük kuralı çerçevesinde sınırlama getirilebilir (L. m. 177).

c. İtalyan Hukukunda

Oy hakkını haiz olan her bir pay, malikine itibari değerine uygun bir şekilde oy hakkı sağlar. Bu tür paylar en az bir oy hakkı (asgari itibari değer taşıyanlar) vermekte ve pay sahipleri bakımından esas mukavelede şirket genel kurulunda iştirak etmek ve oy kullanmak için asgari pay miktarına sahip olmak şartı öngörülemez. Fakat, italyan hukukunda ortaklık esas mukavelesi ile oy hakkını kullanmak bakımından asgari belli bir pay sayısına sahip olma şartı gibi bir sınırlama getirilmesi mümkün olmasa da, azami oy sayısına sınırlama

³⁷ GUYON, s. 98

³⁸ Fr.Medeni Kanunu m. 1844 (bkz. GUYON, s. 99).

³⁹ GUYON, s. 104; E. KENDİGELEN, "Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz", İstanbul 1999, s. 81.

getirilebilir⁴⁰. İtalyan hukukunda oy hakkını haiz paylar bakımından “itibari değer oranında oy hakkı” ilkesine başkaca istisna öngörülmemiştir.

d. İspanya Hukukunda

İspanya hukukunda da prensip olarak “sermayeye göre oy hakkı” ilkesi kabul edilmiştir (Anonim Şirketler Kanunu m. 50.2). Söz konusu kanun hükmüne göre, pay temsil ettiği sermaye miktarı oranında oy hakkını haizdir. Fakat İspanya hukukunda da ilke mutlak olarak kabul edilmemiş ve dolayısıyla bu ülke hukuku sisteminde de – özellikle Avrupa Birliği hukukunun etkisi ile⁴¹ - ilkeye istisnalar getirilmiştir. Şöyle ki, ortaklık esas mukavelesi ile pay sahiplerinin kullanabilecekleri azami oy sayısına sınırlama getirilmesi mümkün olduğu gibi (AŞ. m. 105.2), oy hakkından yoksun payların ihracı da mümkündür (AŞ. m. 90-92)⁴².

e. Hollanda Hukukunda

Hollanda hukukuna göre, oy hakkı hiçbir zaman paydan ayrılamaz. Her bir pay sahibinin en az bir oy hakkı vardır. Hollanda hukukunda oydan yoksun pay ihracı mümkün değildir. Oy hakkı, payın itibari değeri ile orantılı olarak kullanılabilir⁴³. Fakat bununla birlikte pay sahibinin kullanabileceği azami oy sayısına ortaklık esas mukavelesi ile

⁴⁰ **MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 167

⁴¹ Bkz. **A. HERMÍDA**, “Shareholder Voting Rights and Practices in Spain”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 284

⁴² Oy hakkından yoksun paylar için bkz. III. Bölüm, § 11 başlığı altında yapılan açıklamalar

⁴³ **P. SANDERS**, “Dutch Company Law”, 1997 London, s. 49; **L. TİMMERMAN**, “Shareholder Voting Rights and Practices in Netherlands”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 223.

sınırlama getirilebilir (Hollanda Medeni Kanunu, 2.bölüm, m.118/228)⁴⁴.

f. Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Topluluğu Hukukunda konu ile doğrudan ilgili olan iki belge hükmü bulunmaktadır. Şöyle ki, her payın temsil ettiği sermaye miktarı oranında malikine oy hakkı (oydan yoksun imtiyazlı paylar hariç) sağlayacağı hem Avrupa Birliğinin Beşinci Yönerge Önerisinin 33.1 maddesinde, hem de “Avrupa Anonim Ortaklığı Statüsü Hakkında Kararname Önerisi”nin 92.1 maddesinde öngörülmüştür. Ancak Beşinci Yönerge Önerisi’nin 33.2 maddesine göre, ortaklık esas mukavelesi ile bir pay sahibinin kullanabileceği azami oy sayısına sınırlama getirilebilir.

g. Amerikan ve İngiliz Hukuklarında

ABD’de Delaware dışındaki diğer 49 eyalet hukukları birbirlerinden bir derece farklılık arz etse de, temel ilkelerde ve onlarla ilgili çok sayıda ayrıntı noktalarda ya Delaware hukuku ile aynıdırlar veya benzerlik taşımaktadırlar. İşte genel olarak amerikan hukukunda, aksine esas mukavele hükümleri olmadıkça, her bir pay, sahibine itibari değeri oranında (yani sermayeye oranla) oy hakkı sağlamaktadır⁴⁵. Fakat anonim ortaklıklar hukuku konusunda oldukça esnek olan amerikan hukukunda oydan yoksun paylar çıkarılabileceği gibi, oyda imtiyazlı paylar da çıkarılabilir ve hatta itibari değeri olmayan paylar dahi çıkarılabilir⁴⁶.

İngiliz hukukunda da, kural olarak bir pay bir oy ilkesi kabul edilmektedir [İngiliz Şirketler Kanunu m. 370(6)]. Fakat bir ortağın kullanabileceği oy sayısı, ortaklık esas mukavelesi

⁴⁴ Hollanda Medeni kanunu (Dutch Civil Code) “Burgerlijk Wetboek” adını taşımakta ve atıf yapılırken kısaca “B.W.” olarak yazılmaktadır.

⁴⁵ Del. Gen. Corp. L. §212(a) 1996

⁴⁶ Del. Gen. Corp. L. §151(a) 1996

ile serbestçe belirlenebilir⁴⁷. Yani ortaklık esas mukavelesinde, sermayeye oranla oy hakkı ilkesinin dışına çıkılarak payda imtiyazlı oy hakkı tanınabileceği gibi, bir ortağın kullanabileceği azami oy sayısına da sınırlama getirilebilir.

h. Türk Hukukunda

Türk Hukuku'nda anonim ortaklıklar açısından oy hakkının payların itibari değerine göre, yani esas sermayeye katılım oranına göre kullanılacağını öngören açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak, Türk Ticaret Kanunu (kısaca, TTK).m. 537/1 hükmüne göre, limited şirketlerde oy hakkı sermayeye katılma oranına göre hesaplanır. Fakat ne var ki, TTK.m. 373/I'de yer alan lafzî ifade, payın itibari değere göre oy hakkı verip vermeyeceği hususunda tartışmalara neden olmuştur. Söz konusu ilgili kanun hükmüne göre, “her hisse senedi (pay) en az bir oy hakkı verir. Bu esasa aykırı olmamak şartıyla hisse senetlerinin (payların) maliklerine vereceği rey hakkının sayısı, esas mukavele ile tayin olunur”.

Doktrinde bir kısım yazarlar⁴⁸, malvarlığı hakları açısından geçerliliği tartışmasız olan “sermayeye katılma oranında hak sahibi olabilme ilkesi”nden sadece oy hakkı bakımından ayrılmayı gerektirecek hiçbir haklı nedenin bulunmadığını, TTK. m. 373'ün yorumunda onunla ilgili gerekçenin gözardı edilmemesi gerektiğini, itibari değer dikkate alınmaksızın bütün payların bir oy hakkı verdiği durumlarda, itibari değeri düşük olan paylar lehine oyda imtiyaz tanınmış olacak ki, bu da imtiyazların ancak esas mukavele ile tanınabileceğini öngören TTK. m. 401 aykırılık

⁴⁷ CHARLESWORTH/MORSE, s. 225

⁴⁸ Türk doktrininde bu görüş ilk kez TEOMAN (bkz. “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi” İkt. ve Mal., C. XIX, S. 12, s. 503-506) tarafından ileri sürülmüştür. Aynı yönde bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 113 ve orada dpn. 297'de anılanlar.

teşkil edeceğini, kaldı ki, bünyesinde daha çok kişisel unsurlar taşıyan limited ortaklıklarda bile oy hakkının sermayeye katılma oranına göre hesaplanacağını kabul eden kanun koyucunun daha saf bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklar açısından söz konusu ilkedен ayrıldığı sonucuna varmanın hukuk mantığı ile bağdaşmadığını ileri sürmektedirler.

Buna karşılık doktrinde diğer bir grup yazarlar ise⁴⁹, söz konusu düzenlemede, bir paya düşen oy hakkının tespiti bakımından, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, ne esas sermayeye katılma oranından, ne de itibari değerden bahsedilmediğini, aksine her payın en az bir oya sahip olacağı ve payların haiz olacağı oy sayısını arttıran her türlü düzenlemelerin ancak (TTK.m. 373/I,c.2 uyarınca) esas mukaveleye konulacak özel bir hükümle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü katı bir şekilde savunan Çeker'in⁵⁰ ileri sürdüğü gerekçelerin üzerinde durulması, kanaatimizce konunun incelenmesi açısından faydalı olacak. Yazarın, üzerinde özel olarak durmak istediğimiz gerekçelerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

1- Oy hakkının payların itibari değeri ölçüsünde kullanılacağını belirten anasözleşme hükmü bulunmadığı halde, oy haklarının itibari değere göre hesaplanması TTK. m. 373'ün emredici nitelikteki hükmüne aykırılık teşkil eder.

2- "Sermayeye katılım oranında hak sahibi olabilme ilkesi", uyulması zorunlu mutlak bir kural değildir. Zira, kanun koyucu birçok yerde, örneğin TTK.m. 401'de bu ilkenin aksine düzenleme getirdiği gibi, geçerli olduğu her hususta da, açık bir

⁴⁹ Bu görüş ile ilgili olarak bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 112 dpn. 295 ve 297'de anılanlar.

⁵⁰ ÇEKER, s. 37, vd.

şekilde bu ilkeyi ifade etmiştir ve dolayısıyla da Türk Hukuku bakımından bu ilke kabul edilmiş değildir.

3- Türk kanun koyucusu ülke şartlarını dikkate aldığından itibari değer oranında oy hakkı yerine, itibari değerinden asılı olmayarak her paya bir oy hakkı tanımıştır. Zira ülke hayatında kural olarak yüksek enflasyon söz konusu olduğundan paranın değeri sürekli düşmekte ve bu da anonim şirketin kuruluşta çıkarmış olduğu paylar ile daha sonra çıkaracağı paylar arasında itibari değer açısından farklılığa neden olabilmektedir. Dolayısıyla da bu durumda değişik itibari değer taşıyan bu paylara para değerinin düşük olmasına rağmen eşit oy tanınırsa o zaman kağıt üzerinde bir “eşitlik” sağlanmış olacak ki, bu da hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracaktır. Buna göre de gerçek bir “eşitlik kurulmak isteniyorsa Türk kanun koyucusunun kabul ettiği gibi her paya bir oy ilkesini kabul etmek gerekir.

4- “Anasözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise farklı itibari değerli payların genel kurulda eşit (bir) oy hakkına sahip olacağını belirtmek gerekir. Bu durumda düşük itibari değerli paylar, oyda imtiyazlı pay statüsündedir. Düşük itibari değerli payların imtiyazlı pay sayılması, imtiyazların ana sözleşme ile getirileceği kuralıyla da çelişmez. Çünkü, bir anonim ortaklıkta payların farklı itibari değerli olarak çıkarılabilmesi için ana sözleşme değişikliğine gidilmesi ve sermaye artırımını sonucunda çıkarılacak payların mevcut paylara oranla yüksek itibari değer taşıyacağına karara bağlanması zorunludur. TTK. m. 393/II b. 3 ve m. 279/II b.3 uyarınca sermaye artırımını yoluyla

çıkarılan payların itibari değerinin ana sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, yeni çıkarılan payların itibari değeri, mevcut paylardan daha yüksek olarak tespit edilmişse TTK. m. 373 uyarınca her bir pay bir oy hakkı vereceğinden düşük itibari değerli payların oyda imtiyazlı olarak bir grup oluşturması, bir ana sözleşme hükmüne dayanacak ve TTK. m. 401 hükmüne aykırılıktan bahsedilemeyecektir.

Çeker'in bu gerekçelerinden hiç birine katılamıyoruz. Bunun nedenlerini aşağıdaki gibi izah edebiliriz :

Evvvela, oy hakkının payların itibari değeri ölçüsünde kullanılacağını belirten ana sözleşme hükmü bulunmadığı halde, oy haklarının itibari değere göre hesaplanması Çeker'in iddia ettiğinin aksine, TTK. m. 373'ün emredici nitelikteki hükmüne aykırılık teşkil etmez. Çünkü, oy hakkının birim değeri göz önüne alınmaksızın, her paya bir oy hakkı düşeceğini öngören bir düzenleme ne m. 373'de (bu madde hükmünde sadece "her hisse en az bir rey hakkı verir" denilmektedir, dolayısıyla lafzı olarak dahi madde hükmü, her bir payın oy hakkı sağlayacağını kastetmektedir, yoksa illa da bir oy hakkı sağlayacağını değil), ne de TTK.nun her hangi diğer bir maddesinde bulunmadığı gibi, söz konusu madde hükmünün o şekilde yorumu TTK.nun sistematığına de aykırıdır. Zira TTK. m. 373'ü, bütün payların itibari değerlerinden asılı olmayarak bir oy hakkı verdiği şeklinde yorumlamak, hiç değilse, TTK.nun 387 ve 401. madde hükümleri ile çelişmektedir. Şöyle ki, TTK.m. 387 hükmü, oy hakkında imtiyazın olduğu istisnai durumlarda, paylar arasında eşitlik bozulduğundan esas mukavele değişiklerinde eşitliği sağlamak için oyda imtiyazı kaldırarak genel ilkeye, yani

sermayeye göre hak ilkesine dönmek istemiştir⁵¹. Netice itibariyle, imtiyazın kaldırılması için oy hakkının itibari değere göre kullanılacağını kabul etmek, imtiyazın olmadığı durumlarda da oy hakkının itibari değere göre kullanılmasının öncelikle kabulünü kaçınılmaz kılmaktadır⁵².

İkincisi, sermayeye katılma oranında hak ilkesi uyulması zorunlu mutlak bir kural değildir ama, sonuçta kuraldır. Zira anonim ortaklıklar hukukunda (o cümleden Türk Anonim Ortaklıklar Hukukunda da) haklardan yararlanmada sermayeye katılma oranında hak ilkesi geçerli olduğundandır ki, bu ilkedен ayrılabilmek için ya buna açıkça imkân veren yasal bir hükmün, ya da esas mukavele hükmünün bulunması zorunlu kılınmıştır. Nitekim, sermayeye katılma oranında hak ilkesinin dışına çıkılması haline ilişkin en bariz örnek olan “imtiyaz” ile ilgili TTK. 401. maddesinde, imtiyazın ancak esas mukavele ile tanınabileceği emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

Yazarın bizzat kendisi de farklı itibari değerlerdeki paylara eşit oy hakkı tanındığında düşük itibari değerli payların oyda imtiyazlı pay statüsü taşıyacaklarını kabul etmektedir ki⁵³, bu da aynı zamanda, Kendigelen’in⁵⁴ çok haklı olarak belirttiği gibi, aslında oy hakkının itibari değere göre kullanılacağı, ilkesinin kabulü anlamına gelmektedir. Sonuç olarak, Türk Hukukunda da söz konusu ilkenin kural olarak kabul edilmesinden tereddüt etmeğe esas yoktur.

Üçüncüsü, Çeker’in paylar arasında gerçek bir eşitliğin kurulması için her paya (itibari değerine bakılmaksızın) bir oy ilkesini kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşü, kendi

⁵¹ TTK. m. 387 hükmünün bu şekildeki yorumuna Çeker de katılmaktadır: bkz. ÇEKER, s. 33 ve 73.

⁵² KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 117.

⁵³ ÇEKER, s. 56

⁵⁴ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 117

içerisinde dahi çelişkilidir. Şöyle ki, hem itibari değeri düşük olan paylarla itibari değeri yüksek olan paylar, maliklerine aynı oranda oy hakkı verdiklerinde “geçek eşitliğin” sağlanmış olacağını belirtmek, hem de böyle bir durumda düşük itibari değerli payların oyda imtiyazlı pay statüsünde olduğunu belirtmek⁵⁵ açıkça çelişkiye neden olmaktadır. Zira “imtiyaz”, mahiyeti gereği, ancak eşitlik olmayan durumlarda olabilir, diğer bir ifade ile eşitlik olan yerde imtiyaz varlık kazanamaz⁵⁶.

Bundan başka, yazar, şirketin kurulduğu dönemde değil de, hep sonradan belki de ileride hiç olmayacak şirket sermayesinin artırımı durumundaki varsayımdan hareketle bu görüşünü gerekçelendirmekte ve bunu yaparken de mevcut durumu gözardı etmektedir. Gerçekten de, yazar sermaye artırımı durumunda para değerindeki düşüşün etkisi ile yeni çıkarılacak payların normalde itibari değer olarak yüksek olacağı, oysa şirkete sermayenin konulduğu zaman dilimleri dikkate alındığında yatırılan paraların gerçek değerleri arasında bu kadar fark olmayacağını görüşüne esas almakta, ama bunu yaparken de aynı anda çıkarılan paylardan (şirketin kurulduğu dönemde veya sonradan sermaye artırımı durumunda bile) bir grubunun itibari değerinin diyelim 1000 TL, diğerinin 100.000 TL olmasına bakmayarak aynı oranda oy hakkı verdiği taktirde, “gerçek bir eşitliğin” olamayacağını ihmal etmektedir. Kaldı ki ve 'hepsinden önemlisi, sonradan sermaye artırımı durumunda buna karar verecek olan ve dolayısıyla da aynı zamanda yeni çıkarılacak payların itibari değerini nihai olarak belirleyecek olan gene eski, yani itibari değeri düşük olan payların sahiplerinin bizzat kendileridir. Eski payların sahipleri

⁵⁵ ÇEKER, s. 40, 55 vd.

⁵⁶ İmtiyaz kavramı hakkında geniş malumat için bkz. KARAHAN, “Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması” (kısaca, İmtiyazlı Paylar ve Korunması), s. 7 vd; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 15 vd.

bu hususta hukuken tanınan bir usulde karar verirken, özel hukuka tabi diğer bütün kişilerin yapmış oldukları işlemlerde olduğu gibi, bunun hukuki sonuçlarına da katlanmaları gerekir⁵⁷. Buna göre de çıkarılan paylar üzerindeki itibari değer yüksek olmasının hakkaniyete aykırı sonuç doğuracağını ve hatta doğurabileceğini ileri sürmek pek iknaedici bir gerekçe sayılmaz. Kaldı ki, günümüzde Türk parası öyle yazarın ifade ettiği gibi ciddi bir değer kaybı yaşamamakta, bilakis yabancı para karşısında değer kazanmaktadır.

Son olarak, farklı itibari değerli pay ihraç eden anonim ortaklıklarda, düşük değerli payların lehine kanunen oyda imtiyaz oluşturduğu, şirket tarafından çıkarılan payların itibari değerinin şirket ana mukavelesinde gösterilmesini öngören düzenlemelerin (TTK. m. 279/II, b.3 ve 393/II, b.3) imtiyazların ancak esas mukavele ile tanınabileceğine ilişkin koşulu gerçekleştirdiğine ilişkin görüşü, kanaatimizce, ilgili kuralların amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü, şirket tarafından farklı itibari değerlerde pay çıkarılmamış olsa da, yani çıkarılmış payların hepsinin itibari değerlerinin eşit olması durumunda da, ortaklık esas mukavelesinde payların itibari değerinin gösterilmesi zorunluluğu vardır. Dolayısıyla da ilgili kanun hükümlerinin bu amaç doğrultusunda düzenlenmediği açıktır. Buna mukabil, ilgili kanun hükümlerinin (TTK. m. 279/II, b.3 ve 393/II, b.3) ortakların haiz olduğu oy sayısını belirleme açısından bir önem ve işleve haiz olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Bundan başka, bilindiği üzere, anonim ortaklıklar hukukunda imtiyazın tanınması için şirket ana mukavelesinde

⁵⁷ Şayet bu husustaki genel kurul kararı hukuken sağlam değilse, örneğin TTK. m. 381/1'e aykırılık söz konusu ise, hak sahipleri haklarını korumak isterlerse, konumuzdan tamamen ayrı bir müessese olan genel kurul kararlarının iptali müesseseden istifade edebilirler.

bunu sağlayan özel bir hüküm aranmaktadır⁵⁸ (çünkü, belli başlı bütün hukuk sistemlerinin hemen hepsinde sermayeye katılma oranında hak, sahibi olma ilkesinden ayrılabilmek için, bunu sağlayan özel bir ana sözleşme hükmü aranmaktadır), yoksa kendiliğinden oluştuğu iddia edilen imtiyazın bertaraf edilmesi için değil.

Sonuç olarak, Türk Hukukunda da anonim ortaklıklar açısından oy hakkının kapsamı kural olarak payların itibari değerine göre, yani esas sermayeye katılım oranına göre belirlenmektedir. Ancak ne var ki, ortaklık esas mukavelesine özel bir hüküm konulmakla bu kuralın dışına çıkılabilmektedir. Türk Hukukunda sermayeye oranla oy hakkı kuralının istisnaları (ortaklık esas mukavelesinde öngörölmesi şartıyla) oyda imtiyazlı pay ihracı ile (TTK. m. 401), oydan yoksun kârda imtiyazlı pay ihracı halleridir (Sermaye Piyasası Kanunu. m. 14/A). Fakat Türk Hukukunda pay sahibi tarafından kullanılabilir oy sayısına sınırlama getirilemez, zira TTK. m. 373/I'de her payın en az bir oy hakkı vereceği emredici bir kural olarak düzenlenmiştir.

i. Azerbaycan Hukukunda

Azerbaycan'da henüz ayrı bir ticaret kanunu bulunmamakta ve bütün özel hukuk münasebetleri esasen 01.09.2000 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan medeni kanun çerçevesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla da Azerbaycan hukuku bakımından konu ele alınırken esasen Az.MK'nın gözönünde bulundurulması gerekecektir. Az.MK'da ise, konu ile ilgili aynen şöyle bir düzenleme yer almaktadır: *genel kurulda oylama "bir oylu pay- bir oydur" ilkesince yapılır* (m. 107-3.5). Görüldüğü üzere, hüküm konuya açıklık getirmekten uzaktr, zira bir oy sağlayan paya bir oylu pay denilmekle ne ise bir şey düzenlenmiş olmaz.

⁵⁸ KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 24-26 ve orada dpn. 56'da anılanlar; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 35 vd.

Bütünüyle yürürlükten kaldırılmış bulunan⁵⁹ 12 Temmuz 1994 tarihli Anonim Ortaklıklar Hakkında Kanunun (AOK) 12. maddesinin 1. bendinde “her bir ortak malik olduğu pay miktarında oy hakkını haizdir” denilmekte ve aynı kanunun 21. maddesinin 3. bendinde ise “genel kurulda oylama bir pay (asgari nominal değerinde) bir oy ilkesi esasında yapılır” hükmüne yer verilmişti. Fakat ifade edildiği üzere, bu kanun artık yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

Kanaatimizce, Azerbaycan Hukukunda da payın sağladığı oy hakkının kapsamını belirleme bakımından kural olarak sermayeye katılma oranının esas alındığından tereddüt edilmemelidir. Çünkü, evvela sermaye şirketi olarak anonim ortaklıklarda “sermayeye göre hak” ilkesi geçerlidir ve ele alınan konu bakımından genel olarak bu ilkeyi bertaraf eden herhangi bir hukuki düzenleme Azerbaycan mevzuatında bulunmamaktadır. Kaldı ki, şirket paylarının nominal değeri ile sağladığı oy hakkı arasında orantı olmazsa, bu birtakım payların oyda imtiyazlı olacakları anlamına gelir. Bu ise, olsa olsa ancak şirket ana mukavelesinde açıkça öngörülmekle mümkün olabilir (Az.MK. m. 102.1).

Böylece, Azerbaycan hukukunda da sahibine oy hakkı sağlayan herbir payın asgari nominal değerinde malikine bir oy hakkı temin edeceğinin kabulü gerekir. Ancak Azerbaycan hukukunda da (bu ilkeyi açıkça yasal olarak düzenleyen çoğu ülke hukuklarında olduğu gibi), bu ilkeye bazı yasal istisnalar getirilmiş bulunmaktadır.

Gerçekten, Az.MK. m. 106.2/c.son uyarınca, anonim ortaklıklar oydan yoksun imtiyazlı paylar⁶⁰ ihraç edebilirler. Bundan başka, Az.MK. m. 103.6'da “şirket esas mukavelesi ile

⁵⁹ Bu kanunda 29.08.1995, 06.02.1996 ve 05.11.1996 tarihlerinde değişiklikler yapılmış ve nihayet 06.03.2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁰ Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. III. Bölüm, § 11.

bir ortağın malik olabileceği azami pay sayısına, nominal değerine veya azami oy sayısına sınırlama getirilebilir”. Böylece, ortaklık esas mukavelesi ile sermayeye oranla oy hakkı ilkesi dışına çıkılarak, ortakların esas sermayeye katılma oranının daha fazla olmasına rağmen oy hakkı sınırlandırılabilir.

Nihayet kanaatimizce, Azerbaycan Hukukunda anonim ortaklıklar tarafından oyda imtiyazlı pay ihracı da mümkündür. Zira, her ne kadar Az.MK. m. 106.2'nin son cümlesinde “imtiyazlı paylar bu kanunda ve esas mukavelede öngörülen haller istisna olmakla, sahiplerine şirket işlerinin idare edilmesinde iştirakı sağlamaz” denilmekte ise de, aynı kanunun 104.2 madde hükmünde “ortaklık esas mukavelesinde **sade (adi) veya diğer şekilde oy hakkı sağlayan payların** maliki olan ortaklara şirket tarafından yeni çıkarılan payları satın almada üstünlük tanınabilir” denilmektedir. Burada “adi” şekilde değil de “diğer” şekilde oy hakkı sağlayan paylar dereken, kanaatimizce oyda imtiyazlı paylar kastedilmektedir. Zira, söz konusu kanun maddesinde yer verilen “diğer şekilde oy hakkı sağlayan paylar” ifadesine, oyda imtiyazlı paylardan başkaca bir anlam vermek pek mümkün değildir.

2- Oy Hakkı İle Pay Bedelinin Ödenme Oranı Arasındaki İlişki

Hemen baştan belirtelim ki bu mesele, anonim ortaklığa ait pay bedellerinin tamamının ödenmemiş olması halinde, oy hakkının kapsamının belirlenmesi açısından gündeme gelebilmektedir. Şöyle ki, ortaklığa ait pay bedellerinin tamamının ödenmesi halinde söz konusu mesele ile ilgili her hangi bir sorunun olamayacağı açık olduğu halde, ortaklıkça çıkarılmış olan payların bedellerinin tamamının ödenmemiş olduğu ve yapılan ödemelerin de farklı oranda ödenmiş olması halinde bunun oy hakkına bir etkisinin olup olmayacağı tartışmalara neden olabilmektedir.

Azerbaycan Hukukunda yürürlükte olan mevzuat gereğince, “kurucular tarafından anonim şirketin tesciline dek esas sermayenin tamamının ödenilmesi zorunludur” (Az.MK. m. 103.3). Yani Azerbaycan Hukukunda bir anonim ortaklığın kurulabilmesi ve payların oluşması için pay bedelinin tamamının kuruluşta ödenilmesi şarttır. Dolayısıyla da pay bedelinin ödenme oranının oy hakkına etki edip etmeyeceği meselesi, en azından şimdiki dönem itibariyle Azerbaycan Hukuku bakımından söz konusu olamaz. Buna göre de aşağıda bu konu üzerinde çok geniş bir şekilde durulmayacak ama, önemli saydığımız konu ile ilgili bazı hususlara ilişkin açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

Öncelikle şunu belirtelim ki biz, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkını ilke olarak etkilememsi gerektiği görüşündeyiz. Görüşümüzü açıklamadan önce, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkını etkilemesi gerektiği yönündeki görüşü özet olarak ifade edecek olursak: payların itibari değerlerinden asılı olmayarak, pay bedelinin farklı oranda ödenmesi halinde, şirkete yapılan ödemeler ile sahip olunan haklar arasında özellikle oy hakkı açısından bir dengesizlik ortaya çıkar. Şöyle ki, pay bedellerinin ödenme oranı farklı olmasına rağmen, bunun payın sağladığı oy hakkına etkisi olmazsa, o zaman bedeli düşük oranda ödenmiş paylar oyda imtiyazlı statüsünde olacaklar. Zira, ortaklığa fiilen sermaye yatıran (ve böylece ortaklık sermayesine fiilen katkıda bulunan) ve bununla da ortaklığın ticari işleyişini sağlayan ortaklar ile sermaye yatırmayı taahhüt eden (ve böylece henüz ortaklık sermayesine fiilen katkıda bulunmamış veya taahhütlerine oranla az katkıda bulunmuş) ortakların eşit tutulmasının hakkaniyete aykırı olduğu (diğer bir ifade ile, aslında eşitsizlik olduğu) şeklinde düşünüldüğünden, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkını etkilemesi gerektiği sonucuna da varmak doğal olacaktır.

Böylece sonuç olarak, bütün bunlardan hareketle, pay bedelleri farklı oranda ödendiğinde, ödeme oranının oy hakkını etkilemesi gerektiği, aksi halde bedelleri düşük oranda ödenmiş paylar lehine oyda imtiyaz oluşacağı kabul edilmelidir. Hatta doktrinde, bu tür oluşan imtiyazlara “gerçek olmayan imtiyaz”adı da verilmiş bulunmaktadır⁶¹.

Nitekim alman kanun koyucusu da bu görüş doğrultusunda düzenlemeye giderek bedeli tamamen ödenmemiş payların oy hakkı sağlamayacağı ve şayet ortaklık esas mukavelesi ile oy hakkının başlangıç anı, kanun veya esas mukavelede öngörülmüş olan asgari sermayenin yatırılması anı ise, oy hakkının pay bedelinin ödenme oranına göre belirleneceğini kurala bağlamıştır (Alm. POK. m. 134/2). Alman Hukukunda kabul edilen bu düşüncenin oyda imtiyazlı payı yasaklayan düzenlemelerin (AktG. § 12/2) doğal bir sonucu olduğu (zira bedelleri farklı oranda ödenmiş paylar -velev ki, itibari değerleri farklı olsa bile - arasında oy hakkı bakımından bir fark gözetilmezse, düşük oranda ödenmiş paylar lehine oyda “gizli” veya “gerçek olmayan imtiyaz” söz konusu olacak) ve buna göre de kendi içerisinde uyumlu bulunduğu, olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) da tercihe şayan olduğu ileri sürülmektedir⁶².

Biz yukarıda ifade edilen bu gerekçelerin ve bunların ışığında varılan sonucun yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle

⁶¹ **TEOMAN**, “Alman ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Bedelinin Ödeme Oranının Oy Hakkına Etkisi ve Türk Sistemi Üzerine Düşünceler” H. Arslanlı’ya Armağan, İstanbul 1975, s. 600 ve orada dpn. 4’de anılanlar; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 93; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s.127 ve orada dpn. 358’de anılanlar; **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, N. 800; **ÇEKER**, Oy Hakkı ve Kullanılması, s. 58.

⁶² **TEOMAN**, Arslanlı Armağanı, s. 600-601 ve orada dpn. 5’de anılanlar; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 93-94; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 131.

ki, evvela, dünya uygulamasında anonim ortaklıkların esas sermayesi, ödenilip ödenilmemesinden (ve böylece doğal olarak hem de hangi oranda ödenilmesinden) asılı olmayarak, itibari değer taşıyan bütün pay bedellerinin toplam miktarından ibaret olduğu, anonim ortaklığın şirket alacaklılarına karşı esas sermaye dahil (ve dolayısıyla taahhüt edilmiş ve fakat ödenmemiş payların bedelleri de dahil, zira ödenmemiş pay bedelleri de şirket mamelekine dahildir) bütün aktifi ile sorumluluk taşıdığı, ortakların şirketin işleyişinden taşıdıkları risk bakımından, pay bedellerinin yüksek oranda ödemiş olmalarından çok, taahhüt etmiş oldukları pay bedellerinin meblağ olarak yüksek olmasının (olup olmaması) daha önemli olduğu düşünüldüğünde, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkını etkilememesi gerektiği sonucuna varılır.

Gerçekten de, şirket esas sermayesi fiilen ödenmiş pay bedellerinden değil de, bir bütün olarak tüm payların itibari değerlerinin toplamından ibarettir. Kaldı ki, pay bedellerini düşük oranda ödeyen ortakların da şirketin ticari işleyişini sağlayan ödenmiş sermayeye katkısı gözardı edilmemelidir. Hatta büyük itibari değerli pay sahiplerinin - ödeme oranlarının düşük olmasına rağmen - ödenmiş sermayeye katkıları, düşük itibari değerli payları büyük oranda ve hatta tamamen ödemiş olan pay sahiplerinin katkısından büyük de olabilir. Durumu bir örnekle açıklayacak olursak, şirket ortaklarından olan X, nominal değeri 100.000 TL olan ve ilkin ödenme oranı 1/4 olan A kategorisinden 10 adet paya sahip bulunmakta ve bunlardan her birinin 25.000 TL'sini (yani pay bedelinin ¼ oranında) ödemiş bulunmaktadır. Bir diğer ortak olan Y ise, nominal değeri 10.000 TL olan B kategorisi paylardan beşine sahip bulunmakta ve söz konusu payların bedellerinin tamamını ödemiş bulunmaktadır. Bu durumda X ortağı, şirketin ödenmiş sermayesine 250.000 TL katkıda bulunmasına karşılık, Y ortağı 50.000 TL katkıda bulunmaktadır. Alman hukukunda pozitif olarak yer alan birinci görüş açısından böyle bir

durumda, Y'e beş oy hakkı tanınmalı ve fakat onun beş katı oranında ödenmiş sermayeye ve yirmi katı oranında da esas sermayeye katkıda bulunan X'a ("oyda gerçek olmayan imtiyaz" oluşmasın diye), hiç oy hakkı tanınmaması gerekecek. Böyle bir sonuç ise, kabul etmek gerekir ki, hem anonim ortaklıklarda sermayeye göre hak ilkesi ile, hem menfaatler dengesi ile, hem de ki, hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki, pay bedellerinin ödenme oranının farklı olmasına rağmen, bunun payın sağladığı oy hakkına etkisi olmazsa, o zaman sırf bu nedenle bedeli düşük oranda ödenmiş paylar, oyda imtiyazlı pay statüsünde olacaklar şeklindeki görüş, gerçeği yansıtmamaktadır. Şöyle ki, bilindiği üzere, anonim şirkette ortak sıfatının kazanılması pay sahipliğine bağlıdır, yani paya sahip olmayan bir kimsenin ortak sayılması mümkün değildir. Buradan hareketle, bir kimse madem ki, pay sahibi sıfatını taşımakta ve dolayısıyla da ortak sayılmakta ise, demek ki, o kimse ortaklık sermayesine katılmıştır. Zira pay, aynı zamanda esas sermayenin bir bölümünü ifade eder⁶³.

Peki, şirket sermayesine katılmış olmak ve hangi oranda katılmış olmak neye göre belirlenmektedir? Bu soruya cevap aradığımızda da görüyoruz ki, bir kimse sahip olduğu pay sayesinde şirket esas sermayesine katılmış oluyor ve bu katılma oranı da gene sahip olduğu payların itibari değerlerinin toplam miktarına göre belirlenmektedir. Demek ki, ortaklık sermayesine katılmış olmak demek, pay bedelinin tamamen ödenmesi anlamına gelmemektedir.

Hal böyle olunca, pay bedellerini düşük oranda ödemiş olan ortakların da şirket sermayesine katılmış buldukları

⁶³ TEOMAN, Birim Değer, s. 498 ve orada dpn. 2'de anılanlar; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 759; İMREGÜN, "Anonim Ortaklıklar", İstanbul 1989, s. 273; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 3 ve orada dpn. 2'de anılanlar; ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 157.

tartışmasızdır ve bu katılma da fiilen ödemiş oldukları pay bedelleri oranında değil de, malik oldukları payların itibari değerlerinin toplam miktarı oranındadır.

Anonim ortaklıklarda her pay sahibi şirket sermayesine katılımı ölçüsünde haklara sahip olması gerektiğinden (“oransallık ilkesi” gereği), payın sermayeye katılma oranından fazla oy hakkı sağlaması halinde, yani paya, onun itibari değerinin esas sermayeye olan oranın üzerinde bir oy gücü tanınması halinde, oyda imtiyazlı paydan söz etmek mümkündür kaçınılmazdır⁶⁴.

Oysa ki, pay bedelinin farklı oranda ödenmesi halinde, oy hakkının sermayeye oranla kullanılması ilkesinden bir ayrılma kesinlikle söz konusu değildir. Zira, - tekrar pahasına da olsa bir daha belirtelim ki - ortağın esas sermayeye katılma oranı şirkete fiilen yapmış olduğu ödeme oranına göre değil, malik olduğu pay veya payların itibari değeri veya değerlerine göre belirlenmektedir.

Şimdi bütün bunlardan sonra, yukarıda verilen örneğe dönecek olursak, Y’ye sahip olduğu B kategorisinden her bir pay için bir oy hakkı ve toplam olarak beş oy hakkı, X’a ise, sahip olduğu A kategorisinden her bir pay için iki buçuk ve toplam olarak yirmi beş oy hakkı tanınacak olursa, bu durumda A kategorisi payları oyda imtiyazlı saymak gerçeğe ve mantığa aykırı olur. Çünkü böyle bir durumda, A kategorisi payların esas sermayeye katılma oranına göre, diğer bir ifade ile, itibari değerlerine oranla üstün oy sağlaması kesinlikle söz konusu değildir, bilakis, sermayeye katılma oranından daha az oy hakkı sağlamaktadırlar. Burada olsa olsa, B kategorisi paylar oyda imtiyazlı sayılabilir. Zira B kategorisi payların her biri esas sermayeye 10.000 TL katkıda bulunduğu halde bir oy

⁶⁴ TEOMAN, Birim Değer, s. 502 vd; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 90-91; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 53 ve orada dpn. 26-27’de anılanlar; ÇEKER, s. 40.

hakkı sağlamakta, A kategorisi payların her biri ise, söz konusu durum itibariyle esas sermayeye 100.000 TL katkıda bulunmasına rağmen iki buçuk oy sağlamaktadır. Yani A kategorisi paylar, sermayeye katılma oranına göre oy hakkı sağlayacak olsa, o zaman X'in, her bir pay için iki buçuk ve toplam olarak da yirmi beş oy değil, her bir pay için on ve toplam olarak da yüz oy hakkını haiz olması gerekirdi. Verilen misali bir az daha ileri götüreceğiz olursak, şirket esas mukavelesinde pay bedellerinin $\frac{1}{2}$ oranında ödenmesi halinde ortakların paydan kaynaklanan oy haklarının kullanabileceğinin öngörüldüğünü varsayalım. Şirket ortaklarından olan X, nominal değeri 100.000 TL olan A kategorisinden 10 adet paya sahip bulunmakta ve bunlardan her birinin 25.000 TL'sini (yani pay bedelini $\frac{1}{4}$ oranında) ödemiş bulunmakta, bir diğer ortak olan Y ise, nominal değeri 10.000 TL olan B kategorisi paylardan beşine sahip bulunmakta ve söz konusu payların bedellerinin $\frac{1}{2}$ 'ni (yani sahip olduğu her bir B kategorisi payın 5000 TL'sini) ödemiş bulunmaktadır. Bu durumda X, ortaklık esas sermayesine A kategorisinden on adet paya sahip olmak suretiyle 1000.000 TL katkıda bulunmasına ve şirkete fiilen 250.000 TL ödemesine rağmen oy hakkından tamamen yoksun olacağı halde, diğer ortak olan Y ise, B kategorisinden beş adet paya sahip olmak suretiyle ortaklık esas sermayesine 50.000 TL (yani X'in ortaklık esas sermayesine katkısının $\frac{1}{20}$ 'si oranında) katkıda bulunmasına ve şirkete fiilen 25.000 TL (yani X'in fiilen ödemiş olduğu meblağın $\frac{1}{10}$ 'u oranında) ödemesine rağmen en az beş oy hakkına sahip olacaktır. Dolayısıyla da, böyle bir durumda aslında Y'nin geçici de olsa oyda imtiyazlı pay sahibi statüsünde olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç olarak, pay bedelinin ödenme oranının farklı olması, kendiliğinden bedeli düşük oranda ödenmiş paylar lehine oyda imtiyaza neden olamaz.

Bundan başka, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkını etkilemesi, hangi yöntem (ödeme oranın oy hakkını etkilemesi bakımından) kabul edilirse edilsin, bir bütün olarak hiçbir şekilde olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda) tercihe şayan bir yol değildir. Çünkü, her şeyden önce, şirket her zaman bakiye sermaye borcunun ödenmesi talebi ile pay sahiplerine çağrıda bulunabileceğine göre, bu durum geçici niteliktedir.

Ayrıca, oy hakkının pay bedellerinin ödenme oralarından etkilenmesinin kabulü halinde, her zaman değişebilecek bu oran yüzünden oy hakkı ve kullanılması mekanizması gereksiz yere karışık ve dolaşık bir hale gelecektir.

Nihayet son olarak da, pay bedellerinin farklı oranda ödenmesi hali çok nadiren mümkün olabilecek bir durumdur. Zira, çoğu zaman şirketçe eşit olmayan ödeme oranlarının tespiti, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması ilkesi gereğine aykırı olacağından (çünkü, şirketçe elde edilen kârın pay sahiplerine dağıtımında, fiilen ödenme oranı esas alındığından, eşit olmayan ödenme oranının tespiti, pay sahiplerinin dağıtılan kâra eşit olmayan oranda iştirakine neden olacağından), ancak bütün pay sahiplerinin rızası ile mümkün olabilecek bir haldir⁶⁵.

B. OY HAKKININ ÖZELLİKLERİ

1. Oy Hakkı Sadece Pay Sahibine Tanınabilir

Temel ortaklık haklarından biri olan oy hakkı, esasen sadece pay sahiplerine tanınmıştır⁶⁶. Bunun başlıca nedeni, daha önce de belirtildiği gibi, en önemli yönetim hakkı olarak oy hakkının, sermaye yatırarak ortak bir ticari teşebbüste

⁶⁵ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 130 ve orada dph. 377 ve 378'de anılanlar.

⁶⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 960; BAUMS, s. 110 ve 124

bulunmak suretiyle anonim ortaklığın kurulmasını ve işleyişini temin eden ve aynı zamanda bu teşebbüsün başarısızlığı durumunda koyulmuş olan sermayenin yitirilmesi riskini paylaşan ortakların, şirket işlerine tesir etme yetkisini de söz konusu teşebbüse yapmış oldukları katkı oranında ellerinde bulundurmalarının işin doğası gereği olmasıdır.

Görüldüğü gibi, oy hakkı ile pay sahipliği, yani haddi zatında pay arasında sıkı bir ilişki vardır. Pay sahibi olmayan bir kimse, ortak olamayacağı gibi, kural olarak oy hakkı sahibi de olamaz. Ekser hukuk sistemlerinde oy hakkı genel bir ilke olarak paya bağlanmış durumdadır⁶⁷.

⁶⁷ Örnek olarak bkz. Alman POK § 12 (bkz. BAUMS, s. 124; TEOMAN, Payın Birim Değeri, s. 499); Avusturya POK § 114(1), (bkz. KOPPENSTEINER/RÜFFLER, s. 4 ve özellikle s. 11); ABD Hukuku bakımından bkz. R.W. HAMILTON, "Cases and Materials on CORPORATIONS : Including Partnerships and Limited Liability Companies" 16th Edition, ST. Paul 1998, s. 301 ve Del. Gen. Corp. L. § 212(a) (1996); Fransız ŞK. m. 174 (bkz. GUYON, s. 98-99 ve 103); İngiliz ŞK. m. 370, ayrıca bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 189 ve özellikle s.225; Avrupa Topluluğu Hukuku, art. 92.1 of European Company Statute ve art. 33.1 of Fifth Directive; Belçika (bkz. E. WYMEERSCH, "Shareholder Voting Rights and Practices in Belgium", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 25); Hollanda (bkz. TİMMERMAN, s. 223) ve İspanya (bkz. HERMIDA, s. 275) hukuklarında da aynı ilke geçerlidir. İsviçre Hukukunda oy hakkının, her ne kadar (örnek olarak bkz. DAĞ, Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, s. 16 ve ÇEKER, s. 6 dpn. 6 ve 20), "pay" a değil, "pay sahibi"ne bağlandığı ileri sürülmekte ise de, oy hakkını "pay" a sahip olan kimsenin haiz olacağını, oy hakkının payın birim değerinin toplamı ile orantılı olarak kullanılacağını (İsv. Bk. m. 692/1) ve ana sözleşme ile bu kuraldan ayrılarak, oy hakkının itibari değere bağlı olmaksızın pay sahibine ait payların sayısına göre ve her paya bir oy hakkı düşecek şekilde (pay sayısı kıstası) tespit edilebileceğini hükme bağlayan bir yasaya rağmen, hala "oy hakkının paya bağlanmamış" olduğunu ileri sürmek bizce, yasaya uymayan bir görüştür. Nitekim bu gün, Kara Avrupa'sı ülkelerinin hemen hemen hepsinde, İngiltere (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 189 ve özellikle s. 225) ve ABD (bkz. JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 656) hukuklarında, ortaklık esas mukavelesi ile bir pay sahibine ait azami oy

Azerbaycan hukukunda da oy hakkının paya bağlı olduğu yürürlükten kaldırılmış bulunan AOK'da açıkça ve özel olarak belirtilmişti. Zira, söz konusu kanunda, her bir pay sahibi, malik olduğu pay sayısınca (m. 12, b.1) ve payın itibari değeri oranında (m. 21, b. 3) oy hakkını haiz olacağı açıkça düzenlenmişti. Keza, bugün için yürürlükte olan olan mevzuat açısından da aynı sonucun kabulü zorunludur. Gerçekten, Az.MK'nın ister genel kurulda oylama usulü (m. 107-3.5), isterse genel kurulun toplantı (m. 107-2) ve karar yetersayılarına ilişkin hükümlerinden oy hakkının paya bağlı olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Böylece, Azerbaycan Hukukunda da oy hakkı kesin ve emredici bir şekilde paya bağlanmıştır. Dolayısıyla da ortaklık esas mukavelesi ile pay sahibi olmayan kimselere oy hakkının tanınması mümkün değildir.

Burada bir hususu da belirtelim ki, Azerbaycan Hukukunda ortaklık ana sözleşmesi ile bir ortağın haiz olabileceği azami oy sayısına sınırlama getirilebileceğine ilişkin kanun hükmü (Az.MK. m. 103.6),⁶⁸ oy hakkının paya bağlı olduğu kuralına bir istisna değildir. Zira burada oy hakkına ilişkin sınırlama paydan değil, pay sahibinden kaynaklanmakta, diğer bir ifade ile oya ilişkin sınırlama "pay" bakımından değil, "pay sahibi" bakımından öngörülmektedir.

sayısına sınırlama getirilebilmesi hukuken mümkün olmasına (oy hakkına üst sınırlama getirilmesi hukuken mümkün olsa da uygulamada pek rastlanılmamaktadır, bkz. **ARNOLD**, s. 397) rağmen (bu konu ile ilgili olarak bkz. IV. Bölüm, § 11, II, A, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar), oy hakkının paya bağlandığı kabul edilmektedir. Zira anonim şirketlerde pay sahiplerinin ortak sıfatından kaynaklanan bütün haklarının kaynağı sadece "pay"dır.

⁶⁸ Türk Hukukunda her payın en az bir oy hakkı sağlayacağı emredici bir kurala bağlandığından (TTK.m. 373/I) bir pay sahibine ait oy hakkının sınırlandırılması mümkün değildir. oy hakkının sınırlandırılması ile ilgili bkz. IV. Bölüm, § 13, II başlığı altında yapılan açıklamalar.

Ancak burada şunu da belirtmek gerekir ki, oy hakkı, pay sahipliği haklarının ayrılmaz bir parçası konumunda olduğu kuralı, istisnası olamayan bir kural değildir. Anonim ortaklıklar hukukunda, oyun pay sahibinden ayrıldığı çeşitli haller ile karşılaşmak mümkündür. Gerçekten, ileride daha geniş bir şekilde üzerinde duracağımız ve bu gün belli başlı hukuk sistemlerinin çok büyük bir çoğunluğunda anonim ortaklıklar tarafından çıkarılmasına imkân tanınan oydan yoksun paylarda bu durum bariz bir şekilde kendisini göstermektedir. Bundan başka, bazı hukuk sistemlerinde oy hakkı, pay üzerinde intifa hakkı sahibine veya rehin hakkı sahibine de tanına bilmektedir⁶⁹.

2. Paydan Ayrı Olarak Devredilemez

Bilindiği üzere pay, anonim şirkette bir ortaklık mevkiini, yaygın bir ifade ile “pay sahipliği” mevkiini temsil eder. Yani paya kim malik ise, ortak da o olur. Bu nedenle de pay, sahibinin kişiliğinden bağımsız, soyut bir ortaklık mevkiini olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Buradan hareketle, pay sahipliği mevkiinden kast edilen, bir kimsenin bir ortaklıkta, ortak sıfatından kaynaklanan esasen hakları ve çok sınırlı olarak

⁶⁹ Türk ve İsviçre hukuklarında paylar üzerinde intifa hakkı kurulduğunda kural olarak (ortaklık esas mukavelesi ile aksi kararla şırlabilir, etraflı ve derinlemesine bilgi için bkz. **KENDİGELEN**, “Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı” (bundan sonra kısaca, İntifa Hakkı) İstanbul 1994, s. 261 vd) oy hakkı intifa hakkı sahibine aittir (TTK. m. 360; İsviçre Hukukunda, BK. 690/II); Fransız Hukukunda ise (L. art. 163), şirket ana mukavelesinde öngörülmüşse, genel kurul toplantılarında oy hakkı, intifa hakkı sahibine aittir (bkz. **GUYON**, s. 95) . İngiliz Hukukunda Pay bedellerinin bütünü üzerinde rehin tesisi edildiğinde oy hakkı rehin alana aittir (fakat rehin alan, rehin konusu paylardan ileri gelen oy hakkını pay sahibinin talimatları doğrultusunda kullanmak zorundadır, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 201).

⁷⁰ **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, 273

bazen de borçları içeren, şirkete karşı hukuki ilişkilerin bütünüdür⁷¹.

Böylece, pay sahipliğinden kaynaklanan hak ve borçlar bir bütün oluştururlar ve işte bundan dolayı da payın bölünmezliği ilkesinden söz edilmektedir. Söz konusu ilke, hem payın sağladığı hakları birbirlerinden ayırmak suretiyle bağımsız hale getirilip ayrı ayrı kimselere devrini önlemekte, hem de ortaklık esas sözleşmesi değiştirilmedikçe bir payın itibari değerinin bölünmesi yolu ile pay sayısının artırılmasının karşısını almaktadır⁷².

Demek ki, anonim ortaklıkta bir kimse birden çok paya malik olmak suretiyle malik olduğu pay adedi sayısınca ortaklık mevkiine sahip olabilirse de, her pay ortaklığa karşı bölünmez bir bütün halindedir. Ancak payın bölünmez bir bütün halinde olması, bir pay üzerinde birden çok kimsenin müştereken veya iştirak halinde malik olmalarına engel teşkil etmez. Yani payın bölünmezliği ilkesi, pay üzerinde birlikte mülkiyetin tesisine engel olmamaktadır. Zira, sonuçta birden çok kimsenin bir paya malik olması, bir paydan kaynaklanan ortaklık mevkiinin sayısını hiçbir şekilde etkilememektedir. Bu nedenle de pay üzerinde müşterek veya iştirak halinde malik sayılan kimseler ayrı ayrılıkta şirkete karşı ortak sıfatını kazanamazlar. Bunlar paydan kaynaklanan hakları anonim ortaklığa karşı zorunlu olarak müşterek bir temsilci vasıtasıyla kullanabilirler (Az.MK. m. 106-1.2).

Sonuç itibariyle oy hakkı da paya bağlı bulunduğundan, paydan ayrı olarak devredilmesi hukuken mümkün değildir.

⁷¹ V. STEİGER Fritz (çev. Çağa), İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 12

⁷² Z. AYTAÇ, "Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri"(kısaca olarak "Hisse Senetleri) Ankara 1988, s. 136; KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 9.

3. Mahrum Bırakılamaz ve Vazgeçilmez Olması

Anonim ortaklıklarda yukarıda da ifade edildiği üzere, oy hakkı kural olarak pay sahiplerine tanınmıştır. Oy hakkını haiz olan pay sahibi, bu hakkından mahrum edilemez. Buna göre de, belli başlı hemen bütün hukuk sistemlerinde pay sahibinin oydan yoksun olacağı haller birer istisnai durum olarak sınırlı sayıya (ülkeden ülkeye bu sınırlı sayının kapsamı değişmekle birlikte) tabi tutulmuştur⁷³. Oydan yoksun paylar bu bakımdan birer istisna teşkil etmemektedir, zira bu tür paylar kural olarak sahiplerine oy hakkı sağlamazlar, oysaki, burada yapılan açıklama, maliklerine oy hakkı veren payların sahipleri bakımındadır.

Yalnız burada derhal belirtmek gerekir ki, şirketin kendi paylarını iktisap ettiği hallerde, söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı donar. Zira pay sahibinin oy hakkından yoksun bırakılamayacağı yönündeki kuralın temelinde yatan düşünce, oyun, pay sahibine tanınan bir hak olduğu ve hak sahibinin de hakkını kendi menfaatine uygun bir şekilde kullanmasının doğal olmasıdır. Ancak şirket kendi paylarını iktisap ettiğinde, söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı kullanılacak olursa, bunu bizzat pay sahibi olan şirket tüzel kişiliği değil de, onun kanuni temsilcisi konumunda olan yöneticiler kullanacaktır ki, bunların da menfaatlerinin her zaman yüzde yüz aynı yönde olmayabileceği açıktır.

⁷³ Örnek olarak bkz. Türk Hukukunda, TTK. m. 291, 374/1-2; Fransız Hukukunda (bkz. GUYON, s. 103); Alman Hukukunda (POK § 136/1, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 84 vd; ÇEKER, s. 204-205); İsviçre Hukukunda (İsv.BK. m. 659 ve 695, bkz. P. NOBEL, "Shareholder Voting Rights and Practices in Switzerland", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 324-325; İspanya Hukukunda (bkz. HERMIDA, s. 272); İngiliz (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 224) ve Amerikan Hukuklarında (bkz. M. KLAUSNER/J. ELFENBEIN, "Shareholder Voting Rights and Practices in the United States", in: T. Baums/Wymeersch (eds.), s. 354; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 658).

Yoksunluğa sınırlı olarak cevaz veren sistemlerde ise, oydan yoksunluğa neden olan haller yasal olarak sınırlı sayıya tabi tutulduğundan, bu ülke hukuklarında da pay sahibinin kanunda sayılan haller dışında başkaca bir nedenle oydan yoksun olacağını öngören ortaklık esas mukavelesi hükümleri veya ortaklık organlarının kararları geçersiz sayılmaktadır⁷⁴.

Mahrum bırakılamazlık, anonim ortaklığın yapısından kaynaklanmaktadır. Gerçekten anonim ortaklıklarda bazı öyle haklar vardır ki, onlar, anonim ortaklığın niteliklerini ve yapısını simgeleyen ilkelerin pay sahibi hakkı görünümde hak olarak somutlaşmasından ileri gelmektedirler. İşte oy hakkı da bu tip haklardandır. Zira daha önce de çeşitli vesilelerle ifade edilmeye çalışıldığı üzere, oy hakkı, en geniş anlamda şirket yönetimine ve denetimine katılmayı sağlayan bir haktır ve bu nedenle de şirket maliklerinin (pay sahiplerinin), bu sıfatı taşımalarının doğal bir sonucudur. Bundan dolayı da oy hakkını haiz pay sahibi, söz konusu hakkından vazgeçemez, çünkü aksi halin kabulü, oy hakkını haiz bir payın “sahibi” sıfatı ile bağdaşmamaktadır.

⁷⁴ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 136 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL KURULDA OY HAKKI SAHİBİ

§ 5 GENEL OLARAK

Anonim ortaklıklarda genel kurul, şirketin en üst organı niteliğindedir. Bu husus Az.MK'da (m. 107) açıkça ifade edilmiştir. Genel kurulun üst organ olmasının nedeni, onun anonim ortaklığın en yüksek irade ve karar organı olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten de, genel kurul kararı, ortaklık iradesini ifade ettiğinden hem anonim ortaklığın diğer organları, hem de şirket ortakları bakımından bağlayıcıdır. Şöyle ki, anonim ortaklığın diğer organları genel kurul kararını yerine getirmek veya onların yerine getirilmesini denetlemek zorunda olduğu gibi, aynı zamanda şirket ortakları bakımından da (genel kurul kararına katılıp katılmamalarından asılı olmayarak) genel kurul kararları bağlayıcı olmaktadır. Bundan başka, genel kurul kararı ortaklığın iradesini teşkil ettiğinden, şirketin her türlü etkinliğine ve hatta yaşamına da hakimdir⁷⁵.

İşte bu durumda akla, haklı olarak, şöyle bir soru gelebilir: genel kurul kararına kimler katkıda bulunmaktadır, bir diğer ifade ile genel kurul kararı kimlerin oyu ile alınmaktadır? Genel kurul ortakların, yani pay sahiplerinin genel kurulu olduğundan doğal olarak pay sahiplerinin oyları ile alınabilmektedir. Yalnız ileride oy hakkının kullanılması bölümünde etraflı şekilde görüleceği üzere⁷⁶, oy hakkını haiz pay sahipleri bu haklarını bizzat kullanabilecekleri gibi, temsilcileri aracılığıyla da kullanabilirler.

⁷⁵ ARSLANLI, Anonim Şirketler II-III, s. 3; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, 98.

⁷⁶ Bkz. IV. Bölüm başlığı altında yapılan açıklamalar.

Oy hakkının pay sahibine ait olması kuralı, Azerbaycan Hukukunda istisnası olmayan mutlak bir kural niteliğindedir. Buna göre de, pay üzerinde intifa hakkının tesis edilmesi veya pay senetlerinin rehin, tevdi veya ariyet gibi nedenlerle başka bir şahsın zilyetliğinde bulunması, pay sahibinin genel kurula iştirak ve orada oy kullanma yetkisini hukuken etkilememektedir. Dolayısıyla da, söz konusu durumlarda pay sahibi, ayrıca temsil salâhiyeti vermedikçe intifa hakkı sahibinin veya rehin hakkı sahibinin genel kurula katılarak oy kullanamaz, şayet her nasılsa kullanacak olurlarsa bu şekilde kullanılan oylar hukuka aykırı olduğundan geçersiz sayılacaktır⁷⁷.

Böylece, Azerbaycan Hukukunda maddi hukuk açısından oy hakkının sahibi mutlak olarak pay sahibidir. Fakat ne var ki, pay sahibi olabilmek için fiil ehliyeti aranmasa da (zira pay sahibi olma, bir hakkın tarafı olmayı ifade ettiğinden hak ehliyetini haiz olmaya bağlıdır ki, günümüz hukukunda esasen bütün gerçek kişiler hak ehliyetini haizdirler⁷⁸) pay sahibinin bizzat oy hakkını kullanabilmesi, fiil ehliyetini haiz olmasına bağlıdır. Zira, daha önce de belirtildiği üzere, oy kullanımı bir irade beyanı olup, bünyesine uygun düştüğü sürece hukuki muamelelerin tabi olduğu hukuki rejime tabidirler. Dolayısıyla da fiil ehliyetini haiz olmayan pay sahipleri, oy haklarını ancak kanuni temsilcileri vasıtasıyla kullanabilmeleri mümkündür⁷⁹.

⁷⁷ İntifa hakkı ve rehin hakkı sahibinin oy hakkı ile ilgili açıklamalar için bkz. § 7 ve § 8.

⁷⁸ Geniş bilgi için bkz. **K. OĞUZMAN/Ö. SELİÇİ**, Kişiler Hukuku, 6. baskı, İstanbul 1999, s. 29 vd; **A. ZEVKLİLER**, Medeni Hukuk, 3. baskı, Ankara 1992, s. 189 vd; **M. DURAL**, "Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler", 2. bası, İstanbul 1984, s. 41 vd.

⁷⁹ Her ne kadar *Çeker* bu durumda oy hakkının payın maliki olan kişiden (yani pay sahibinden) ayrıldığını ve onu (pay sahibini) temsilen kanuni temsilciye tanıdığını ileri sürmekte ise de (**ÇEKER**, s. 130), oy hakkının pay

Şimdi kural olarak, oy hakkı maddi hukuk açısından pay sahibine aittir derken, kimlerin pay sahibi olduğunun tespit edilmesi, konunun incelenmesi bakımından doğal olarak büyük önem arz etmektedir. Zira böyle bir tespit, bize pay sahibinin genel kurul kararının oluşumuna katkıda bulunmasını sağlayan oy hakkının ne şekilde kazanıldığını aydınlatabilme imkânını sağlayacaktır.

§ 6 PAY SAHİBİ

Anonim ortaklıklarda pay sahibinin oy hakkına ne şekilde sahip olabileceğini incelerken konuyu ikiye – bir senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahibi, bir de senede bağlanmış paylarda, yani hisse senetlerinde oy hakkı sahibi şeklinde - ayırmakta fayda görülmektedir. Zira, her iki durumun farklı özellikleri olduğundan, hem pay sahiplerinin belirlenmesi açısından, hem de oy hakkına sahip olma şartları açısından ilgili hukuki düzenlemeler zaman zaman farklılık arz etmektedir. Ayrıca konunun bu şekilde ayrıma tabi tutularak incelenmesi, konu ile ilgili ortaya çıkması muhtemel sorunları tüm açıklığı ile ele almak ve karışıklığa neden olmadan irdeleme imkânı sağlamaktadır.

Dolayısıyla da biz aşağıda senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahibi ile, senede bağlanmış paylarda (hisse senetlerinde) oy hakkı sahibini ayrı ayrı ele alarak incelemeğe çalışacağız.

sahibinden ayrıldığını ifade ettikten sonra gene bir de sanki oy hakkı pay sahibindeymiş gibi oy hakkının onu temsilen kanuni temsilciye tanınmış olduğunu ileri sürmesi, kendi içerisinde çelişkiye neden olmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda oy hakkı pay sahibinden ayrılmamakta, sadece olarak oy hakkı kanuni temsilci tarafından gene oy hakkı sahibinin namına kullanılabilir. Zira oy hakkı, payın malikinden ayrılmadığındadır ki, pay sahibi fiil ehliyetine kavuşunca, kendiliğinden başkaca bir işleme gerek duyulmadan oy hakkını bizzat kendisi kullanabilecektir.

I. SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ

Anonim ortaklığın kurulması veya sermayenin artırılmasının tescili ile birlikte pay kendiliğinden oluşur. Yani pay sahipliğinin kazanılması, şirketin hisse senedi çıkarmasına bağlı değildir. Dolayısıyla da tescil, doğal ve zorunlu olarak payın oluşumuna neden olmaktadır. Bu husus - her ne kadar Azerbaycan mevzuatında söz konusu durum ile ilgili kurallar oldukça karışık ve özensiz olarak düzenlenmiş de olsa - , Azerbaycan Hukukunda yasal olarak da ifade edilmiş bulunmaktadır.

Gerçekten de, ilgili düzenlemeleri gözden geçirdiğimizde bu açıkça belli olmaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin bazılarını burada ele almak yerinde olur. Fakat söz konusu düzenlemeleri gözden geçirmeden önce, burada önemle ve altını çizerek belirtelim ki, Azerbaycan mevzuatında “hisse senetleri” ile “pay” kavramları bir ayrıma tabi tutulmamakta (daha doğrusu bunların farklı kavramlar olduğunun üzerinde durulmamış) ve her ikisi de “sehim⁸⁰” diye ifade edilmektedir.

Az.MK. m. 98.1’de anonim şirketi, “esas sermayesi muayyen sayıda paylara (sehimlere) bölünmüş bir şirket” olarak tanımladıktan sonra, m. 98.2’ de ise, sehimlerin ancak ve sadece anonim şirketlerin çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Az.MK. m. 103.1’de “anonim ortaklığın esas sermayesinin ortakların edinmiş oldukları sehimlerin nominal değerinden ibaret” olduğu, m.103.3.c. 2’de ise, “anonim şirket tescil edilirken onun bütün sehimleri tesisçiler arasında bölünmelidir” şeklinde emredici bir hüküm yer almaktadır. Keza, Az.MK. m. 1077.1’de yer alan yasal düzenlemede de, açıkça ve kesin olarak “hisse senetleri ancak anonim şirketler

⁸⁰ “Sehim” bu ortaklık nevinde anahtar kavram olarak kabul edilmekte ve hatta bu yüzden de pay sahibine “sehimdar”, anonim ortaklığa ise “sehimdar cemiyeti” denilmektedir.

tarafından ihraç edilebilir” denilmektedir. Nihayet, Az.MK’nın 1078-7.2 ve 1078-15.1 madde hükümlerinde de menkul kıymetlerin, ancak menkul kıymet ihraççısının tescili ile tüzel kişilik kazanıldıktan sonra ihraç edilebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Şimdi yukarıda alıntı yapılan yasal düzenlemelerin her birinin üzerinde duralım: Madem ki, Az.MK. 98.1 madde hükmü, anonim şirketi “esas sermayesi muayyen sayıda paylara (sehimlere) bölünmüş bir şirket” olarak tanımlamış, demek ki, esas sermayesi sehimlere (paylara) bölünmemiş veya diğer bir ifade ile sehimleri (payları) olmayan bir şirket, anonim şirket olamaz.

Az.MK. m. 1078-15.1’de, menkul kıymetlerin (ve dolayısıyla da hisse senetlerinin) ancak şirket tescil edildikten sonra çıkarılabileceğini ifade etmekle, aslında tescille birlikte varlık kazanacak olan payları temsilen hisse senetlerinin de çıkarılabileceğini belirtmiştir. Zira demek ki, anonim şirket tescil edildikten, yani hukuken varlık kazandıktan sonra menkul kıymetleri, o cümleden hisse senelerini de çıkarabileceği hükme bağlanmıştır.

Bundan başka, Az.MK. m. 103.1’de “anonim ortaklığın esas sermayesinin ortakların edinmiş oldukları sehimlerin (payların) nominal değerinden ibaret” olduğu belirtilmekle, pay olmadan şirket esas sermayesinin olmayacağı da ifade edilmektedir. Keza, Az.MK. m.103.3.c. 2’de, “anonim şirket tescil edilirken onun bütün sehimleri (payları) tesisçiler arasında bölünmelidir” derken de, bir yönü ile gene hisse senetleri çıkartılmadan önce, payın olduğu dolaylı bir şekilde de olsa, ima edilmektedir.

Görüldüğü üzere, anonim şirket tescil edilmeden, yani hukuken varlık kazanmadan önce, esas sermayesinin tamamı muayyen sayıda sehimlere (paylara) bölünmekte ve bunların bedelleri kurucular tarafından ödenilmiş olması gerekmektedir. Gerçi, burada akla şöyle bir soru gelebilir ki, şirket tescil

edilmeden önce zaten pay (sehim) da olamaz, o zaman nasıl esas sermaye paylara bölünmüş olacak ki? Ne var ki, burada ilgili kanun hükmü, tescille birlikte hukuken varlık kazanacak olan anonim şirketin, esas sermayesinin tescille birlikte hukuken kendiliğinden oluşan paylara (sehimlere) bölünmesini amaç edinmiştir, yoksa tescilden önce payların oluşacağını veya bütün payların kurucular tarafından taahhüt edileceğini değil. Zira, tescilden önce payların (sehimlerin) oluşmayacağı kesindir, çünkü pay (sehim), ancak anonim şirkette söz konusu olabilir, anonim şirket ise, ancak tescille varlık kazanabilir. Dolayısıyla da, tescil yapılmadan anonim şirket hukuken varlık kazanamayacağına göre, ancak anonim şirketlerde söz konusu olabilen paylar (sehimler) da varlık kazanamaz.

Aynı şekilde, Az.MK. m. 103.3.c.2 hükmünün amacı, bütün payların kurucular tarafından taahhüt edileceğini düzenlemek değildir, bu madde hükmünün amacı, tescile dek esas sermayenin tamamının kurucular arasında bölünmüş olmasını zorunlu kılmaktır. Çünkü söz konusu madde hükmünün 1. cümlesinde zaten şirket esas sermayesinin tamamının kurucular tarafından tescile dek ödenmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Nihayet, Az.MK'nın 1078-7.2 ve 1078-15.1 madde hükümlerinde de menkul kıymetlerin, ancak menkul kıymet ihraççısının tescil ile tüzel kişilik kazanıldıktan sonra ihraç edilebileceği ve Az.MK. m. 1077.1'de ise, "hisse senetleri ancak anonim şirketler tarafından ihraç edilebilir" hususu belirtilmekle, senede bağlanmamış payların (sehimlerin) varlığının kabulünü zorunlu kılmaktadır. Zira, yukarıda müteaddit olarak ifade edildiği üzere, paysız (sehimsiz) anonim şirket olamaz.

Kıymetli kağıt olarak hisse senedi, ortaklık mevki olan payı temsil etmekte ve bu yüzden de hisse senedinin devri ile bu mevkiin sahibi değişir ve bu değişiklik de (ortaklığı etkilemediğinden) kolay ve basittir. Ancak ne var ki, hisse

senetleri sonuçta bizzat payın kendisi değil, onu temsil eden bir senettir, bu sebeple de hisse senedinin kaybedilmesi ile ortaklık mevki olan pay da kaybedilmez ve ortadan kalkmış olmaz.

Bütün bunlar açıkça, ortaklık mevki olarak payların hisse senetlerinden önce var olduğunu ve hatta hisse senetlerinin çıkarılmasının anonim ortaklıklar bakımından zorunlu olmadığını kesin olarak kanıtlamaktadır.

Madem ki, anonim ortaklıklarda senede bağlanmamış paylar vardır, o halde bu tür paylarda oy hakkının sahibi kimdir ve bu nasıl belirlenir?

Azerbaycan'da yürürlükte olan mevzuat uyarınca, tescile dek şirket esas sermayesi kurucular tarafından ödenilmiş olmalıdır (Az.MK. m. 103.3, c.1 ve m. 1078-7.2). Fakat, Azerbaycan hukukunda sermaye artırımı halinde çıkarılacak yeni payların bedellerinin önceden ödenmesinin de zorunlu olup olmadığı henüz açık bir hukuk normuna bağlanmış değildir. Bununla birlikte, kuruluşa sermaye payları bedellerinin bütünüyle ödenilmesini zorunlu kılan kanun koyucu iradenin, sermaye artırımında farklı bir çözümü benimsemediği açıktır.

Kural olarak anonim ortaklığın tescili veya sermaye artırımının tescili neticesinde kendiliğinden oluşan payların, esas mukavele ve/veya iştirak taahhütnamesine uygun olarak iktisap edilmesine **aslen** iktisap denilir⁸¹. Payı aslen iktisap edenlerden veya daha sonraki müktesiplerden anlaşma yolu ile veya miras yolu ile iktisap edilmesine ise, **devren** iktisap denilir⁸².

⁸¹ **ARSLANLI**, Pay ve paysahipliği, s. 249 vd; **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)** Ortaklıklar, N. 827-828; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 274; **DAĞ**, Oy Hakkının Kazanılması, s. 44.

⁸² Aslen ve devren iktisap kavramları için bkz.: **OĞUZMAN/SELİÇİ**, Eşya Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992, s. 645-646; **M. AYAN**, Eşya Hukuku, 3. bası, C. I, Konya 2000, s. 61-62.

Aşağıda, aslen iktisap edilen senede bağlanmamış paylarda oy hakkının sahibi ile devren iktisap edilen senede bağlanmamış paylarda oy hakkının sahibi ayrı ayrı ele alınacaktır. Bunun sebebi, senede bağlanmamış paylarda her iki iktisap şeklinin oy hakkı sahibinin tespit edilmesi bakımından farklı özellik arz etmesidir.

A. ASLEN İKTİSAP EDİLEN SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ

Anonim ortaklıkta kuruluşu veya sermaye artırımına iştirak edenler, tescille birlikte oluşan payları aslen iktisap etmekte ve böylece, yeni payların maliki ve dolayısıyla da oy hakkının sahibi olmaktadır. Tescil için yapılan başvuruda, sözü edilen kişilerin açık kimlikleri ile birlikte hangi oranda paya sahip oldukları da belgelendirilmelidir (Az.MK. m. 130.3). Demek ki, kimlerin ne oranda pay sahibi olduğu şirketçe bilinmekte, diğer bir ifade ile bunların kaydı yapılmaktadır ki, tescil için yapılan başvuruda bu hususları tasdik eden malumatlar şirket tarafından ilgili sicil organına takdim edilebilmektedir. İşte, bu şekilde yapılan tescil sonucu anonim şirket ile birlikte kendiliğinden hukuken varlık kazanan şahıslar (paylar), esas sermayeye iştirak eden ve bu nedenle de adları ilgili pay defterinde yazılı bulunan kişiler tarafından, aslen iktisap edilmiş olmaktadır.

Fakat burada bir meselenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Şöyle ki, anonim ortaklığı kurmak amacıyla bir araya gelen kurucular, ileride kurulması hedeflenen anonim şirketin esas sermayesine tesis mukavelesi gereğince üzerlerine düşen oranda katkıda bulunduktan (söz konusu katılma, pay bedellerinin beri baştan, yani ortaklığın tesciline dek tamamen - ki, Azerbaycan hukukunda bu zorunlu bir yöntem olarak öngörülmüştür - veya kısmen ödenilmesi suretiyle, ya da pay bedellerinin , ödenileceğini taahhüt etmek suretiyle gerçekleştirilebilir) sonra, katılma hakkına sahip olurlar.

Katılma hakkı, söz konusu kişilerin, anonim ortaklığın kurulmasının veya esas sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşacak payların kendilerine tahsisinin istemeğe ilişkin bir haktır.

İşte, kuruluş veya sermaye artırımına iştirak eden bu kişilerin söz konusu katılma haklarını devredebilir edemeyecekleri, devredebileceklerse bu devrin taraflar arasında, üçüncü kişiler ve şirket karşısında hüküm ifade edip etmeyeceği meselesi açıklığa kavuşturulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, bu meselenin çözülmesi, bize böyle bir devir halinde, katılma hakkını devralan kişinin, anonim ortaklığın veya sermaye artırımının tescili ile kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap edip etmediğinin ve böylece oy hakkının sahibi olup olmadığını tespit etme imkânı sağlayacaktır.

Alman (AktG. § 41/4) ve Türk (TTK. m. 302) hukuklarından farklı olarak, konu ile doğrudan ilgili her hangi bir düzenleme Azerbaycan Hukukunda henüz bulunmamaktadır. Bu nedenle, mevzuattaki genel nitelikteki düzenlemelerden hareketle sorunu çözmek gerekecektir.

İlk önce katılma hakkının devredilebilir devredilemeyeceğini ele alalım. Her şeyden önce belirtelim ki, Azerbaycan Hukukunda, pay bedelleri şirket tesciline dek tamamen ödenmek zorunda olduğundan, tahsisi istenilen paylara ilişkin herhangi bir sermaye borcu da olamamakta ve dolayısıyla da katılma hakkı sadece payların tahsisini istemeğe ilişkin bir hak niteliği arz etmektedir. İşte bundan dolayı olsa gerek ki, Azerbaycan Hukukunda, Türk ve Alman hukuklarından farklı olarak (bu ülke hukuklarında – AktG. § 134; TTK. m. 285 - tescile dek şirket esas sermayesinin tamamen ödenilmesi zorunlu değildir), kuruluştan önce katılma hakkının devrini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Çünkü, bu tür bir devri yasaklamanın temelinde yatan esas düşünce, tescil ile birlikte kendiliğinden oluşan payların kimlere ait olduğunun bir

karışıklığa neden olmadan saptanabilmesi ve böylece bununla da kimlerin sermaye borcundan sorumlu olduğunun kolayca belirlenmesini sağlamakla anonim şirket ve onun alacaklılarının menfaatlerinin korunmasını temin etmektir⁸³. Azerbaycan Hukukunda hali hazırda yürürlükte olan mevzuat gereğince, yukarıda da ifade edildiği gibi, şirket kuruluşunun veya sermaye artırımının tesciline dek sermaye borcunun ödenilmesi zorunlu olduğundan tescil ile birlikte oluşan paylara ilişkin borç söz konusu olamamaktadır. Hal böyle olunca, malvarlığı haklarından biri olan katılma hakkının devrinin kural olarak mümkün olduğunun kabul edilmesi zorunludur. Zira, her şeyden evvel, böyle bir devri yasaklayan her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır, bilakis, Az.MK'nın 513-521 madde hükümlerinde, kural olarak mahiyeti itibariyle gözle görülebilen, elle tutulabilen herhangi bir maddi varlığı haiz bulunmayan malvarlıksal hakların devredilebileceği öngörülmektedir.

Kaldı ki, Az.MK'da açıkça yer verilen (m. 390) "irade muhtariyeti" ve "mukavele serbestliği" ilkeleri gereğince de katılma hakkı devrinin kabulü zorunludur. Bunu aşağıdaki gibi izah etmek mümkün:

Bilindiği üzere, arzu edilen hukuki sonucu meydana getiren irade beyanı hukuki muamele, arzu edilen hukuki sonucu meydana getirmek üzere karşılıklı birbirine uygun irade beyanları neticesinde meydana gelen hukuku muamele türüne ise mukavele denir⁸⁴. O halde, katılma hakkının devri, niteliği

⁸³ DAĞ, Oy Hakkının Kazanılması, s. 46

⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri (*Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*), İstanbul 1994, s. 100 vd.; OĞUZMAN/OZ, Borçlar Hukuku, İstanbul 1998, s. 41 vd.;; F. EREN, Borçlar Hukuku, 6.bası, İstanbul 1998, C. I, s. 115 vd ve 189 vd.; TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 37 vd ve 51 vd.

itibariyle bir mukavele ve dolayısıyla da aynı zamanda bir hukuki muameledir. Hukuki muamelelerin genel geçerlilik şartlarına ilişkin Az.MK'nun XIV. ve mukaveleler hukukuna ilişkin genel hükümler niteliğindeki XX. faslının "Mukavele kavramı ve şartları" başlıklı 1. babında öngörülen düzenlemeleri dikkate aldığımızda, katılma hakkının devrinin hukuken mümkün olduğunu görürüz. Gerçekten, söz konusu düzenlemeler, mukavelelerin konusunun taraflarca yasal sınırlar içerisinde serbestçe tayin olunabileceğini öngörmektedir. Yasal sınırlardan da anlaşılması gereken, emredici hukuk kaideleri, ahlaka ve şahsiyet haklarına zıt olmamadır.

Dolayısıyla da bir mukavele, emredici hukuk kaidelerine, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmadığı sürece, iki tarafın yaptığı özel hukuk mukaveleleri geçerli olacaktır. Bir mukavelelerin sırf katılma hakkının devrine yönelik olduğu için ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olması söz konusu olamaz. Buna göre de, katılma hakkının devrine ilişkin sözleşme, emredici hukuk kaidelerine aykırı olmadığı takdirde kesinlikle geçerli olacaktır.

Azerbaycan Hukukunda ise, katılma hakkının devrine ilişkin zaten herhangi bir düzenleme olmadığından, doğal olarak katılma hakkının devrini yasaklayan herhangi bir emredici hukuk kaidesi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla da, katılma hakkının devrinin Azerbaycan Hukuku bakımından mümkün olduğunun kabulü zorunludur.

Bundan başka, aksi düşüncenin, yani katılma hakkının devrinin mümkün olamayacağı yönündeki bir düşüncenin hukuka aykırı olacağı gibi, menfaatler dengesine de aykırı olacağı göz ardı edilmemelidir. Zira, özel hukukta tarafların serbest iradelerine hukuki etkinlik kazandırmanın temelinde yatan en önemli düşüncelerden biri de tarafların özel menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Böylece, katılma hakkının devrine imkân tanınmazsa, o zaman kural olarak hem

katılma hakkını devredenin, hem de devralanın menfaatleri korunmamış olacaktır.

Dolayısıyla sonuç olarak, katılma hakkının devrinin mümkünlüğü, hem hukuka, hem de menfaatler dengesine uygundur.

Yukarıda da çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, Azerbaycan Hukukunda katılma hakkının devrine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buradan hareketle doğal olarak, katılma hakkının devir şekline ilişkin de herhangi bir özel düzenleme Azerbaycan Hukukunda yer almamaktadır. Bu durumda katılma haklarının devir şekli ve kapsamı, Az.MK'nın borçlar hukukunun genel kısmına ilişkin altıncı bölümün XXVI. faslının birinci babında yer alan alacak haklarının devrine ilişkin genel nitelikteki düzenlemelere tabidir. Çünkü, Az.MK'nın ilgili babında yer alan m. 513.5 uyarınca, Az.MK'da, aksine bir düzenleme bulunmadıkça alacağın temlikine ilişkin kurallar, diğer haklar bakımından da geçerlidir.

Dolayısıyla katılma hakkı, Az.MK'nın 513-521 madde hükümlerinde öngörülen alacağın temlikine ilişkin düzenlemelere tabi olduğundan, katılma hakkının devir şekli, tesis mukavelesinin noterde veya adi yazılı mukavele şeklinde yapılmasından asılı olarak, noter aracılığıyla veya adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Çünkü, Az.MK . m. 520.1 uyarınca, alacağın temliki, onun meydana gelmesinin temelini oluşturan işlemin şekline tabidir. Yani alacak hakkı adi yazılı bir işlemde kaynaklanmakta ise, alacak hakkının devri de adi yazılı şekilde yapılmakla sağlanır, şayet alacak hakkı noter aracılığıyla yapılmış bir işlemde kaynaklanmakta ise, o zaman da böyle bir alacak hakkının temliki ancak noter vasıtasıyla sağlanabilir⁸⁵. Dolayısıyla da tesis mukavelesinden

⁸⁵ Burada bir şeyi de belirtmekte fayda vardır, şöyle ki, alacağın temliki ile ilgili söz konusu kanun maddesi, herhangi bir yazılı şekle tabi olmadan yapılmış

kaynaklanan katılma hakkının devri tesis mukavelesinin yapılaş şekline bağlıdır: tesis mukavelesi noterde yapılmışsa, o zaman katılma hakkının muteber bir şekilde devri de noter aracılığıyla mümkün olacak, şayet adi yazılı şekilde olmuşsa o zaman katılma hakkının devri de adi yazılı şekilde gerçekleş-tirilebilecektir.

Şimdi, katılma hakkını yukarıda belirtilen şekilde ilk yetkili hak sahibinden (yani tesis mukavelesine bizzat taraf olan kimseden veya sermaye artırımına iştirak eden kimseden) son yetkili hak sahibine kadar düzenli bir temlik⁸⁶ zinciri ile devralmış kimse, kuruluş veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap etmiş sayılır. Sonuç olarak, bu durumda aslen iktisapta bulunan, aslen maliktir ve dolayısıyla da pay sahibi sıfatıyla kural olarak oy hakkını haizdir. Kural olarak diyoruz, çünkü bunun istisnası vardır.

Gerçekten, madem ki, katılma hakkının devri alacağın temlik hükümlerine tabidir, o zaman alacağın temlikine ilişkin özelliklerin burada da dikkate alınması gerekir. Şöyle ki, alacak hakkı birden çok kimseye temlik edilmesine veya birden fazla arka arkaya devredilmesine rağmen, bu durum usulünce borçluya bildirilmemişse borçlu, temellük edenlerden tercihe şayan olan biri var iken diğerini veya evvelki hak sahibini iyi niyetle alacaklı olarak addedebilir ve ona ödemede bulunarak borcundan kurtulabilir (Az.MK. m. 513.4). Bunun gibi, katılma

olan hukuki işlemde kaynaklanan alacak haklarının temlik şekli ile ilgili her hangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla da, yazılı şekil şartına tabi olmayan hukuki işlemlerden kaynaklanan alacak hakları, temlik bakımından yazılı şekil şartına tabi değildir. Zira Az.MK. m. 330 uyarınca “hukuki işlem taraflarca veya kanun tarafından yazılı şekil şartına tabi tutulmadıkça sözlü (şifahi) olarak yapılabilir.”

⁸⁶ Düzenli temlik zinciri derken, kast edilen, sırasıyla her temlik edenin, bir önceki temlik beyanında kendisine temlik edilen kişi olması gereğidir.

hakının birden fazla kimseye temlik edilmesine veya birden çok arka arkaya devredilmesine rağmen, bu durum temlik veya temellük eden tarafından ortaklığa henüz bildirilmemişse, bu bildirim yapılmadan önce ortaklık, temellük edenlerden tercih edilmesi gereken biri var iken diğerini veya evvelki hak sahibini hüsünüyetle ortak addedebilir.

Dolayısıyla da şirketin, ilgili ihbar yapılmadan önce katılma hakkını devralan bir kimseyi hüsünüyetle ortak addederek ona ortaklık haklarını kullanmasına ve böylece genel kurulda oy hakkını kullanmasına izin vermesi, hukuken geçerlidir. Yani bu şekilde haddi zatında oy hakkını haiz olmadığı halde şirket genel kurulunda bir kimsenin oy kullanması hukuken geçerli sayılacaktır. Anonim şirkete ilgili ihbar yapılmadığı sürece, onun iyi niyetli olduğu kabul edilmelidir. Zira şahısların iyi niyetli olduğu kuraldır, aksini iddia eden bunu ispatla mükelleftir. Fakat anonim şirket, söz konusu durumu biliyorsa veya ona bu konuda gerekli ihbar yapılmışsa, hak sahibi sıfatıyla kendisine müracaatta bulunan kimseleri ortak olarak kabul etmemelidir, şayet ederse, bu şekilde kabul edilen kimselerin gerçek hak sahibi olmamaları halinde ortaya çıkan her türlü zararlardan şirket yöneticileri, hem hakları ihala edilen ortaklara, hem de şirkete karşı şahsen sorumlu olur.

Ayrıca, katılma hakkının devrinde de, kapalı tipli anonim ortaklıklardaki devre ilişkin kayıt ve sınırlamalarla ilgili (Az.MK. m. 101) hükümler kendisini his ettirmektedirler. Şöyle ki, Az.MK. m. 513.2 uyarınca, kanunda veya mukavelede aksi kararlaştırılmadığı sürece alacağın temliki borçlunun rızasına bağlı değildir. Şayet böyle bir durum söz konusu ise, o zaman borçlunun rızası olmadan alacağın temliki hukuken mümkün olmaz (Az.MK. m. 513.3). Az.MK. m. 194.1, c. 2'ye göre ise, temlik yasağı hakkında mukavele şartı ancak bunda borçlunun haklı menfaati varsa öngörülebilir. Nihayet, Az.MK. m. 521 uyarınca, alacağın temliki halinde

temlik eden temlik edilen karşısında alacağın muteberliğinden mesuldür ama, alacak konusunun temininden mesul değildir.

Şimdi kapalı tipli anonim ortaklıklarda katılma haklarının devrinin sınırlandırılması bakımından Az.MK. m. 513.2'de öngörülen her iki durum (yani hem kanunda, hem de katılma haklarının doğumuna neden olan kuruluş mukavelesinde hakkın devrinin sınırlandırılması hali) da vardır. Kapalı tipli anonim şirketlere ilişkin katılma haklarının devri ile ilgili Azerbaycan mevzuatında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bu tür anonim şirketlere ilişkin payların devri ile ilgili hükümlerin, katılma haklarının devri konusunda da kıyasen uygulanmaları gerekmektedir.

Az.MK. m. 101.1 uyarınca, kapalı tipli anonim ortaklıklarda, pay sahipleri kendi paylarını satmak istediklerinde öncelikle bunların satın alınmasını diğer ortaklara teklif etmelidir. Şayet onlar söz konusu payların satın alınması bakımından kanunen kendilerine tanınan alım hakkını öngörülen süre içerisinde (bu süre ortaklık esas mukavelesinde belirtilmelidir) kullanmazlarsa, o zaman şirket bizzat kendisi devredilmek istenen payları satın alabilir. Şayet satış fiyatı hususunda ortak ile şirket arasında anlaşama sağlanamazsa, yahut şirket bu payları almaya yanaşmazsa, ortak kendi paylarını 3. kişilere devredebilir. Yani kapalı tipli anonim ortaklıklarda ortakların bu kanuni önkoşullara uymadan kendi katılma paylarını devretmeleri, kanuna ve katılma hakkının doğumuna neden olan kuruluş anlaşmasına aykırı olduğundan hukuken geçersiz sayılmasına neden olabilecektir. Fakat buna rağmen, söz konusu durumda katılma haklarının devrine ilişkin yapılan mukaveleleri bütünüyle batıl addetmek kanaatimizce, hem menfaatler muvazenesine, hem de tahvili açıkça düzenleyen Az.MK'nın sistemine ve amacına uymaz.

Genel olarak hukukta ve bilhassa da özel hukukta, hukuki işlemleri, hukuk güvenliği mülahazasıyla mümkün mertebe ayakta tutma eğilimi vardır. Bu şekilde hukuki işlemleri ayakta

tutma için kullanılan en önemli araçlardan biri “tahvil”dir. Tahvil, batıl olan bir hukuki işlemi, yakın gaye güden başka bir hukuki işlemin bütün muteberiyet şartlarını taşıyorsa ve batıl işlemin tarafları, yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilmiş olsalardı, diğer muteber muameleyi yapacakları kabul ediliyorsa, batıl olan işlemin, muteberlik şartları tamam olan işleme çevrilmesi ve böylece hukuken hüküm doğurmasının sağlanması demektir⁸⁷.

Görüldüğü üzere tahvil, taraflar arasında akdedildiği biçimiyle arzu edilen hukuki sonuçları gerçekleştiremeyen bir işlemi hukuken kurtarma düşüncesini güder. İşte bu düşünce, “tahvil”in (conversion) Az.MK. m. 353’de açıkça düzenlenmesi suretiyle Azerbaycan hukukunda pozitif bir hukuki temele dayandırılmıştır.

Kaldı ki, menfaatler dengesi de söz konusu işlemin batıl sayılmamasını gerektirmektedir. Gerçekten, diğer ortaklar veya kuruluştan sonra hem de bizzat şirket, katılma hakkının ilişkin bulunduğu paylar bakımından kanuni alım haklarını kullanmama ihtimali de vardır ve bu durumda katılma hakkının devrine ilişkin mukavelenin hükümsüz sayılmasının hiçbir haklı nedeni de bulunmayacaktır.

Dolayısıyla da, bu tip anonim şirketlerde kuruluştan önce kurucular, kuruluştan sonra ise, diğer ortaklar veya şirket, katılma hakkının devredilmesine icazet vermezse, daha doğrusu, katılma haklarının ilişkin bulunduğu paylar bakımından kanuni alım haklarını kullanacak olurlarsa, devir gerçekleşemez. Bu durumda artık taraflar arasında dahi katılma hakkının devrine ilişkin işlem hükümsüzleşecek.

Bütün bunları göz önünde bulundurduğumuzda, kapalı tipli anonim ortaklıklara ait katılma haklarının devrine ilişkin

⁸⁷ S. KANETİ, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s. 103 vd; von TUHR (çev. C. Edege), s. 237.

mukaveleleri; tahvil usulünün uygulanması suretiyle, kuruluşta kurucuların devir konusu katılma paylarına yönelik önalım haklarını kullanmayacakları (yani bu şekilde devre muvafakat edecekleri) koşuluyla yapılmış geciktirici şarta bağlı bir mukavele olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varıyoruz. Böylece, kapalı tipli anonim ortaklıklara ilişkin katılma haklarının devri halinde bir nevi geciktirici şarta bağlı mukavele söz konusudur. Katılma hakkının devri, diğer katılma payları sahiplerince kanuni önalım haklarının kullanılmayacağı (yani icazet verecekleri) taktirde, bunun anlaşıldığı andan itibaren hüküm ifade edecek. İşte bu andan (yani sözkonusu icazet niteliğindeki geciktirici şartın gerçekleştiği andan) itibaren katılma payının devri hukuken hüküm ifade edecek. Bu şekilde katılma payını devir alan kimse, tescil ile birlikte oluşacak olan payları da aslen iktisap etmiş olacak, dolayısıyla da hem payların asli maliki ve hem de buna bağlı olarak oy hakkının sahibi sayılacak.

Yok eğer kuruluşta kurucular tarafından önalım hakkı kullanılacak olursa, o zaman geciktirici şartın gerçekleşmesi imkânsızlaşacağından, mukavele kesin olarak hükümsüzleşecek. Dolayısıyla da bu son durumda, pay sahipliği sıfatı ve bunun sonucu olarak aynı zamanda oy hakkı sahipliği sıfatı, katılma hakkını devralmak isteyen kimseye ait olamayacağı açıktır.

Bundan başka, katılma hakkını devir şekline aykırı bir biçimde (örneğin, noter vasıtasıyla yapılmış olan bir tesis mukavelesine rağmen, katılma hakkının adi yazılı bir şekilde devri halinde veya adi yazılı olarak yapılan bir tesis mukavelesinden doğan katılma hakkının şifahi bir şekilde devri halinde) veya muntazam olmayan bir temlik zinciri aracılığıyla (örneğin A, katılma hakkını B'den devir almış, sonraki müktesip olan C ise katılma hakkını X'dan almış gözüküyorsa temlik zinciri kırılmış demektir ve dolayısıyla da C, muntazam olmayan bir temlik zinciri aracılığıyla devir alan kimse

durumundadır) devralan kimse, kuruluş veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payın veya payların (payın senede bağlanmış olup olmamasından asılı olmayarak) maliki ve bunun sonucunda da oy hakkının sahibi olduğunu ileri süremez. Hatta söz konusu şahısın, bu durumda iyi niyetli olması da böyle bir sonucun ortaya çıkmasına engel olamaz. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere, katılma hakkının devri alacağın temlik hükümlerine tabi olduğundan, katılma hakkını devir şekline aykırı olarak veya düzgün olmayan bir temlik zinciri ile devir alan kimse, haddizatında katılma hakkını iktisap etmiş sayılmaz. Buna göre de, devir şekline aykırı olarak veya düzgün olmayan bir temlik zinciri ile katılma hakkının iktisabı bir itiraz sebebidir ve dolayısıyla da her kese karşı, o cümleden iyi niyetli kimselere karşı da ileri sürülebilir.

Ancak ne var ki, bu istisnasız mutlak bir kural değildir. Gerçekten de bazı istisnai haller vardır ki, söz konusu hallerde vuku bulan temlikler, yukarıda ifade edilen temlik şekline ve muntazam temlik zincirine tabi değildir. Çünkü bu gibi hallerde katılma hakkının devri ve iktisabı, temlik beyanı ile değil, kanun hükmü, mahkeme kararı veya benzeri usullerle gerçekleşmektedir. Söz konusu istisnai haller, kanuni iktisap halleri ve kazai iktisap halleri olarak gruplara ayrılabilir. Yalnız bu gruplara geçmeden önce önemle belirtelim ki, hemen aşağıda “pay(lar)”ın kanunen veya kazaî olarak kazanılması değil, “katılma hakkı”nın kanunen veya kazaî olarak kazanılması suretiyle payların aslen iktisabı söz konusu edilmektedir.

1- Kanuni iktisap halleri

- a- Anonim şirketin kuruluşuna veya sermaye artırımına iştirak eden gerçek kişinin vefatı halinde, terekenin aktifine dahil bulunan katılma hakkı, Az.MK. m. 1151 ve m. 1157,c.1 gereği ölümle birlikte müteveffanın mirasçısına veya mirasçılarına

geçer. Dolayısıyla da herhangi bir anonim şirketin katılma hakkını elinde bulunduran bir gerçek kişinin vefatı halinde, terekenin aktifinde yer alan katılma hakkını iktisap eden mirasçı veya mirasçılar, kuruluş veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap ederler. Buna göre de maddi anlamda hem payların asli maliki ve netice itibariyle hem de hukuken oy hakkının sahibi olarak kabul edilirler.

b- Aile Mecellesine (m.31.2) göre, evlilik öncesi karı ve koca mal ortaklığı türlerinden birini, bağladıkları nikah mukavelesi ile birlikte serbestçe kararlaştırabilirler. Bundan başka, Aile Mecellesinin 32.1 madde hükmü ve Az.MK. m. 225.1 hükmü uyarınca, karı koca, evlilik sonrası elde edilen malvarlığı hakları üzerinde, kural olarak, iştirak halinde mülkiyet hakkını haizdirler. Böylece, Azerbaycan Hukukunda karı kocanın evlilikte kanuni mal rejimi, mal ortaklığı şeklindedir. Dolayısıyla da, nikah mukavelesinde aksine bir hüküm olmadığı sürece, evlilik esnasında karı veya kocadan biri katılma hakkı (ve hatta şirket payları) elde ettikte, sözü edilen katılma (veya şirket payları üzerinde) payı üzerinde eşi ile birlikte iştirak halinde mülkiyet hakkı söz konusu olacaktır. Bu durumda diğer eşin katımla payı üzerinde iştirak halinde mülkiyet hakkını iktisap etmesi, eşin bu husustaki iradesine değil, sırf kanuna dayanmaktadır.

c- Aktifinde kurulması düşünülen veya sermaye artırımına gidilen herhangi bir şirkete ilişkin katılma hakları bulunan bir ticaret şirketinin nevi değiştirmesi halinde, nevi değiştirmenin, başka bir ticaret şirketi ile birleşmesi halinde ise, yeni kuruluş türü birleşmelerde yeni kurulan şirketin, katılma türü

birleşmelerde ise birleşmenin ticaret siciline tescili⁸⁸ ile birlikte katılma hakları kendiliğinden biçim değiştiren veya yeni kurulan ya da devralan ortaklığa geçer. Bu şekilde katılma haklarını elde eden şirketler de, katılma hakkının ilişkin olduğu anonim şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap etmiş olurlar. Bu yüzden de, söz konusu şirketler aslen iktisap etmiş oldukları paylardan kaynaklanan oy hakkının sahibi sayılırlar.

2- Kazai iktisap halleri

Az.MK. m. 518.0.2 uyarınca, alacak hakkının devri hakkında mahkeme kararı, lehine mahkemece karar verilen kimse tarafından alacak hakkının iktisabını sağlar. Daha önce yukarıda da izah edilmeğe çalışıldığı üzere, Az.MK. m. 513.5 uyarınca alacak hakkının devrine ilişkin hükümler, mahiyetlerinin elverdiği ölçüde diğer haklar bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla da:

a- Kurulması düşünülen bir anonim şirketin veya sermaye artırımına giden bir anonim şirketin katılma haklarının cebri icra yolu ile satılması halinde mahkemenin⁸⁹ satış kararı ile birlikte katılma hakkı da satılan şahıslara geçer. Bu şekilde katılma haklarını iktisap eden kimseler, anonim şirket kuruluşunun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap ederler. Dolayısıyla da söz konusu kimseler oy hakkının sahibi olarak kabul edilirler.

⁸⁸ Az.MK. m. 44.1.c. 1 uyarınca tüzel kişilik tescil ile birlikte kazanılır. Yani tüzel kişiliğin kazanılması, tescilin ilanı şartına bağlı tutulmamıştır. Fakat tüzel kişiliğin tescilinin ilanı zorunludur (Az.MK. m. 132).

⁸⁹ Azerbaycan Hukukunda cebri icra ancak mahkeme aracılığıyla yapılabilmektedir (Azerbaycan Medeni Yargılama Kanunu m. 275 vd).

b- Kurulması düşünölen bir anonim şirketin veya sermaye artırımına giden bir anonim şirketin katılma hakları üzerinde müşterek veya iştirak halinde mülkiyet nedeniyle meydana gelen ortaklığın giderilmesi amacıyla katılma haklarının iştirak halinde veya müşterek mülkiyet halindeki malikler arasında fiilen paylaşılması hakkında mahkemece karar verilmesi durumunda, söz konusu karar ile birlikte katılma hakları birlikte maliklere geçer. İşte bu şekilde katılma haklarını elde etmiş kimseler, katılma hakkının ilişkin olduğu anonim şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap ederler. Dolayısıyla da söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının sahibi sayılırlar.

c- Kurulması düşünölen bir anonim şirketin veya sermaye artırımına giden bir anonim şirketin katılma hakları üzerinde birlikte mülkiyet nedeniyle meydana gelen ortaklıktan, Az.MK. m. 220.3 uyarınca birlikte maliklerden birinin çıkması⁹⁰ ve hissesine düşen katılma haklarının kendisine veya diğer birlikte maliklere tahsisi mahkemece karar verilmesi halinde, katılma hakları karar ile birlikte bu kimselere intikal eder. Bu şekilde katılma haklarına malik olan kişiler, katılma hakkının ilişkin olduğu anonim şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap ederler.

d- Nihayet, bir anonim şirketin kuruluşuna veya sermaye artırımına katılan bir kimseye ait katılma hakları üzerinde rehin tesis edilebilir. Zira

⁹⁰ Az.MK'da birlikte mülkiyet halindeki maliklere, ortaklardan herhangi birinin çıkarma hakkı açık bir şekilde tanınmış değildir.

daha önce de ifade edildiği gibi, Azerbaycan Hukukunda katılma haklarının devrini yasaklayan herhangi bir hukuk normu bulunmamaktadır. Dolayısıyla da katılma hakları, Azerbaycan hukuku bakımından temlik mümkün olan haklar statüsündedir. Bu durumda Az.MK. m. 303 uyarınca katılma hakları üzerinde rehin tesisi pekala mümkündür⁹¹. İşte katılma hakları üzerindeki rehinin paraya çevrilmesi hakkında rehin veren ile rehin alan anlaşmazsa rehinin paraya çevrilmesi mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilir. Mahkemenin satış kararı doğrultusunda yapılan ihale sonucunda katılma haklarını satın alan kimse, kuruluşun veya sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap etmiş olur. Dolayısıyla da, tescil ile birlikte kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap eden bu kişiler söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının da maliki sayılırlar.

B. DEVREN İKTİSAP EDİLEN SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ

Devren iktisap edilen senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahibini belirlerken, anonim şirket tarafından payın devrine ilişkin bir sınırlama getirilip getirilmemesini, diğer bir ifade ile devri söz konusu olan payın kapalı tipli veya açık tipli bir anonim şirkete⁹² ait olup olmadığını göz önünde

⁹¹ Az.MK. m. 303.3 uyarınca, rehinin gerçekleştiği hakkında ve rehinli alacaklının sıfatı hakkında hakkın borçlusuna derhal malumat verilmelidir. Demek ki, katılma hakkı üzerinde rehin tesis edildikten derhal sonra rehinin gerçekleştiği ve rehinli alacaklının sıfatı hakkında ortaklığa malumat verilmesi gerekir.

⁹² Az.AOK. m. 1,b.2'ye göre ve Az.MK. m. 99 ve 100'e göre, payları serbestçe devredilebilen anonim ortaklıklar açık tipli anonim ortaklık, payları bu şekilde devredilemeyen anonim ortaklıklar ise kapalı tipli anonim ortaklık sayılır. Şu

bulundurarak, bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan da “devirleri herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan açık tipli anonim ortaklıklarda senede bağlanmamış payların devren iktisabı halinde oy hakkının sahibi” ile “devirleri sınırlamaya tabi tutulan kapalı tipli anonim ortaklıklarda senede bağlanmamış payların devren iktisabı halinde oy hakkının sahibi” ayrı ayrılıkta ele alınarak incelenmeğe çalışılacaktır.

1. Açık Tipli Anonim Şirketlerde

Türk hukukundan farklı olarak, Azerbaycan hukukunda senede bağlanmamış payların devredilmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten, Az.MK'nın “kıymetli kağıtlarda ihtiva olunan hakların devri” başlıklı 1078-21 madde hükmünde, açıkça senede bağlanmamış nama yazılı payların devrine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeğe göre, “senede bağlanmamış nama yazılı evraka ilişkin hak:

Kıymetli evraka ilişkin hakların kayıt işlemlerinin toplu saklama kurumu tarafından yapıldığı hallerde, onu alanın depo hesabı üzere girdi kaydı düşüldüğü andan itibaren;

Kıymetli evraka ilişkin hakların kayıt işlemlerinin pay defterinde yazılması suretiyle gerçekleştirildiği hallerde, onu alanın şahsi hesabı üzere girdi kaydının düşüldüğü andan devralana geçer.”

Kanun hükmünün yorumuna geçmeden hemen önce belirtelim ki, Az.MK. m. 1078-21 hükmü, bir bütün olarak gözden geçirildiğinde hemen anlaşılıyor ki, kıymetli evraka ilişkin haklar, özellikle konumuz bakımından somut olarak

kadar ki, kapalı tipli anonim ortaklıkta ortak sayısı 50'yi (bu sayı Az.MK. m. 100.2' de verilen yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından verilen 23 aralık 2000 tarihli 224 nolu kararla belirlenmiştir) geçemez. İleride konu üzerinde tekrar durulacaktır; bkz.: aşağıda 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

payların devrine yönelik işlemler, toplu saklama kurumu veya kayıt kurumu aracılığıyla yapılıyorsa, payın bir senede bağlanmış bulunup bulunmaması, yapılacak devir işleminin gerçekleştirilme şeklini etkilememektedir. Zira, her iki durumda da pay üzerinde mülkiyet, kayıt kurumunda devre yönelik tescilin yapıldığı andan itibaren kazanılmış olur. Çünkü, Az.MK. m. 1078-21.3, 4 ve 5'te yer alan düzenlemelerde, hem hamiline yazılı, hem de nama yazılı menkul kıymetler üzerindeki hakların, toplu saklama veya kayıt kurumunda devre yönelik tescilin (eğer menkul kıymetler ile ilgili işlemler toplu saklama veya kayıt kurumu aracılığıyla yapılıyorsa) yapıldığı andan itibaren kazanılmış olacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Keza, bu husus bugün artık yürürlükten kaldırılmış bulunan MKK'nun senede bağlanmış ve bağlanmamış menkul kıymetleri tanımlayan düzenlemelerinden (m. 1/10-11) de kolayca anlaşılmaktaydı.

Bundan başka, ilgili düzenlemelerden açıkça anlaşılıyor ki, Azerbaycan hukuku bakımından toplu saklama veya kayıt kurumu aracılığıyla paylar üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi için, payın kıymetli evrak niteliğinde hisse senedine bağlanmış olup olmaması önem arz etmemektedir. Zira, her iki halde de paylar üzerinde tasarrufi işlemler, açık yasa hükümleri (Az.MK. m. 1078-21.3-5) gereğince, sözü edilen kurumlarca yapılabilir.

Şimdi konumuz bakımından yukarıda aynen aktardığımız ilgili kanuni düzenlemeleri özel olarak ele alalım.

Bir kere, kanunda sadece senede bağlanmamış nama yazılı menkul kıymetlere ilişkin hakların devir şekli ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş, fakat hamiline yazılı senede bağlanmamış menkul kıymetlere ilişkin hakların devri ile ilgili bir düzenlemeğe ise yer verilmemiştir. Bunun nedeni, yürürlükten kaldırılmış olan MKK'da⁹³, hamiline yazılı menkul

⁹³ Mart 2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

kıymetlerin, ancak senede bağılı olarak çıkarılmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir düzenlemenin öngörölmüş olmasıydı (m. 8/6). Zira, MKK. m. 8/6'da, "hamiline yazılı menkul kıymetler yalnız senede bağılı olarak çıkarılabilir" deniliyordu, Az.MK. m. 996.1'de ise, "senede bağlanmamış" menkul kıymetlerin tanımı "senede bağlanmamış kıymetli kağıt, sahiplerini toplu saklama kurumunun hesap defteri esasında muayyen etme imkânı sağılayan kıymetli kağıt çeşididir" şeklinde verilmektedir.

Bundan başka, "menkul kıymetlerin şekilce çeşitleri" başlıklı Az.MK'nın 1078-6.3 madde hükmünde de, nama yazılı menkul kıymetlerin aksine, hamiline yazılı menkul kıymetlerin senede bağılı olmadan da varlık arzedebileceğı açıkça belirtilmemiştir. Bu bağlamda birer menkul kıymet olan hamiline yazılı paylar, hisse senedine bağlanmamış durumda olursa, o zaman hamiline yazılı pay sahipleri ancak şirket defterine veya toplu saklama kurumunun ya da kayıt kurumunun ilgili defterine bakılmak suretiyle tespit edilmesi gerekirdi ki, bunun da hamiline yazılı pay sahiplerinin kayıt kurumunca kaydının tutulmayacağını öngören Az.MK. m. 1078-34.5 hükmüne aykırılık teşkil edeceği düşünölmüş olsa gerek. Oysaki, Az.MK'nın 1078-6.3 madde hükmünün senede bağlanmadan hamiline yazılı payların hukuken varlık kazanamayacağı şeklinde yorumlanması, Az.MK'nın sistematığıne aykırı olduğu gibi, ilgili düzenlemelere böyle bir yaklaşım da, bütünüyle ve temelden yanlıştır. Bunun nedenlerini aşağıdaki gibi izah edebiliriz:

Evvela, anonim ortaklık paylarının da birer menkul kıymet olduğu, Az.MK'da (m. 1078-6 vd.) açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Menkul kıymet çeşidi olarak hamiline yazılı pay senetleri de ki, diğere bütün menkul kıymetler gibi ancak anonim şirket tescil edildikten sonra çıkarılabileceğine göre ("hisse senetleri ancak anonim şirketler tarafından ihraç edilebilir" şeklindeki Az.MK. m. 1077.1 hükmü bu hususu

açıkça belirttiği gibi, menkul kıymetlerin bu bağlamda hisse senetlerinin ihracı için yapılan başvuru dilekçesinde ihraççının, yani anonim şirketin tesciline dair şahadetnamenin bulunmasını mecburi kılan Az.MK. m. 1078-11.2.3 hükmü de bunu açıkça ve kesin olarak teyit etmektedir), senede bağlanmamış hamiline yazılı payların hukuken var olabileceğinin kabulü zorunludur. Zira, anonim şirketin tescil edilmesi ile birlikte paylar kendiliğinden meydana geleceğine ve anonim ortaklık paylarının da (Az.MK. m. 1078-6.3 ve 1078 § 14 hükümleri gereğince), nama, hem de hamiline yazılı olabileceğine göre, senede bağlanmamış anonim ortaklık paylarının ve böylece hakeza, hamiline yazılı payların varlığının kabulü, kaçınılmazdır⁹⁴.

Bundan başka, yukarıda aynen aktarılan Az.MK. m. 996.1'de, senede bağlanmamış menkul kıymetlere yönelik tanım da, kesinlikle isabetli olmamıştır. Zira, menkul kıymet üzerindeki hak sahibinin, toplu saklama kurumunun sicil defteri esasında muayyen edilmesi hususu, sadece senede bağlanmamış menkul kıymetler bakımından değil, senede bağlanmış olup da bunların toplu saklama veya kayıt kurumuna verildiği hallerde de söz konusu olabileceği, Az.MK'nın "kıymetli kağıtlarda ihtiva olunan hakların devri" başlıklı 1078-21. maddesinde öngörülmektedir. Sözü edilen kanun maddesinin senede bağlı olan ve olmayan nama yazılı kıymetli evrakın (ve dolayısıyla da nama yazılı anonim şirket paylarının) devrine yönelik düzenlemelerinden (1078-21. 4 ve 5) ve özellikle "toplu saklama kurumunda saklanılan hamiline yazılı kıymetli evrakın ihtiva ettiği haklar, kıymetli evrakın yeni sahibinin "depo" hesabına yazılması yolu ile devredilir" şeklindeki düzenlemesinden (m.1078-21. 3) açıkça ve kesin olarak anlaşılmaktadır.

⁹⁴ Payın senede bağlı olmadan da var olabileceği ile ilgili olarak bkz. hemen yukarıda I. başlığı altında yapılan açıklamalar.

Görüldüğü üzere, özellikle hamiline yazılı kıymetli evrak üzerindeki hakkın devren kazanılması, toplu saklama kurumunun ilgili sicil defterindeki kayda bağlanmakla, hamiline yazılı kıymetli evrak üzerinde hak sahipliğinin, depo kurumunun sözü edilen sicil kaydı esasında belirleneceği, çok açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, Az.MK. m. 1078-34.5 hükmünü, olsa olsa, hamiline yazılı payların hisse senedine bağlanmadan kaydı işlemlere konu olmayacağına ilişkin düzenlemeler olarak belki yorumlamak mümkün olabilir. Şöyle ki, hamiline yazılı menkul kıymetler bakımından kaydı işlemler ile ilgili herhangi bir engelleyici düzenlemeye yer verilmemektedir. Bilakis, senede bağlanmış hamiline yazılı menkul kıymetlerin (dolayısıyla da hem de hisse senetlerinin) kaydı işlemlere konu olabileceği açıkça yasal olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Gerçekten, bu husus, yukarıda aynen aktardığımız Az.MK. m. 1078-21.3 hükmünden açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır.

Dolayısıyla da, buradan hareketle, 1078-34.5'de yer alan düzenlemeler ile, hamiline yazılı menkul kıymet çeşidi olan hamiline yazılı payların, hisse senedine bağlanmadan kaydı işlemlere konu olamayacağının öngörülmüş olduğu ileri sürülebilir. Fakat ne var ki, bunun hangi amaca hizmet ettiğini söylemek, pek mümkün değildir.

İkincisi, ilgili düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, senede bağlanmamış payların iktisabı, alacağın temliki hükümlerinden farklı bir rejime tabi tutulmuştur. Şöyle ki, alacağın temliki bakımından devreden ile devralan alacağın temliki hususunda usulen anlaştıkları anda alacak devralana intikal ettiği halde, senede bağlanmamış paylarda devrin gerçekleşebilmesi için kıymetli evraka ilişkin haklarla ilgili tasarruf işlemlerinin şirket tarafından yapılması halinde⁹⁵, devralanın adının şirket

⁹⁵ Az.MK. m. 1078-34.6'da öngörülen düzenleme gereğince, anonim şirket tarafından ihraç edilen nama yazılı hisse senedi sahiplerinin sayı 20'yi

defterine yazılması, toplu saklama kurumu tarafından yapılması (anonim ortaklık tarafından çıkarılan paylar kaydî değer haline getirilmesi) halinde ise, devralanın adının depo hesabına yazılması gerekmektedir. Dolayısıyla da, senede bağlanmamış payların (hamiline yazılı veya nama yazılı bulunsun, fark etmez) devren iktisabı, devralanın adının pay defterine veya depo hesabına yazılması suretiyle gerçekleşmektedir.

Burada doğal olarak şöyle bir soru akla gelmektedir: pay defterine veya depo hesabına usulsüz kaydın yapılması halinde, böyle bir kayda güvenerek pay sahibi olmak isteyen iyi niyetli kimselerin iyi niyeti korunacak mı? Diğer bir ifade ile, devreden tasarruf yetkisine sahip bulunmaması, yani devredilen payların devreden adına kaydının haksız ve yolsuz olması halinde, bu kayda güvenerek pay iktisap etmek isteyen, adını kayda geçirmesi durumunda onun (yani devralanın) iyi niyeti korunacak mı? Şayet korunacak denilirse, bu şekilde adı kayda geçirilen iyi niyetli kimseler ilgili payları geçerli bir şekilde iktisap etmiş sayılacak, fakat buna mukabil, payların gerçek maliki veya malikleri, paylar üzerindeki haklarını kaybedecektir. Şayet korunmayacak denilirse, o zaman da bunun kaydı devir ve diğer kaydı işlemlerin ölümü anlamına geleceği, zira iyi niyetin korunması söz konusu olmadan kayda dayanarak yapılacak iktisabın çok tehlikeli olacağı ve dolayısıyla da bu şekilde kimsenin kaydî işlemleri kolay kolay yapmayacağı haklı olarak belirtilmektedir⁹⁶.

Anonim ortaklıklar hukukunda şirket tarafından çıkarılan payların kaydî değer haline getirilmesi, günümüz itibariyle

(yirmiyi) aştıkta, pay defterinin kayıt kurumunca tutulması zorunludur, bu durumda anonim şirketin kendisinin pay defteri tutma yetkisi yoktur.

⁹⁶ HUECK-CANARİS, Recht der Wertpapier, 11. Auflage, München 1977, s. 16 vd (Ü. Tekinalp, "Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru", Batider, C. XIV, S. 3, s. 11'den naklen).

dünya uygulamasında geniş bir şekilde uygulandığını göz önünde bulunduracak olursak, konun önemi kolayca anlaşılır. Gerçekten, kaydî değer haline getirmek demek (pay senetlerinin münferit ve ada göre tasnifli olarak değil, toplu olarak saklama kurumuna tevdi etmekle pay senetlerini yerinden kıpırdatmadan onlar üzerinde tasarrufi işlemlerin kayıt üzerinden yapılmasını sağlama anlamına gelebiliyorsa da⁹⁷), günümüzde esasen anonim ortaklık paylarının hisse senedine bağlanmadan, onların merkezi kayıt kurumu nezdinde kayda alınması ve böylece bununla da söz konusu paylar üzerinde tasarrufi işlemlerin kayıt üzerinden, yani hesaptan hesaba geçirme yöntemi ile gerçekleşmesinin sağlanması demektir⁹⁸. Böylece, anonim şirket paylarının kaydı değer haline getirilmesi, senede bağlanmamış paylarla ilgili işlemlerin hacminin çok fazla artmasına neden olmuştur⁹⁹.

Konuyu Azerbaycan hukuku bakımından ele alalım. Az.MK. m. 135.1, c. 2 gereğince kıymetli evrak da “eşyadır”. Az.MK. m. 166.1, c.1 gereğince menkul eşyanın zilyedi, karine olarak onun maliki sayılır. Az.MK. m. 135.5, c. 2 uyarınca ise, taşınır eşyalar ile ilgili hükümler kıymetli evrak ve **diğer haklar** bakımından da kabili tatbiktir. Dolayısıyla da menkul kıymetler, kağıt olarak varolduğu ve işlem gördüğü sürece mülkiyet açısından aleniyet aracı “senet” olacak. Fakat senet var olmakla birlikte, bunlar toplu saklama kurumu depolarında

⁹⁷ Bkz. **TEKİNALP**, Evraksız Kıymetli Evrak, s. 9; **TİMMERMAN**, s. 212.

⁹⁸ Bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 189; **ÇEKER**, , s. 161 vd; **B. GOMARD**, s. 64; **L.N. GEORGAKOPOULOS**, “Shareholder Voting Rights and Practices in Greece”, in: T. Baums/Wymeersch (eds.), s. 132; **KLAUSNER/ELFENBEİN**, s. 363.

⁹⁹ Hal böyleyken, senede bağlanmamış hamiline yazılı payların kaydı değer⁹⁹ haline getirilemeyeceğine ilişkin MKK.m. 8/6 hükmünün hiçbir haklı amaca hizmet etmediğini ve dolayısıyla da yürürlükten kaldırılmasının yerinde olduğunu kanaatimizce, rahatlıkla söylemek mümkündür.

saklandığında veya burada asıl konumuz olan senede bağlanmamış paylara ilişkin kaydı devir hallerinde “aleniyet aracı”nın ne olacağı sorusu cevaplandırılması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Menkul kıymetlerde “aleniyet aracı” değişebilir ve bunda da ele bir sakınca da görülmemektedir¹⁰⁰. Kanaatimizce, senede bağlanmamış paylar bakımından Azerbaycan Hukukunda “aleniyet aracı” değiştirilmiş durumdadır. Şöyle ki, Az.MK. m. 1078-21.4’de, senede bağlanmamış nama yazılı paylar üzerinde hakkın iktisabı, paylara ilişkin kaydı işlemlerin şirket tarafından yapıldığı durumlarda devralanın adının şirket defterine yazıldığı anda, bu tür kaydı işlemlerin saklama kurumu tarafından yapıldığı hallerde ise, devralanın adının depo hesabına yazıldığı anda gerçekleşmiş olacağını düzenlemekle, senede bağlanmamış paylar ile ilgili yukarıda ifade edilen sorunu kanuni çözüme kavuşturmuştur..

Dolayısıyla da senede bağlanmamış nama yazılı paylarda, pay sahipliği açısından aleniyet, Azerbaycan hukuku bakımından duruma göre, ortaklık pay defteri veya toplu saklama ya da kayıt kurumunun pay sahipleri defterindeki yapılmış kayıt aracılığıyla sağlanmaktadır. Zira, payın herhangi bir şekilde senede bağlanmamış olduğu durumlarda, bir kimsenin pay sahibi olup olmadığı hakkında güvenilir aleniyet aracı, ancak ortaklık pay defteri veya kaydı işlemlerin yapıldığı sicil olabilir.

Bütün bunları göz önünde bulundurduğumuzda, senede bağlanmamış payın devrinin, adı ortaklık pay defterinde veya kayıt kurumunun ilgili sicil defterinde yazılı olan kimse ile payı devralmak isteyen taraf arasında geçerli bir borçlanma işlemi (mesela alım satım mukavelesi gibi) yapılmalı ve sonra da buna dayanarak tasarruf işlemi, yani devredeninin adının ortaklık pay defterinden veya toplu saklama kurumu

¹⁰⁰ TEKİNALP, Evraksız Kıymetli Evrak, s. 11

defterinden çıkarılıp yerine devralanın adının yazılması suretiyle gerçekleştirilebileceği sonucuna varıyoruz. Bu durumda devredenin tasarruf yetkisi bulunmasa dahi, iyi niyetli devralanın iktisabı hukuken geçerli kabul edilir¹⁰¹.

Burada iyi niyetin korunması, hukuki haklılığını ve gerekçesini devredenin adının ilgili defterde olmasının, onun (devredenin) tasarruf yetkisinin olduğu hususunda devralana haklı bir güven vermesinde bulunmaktadır. İyi niyetin korunmasının pozitif esası ise, biraz yukarıda ifade edilen Az.MK. m. 135.5, c. 2 ve Az.MK. m. 166.1'e dayanmaktadır.

Keza, usulünce yapılmış bir borçlandırıcı işleme rağmen, devredenin adının ortaklık pay defterinden veya kayıt kurumunun sicil defterinden çıkarılıp yerine devralanın adının haklı bir neden olmadan yazılmaması halinde de, paylar üzerinde mülkiyet hakkının devri gerçekleşmemiş ve dolayısıyla da oy hakkı kazanılmamış olacak (yani pay üzerinde mülkiyet hakkı ve buna bağlı olarak oy hakkı, adı ilgili sicil kaydında yazılı bulunan kimseye ait olacaktır). Fakat doğal olarak, bu durumda borçlandırıcı işlem bakımından devralan kimsenin, adının haksız olarak ilgili sicil kaydına yazılmamasından dolayı kayıt veya toplu saklama kurumuna karşı maddi ve manevi tazminat hakkı söz konusu olacaktır.

Burada son olarak üzerinde durmamız gereken mesele, tasarruf işlemine sebep olan borçlandırıcı işlemin (örneğin, alım satım veya bağışlama mukavelesinin) hangi şekilde yapılmasının hukuken gerekli olduğudur. Az.MK. m. 1078-20.7'de umumi bir şekilde (yani senede bağlı olup olmaması bakımından bir ayrıma gidilmeden) "nama yazılı paylarla ilgili hukuki muameleler, borsa tellalı aracılığıyla veya onunla

¹⁰¹ Bu durumda gerçek hak sahibinin pay üzerindeki hakkını kaybetmesi yüzünden uğradığı zararı ona karşı sorumlu olanlardan – duruma göre – şirket yöneticileri, toplu saklama kurumu ve/veya adı haksız olarak ilgili deftere yazılı bulunan şahıstan tazmin ettirebilir.

yapılanlar hariç, noterde yapılmalıdır” şeklinde bir düzenleme¹⁰² yer almaktadır. Bu durumda, hisse senedine bağlanmamış nama yazılı payların devrine yönelik borçlandırıcı işlemler de borsa tellal veya simsarları aracılığıyla veya bizzat onların kendileri ile yapılmadıkça, resmî şekle tabidirler.

Senede bağlanmamış hamiline yazılı paylarla ilgili borçlandırıcı işlemlerin hangi şekilde yapılacağına ilişkin özel bir hüküm ise, henüz Azerbaycan mevzuatında bulunmaktadır. Kanaatimizce, bu durumda nama yazılı paylara ilişkin 1078-20.7 madde hükmü hamiline yazılı paylara kıyasen uygulanamaz. Çünkü, bir kere, ilgili 1078-20.7 madde hükmü sadece senede bağlanmamış değil, aynı zamanda senede bağlanmış nama yazılı payları da düzenleme kapsamına almaktadır¹⁰³. Yani sırf senede bağlanmamış kıymetli evraka ilişkin bir düzenleme niteliğinde değildir ve buna göre de senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar açısından kıyasen uygulanmak için kesin bir emsal deyildir.

Bundan başka, nama yazılı senetler ile ilgili hüküm istisnai mahiyettedir ve istisnai hükümlerin kıyasen uygulanmayacağına ilişkin genel ilke, Az.MK. m. 11.4’de açıkça ve özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla da, hamiline yazılı senede bağlanmamış payların devrine yönelik borçlandırıcı işlemler *şekli açıdan*, genel olarak hakların devrine yönelik işlemler hakkında geçerli olan umumi hükümlere tabidirler. Buna göre de, yukarıda katılma

¹⁰² Aşağıda devren iktisap edilen senede bağlanmış paylarda oy hakkı sahipliğine ilişkin açıklamalarda sözü edilen bu düzenlemenin yerindeliği üzerinde de durulmaya çalışılacaktır, bkz. § 6, II, A, 2, b başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁰³ Fakat hisse senedi ihraç etmiş anonim şirketlerde ortak sayısı yüzden fazla ise, hisse senetlerinin devrine yönelik işlemler zorunlu olarak özel bir borsa kurumu olan “borsa fondu” aracılığıyla yapılmalıdır (Az.MK. m. 1078-20.8).

haklarının devri ile alakalı yapılan izahat¹⁰⁴ burada da senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar hakkında da aynen geçerlidir.

Böylece netice olarak, senede bağlanmamış payı veya payları yukarıda açıklanan şekilde devralmış şahıslar, payı devren iktisap etmiş sayılırlar. Yani maddi ve şekli anlamda pay sahibi sayılırlar ve dolayısıyla da bu şekilde pay sahibi olan şahıslar hem de oy hakkını haizdirler.

2. Kapalı Tipli Anonim Şirketlerde

Azerbaycan hukukunda payların ortaklarca serbestçe devrinin sınırlandırılması ancak kapalı tipli anonim şirketler bakımından söz konusu olabilmektedir. Önce, Az.MK'nın kapalı tipli anonim ortaklıklarla ilgili bazı düzenlemelerini gözden geçirelim. Az.MK, m. 100.1'de "payları yalnız kurucular arasında veya önceden belirlenmiş diğer şahıslar arasında yayılmış olan anonim ortaklıklar kapalı tipli anonim ortaklıktır" denilmekte, aynı maddenin ikinci fıkrasında da "kapalı tipli anonim ortaklıklarda ortak sayısı ilgili devlet organı tarafından belirlenmiş sınırı¹⁰⁵ geçmemeli, şayet bu sınırı geçerse, şirket bir yıl içerisinde açık tipli anonim ortaklığa dönüştürülmeli, bu süre zarfında dönüştürülmezse veya ortak sayısı öngörülen sınırın altına düşürülmezse, mahkeme kararı ile şirket tüzel kişiliğine son verilmelidir" denilmektedir.

Bundan başka, Az.MK, m. 101.1'de ise, kapalı tipli anonim şirket ortaklarından biri, kendi payını satmak istedikte diğer ortakların önalım hakkına sahip olduğu, ortaklık tüzüğünde öngörülen sürede bu haklarını kullanmazlarsa, şirket tarafından satın alınabileceği, şirket de almadığı takdirde payın

¹⁰⁴ Bkz. yukarıda A başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁰⁵ Bu sınır Bakanlar Kurulunun 23 Aralık 2000 tarihli 224 nolu sayılı kararı ile 50 olarak tespit edilmiştir.

üçüncü kişilere devredilebileceği belirtilmiştir. Konu ile ilgili bir diğer hüküm de Az.MK, m. 98.5’de yer almaktadır. Söz konusu hükümde, anonim ortaklıkların ticaret unvanında kapalı veya açık tipli olduğunun yazılması zorunlu kılınmıştır. Nihayet Az.MK.m. 47.2 uyarınca anonim şirketin ana mukavelesinde şirket adının gösterilmesi zorunludur.

Şimdi bu düzenlemeleri göz önünde bulundurmak suretiyle hangi anonim ortaklıkların kapalı tipli anonim ortaklık olduğunu tespit etmeye çalışalım.

Bir kere, burada hemen başta tespit edilmesi ve belirtilmesi gereken çok önemli bir husus vardır ki, o da Azerbaycan hukuku bakımından, “kapalı” tipli anonim ortaklıkta, ortak sayısının öngörülen sınırı geçmesi durumunun, onun kendiliğinden “açık” tipli anonim ortaklığa dönüşmesine neden olamayacağıdır. Zira hemen yukarıda aynen aktardığımız Az.MK. m. 101.2 hükmünde, ortak sayısının öngörülen sınırı geçmesi halinde, kapalı tipli anonim şirketin kendiliğinden “açık” tipliye dönüşmeyeceği, bu durumda sadece şirket bakımından bir yıl içerisinde ortak sayısının azaltılması veya şirketin “açık “ tipli hale getirilmesi zorunluluğunun söz konusu olacağı kesin ve açık olarak belirtilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla da, Azerbaycan hukuku bakımından anonim ortaklığın açık tipli anonim ortaklık statüsünü kazanmasında ortak sayısı, tek başına bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir.

Bundan başka, Az.MK, m. 100.1’de, kapalı tipli anonim ortaklığı tespit bakımından “payların kurucular veya önceden belirlenmiş kimseler arasında yayılmış” olmasını bir kıstas olarak aranılmıştır. Oysaki, açık olsun kapalı olsun, fark etmez, bütün anonim ortaklıklarda tescil edilene dek, esas sermayenin tamamlanması (yani bütün ortaklar tarafından pay bedellerinin tamamının ödenilmiş olması) zorunlu olduğundan (Az.MK. m. 103.3), kuruluşta paylar, zaten sadece kurucular arasında her

zaman“yayılmış” durumda olacak⁽¹⁰⁶⁾. Dolayısıyla da payların sadece kurucular arasında “yayılmış” olması, yalnız kapalı tipli anonim ortaklıklara has bir özellik değildir.

Ayrıca, ilgili 101.1 madde hükmünde, “önceden öngörülmüş kişiler” ifadesi ile ancak sermaye artırımında halinde, ortaklık esas mukavelesince önceden belirlenmiş olan kimselerin sermaye artırımına iştirak edebileceği kastedilmekte, yoksa burada payların sonradan ancak muayyen şahıslara devredilebileceği kastedilmemektedir. Çünkü, biraz aşağıda da ele alınacağı üzere, Az.MK. m. 101.1’de, bu tip anonim şirketlerde devredilmek istenen payları diğer ortaklar veya bizzat şirketin kendisi satın almadıkça, ortakların paylarını 3. kişilere devretmekte serbest olduğu öngörülmektedir.

Şirket esas mukavelesinde, şirket adının (Az.MK. m. 47.2) ve şirket adında da onun “açık” veya “kapalı” tipli olduğunun gösterilmesi zorunlu (Az.MK. 98.5) olduğundan, ortakların paylarını serbestçe devredebilir devredemeyeceği şirketin adına bakılarak tespit edilebilir. Zira mevzuatta şirket paylarının serbestçe devredilebilir edilemeyeceğinin şirket ana mukavelesindeki bununla ilgili açık bir hükme bağlı olduğu yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ama, şirketin kapalı tipte bir şirket olması halinde, payların devredilme şartlarına ilişkin, daha doğrusu, bağlam prosedürüne ilişkin açık düzenlemeler (Az.MK. m. 101) bulunmaktadır. Dolayısıyla da, **bir anonim şirketin adı, esas mukavelede “kapalı” tipli olarak öngörülmüşse, o zaman söz konusu anonim şirkette payların ortaklarca serbestçe devri kanunen emredici bir şekilde sınırlandırılmıştır. Yani bu durumda kanunen zorunlu bir bağlam öngörülmüş**

¹⁰⁶ Azerbaycan Hukukunda, anonim ortaklığın tescili için yapılan başvuru dilekçesinde her bir ortağın sahip olduğu sermaye payının gösterilmesi zorunludur. İşte sermaye payları gösterilmiş olan bu ortaklara kurucu denilir (Az.MK. m. 130.3).

bulunmaktadır. Böylece, “kapalı tipli” olarak tescilli yapılmış bir anonim ortaklıkta payların devrine ilişkin esas mukavelede herhangi bir açık hükümle sınırlandırılma getirilmemiş olsa bile veya hatta ortaklık ana mukavelesinde payların serbestçe devrini öngören açık hükümler olsa bile, payların devri kanunen sınırlandırılmış olacak. Böylece, şirket unvanında “kapalı” ibaresi esas mukavelece öngörüldüğü sürece, artık payların serbestçe devrine ilişkin esas mukaveleye hüküm konulamaz, konulsa da hükümsüzlükle malul sayılacaktır.

Dolayısıyla da, sonuç olarak, bir şirkette payların serbestçe devrinin söz konusu olup olmadığı, o şirketin “kapalı” tipli olup olmadığına bağlıdır. Bir anonim şirketin de **“kapalı” tipli olup olmadığını muayyenleştirmede kullanılan tek belirleyici kıstas, onun unvanında “kapalı” tipli ibareye yer verilip verilmediğidir.**

Şimdi payları hisse senedine bağlanmamış kapalı tipli anonim şirketlerde, ortaklardan birinin kendi payını devretmek istedikte bunu hangi şekilde gerçekleştirebilecek? Zira, senede bağlanmamış payların devrine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Az.MK. m. 1078-20 ve 21 madde hükümlerinde, “kapalı” veya “açık” tipli anonim ortaklık ayırımına değinilmemektedir.

Bundan başka, daha önce de açık tipli anonim ortaklıklara bakımından konu ele alınırken de belirtildiği üzere, Azerbaycan hukukunda payların devrine ilişkin *tasarruf işlemleri* hakkında düzenlemelerde sadece nama yazılı paylardan söz edilmektedir, fakat biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, durumun mahiyeti icabı senede bağlanmamış nama yazılı paylar ile ilgili *tasarruf işlemler* bakımından söz konusu olan düzenlemeler (ki, bu düzenlemeler senede bağlanmamış nama yazılı paylar ile kaydi değer haline getirilmiş nama yazılı hisse senetlerini de kapsamaktadır),

hamiline yazılı paylar bakımından da kıyasen uygulanmak durumundadır¹⁰⁷.

Biraz yukarıda açık tipli anonim şirketler bakımından konu ele alınırken, senede bağlanmamış nama yazılı paylar bakımından borçlandırıcı işlemin şekline ilişkin Az.MK. m. 1078-20.7'de özel ve istisnai mahiyette bir hüküm bulunduğunu ve fakat bu hükmün, senede bağlanmamış hamiline yazılı paylara kıyasen uygulanamayacağı, söz konusu hamiline yazılı paylarla ilgili borçlandırıcı işlemlerin şekli açıdan alacağın temlik hükümlerine tabi olacağını belirtmiştik.

Böylece bütün bunları tespit ettikten sonra, senede bağlanmamış payların devrine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin şekli ve söz konusu payların devrini sağlayan tasarruf işleminin gerçekleştirilme usulü bakımından mevzuatta “açık” tipli anonim şirketler ile “kapalı” tipli anonim şirketler arasında ayrıma giden bir düzenleme olmadığını da gözönünde bulundurduğumuzda, kapalı tipli anonim şirketlerde senede bağlanmamış payların devrine yönelik borçlandırıcı ve tasarrufi işlemlerin şekli ile ilgili yapılan açıklamaların, açık tipli anonim şirketler bakımından da aynen geçerli olduğu ortaya çıkmaktadır.

Fakat ne var ki, kapalı tipli anonim şirketlerde payların devir şekli bir farklılık arz etmese de, devir şartları açık tipli anonim şirketlerden çok farklıdır. Gerçekten, Az.MK. m. 101.1 uyarınca, kapalı tipli anonim şirketlerde pay sahipleri kendi paylarını tamamen veya kısmen satmak istediklerinde, diğer

¹⁰⁷ Kapalı tipli anonim şirketlerde payların mutlaka nama yazılı olması gerektiği hususunda Azerbaycan mevzuatında herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Fakat burada esas konumuz senede bağlanmamış paylar olduğu için bu konuya ilişkin açıklamayı ileride senede bağlanmış paylarda oy hakkı sahibi incelenirken yapmaya çalışacağız. Bkz. aşağıda II başlığı altında yapılan açıklamalar.

ortaklar şirket ana sözleşmesinde öngörülen sürede¹⁰⁸ kullanılması koşuluyla kanuni önalım hakkını haizdirler. Şayet, diğer ortakların hiçbiri bu hakkını kullanmazsa, o zaman şirket kendisi pay sahipleri için öngörülen sürenin bitiminden itibaren 30 gün zarfında bu payları satın alabilir¹⁰⁹. Eğer şirket de, söz konusu payları almak bakımından kanuni şufa hakkını kullanmazsa, ancak o zaman ortak kendi payını 3. kişilere satıp devredebilecektir. Dolayısıyla da bu tür önkoşulları yerine getirmeden yapılmak istenen devirlerde, devralan pay sahibi olmayacağı gibi, doğal olarak oy hakkına da sahip olamayacak. Hatta bu tür devirler her nasılsa pay defterine veya depo hesap defterine yazılmış olsa bile, hukuki sonuç değişmez; adı yolsuz olarak pay defterine yazılmış olan devralan, pay sahibi ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi olamaz.

Bu durumda devralanın iyi niyetinden dolayı korunması da söz konusu olamayacak. Çünkü, daha önce yukarıda açık tipli anonim şirketlerde senede bağlanmamış payların devir şekli ile alakalı yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, senede bağlanmamış payların devri, alacağın temliki hükümlerine tabidir. Alacağın temliki ise, ancak kanuna ve hakkın doğumuna neden olan mukaveleye aykırı olmadığı sürece mümkündür (Az.MK. m. 513.2-3) ve buna göre de, iyi niyetli devralanın tescil talebi reddedilecektir.

Dolayısıyla da kapalı tipli anonim şirketlerde pay sahiplerinin kendi paylarını devredebilmeleri kanuna ve ortaklığın “kapalı” tipli olduğunu muayyen eden ortaklık esas mukavelesine aykırı olmadığı sürece mümkün olabilir. Kapalı tipli anonim şirketlerde ortakların kendi paylarını kanunen

¹⁰⁸ Bu sürenin azami ne kadar olacağı 30 günden fazla olmamak şartıyla şirket ana mukavelesince belirlenir.

¹⁰⁹ Şirket bu şekilde kendi paylarını alacak olursa, bir yıl içerisinde ya hemen payları satıp devretmeli veya sermaye indirimine giderek ilgili payları itfa etmelidir (Az.MK. m. 105-1.5).

(Az.MK. m. 101.1'de) zorunlu kılınan önkoşulları yerine getirmeden devretmeleri, kanuna ve ortaklığın “kapalı” tipli olduğunu muayyen eden ortaklık esas mukavelesine aykırı olduğundan hukuken geçerli sayılmayacak. Ancak ne var ki, söz konusu önkoşullara uyulmadan yapılan ortaklık paylarının devrine ilişkin mukaveleler, yukarıda bu tür anonim ortaklıklara ait katılma haklarının devri ile alakalı yapılan açıklamalarda¹¹⁰ belirtilen nedenler dolayısıyla batıl addedilmemeli, sadece devredilmek istenen payların diğer ortaklar veya şirket tarafından satın alınmayacağı koşuluyla yapılan geciktirici şarta bağlı mukaveleler olarak hukuken hüküm ifade edeceği kabul edilmelidir.

Böylece sonuç olarak, ortağın kendi payını 3. kişiye devretmesi hususundaki yapmış olduğu mukavele, diğer ortakların veya şirketin devir konusu payları satın almamaları durumunda, payın temlikine (tasarruf işlemine) neden olan geçerli bir hukuki sebep (borçlandırıcı işlem) teşkil edecek, fakat şayet diğer ortakların veya bizzat şirketin, söz konusu payları satın almaları durumunda ise, geciktirici şartın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması üzerine mukavele kesin olarak hükümsüz hale gelecektir. İşte payın bu şekilde geciktirici şarta bağlı devri halinde, işlem şartın gerçekleşeceği ana kadar hukuki etkisi bakımından askıda olacağından¹¹¹, böyle bir mukaveleye dayanılarak devir almak isteyen kimsenin adının şartın gerçekleşeceği ana kadar söz konusu payların sahibi olarak şirket pay defterine veya saklama kurumunun sicil kaydına tescili hukuken mümkün değildir.

Şayet devralmak isteyeninin adının şart gerçekleşmeden her nasılsa pay sahibi olarak kayda alınması durumu (yani tassarrufi

¹¹⁰ Bkz. yukarıda § 6, I, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹¹ Şartın hukuki işlemden etkisi hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. L. SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 53 ve özellikle s.129 vd.

işlemin yapılmış olması) söz konusu olursa, tasarruf işlemi hukuka aykırı olduğundan iktisap gerçekleşmiş olmayacak. Burada iyi niyetin korunması da söz konusu olamaz. Zira bir kere, çoğu zaman devralan iyi niyetli olmayacak, çünkü kapalı tipli anonim ortaklıklara ilişkin payların önkoşullara uyulmadan devrinin kanunen mümkün olmadığını biliyor olacak (kanunu bilmeme mazeret sayılmaz).

Kaldı ki, hatta bu önkoşullara uyulmuş olduğunu düşünmekte haklı olduğunun kabul edilebileceği hallerde bile, kanunen bu gibi durumlarda iyi niyete koruyucu etki tanınmadığından, iktisap gene gerçekleşmeyecek. Dolayısıyla da bu son ihtimalde, payın veya payların devri gerçekleşmediğinden, pay sahibi sıfatını ve böylece hem de aynı zamanda oy hakkını, payı **devralmak** isteyen kimse değil, payı **devretmek** isteyen kimse haiz olacaktır. Ancak daha önce yukarıda da ifade edildiği üzere, adı bu şekilde yolsuz olarak pay sahibi yazılan kimse, pay sahibi sıfatını ve buna bağlı hakları (dolayısıyla da oy hakkını) kazanmadığı halde, bu tür kimseden (sözü edilen diğer önkoşulların yerine getirilmiş olması kaydıyla) iyi niyetle pay iktisap edilmesi durumunda, söz konusu iyi niyetli devralanın iktisabı, aleniyet aracına olan (konumuz açısından somut olarak pay sahipleri defterine) güven nedeniyle hukuken korunacak.

Kapalı tipli anonim ortaklıklarda pay sahipleri Az.MK. m. 101.1'de yer alan önkoşullara uymadan kendi paylarının devri hususunda 3. kişilerle yaptıkları mukavele, diğer ortaklar veya şirket tarafından alım hakkının kullanılmadığı takdirde (yani geciktirici şartın gerçekleştiği takdirde), bunun anlaşıldığı andan itibaren hüküm ifade edecek. Bu durumda şartın gerçekleştiğinin anlaşıldığı andan itibaren söz konusu mukaveleye dayanarak devir konusu payların devralan adına ilgili pay defterinde yazılmasını talep hakkı doğar. İşte kanun icabı (Az.MK. m. 1078-21.3-4), ancak böyle bir kaydın

yapıldığı andan itibaren devralan pay sahipliği sıfatını ve dolayısıyla da oy hakkını haiz da olacaktır.

II. SENEDE BAĞLANMIŞ PAYLARDA OY HAKKI SAHİBİ

Anonim şirketler hukukunda payların tedavülünü kolaylaştırmak amacıyla onların kıymetli evrak niteliğinde senetlere bağlanması imkânı öngörülmektedir. Ancak Azerbaycan hukukunda anonim şirketlerin hisse senedi çıkarmaları zorunlu değildir, ihtiyaridir. Zira Azerbaycan hukukunda anonim şirketler tarafından hisse senedinin çıkarılmasını zorunlu kılan herhangi bir norm mevcut değildir, bilakis, konu ile ilgili düzenlemelerde hep ortaklığın takdirine bağlı olduğunu ima eden “bilir” ifadesi kullanılmaktadır. Yalnız halka açık anonim şirketlere ait payların borsada işlem görebilmesi için hisse senetlerinin çıkarılması zorunludur (Az.MK. m. 1078-42/43).

Az.MK. m. 103. 3, c. 1 ve 2 uyarınca, anonim şirket tesis edilirken onun bütün payları kurucular arasında bölünmeli ve ödenilmiş olmalıdır. Az.MK. m. 98.1’de anonim şirketin tanımı “sermayesi muayyen sayıda paylara bölünmüş ortaklık” şeklinde yapılmıştır. Yani anonim şirket varlık kazandığı anda, artık onun esas sermayesi, kurucular arasında muayyen sayıda paylara bölünmüş halde olacaktır. Keza, Az.MK. m. 1078-7.2’de öngörülen düzenleme gereğince de, hisse senetlerinin halka satışı, ancak onların değerlerinin kurucular tarafından ödenilmesinden sonra gerçekleştirilebilir.

Azerbaycan hukukunda pay senedi, ancak ortaklık tescil edildikten sonra çıkarılabilir. Zira, Az.MK. m. 1078-15.1 hükmüne göre, menkul kıymetler, ancak tüzel kişilik kazanıldıktan sonra ihraç edilebilir. Keza, Az.MK. m. 1078-11.2.3 hükmü gereğince, menkul kıymet ihrac için yapılan başvuru dilekçesine ihraççının tescil edildiğine dair (tüzel kişilik sıfatını haiz olduğuna dair) şahadetnamenin eklenmesi zorunludur. Bundan başka, Az.MK. m. 98.2 ve m. 1077.1’de

öngörülen açık düzenlemeler gereğince, menkul kıymet çeşidi olan hisse senetleri, ancak anonim şirketler tarafından çıkarılabilir. Ortaklık tescil edilmediği sürece, tüzel kişilik kazanılamayacağına ve dolayısıyla da anonim şirket hukuken varlık arz edemeyeceğine göre, pay senetlerinin tescilden önce çıkarılması da hukuken mümkün değildir¹¹².

Bütün bunlardan kesin bir şekilde ve kolayca anlaşılıyor ki, pay, hisse senedinin çıkarılmasından önce de mevcut olabilmekte ve bu nedenle de hisse senetleri ihdasî değil, izharî niteliktedir. Dolayısıyla da doğal olarak, pay sahipliği sıfatının ve böylece aynı zamanda hem de oy hakkının kazanılması, hisse senedinin çıkarılmış olması şartına bağlı değildir.

Sonuç olarak, senede bağlanmış pay ile bağlanmamış pay arasında, hakların miktarı ve muhtevası bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Zira payın ortağa sağladığı haklar kağıttan değil, anonim şirketin ana mukavelesinden doğmaktadırlar. Buna göre de sahte hisse senetlerinin bastırılması halinde bunların elde edilmesi, iyi niyetli müktesiplere bile, ne gerçek pay sahiplerine, ne de ki anonim şirkete karşı herhangi bir hakkın ileri sürülebilmesine olanak sağlamamaktadır¹¹³. Dolayısıyla da payın tedavül kolaylığını sağlamak üzere hisse senedine bağlanması, paya bağlı hakların ve yükümlülüklerin ne öz yapılarında, ne kullanımlarında, ne de ileri sürülmelerinde herhangi bir değişikliğe neden olmamaktadır.

Aşağıda senede bağlanmış paylarda oy hakkının sahibi konusu özel olarak ele alınmadan önce, burada şunu belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklar öngörülmemiştir. Gerçekten, hiçbir ayrıma

¹¹² Bu hususlarla ilgili olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 492-493, 497a. ve özellikle 764-765; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 360.

¹¹³ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1098.

gitmeden “tescil yapılırken bütün sermayenin kurucular arasında paylara bölünmüş olmalıdır” hükmünü getiren ve “şirket esas sermayesinin tescile dek tamamen ödenmesinin zorunlu” olduğunu öngören Az.MK. m. 103.3’deki düzenlemeler karşısında, Azerbaycan’da hali hazırdaki yürürlükteki hukuk bakımından kayıtlı sermayeli anonim ortaklığın kurulması ve faaliyet göstermesi mümkün bulunmamaktadır.

Az.MK. 102 uyarınca, ortaklık esas mukavelesinde anonim şirketlerin çıkarabileceği hisse senetlerinin nevinin gösterilmesi zorunludur. Az.MK. m. 1078-6.3 ve devam eden madde hükümlerinde ise, menkul kıymetlerin ve dolayısıyla da hisse senetlerinin nama ve/veya hamiline yazılı olabileceği öngörülmektedir.

Aşağıda anonim ortaklık tarafından hisse seneleri ihraç edildiği durumlarda oy hakkı sahibini hem maddi, hem de şekli anlamda tespit ederken, konuyu hisse senetlerinin türüne, yani nama veya hamiline yazılı olmasına göre, bir ayırım yaparak incelemeğe çalışacağız. Bu şekilde ayırım yapmamızın nedeni, pay senetlerinin türüne göre hukuken farklı düzenlemelerin öngörülmüş olmasıdır ki, bu da bazen oy hakkı sahibinin tespiti ve oy hakkının kullanılması bakımından büyük önem arz etmektedir.

A. NAMA YAZILI HİSSE SENETLERİNDE OY HAKKI SAHİBİ

Nama yazılı hisse senetlerinde oy hakkının sahibi konusunu ele alırken, aslen iktisap edilen ve devren iktisap edilen nama yazılı hisse senetleri açısından bir ayrıma gidilerek açıklamada bulunmaya çalışacağız. Aşağıda sözü edilen konuları ayrıca ele almadan önce, burada Azerbaycan hukuku bakımından nama yazılı hisse senedinin hukuki niteliğine kısaca da olsa değinmekte fayda umulur.

Az.MK. m. 1078-21.1'de "kıymetli evrakın temliki, bu kanunun 993. maddesi ve bu madde hükmünde öngörölmüş kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebilir" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır. Az.MK. m. 993'te nama yazılı kıymetli evrakın devir şekli ile ilgili düzenleme aynen şöyledir: "nama yazılı kıymetli evrak teslim edilirken alacağın devri hakkında yazılı dilekçenin de verilmesi zaruridir". Az.MK. m. 1078-21.5'te ise, "senede bağlanmış nama yazılı kıymetli evrakın devri, teslim ve devralanın lehine pay sahipleri defterinde muvafık kaydın düşürölmesi suretiyle sağlanır" denilmektedir. Dolayısıyla da, Azerbaycan hukuku bakımından muayyen şahsın adına yazılı bulunan hisse senetlerinin, hukuki niteliği bakımından nama yazılı olduğu kesindir¹¹⁴.

1. Aslen İktisap Edilen Nama Yazılı Hisse Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi

Az.MK. m. 1078-15.1, c. 1 uyarınca, hisse senedinin ihracı demek, kıymetli evrak niteliğindeki pay senedini ilk sahiplerine devretmek demektir.

Şimdi yukarıda zikedilen hususları belirttikten sonra asıl konumuza eğilecek olursak, hisse senetleri üzerindeki hak, hisse senetleri ister payların ihdasından belli bir süre sonra çıkarılsın, isterse de sermaye artırımını durumunda payların

¹¹⁴ Halbuki, Mart 2004 tarihinde yapılan yasa değışikliğinden önce, muayyen şahsın adına yazılı bulunan hisse senetleri, kanunen emre yazılı olarak kabul edilmekte idi. Gerçekten, Az.MK. m. 1077.2, c. 1'de "Hamiline yazılı hisse senetlerine hamiline yazılı hisse senetleri hakkındaki hükümler, muayyen şahsın adına yazılı bulunan hisse senetlerine ise emre yazılı kıymetli kağıtlar hakkında hükümler tatbik olunur" denilmekte idi. Sözü edilen yasa değışikliği ile, Az.MK. m. 1077 hükmü bütünü ile yürürlükten kaldırılarak, yerine yeni hükümler getirilmiştir. Hali hazır mevzuat bakımından, böyle hisse senetleri ile ilgili özel bir hüküm bulunmamakta, fakat bunun yerine menkul kıymetlerin devir şekilleri açısından genel düzenlemelere yer verilmektedir.

ihdası ile aynı zamanda çıkarılmış olsun, fark etmez, aslen iktisap edilebilmektedir. Gerçekten, daha önce de belirtildiği üzere¹¹⁵ senede bağlanmamış paylarda, pay sahiplerinin adları ortaklık pay defterine yazılır ve söz konusu kimseler şirkete karşı ortak sıfatını haizdirler. Dolayısıyla da, şirket paylarını temsilen hisse senetlerinin çıkarılması durumunda, söz konusu hisse senetleri, adları ortaklık pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimselerin adına doğal olarak kaydedilecektir. İşte, ortaklık pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan ortakların payları temsilen çıkarılan hisse senetlerini bu şekilde iktisap etmeleri asli iktisap şeklinde tezahür etmektedir.

Keza, yeni payların halka arz edilmesi suretiyle sermaye artırımı durumunda da söz konusu payları temsilen çıkarılan hisse senetleri üzerindeki hakkın iktisabı da aslen iktisap şeklinde ortaya çıkmaktadır. Zira bu durumda sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan payları temsil eden hisse senetleri, daha sermaye artırımının tescilinden önce (yani paylar hukuken henüz var olmadan önce) şirkette pay sahibi olmak isteyen kimselere satılmakta ve sermaye artırımının tescili ile birlikte kendiliğinden oluşan paylar, söz konusu hisse senetleri sahiplerinin adına kaydedilmiş olur. Böylece, bu şekilde halka arz suretiyle sermaye artırımlarında, halk tarafından satın alınan senetler, teknik olarak ancak sermaye artırımının tescili ile birlikte sahiplerine pay sahipliğini ve böylece hem de ortak sıfatını sağlayan senet, yani gerçek bir hisse senedi hüviyetini kazanmaktadır.

İşte hisse senetleri üzerindeki hakkın aslen iktisabının söz konusu olduğu bu durumlarda oy hakkı sahibinin tespit etmek sorun olmaz. Zira pay defterinde kayıtlı bulunan ve aynı zamanda nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkını haiz olan kimse, şirket ortağı ve dolayısıyla da genel kurulda

¹¹⁵ Bkz. yukarıda § 6, I, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

oy hakkı sahibi olarak hukuken kabul edilmektedir. Fakat ne var ki, nama yazılı hisse senedinin bir başkasına devri halinde, devralanın henüz pay sahipleri defterine ilgili payların (devir konusu olan payların) maliki olarak kayıt edilmeden önce, pay defterinde kayıtlı bulunan kişi ile senet maliki farklı kişiler olacağından, kimin oy hakkını haiz olacağı ve şirket genel kurulunda bu durumda kimin oy hakkını kullanabileceği sorusu, cevaplandırılması zorunlu olan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruya hukuken cevap ararken, Azerbaycan hukukunda muayyen bir şahsın adına yazılı olan hisse senetlerinin ne şekilde devir edilebileceğini ve bunun hangi hukuki sonuçlara neden olacağını da tespit etmemiz gerekecektir.

2. Devren İktisap Edilen Nama Yazılı Hisse Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi

a. Yabancı Hukuklarda

Anonim şirketler hukukunda oldukça yaygın ve hemen hemen her zaman gündemde olan bu sorunun Azerbaycan hukuku açısından daha sağlıklı bir şekilde incelenmesi ve değerlendirilebilmesi için bazı yabancı hukuklardaki mevcut uygulamalara ve hukuki düzenlemelere kısaca da olsa değinmekte, kanaatimizce fayda vardır.

aa. Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda anonim şirketler tarafından - her ne kadar hukuken herhangi bir engel olmasa da -, hamiline yazılı hisse senetleri çıkarılmamaktadır. Buna göre de Kara Avrupa'sı ülkelerine ait hukuk sistemlerinde çok büyük bir önemi haiz bulunan kıymetli evrakın "devir şekillerine göre ayırım"ı Amerikan hukukunda hiçbir önemi haiz değildir¹¹⁶. Bu bağlamda, Amerikan anonim şirketleri tarafından sadece "nama

¹¹⁶ O. İMREGÜN, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968, s. 67.

yazılı” pay senetleri çıkarıldığından ve esasen Amerikan hukukunda sadece nama yazılı hisse senetleri kabul edildiğinden, bu ülke hukukunda hamiline yazılı hisse senetleri yoktur denilebilir. Fakat pay sahiplerinin anonimliğini temin etmek üzere, gerçek pay sahiplerinin değil de, aracı kurumlarının (bu durumda, aracı kişi finans kuruluşu oldukça, “nominee” pay sahibi, aracı kişi borsa tellalı veya tahvilat komisyoncusu ise, “street name” pay sahibinden söz edilir) adına yazılı bulunan “nominee” veya “street name” diye ifade edilen paylardan istifade edilmektedir. Söz konusu durumlarda hisse senedi şekli olarak aracı kurumların adına yazılı olmakla birlikte, aslında malikleri başka kişilerdir. Dolayısıyla da, bu gibi durumlarda ortaklık hakları, örneğin, kâr payı gerçek maliklere ait olduğu gibi, oy hakkı da ya bizzat gerçek malik tarafından ya da onun talimatı doğrultusunda aracı kurumlar tarafından (yani bir nevi dolaylı temsil şeklinde) kullanılmaktadır¹¹⁷. Böylece, hamiline yazılı pay senetlerine yönelik ihtiyaç, değişik ve dolambaçlı bir usulle de olsa karşılanmaktadır.

Yukarıda ele alınan soruna gelince, her şeyden önce belirtelim ki, nama yazılı hisse senetlerinin devren iktisabının şirkete karşı da geçerli olabilmesi için, iktisapta bulunanın adının pay sahipleri defterine kaydedilmesi şarttır¹¹⁸. Yani devren iktisap edenin devir konusu pay veya paylardan kaynaklanan oy hakkına şekli anlamda sahip olabilmesi ve dolayısıyla da ortaklık genel kurulunda oy kullanabilmesi, devralanın temlik konusu payların maliki olarak şirket pay defterine kayıt edilip edilmemesine bağlıdır.

Amerikan anonim ortaklıklar hukuku oldukça esnek bir yapıya sahiptir, zira bu alanda emredici kurallar oldukça azdır.

¹¹⁷ Bu hususla ilgili olarak bkz. KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 357-358.

¹¹⁸ KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 356, 358; JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 644, 653 ve özellikle s. 657.

Dolayısıyla da şirket ana mukavelesinde konulacak hükümler bakımından çok büyük bir serbesti bulunmaktadır. Bu bakımdan, esas mukaveleye konulacak bir hüküm gereğince, şirket paylarının devrine süresiz bir sınırlama getirilebileceği gibi, süreli veya diğer bir ifade ile geçici bir süre için de sınırlama getirilmesi mümkündür. Bahsedilen türden sınırlamaların öngörüldüğü durumlarda, söz konusu sınırlamalara uyulmadan yapılan devirlerin pay sahipleri defterine kayıt talebi reddedilebilir.

Bundan başka, örneğin, Delaware devleti hukukunda (ki Amerika'da anonim şirketlerin büyük bir çoğunluğu bu ülke hukuku çerçevesinde faaliyet göstermektedirler) genel kurul toplantısı öncesinde ve genel kurul toplantısının yapıldığı sırada hisse senetlerinin devrine ilişkin sınırlamalar öngörülmüştür¹¹⁹. Yani söz konusu durumda da devralanın kayıt talebi geçici de olsa reddedilebilecektir. İşte bütün bu hallerde genel kurulda oy hakkını gerçek pay sahibi değil, eski pay sahibi haizdir. Fakat bu durumda gerçek pay sahibi, eski pay sahibinden temsil yetkisi ("proxy") almak suretiyle devir konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanabilme imkânına sahiptir. Gerçek pay sahibinin bunu yapmadığı takdirde, yani temsil yetkisi alarak şirket genel kurulunda oy kullanmadıkta, eski pay sahibi temlik konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanacak, fakat bu şekilde oy hakkını kullanırken gerçek pay sahibinin çıkarlarını da gözetmek zorundadır¹²⁰.

¹¹⁹ Söz konusu süreleri belirleme yetkisi yönetim organına aittir. Fakat söz konusu süre 60 günden fazla ve 10 günden de az olamaz [Del. Gen. Corp. L. § 213(a)]. Delaware General Corporation Law ile ilgili tam metin için bkz. [://www.state.de.us/corp/DElaw.htm](http://www.state.de.us/corp/DElaw.htm)

¹²⁰ M.C. JENSEN/W.H. MECKLING, "Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", in: R. Romano (ed.) *Foundations of Corporate Law*, New York, Oxford University Press, 1993, s. 37; KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 356.

Kaydı işlemlere konu olan (borsaya kayıtlı bulunan anonim şirketlerin) hisse senetlerinin söz konusu dönemde devri halinde ise, temlik konusu paylardan kaynaklanan oylar sadece olarak ilgili genel kurul toplantısında kullanılmaz¹²¹.

Sonuç olarak amerikan hukukunda hisse senetlerinin devri halinde, devralan temlik konusu paylar üzerinde mülkiyet hakkını kazansa da bunu, devir konusu payların sahibi olarak ortaklık pay defterine tescil ettirmediği sürece, şirkete karşı ileri sürememekte ve dolayısıyla da genel kurulda oy hakkını kullanamamaktadır. Yeni malikin adı ortaklık pay defterine devir konusu payların maliki olarak kaydedilmediği sürece, söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı şekli manada eski malike ait olacak. Yalnız böyle durumlarda eski malik sadece şekli manada, yani görünürde malik sayıldığından, ortaklık genel kurulunda temlik konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanırken, maddi anlamda pay sahibinin, yani devir konusu payların gerçek malikinin bir nevi temsilcisi görevini yapmaktadır. Zira yukarıda da kaydedildiği üzere bu gibi durumlarda devir konusu payların eski maliki, devralan yeni malikin çıkarlarını gözetmek zorundadır.

bb. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda pay çeşitleri (classes of shares) denilirken sadece payların sağladığı haklar bakımından bir ayırım kast edilmektedir¹²². Dolayısıyla da bu ülke hukukunda pay senetlerinin devir şekilleri bakımından bir ayırımı söz konusu değildir. Bu ülke hukukunda tek tip olarak, sadece nama yazılı hisse senetleri bulunmaktadır. Hamiline yazılı hisse senetleri ise bulunmamaktadır¹²³. Şirkete ait paylar, ya

¹²¹ KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 356

¹²² CHARLESWORTH/MORSE, age, s. 177.

¹²³ P. L. DAVIES, "Shareholder Voting Rights and Practices in the United Kingdom", in: Baums/Wymeersch (eds), s. 341.

nama yazılı hisse senetlerinin devri suretiyle, ya da kaydı işlemler yolu ile devredilebilmektedir.

İngiliz hukukunda nama yazılı hisse senetlerinin devri, devreden ile devralan arasında gerçekleştiği andan itibaren devralan temlik konusu paylar üzerinde mülkiyet hakkını kazanır. Ne var ki, devralanın adının henüz temlik konusu payların sahibi olarak ortaklık pay defterine kaydedilmediği sürece şirkete karşı söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını haiz olmaz. Bu durumda şirkete karşı devir konusu paylardan kaynaklanan oy hakkına, ortaklık pay defterinde adı devir konusu payların maliki olarak gözüken devreden sahiptir. Ancak payların gerçek maliki devreden değil, devralan olduğuna göre, o temlik konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanırken devralanın talimatı ile bağlıdır¹²⁴.

Borsaya kayıtlı şirketlerle ilgili payların devri ise, kaydı işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilmekte ve devir ile ilgili belgenin tevdi edilmesi üzerine devralan şirkete karşı oy hakkını kazanır. İşte böyle bir durumda da henüz devralanın adının temlik konusu payların maliki olarak kaydedilmediği sürece söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını pay sahipleri defterinde adı kayıtlı bulunan eski malik tarafından kullanılacaktır. Ancak bu durumda da eski malik devralanın talimatı ile bağlıdır.

Yalnız burada son olarak borsaya kayıtlı şirket payları ile ilgili belirtmek gerekir ki, 1990'lı yıllardan başlayarak borsaya kayıtlı şirket paylarının hisse senedine bağlanmadığı eğilimi gözlenmektedir. Hatta, İngiliz hukukunda, bugün itibarıyla, borsaya kayıtlı şirket paylarının hisse senedine bağlanması mümkün değildir¹²⁵.

¹²⁴ CHARLESWORTH/MORSE, s. 189

¹²⁵ CHARLESWORTH/MORSE, s. 189

İngiliz hukukunda anonim ortaklıklarda pay senetlerinin devrine ilişkin sınırlamalar oldukça yaygın olarak uygulanmaktadır. Hatta 1980 senesine kadar İngiliz hukukunda anonim ortaklıkların bir türü olan private companilerde payların devrine ilişkin ana sözleşmede sınırlama öngörülmesi hukuki bir zorunluluk olarak öngörülmüştü¹²⁶. Payların devrine ilişkin sınırlama esasen iki şekilde: diğer ortaklara şufa hakkının tanınması suretiyle ve devre izin şartının öngörülmesi suretiyle¹²⁷ getirilmektedir.

İşte söz konusu sınırlamalara aykırı olarak yapılan pay devri hallerinde de, oy hakkının kullanılması bakımından farklı bir durum söz konusu olmamaktadır. Şöyle ki, ana mukavele ile ortaklara tanınan şufa hakkı gözardı edilerek yapılan devir işlemleri, ana mukaveleye aykırı olduğundan, yönetim organı tarafından yeni pay sahibinin adı ortaklık defterine tescil edilemez¹²⁸. Tescil edilmemesi dolayısı da devralan, devredenden herhangi bir tazminat isteyemeyeceği gibi, payları geriye iade de edemez, meğer ki, devreden tescilin yapılması hususunda devralana teminat vermiş olsun¹²⁹. Aynı durum, devre izin koşulunun arandığı hallerde de söz konusu olmaktadır.

¹²⁶ **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 195 ve orada dph. 10.

¹²⁷ Ortaklara şufa hakkının tanınması şeklindeki sınırlama, ancak şirket paylarının ortak olmayan birisine devri halinde etkili olabilir. Böyle bir sınırlamanın ortaklar bakımından da öngörülmesi mümkün değildir, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 195-196.

¹²⁸ **C. GOWER**, Principles of Modern Company Law, 6. editon, 1997, s. 17-18; **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 198

¹²⁹ **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 188. Ayrıca, söz konusu devrin yapıldığı tarihten itibaren devir konusu paylara ilişkin temettümler devralana ait olacak. Hatta bu payların devrine ilişkin mukavelede devir tarihine kadar oluşmuş temettümlerin de devralan geçeceği kararlaştırılabilir, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, age, s. 188.

Dolayısıyla da devredenın adı ortaklık pay defterinde pay sahibi olarak kalacaktır. Ancak bu durumda da adı pay defterinde temlik konusu payların sahibi olarak gözüken devreden, devralanın çıkarlarını (özellikle şirket genel kurulunda oy kullanırken) gözetmek durumundadır¹³⁰. Fakat uygulamada, devredenın oy hakkını kullanırken, devralanın çıkarları doğrultusunda kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi çok zordur. Bu sebeple de uygulamada çoğu zaman devralan, adı ortaklık pay defterinde pay sahibi olarak gözüken devredenden bizzat kendisi veya kendisinin tayin ettiği kimse için bir temsil yetkisi olarak oy kullanmaktadır¹³¹.

Burada konu ile ilgili son olarak belirtelim ki, bedelleri ödenmemiş payların temliki halinde, devreden kendisi oy hakkı sahibi olarak kalacaktır, meğer ki, devir mukavelesinde ödemenin ertelenmesi hususunda ve oyun kullanılması hususunda aksine özel bir hüküm bulunsun¹³².

cc. Alman Hukukunda

Alman hukuku bakımından konu, iki ayrı açıdan ele alınabilir: birincisi, devri sınırlamaya tabi tutulmamış hisse senetlerinde devralanın adının ortaklık pay defterine yazılmaması durumunda oy hakkı sahibi, diğeri ise, devri

¹³⁰ DAVİES, s. 341; CHARLESWORTH/MORSE, s. 197. Şayet ana mukavelede ortaklara tanınan şüfa hakkına aykırı olarak devir işlemi yapılmış olmasına rağmen yönetim organı tarafından kayıt yapılmış olursa, söz konusu kaydın düzeltilmesi, ancak hakları ihlal edilmiş pay sahipleri tarafından sağlanabilir. Böylece ana mukaveleye aykırı olarak yapılan devrin tescilini düzeltilmesi, hakları ihlal edilmiş pay sahiplerine tanınan bir hak olduğundan, haliyle böyle bir tescilin düzeltilmesi mecburiyeti de bulunmamaktadır. Yalnız böyle bir kaydın düzeltilmesinin talep edilmemiş olması, üçüncü kişilere (ortak olmayanlara) gelecekte pay sahibi olarak ortaklık pay defterine tescil edilebileceklerine teminat sağlamaz, bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 195

¹³¹ bkz. DAVİES, s. 342-343

¹³² CHARLESWORTH/MORSE, s. 189.

sınırlamaya tabi tutulan ve söz konusu sınırlamaya aykırı olarak yapılan hisse senetlerinin devri durumunda oy hakkı sahibi.

Şayet hisse senetlerinin devri sınırlandırılmamışsa veya sınırlandırılmış olmakla birlikte devir işlemi sınırlamaya aykırı değilse, devir işleminin yapıldığı tarihten itibaren devralan hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkını kazanacaktır. Fakat bu durumda devralan şirkete karşı ortak sıfatını ancak adı pay defterine yazıldıktan sonra kazanabilecektir. Dolayısıyla da bu gibi durumlarda devralanın adının pay defterine yazılmadığı sürece, adı pay defterinde yazılı bulunan devreden, şirkete karşı ortak sıfatını haizdir. Bu sebeple de söz konusu durumda devreden ortaklık genel kurulunda temlik konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanabilir. Yalnız bu şekilde devreden oy hakkını kullanırken, aynen devralanın temsilcisi gibi davranmak ve onun çıkarlarını korumak zorundadır. Aynı sonuç ortaklık genel kurul toplantısından belli bir süre önce hisse senetlerinin devredilemeyeceği, daha doğrusu hisse senetleri ile ilgili işlemlerin kayda geçirilmeyeceği yönündeki kurala rağmen devredildiğinde de söz konusu olmaktadır (uygulamada çoğu zaman aracı kurum işlevini de gören büyük bankaların, genel kurulun toplanmasına 24 saat kalana dek yapılan devirleri kayda almaktadırlar)¹³³. Gerçi söz konusu bu son durumda, payların devredilebilirliğine ilişkin herhangi bir “bağlam” bulunmamaktadır ama, yapılan devir toplantı bitimine kadar şirkete karşı geçerli olmaz.

Fakat hisse senetlerinin devri, ortaklık esas mukavelesi ile sınırlandırılmışsa ve hisse senedi de bu sınırlandırılmaya aykırı olarak devredilmişse, bunun sonucunun ne olduğu hala anonim ortaklıklar hukukunda bir sorun olarak kalmaktadır¹³⁴

¹³³ BAUMS, s. 118.

¹³⁴ Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. DAĞ, s. 150 vd.

Şöyle ki, bu şekilde sınırlamaya aykırı bir devre rağmen şirket tarafından ve bazı durumlarda ilgili hak sahipleri tarafından da (örneğin diğer pay sahiplerine esas mukavele ile önalım hakkı tanınmış olmasına rağmen devrin buna uyulmadan yapılması halinde önalım hakkı sahiplerinin söz konusu haklarını kullanmamak suretiyle devre icazet vermeleri halinde) devralanın temlik konusu payların maliki olarak kabul edilmesi durumunda herhangi bir sorunla karşılaşmadığı halde, devre icazet veya izin verilmemesi durumunda hukuki sonucun ne olacağı bir sorun teşkil etmektedir. Yalnız bu sorunun çözümü ile ilgili alman doktrininde “birlik teorisi”¹³⁵,nin kabul edildiği söylenebilir¹³⁶. Bu teori uyarınca, öngörülen sınırlamaya aykırı olarak yapılan devir işlemi askıda hükümsüzdür. Buna göre, izin veya icazetin verilmesi ile birlikte devir, geriye etkili olarak, yani devir işleminin yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır, aksi halde, yani bu şekilde bir devir kabul edilmediği takdirde, devir işlemi geriye etkili olarak, yapıldığı andan itibaren hükümsüzleşir. Bu durumda maddi ve şekli anlamda oy hakkının sahibi, adı pay defterinde kayıtlı bulunan (devreden) ortak olarak kalacaktır.

dd. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda da soruna yaklaşım tarzı alman hukukundakinden pek farklı değildir. Fakat uygulamada söz konusu sınırlamaların dolanılması çok yaygın bir hal almış durumdadır. Şöyle ki, pay sahipliği açısından öngörülen sınırlamaları aşmak için ya pay defterinde adı temlik konusu payların maliki olarak gözüken devreden bizzat kendisi veya sınırlama kapsamında yer alan herhangi bir şahıs aracı olarak kullanılmaktadır. Şirketin ise, gerçek pay sahibi ile aracını

¹³⁵ DAĞ, s. 152; Birlik teorisi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. H. PULAŞLI, “Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri”, Ankara 1992, s. 139 vd;

¹³⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1153 ve orada anılanlar; DAĞ, s. 152 dñn. 295’de anılanlar.

muteber bir şekilde ayırt etmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır¹³⁷. Uygulamanın getirdiği bu fiili durumun uygun koşullar öngörülerek yasallaştırılmasının gerekli olduğu haklı olarak doktrinde ileri sürülmektedir¹³⁸.

ee. İsviçre Hukukunda

İsviçre'de 1 Temmuz 1992 tarihinde yapılan değişikliktan önce, söz konusu soruna, Federal mahkemenin yerleşmiş içtihadı sonucunda uygulamaya hakim ve doktrininde taraftarları bulunan bölünme teorisi çerçevesinde çözüm aranmaktaydı¹³⁹. Yalnız 1992 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile birlikte, bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devri farklı bir düzene bağlanmıştır ve söz konusu bu düzenlemelerde bölünme ve birlik teorilerinden herhangi biri kesin bir çözüm yolu olarak kabul edilmemiş olsa da, prensip olarak birlik teorisinin benimsendiği kabul edilmektedir¹⁴⁰.

1992 tarihli yapılan değişiklikle getirilen konu ile ilgili yeni düzeni şöyle özetlemek mümkün:

- Her şeyden önce genel olarak, bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devredilmesi halinde şirketin ret sebepleri sınırlandırılmıştır.
- Ayrıca şirketin ret sebepleri, şirketin borsaya kayıtlı bir şirket olup olmaması bakımından da bir ayrıma tabi tutulmuş¹⁴¹ ve borsaya kayıtlı anonim

¹³⁷ GUYON, s. 99.

¹³⁸ Bkz. GUYON, s. 107 ve orada dñn. 15'de anılanlar.

¹³⁹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1149 vd.

¹⁴⁰ ÇEKER, , s. 157 ve orada dñn. 93'de anılanlar.

¹⁴¹ İsviçre'de borsaya kayıtlı anonim şirketlerin de hisse senetlerinin bağlı nama yazılı olabilmektedir. Değişiklik çalışmaları sırasında nama yazılı payların borsaya kaydedilmemesini veya hiç değilse, borsaya kayıtlı bulunan şirketlerin bağlı nama yazılı hisse senetleri çıkarmaması gerektiği yönünde teklifler olsa da, söz konusu görüşler kabul edilmemiştir, bkz. Y.

şirketler bakımından ret sebepleri daha çok sınırlandırılmıştır,

- *Borsaya kayıtlı olmayan* bağlı nama yazılı hisse senetlerinin iradi devri halinde, şirket devre muvafakat vermediği sürece pay üzerinde mülkiyet hakkı ve ona bağlı (ister mali nitelikte, isterse de idari nitelikte olsun) bütün haklar senedi devretmek isteyene ait olur (birlik teorisi). Yani bu şekildeki bir senedin devri ancak şirketin onay vermesi, ya da onay vermiş sayılması ile birlikte gerçekleştirilebilir. Bu tür payların irade harici devri durumunda (miras, cebri icra) veya eşlerin mal rejimi hükümleri gereğince kazanılması hallerinde ise, tescilin yapıp yapılmadığının belli olmadığı ara dönemde yeni hamil, paydan kaynaklanan mali haklardan faydalanabilir, fakat idari haklardan faydalanamaz (İsv.BK. m. 685c/ f. 1-2) şeklinde bir düzenlemeye gitmekle bölünme teorisini benimsemiş bulunmaktadır.

- *Borsaya kayıtlı bulunan* nama yazılı hisse senetlerinin devri¹⁴² halinde devralan, ara dönemde senet üzerindeki mülkiyet hakkı ve senetten kaynaklı diğer mali nitelikteki haklar devralana

KARAYALÇIN, “İsviçre’de Borçlar Kanunu’nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler” (bundan sonra kısaca olarak, *İsv. A.Ş. Hukukunda Değişiklikler*), Batider, C. XVII, S. 1 (1993), s. 16, 18.

¹⁴² Söz konusu hisse senedi borsada yapılan bir işlem sonucu devralınmışsa, senedin teslimi anında haklar devralana geçer, borsa dışında bir işlem sonucu devralanmışsa, senetten doğan haklar, şirkete devrin tanınması için yapılan talep tarihinden itibaren devralana geçer (İBK. m. 685, f. 1). Dolayısıyla da nama yazılı hisse senedinin borsada işlem sonucu devralınması halinde “bölünme teorisi” şartsız olarak benimsenmiş, söz konusu hisse senetlerinin borsa dışındaki temlik durumunda ise, “bölünme teorisi” devrin şirkete bildirilmesi önkoşuluna bağlı olarak kabul edilmiştir.

geçer ama, idari haklar ancak pay defterine tescil edildiği andan itibaren kullanılabilir (İBK. m. 685f/ f. 3-4). Görüldüğü üzere bu durumda da bölünme teorisi benimsenmiştir.

ff. Türk Hukukunda

Konu Türk hukukunda da tartışmalıdır. Şöyle ki, TTK. m. 416/II'de “devir ciro edilmiş senedin devralana teslimi ile olur” denildikten hemen sonra “devir, şirkete karşı ancak pay defterine kayıtla hüküm ifade eder” şeklinde bir düzenlemeğe yer verilmiştir. TTK. m. 417'nin son fıkrasında ise, şirkete karşı ortak sıfatını ancak adı pay defterinde kayıtlı bulunan kimsenin haiz olabileceği belirtilmektedir. Nihayet, TTK. m. 418'de ise, anonim ortaklığın esas mukavelede öngörülen sebeplerden dolayı devir keyfiyetini pay defterine kayıttan imtina edebileceğini düzenlemektedir.

Görüldüğü üzere, bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devri halinde, devralanın, şirket tarafından izin veya icazet verilmedikçe, pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmakla beraber paya bağlı hakları da iktisap edip etmediği, bağlı nama yazılı hisse senetleri ile ilgili olan düzenlemelerde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durum, mezkur konuda tartışmalara neden olmaktadır.

Tartışmalara değinmeden hemen önce belirtmek gerekir ki, pay defterine devralan kişi kaydolunmasa bile, nama yazılı hisse senetleri TTK. m. 416/II,c. 1'de öngörülen usulde devredildikte, pay üzerindeki mülkiyet hakkının devralana geçeceği hususu Türk doktrininde oybirliği ile kabul edilmektedir¹⁴³. Tartışmaya neden olan husus, paydan

¹⁴³ ARSLANLI, AŞ. I, s. 184 vd; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1131-1132; İMREGÜN, AO, s. 368; TEOMAN, Bağlı Nama yazılı Pay (senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramı Üstüne Düşünceler, İkt. Mal. C. XIX, S. 1 (Nisan 1972), s. 27; DAĞ, s. 182; MOROĞLU, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Borsada İşlem Görmesi ve Yargıtay Kararları, XIII. Ticaret Hukuku Sempozyumu, Ankara 1996, s. 51-52; ÇEKER, s. 157.

kaynaklanan hakların (mali ve idari nitelikteki hakların) şirkete karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorununa ilişkindir.

Bir grup yazara göre¹⁴⁴, bağlam hükümleri ile hedeflenen sonuç, anonim ortaklık tarafından uygun görülmeyen kimselerin ortaklığın işlerine karışmamasını sağlamaktır, yoksa malvarlıksal hakların, mesalâ, kâr payının, tasfiye bakiyesinin anacak muayyen kimseler tarafından alınmasını sağlamak değildir. Zira, mali nitelikteki bu tür haklardan kimlerin ne şekilde yararlanması şirketi ilgilendirmez. Malvarlıksal hakların anacak belirli kimseler tarafından alınabileceğini kararlaştırmada şirketin meşru menfaati bulunmadığı gibi, böyle bir kısıtlama, özel hukukta hakim olan irade serbestisi ilkesine ve giderek mülkiyet hakkı sahibinin hakkından istifade edebilmesine yersiz bir müdahale teşkil eder. İşte bütün bunları göz önünde bulundurarak, “bölünme teorisi”nin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Bir diğer grup yazarlara¹⁴⁵ göre ise, paydan doğan hakların birbirinden ayrılamaması ilkesi¹⁴⁶ ve bölünme teorisinin neden olduğu sorunlar - örneğin, devredenin maddi menfaat açısından hiçbir ilgisinin olmadığı halde, yönetim haklarını (genel kurulda oy kullanmakta, gereğinde azalık haklarını harekete geçirmekte veya iptal davası açmakta) kullanmakta, buna mukabil, şirket ile maddi menfaat bakımından bağlantılı bulunan ve böylece şirketin başarısında daha fazla menfaati bulunan devralan ise, söz konusu

¹⁴⁴ ARSLANLI, AŞ. I, s. 184 vd; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1154a; İMREGÜN, AO, s. 368; TEOMAN, Bağlı Nama Yazılı Pay ve Halka Açık AO, s. 27; DAĞ, s. 212-213.

¹⁴⁵ Z. AYTAÇ, Sermaye piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri (kısaca, Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 101 vd; YASAMAN, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 43; PULAŞLI, Pay Senetleri, s. 198-199; ÇEKER, s. 157.

¹⁴⁶ İşte buradan hareketle teoriler “bölünme” ve “birlik” olarak isimlendirilmektedir.

haklardan yoksun bırakılmış olması -, “birlik teorisi”nin kabulünü gerektirmektedir.

b. Azerbaycan Hukukunda

Öncelikle, cari mevzuatta mevcut durumu gözden geçirelim. Baştan şunu belirtmek gerekir ki, sorunun çözümü ile ilgili (oldukça karışık ve bir birleriyle adeta irtibatı olmayan) düzenlemeler Az.MK’da yer almakla birlikte, sözü edilen kanunda, anonim şirketler tarafından hangi tür hisse senetlerinin çıkarılabileceğine ilişkin özel ve açık bir hüküm düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla da, doğal olarak bu tür hisse senetlerinin ,hangi şekilde devredileceğine ilişkin özel hükümler de Az.MK’da düzenlenmiş değildir. Buna mukabil, daha önce de belirtildiği üzere, yürürlükten kaldırılmış bulunan AOK’da (m. 18,b. 2), anonim şirket paylarının hamiline ve nama yazılı olabileceği açıkça belirtilmişti ama, mezkur kanunda da, bu tür payları temsilen çıkarılacak hisse senetlerinin hangi şekilde devredilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Az.MK. m. 1078-21.1’de ise, “kıymetli evrakın temliki, bu kanunun 993. maddesi ve bu madde hükmünde öngörülmüş kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebilir” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır. Az.MK. m. 993’te, nama yazılı kıymetli evrakın devir şekli ile ilgili “nama yazılı kıymetli evrak teslim edilirken alacağın devri hakkında yazılı dilekçenin de verilmesi zaruridir” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Az.MK. m. 1078-21.5’te ise, “senede bağlanmış nama yazılı kıymetli evrakın devri, teslim ve devralanın lehine kayıt defterinde muvafık kaydın düşürülmesi suretiyle sağlanır” hükmü öngörülmektedir. Nihayet, Az.MK. m. 1078-34.6’de nama yazılı hisse senedi sahiplerinin yirmiden fazla olması halinde, pay sahipleri defteri şirketçe değil, kayıt kurumunca tutulmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, yukarıda yer verilen ve sorunun çözümünde yararlanılması zorunlu bulunan konu ile ilgili

başlıca düzenlemeler, bazen çok genel, bazen de çok karışıktır. Şimdi söz konusu bu düzenlemelerden, ele alınan sorun açısından önem arz eden hususları tespit etmeğe çalışalım:

Birincisi, nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkı, sadece devir beyanı ve teslim ile değil, ayrıca pay defterine devralanın adının yazılması suretiyle temlik edilebilir (Az.MK. m. 1078-21.5). Böylece, açık kanun hükmü gereğince, nama yazılı bütün menkul kıymetler (o cümleden nama yazılı hisse senetleri) bakımından artık, sadece devreden ve devralan arasında yapılacak devir beyanı ve teslim yolu ile temlik imkânı hukuken ortadan kaldırılmış bulunmaktadır ki, bunun da söz konusu kıymetli evrakın tedavül kabiliyetini daha da zayıflattığı aşikardır.

İkincisi, ilgili kurumca, pay sahipleri defterine usulüne uygun tescil yapılmakla devralan nama yazılı hisse senedi üzerinde maddi ve şekli anlamda mülkiyet hakkını iktisap etmekle oy hakkı sahibi sıfatını da kazanmış olur.

Bu hususların tespitinden sonra, Azerbaycan hukuku bakımından nama yazılı hisse senetlerinin devri halinde devir konusu işlemin yapıldığı tarihten devralanın adının pay defterine yazıldığı ana kadarki ara dönemde kimin pay sahibi ve dolayısıyla oy hakkı sahibi olduğu sorununa eğilebiliriz.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, Azerbaycan hukuku bakımından aslında pay sahipleri defterine kayıt yapılmadığı sürece, devir gerçekleşmiş olmayacağından, ortada "ara dönemde kimin pay sahibi ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi olduğu" sorunu da kural olarak söz konusu olmaz. Özellikle, pay sahipleri defteri, bizzat anonim şirketin kendisi tarafından tutulduktan, durumun bu merkezde olacağı şüphesizdir.

Nama yazılı hisse senedi sahibi yirmiden fazla olan anonim ortaklıklarda, pay sahipleri defteri şirket tarafından değil, aracı veya kayıt kurumlarınca tutulacağından, söz

konusu hallerde kimlerin pay sahibi sıfatını taşıdığını bizzat anonim şirketin kendisi de muayyenleştirememektedir. İşte böyle bir durumda kapalı tipli anonim şirket paylarını temsil eden nama yazılı hisse senetlerinin, kanuni önkoşulları yerine getirilmeden devredilmek istendiğinde, ilgili kayıt kurumu talep edilen kaydı yapmaktan kaçınmalıdır, fakat bunu her nasılsa yapmayarak sözü edilen kaydı gerçekleştirecek olursa, devralan, pay sahibi sıfatını, dolayısıyla da oy hakkını gene de kazanamayacaktır. Zira, pay sahipleri defterine yapılan kayıt, ancak usulüne uygun olarak yapılmışsa, nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkının intikalini sağlar.

İster bugün artık yürürlükten kaldırılmış bulunan AOK. m. 1, b.2’de, isterse de halen yürürlükte bulunan Az. MK. m. 99.1’de, “açık tipli” anonim ortaklığın tanımı, “payları, pay sahipleri tarafından serbestçe devredilebilen anonim ortaklıklar, açık tipli anonim ortaklık sayılır” şeklinde yapılmıştır. Yani açık tipli anonim ortaklıkların Azerbaycan hukuku bakımından en belirgin özelliği, onun ortaklarının, malik oldukları paylarını serbestçe devredebilme imkânına sahip bulunmalarıdır.

Hal böyle olunca, açık tipli anonim ortaklıklarda esas mukavele ile, pay sahiplerinin malik oldukları paylarının devrine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilemez. Çünkü, aksi düşüncenin kabulü, açık tipli anonim ortaklığın kanuni tanımına aykırılık teşkil eder. Buna göre de ortakların malik oldukları payların devrine ilişkin esas mukavelede öngörülen sınırlamalara rağmen, ortaklık, “açık tipli” anonim ortaklık olarak esas mukavelede gösterilmişse (Az.MK. m. 47.2 uyarınca, tüzel kişi olarak anonim ortaklığın unvanı esas mukavelede gösterilmek zorunda, Az.MK. m.98.5 uyarınca ise, anonim ortaklığın unvanında onun “açık tipli” veya “kapalı tipli” olduğunun belirtilmesi zorunludur), o zaman kuruluşta ortaklığın tescili talebi, sınırlama sonradan esas mukavele değişikliği yapılarak getirilmek istenirse, değişikliğin tescili

talebi (Az.MK. m. 130.4, c.2 uyarınca, değişiklik ancak tescil edildikten sonra hüküm ifade eder) sicil¹⁴⁷ memurluğunca ret edilmelidir, şayet her nasılsa bu şekilde tescil yapılmış olursa, o taktirde sınırlamalara ilişkin esas mukavele hükümleri, kanunun açık ve emredici nitelikteki hükümlerine aykırılık teşkil edeceğine göre, geğersizlikle malul olacaktır.

Mevcut hukuku durum bakımından yapılan bu açıklamalardan kolayca anlaşılacağı üzere, bağlı nama yazılı hisse senetleri ihracına Azerbaycan hukuku bakımından lüzum bulunmamaktadır. Zira, nama yazılı hisse senedi ancak pay sahipleri defterine usulüne uygun yapılacak kayıtla devredilebileceğinden, kanuni önkoşullara uyulmadan nama yazılı kapalı tipli anonim ortaklık hisse senetlerinin devri de mümkün olamamaktadır ve dolayısıyla da kapalı tipli anonim ortaklıklara ilişkin nama yazılı hisse senetlerine mukavele ile “bağlam” getirilmesine herhangi bir ihtiyaç kalmamaktadır. Keza, açık tipli anonim şirketler tarafından da, ortaklarının malik oldukları paylarının devrine ilişkin bir sınırlama getirilemeyeceğine göre, bu tür şirket paylarının da bağlı nama yazılı hisse senetlerine bağlanması mümkün değildir.

Böylece, sonuç olarak Azerbaycan hukukunda, bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devri halinde, yeni devralan tarafından adının pay defterine kayıt edilmesi yönündeki talep, şirketçe ret edildiği taktirde, pay sahipliği sıfatının tespiti ile ilgili sorun, Azerbaycan hukuku bakımından söz konusu olamamaktadır.

şimdi, bütün bunları tespit ettikten sonra, bir kimsenin nama yazılı hisse senedini devren iktisap suretiyle hisse senetlerinin ilişkin bulunduğu anonim ortaklıkta pay sahipliği sıfatını ve dolayısıyla da oy hakkını kazanabilmesi için

¹⁴⁷ Azerbaycan’da bütün tüzel kişilerin tescili, Adliye Bakanlığına bağlı “Tüzel Kişilerin Kaydıyatı Kurumu” ve onun şubeleri tarafından yerine getirilmektedir.

yapılması gereken işlemler ve bunların tabi olduğu şartları ayrıca ele alıp inceleyebiliriz.

aa. Devir Beyanı ve Senedin Zilyetliğinin Geçirilmesi

Nama yazılı hisse senedinin devri için her şeyden önce, pay sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından devralan lehine yazılı devir beyanında bulunulmalı ve senet de devralana teslim edilmelidir (Az.MK. m. 993.1-2 ve Az.MK. m. 1078-21.1 vd). Burada devir beyanın yazılı şekilde olacağı açık olsa da, ne zaman yazılı devir beyanın yerine getirilmiş sayılacağı hususunda mevzuatta herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Fakat çeşitli yasal düzenlemelerden ve karşılaştırmalı hukuktan bu hususu kolayca ve kesin olarak belirlemek mümkün:

Her şeyden önce, senet üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmek istendiği yazılı olarak ifade edilmelidir. Yazılı şekilde yapılması gerekli bulunan bütün hukuki işlemlerde, beyan sahibinin beyanı ile bağlılığını temin eden imzanın gerekliliğine ilişkin genel hükmün (Az.MK. m. 332.1), haddizatında arzu edilen sonucu gerçekleştirmek üzere yapılan ve bu yüzden de birer hukuki işlem sayılan devir beyanı hakkında da uygulanacağı ve dolayısıyla da devir beyanın beyan sahibince imzalanması gerekir. Şayet devri yapan tüzel kişi ise, yetkili kişinin imzasından başka, mührün de bulunması gerekir (Az.MK. m. 362.5).

Bundan başka, nama yazılı hisse senetlerinde devir beyanın senet arkasına yazılmasını zorunlu kılan herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Uygulama açısından da böyle bir şart (özellikle toplu saklama kurumuna tevdi edilmiş hisse senetleri açısından) cazip değildir ve dolayısıyla da devir beyanı hisse senedi arkasına yazılabileceği gibi, ayrı bir kağıt üzerine de yazılabilir.

Nihayet, burada şunu da ifade etmek gerekir ki, anonim şirket ortak sayısı yüzden fazla olduğunda, alım satım işlemleri

ancak borsa üzerinden gerçekleştirilmesi gerektiğinden (Az.MK. m. 1078-20.8), yapılacak temliklerde, devir beyanı da, Az.MK. m. 1078-38.2 uyarınca, zorunlu olarak *borsa fondu* tarafından resmileştirilecek. Fakat burada devir beyanının borsa fondu tarafından resmileştirilmesi, bir düzen hükmü olup, devir beyanının bir geçerlilik şartı mahiyetinde değildir. Biraz aşağıda bu konu üzerinde tekrar durulacak.

Devrin gerçekleşebilmesi için devir beyanından başka, hisse senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesi gerekir (Az.MK.m. 993.1; 1078-21.5). Devrin gerçekleşebilmesi, senede olan zilyetliğin geçirilmesinin mülkiyeti nakletmek için yapılmış olmasına ve tarafların bu hususta anlaşmış olmalarına bağlıdır. Az.MK'nın "Eşya Hukuku" ile ilgili III. bölümünde genel hükümlerin yer aldığı 135. maddesinin hemen 2. cümlesinde para ve kıymetli evrakın **eşya olduğu** açıkça ve özel olarak belirtilmektedir. Az.MK. m. 135.5, c. 2'de ise, taşınır eşya bakımından öngörülen hükümlerin kıymetli evrak bakımından da uygulanacağı öngörülmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla da zilyetlin geçirilmesi derken, neyin kast edildiğini belirlemede taşınır eşyalar bakımından öngörülen sahiplik ile ilgili hükümlerden yararlanmak gerekecektir. Taşınır eşyalar bakımından da zilyetliğin geçirilmesi ile ilgili Az.MK. m. 163.2 hükmü gereğince, zilyetliğin geçirilmesi, sadece teslim ile değil, kısa elden teslim ve zilyetliğin havalesi yolu ile gerçekleştirilebilir. İşte Az.MK. m. 993.1'de kıymetli evrak bakımından öngörülen zilyetlin geçirilmesini de aynı kanununun 163.2 maddesinde öngörüldüğü şekilde maddi teslim dışında diğer nakil hallerini de kapsadığını kabul etmek gerekir. Aksi düşünce, hem yukarıda ifade edilen kanunun açık düzenlemelerine aykırı olur, hem de hukuk mantığına aykırı olur. Zira, diğer menkul eşyalara tanınan devir kolaylıklarının, esas özelliği tedavül olan ve diğer taşınır eşyalara nazaran tedavül niteliği çok daha fazla olan ve hatta tedavül niteliği

kendisinin bir ayrıdedici özelliği olarak kabul edilen¹⁴⁸ kıymetli evraka tanınmaması, mantık dışı olurdu.

Kaldı ki, maddi teslim dışında sahipliğin diğer devir şekillerinin kıymetli evrak bakımından kabul edilmemesi pratik ihtiyaçlara da uymaz. Zira her gün borsada çok fazla sayıda işlemlerin gören ve birer kıymetli evrak niteliğini haiz bulunan menkul kıymetlerin işlem görebilmesi için her defasında maddi teslimi bir şart olarak öngörüldüğünü düşünecek olursak, bunun çok zor ve hatta imkânsız olacağını kolayca anlayabiliriz. İşte bundan dolayı olsa gerek ki, 2004 senesinde yapılan yasa değişikliği ile, toplu saklama kurumlarında bulundurulmuş menkul kıymetlerin mülkiyet değiştirilebilmesi için ilgili kurumun kayıt defterinde yapılacak değişiklik yeterli görülmüştür (Az.MK. m. 1078-21.5).

Böylece, nama yazılı hisse senetlerinin devri için devir beyanı ve senet zilyetliğinin geçirilmesi zorunludur. Şayet bu iki işlemden birinin yokluğu söz konusu ise, o zaman senetten doğan hakların devralana geçmesi mümkün değildir.

Nama yazılı hisse senedinin devri, geçerli bir borçlanma işlemine dayanmasa da muteber olarak hukuki sonuç doğurur (Az.MK. m. 988.1 ve 4). Yani devir işlemine temel teşkil eden borçlanma işlemi geçerli olmasa bile, usulüne uygun devir beyanı, teslim ve kaydın düşürülmesi ile birlikte nama yazılı hisse senedinin mülkiyeti devralana geçer. Bu bağlamda, “kıymetli evrak ile ilgili hukuki muameleler” başlıklı Az.MK’nın 1078-20 madde hükmünün 7. bendinde, umumi olarak (yani senede bağlı olup olmaması bakımından bir ayrıma gidilmeden ve bütün her türlü nama yazılı menkul kıymetleri kapsayacak şekilde), “nama yazılı menkul kıymetlerle ilgili hukuki muameleler, borsa tellalı aracılığıyla veya bizzat borsa simsarının kendisi ile yapılanlar hariç, noterde yapılmalıdır” şeklinde bir düzenlemeye ve 8. bendinde

¹⁴⁸ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1131

ise, “ortaklarının sayı yüzden fazla olan anonim şirketin hisse senetleri ile ilgili alım satım işlemleri borsa aracılığıyla yapılmalıdır” şeklindeki bir düzenlemeye rağmen, bu şekilde yapılmamış olan hukuki işlemlere dayanarak yapılan nama yazılı hisse senedi devirleri muteber hukuki sonuç doğuracak, yani devralan, hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkını iktisap edecek. Pay sahipleri defterini tutmakla yetkili bulunan kurum (Az.MK. m. 1078-34.5’de nama yazılı hisse senedi sahiplerinin yirmiden az olması halinde, pay sahipleri defteri şirketçe de tutulabilir), nama yazılı hisse senedinin hangi hukuki işleme dayanılarak temlik edildiğini (işlemin borsada yapılması gerekip gerekmediğini tespit etmek için) ve bu işlemin geçerli olup olmadığını araştırmak görev ve yetkisi bulunmadığı gibi, söz konusu işlemlerin hukuka aykırı olduğunu ileri sürüp kayıttan da imtina edemez. Zira, aksi düşünce, evvela, nama yazılı menkul kıymetlerin temlikine yönelik 1078-21 madde hükmüne aykırıdır. Çünkü, “kıymetli evrakın devri başlıklı” Az.MK. m. 1078-21’de açıkça “kıymetli evrak, bu kanunun 993. maddesine ve bu maddede öngörülmüş usul çerçevesinde devredilir” denilmekte ve söz konusu ilgili madde hükmünde yer alan düzenlemeler içerisinde, nama yazılı menkul kıymetlerin devri bakımından böyle önşartlar aranmadığı gibi, menkul kıymetlerin ve bilhassa nama yazılı menkul kıymetlerin devrine yönelik işlemlerin resmileştirilmesine yönelik madde hükümlerine de herhangi bir şekilde göndermede bulunulmamıştır.

Bundan başka, birer kıymetli evrak olan menkul kıymetlerin devrinin muteberliğini, onun devrine sebep oluşturan temel borçlandırıcı işlemin muteberliğine bağlamak, hiçbir ayrıma gitmeden her nevi kıymetli evraka ilişkin bulunan Az.MK’nın (gerçi, nama yazılı hisse senedinin devri alacağın temliki hükümlerine - Az.MK. m. 993.2 uyarınca - tabi olduğundan, nama yazılı kıymetli evrak tarafları arasında kişisel defiler herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilirse

de, bunların ancak kişisel defiler olup, nama yazılı kıymetli evrakın metninden anlaşılan ve onun geçerliliğini ortadan kaldıran ve özellikle konumuz bakımından pay sahipleri defterini tutan kuruma temlik kaydının düşürülmesine yönelik talebi yerine yetirmesinin muteberliğini ortadan kaldıran bir etkisi bulunmadığı¹⁴⁹ gibi, pay defterini tutan kuruma böyle bir talebi reddetme yetkisini kazandırmaya yönelik etkisi de bulunmamaktadır) “kıymetli evrakta ihtiva olunan hakkın geçerliliği, onun meydana gelmesine sebep olan işlemin geçerliliğine veya mevcutluğuna bağlı değildir” şeklindeki hükmü (m. 988.1) ile “kıymetli evrakta ifade olunan uhdeliğin ifasından, onun esasının olmamasına istinat ederek imtina edilemez” hükmünün (m. 988.4) ruhuna da aykırı olur.

Böylece, söz konusu yasal düzenlemelerde öngörülen usule aykırı olarak gerçekleştirilen borçlandırıcı işlemlerin ifası amacıyla yapılan temlikler kesinlikle muteber olup, devralana, adının pay sahipleri defterinde olduğu sürece pay sahipliği sıfatını sağlar ve (eğer nama yazılı pay, hisse senedine bağlanmışsa ve sözü edilen hisse senetleri toplu saklama kurumunda bulundurulmuyorsa) belge elinde olduğu sürece de oy kullanma imkânı sağlar.

Ayrıca, sözü edilen resmileştirmeye ilişkin hükümler, zaten öngörülme amaçlarını gerçekleştirebilecek nitelikte olamadıkları gibi, bu tür hükümler iş hayatındaki pratik ihtiyaçlara da ters düşmektedir. Zira, bu hükümler aynen uygulanacağı takdirde, sadece hisse senetlerinin el değiştirmesini zorlaştırmaktan ve iş hayatındaki güveni zedelemekten başka bir işe yaramayacaktır. Üstelik, borsa üzerinden alım satım zorunluluğu getirmek isteyen 1078-20.8 hükmü, hamiline yazılı pay senetlerini de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Halbuki, hamiline yazılı pay senetleri açık

¹⁴⁹ Keza, Az.MK. m. 517.2 hükmünde de, alacağın temlikinin mücerret olduğu öngörülmüş bulunmaktadır.

kanun hükümleri gereğince, sadece teslim yolu ile tedavül ettiklerinden, bunların sahiplerinin sayısını takip etmek, imkânsız olduğu kadar, hem de yersizdir.

Keza, aynı durum, nama yazılı hisse senetleri bakımından da söz konusudur. Gerçekten, ortak sayısı 50 kişi olan bir anonim şirkette, ortaklardan birinin elindeki nama yazılı hisse senetlerinden bir kısmını devretmek istediğinde, yani örneğin bu hususta bir mukavele bağladığında, şirketteki ortak sayısının bir saatin içerisinde 100'ü aştığını nereden bilecek? Bu şekilde bir devire yönelik hukuki muamelenin yapıldığından diyelim ki, iki saat sonra ortak sayısı 15 düştüğünde, sözü edilen ortağın nama yazılı hisse senedinin temlikine yönelik işleminin akıbeti ne olacak? Bu durumda borçlandırıcı işlem, sırf belirli bir zaman diliminde ortak sayısı fazla olmuş ve bu yüzden de (halî hazırda ortak sayısı 100'ün çok aşağısında olmasına rağmen) geçersiz mi addedilecek, yoksa, artık ortak sayısı zaten öngörülen sayının altına düşmüş denilip geçerli mi sayılacak? Elinde nama yazılı hisse senedi bulunduran pay sahipleri bütün bunları nasıl takip edecekler? Bu ve benzeri türü sorulardan da kolayca anlaşıldığı üzere, ilgili kanun hükmünün lüzumsuzluğu bir tarafa, uygulanması da pek mümkün bulunmamaktadır.

Ayrıca, her nasılsa uygulanabileceğini bir anlığa kabul etsek bile, hemen yukarıda yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere, söz konusu yasal düzenlemelerde öngörülen usule aykırı olarak gerçekleştirilen borçlandırıcı işlemlerin ifası amacıyla yapılan temlikler kesinlikle muteber olacağından, gene de fazla bir işlevi haiz olamayacaklar. Zira, hemen yukarıda yer verilen kanunun açık hükümleri gereğince, borçlandırıcı işlemin hukuka aykırılığına rağmen, böyle bir işleme dayanılarak birer kıymetli evrak niteliğini haiz olan nama yazılı hisse senedine yönelik yapılan tasarrufi işlem gene de muteber addedilecektir.

bb. Pay Defterine Kayıt

Azerbaycan mevzuatındaki çeşitli düzenlemelerden, özellikle hisse senedi ihraç etmiş anonim ortaklıklar bakımından pay defterinin tutulmasının kanunen zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Örnek olarak, Az.MK. m. 107-1.4'e göre, ortaklık genel kuruluna çağrı, nama yazılı¹⁵⁰ hisse senetleri sahiplerine yazılı olarak yapılmalıdır. Bu durumda şayet pay defteri olmazsa, nama yazılı hisse senedi maliklerine çağrı, özel yazılı davet şeklinde yapılamayacak. Zira, nama yazılı hisse senetleri sahiplerinin ancak şirketçe bilindiği taktirde, onlara genel kurul toplantısına çağrı, özel olarak yapılabilir. Bundan başka ve çok daha önemlisi, Az.MK. m. 1078 § 14 başlığı altında yer alan ve aşağıda üzerinde özel olarak durulacak olan çeşitli düzenlemelerden de pay defterinin tutulmasının zorunlu olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Son olarak, *pay defterinin tutulması pratik bir zorunluluktan ileri gelmektedir*. Şöyle ki, bilindiği üzere, nama yazılı hisse senetleri kıymetli evrak olarak kabul edildiğinden, her kıymetli evrak gibi söz konusu hisse senetleri de iki tür hakkı bünyesinde barındırmaktadır: Birincisi, maddi varlığı olmayan (ve fakat senedin temsil ettiği) hakkı (hisse senetleri bakımından ortaklık hakkı), ikincisi ise, maddi varlığı olan hakkı, yani taşınır bir eşya niteliğini haiz olan bizzat senedin kendi üzerindeki mülkiyet hakkı¹⁵¹. Dolayısıyla da, nama yazılı hisse senetleri birinci anlam bakımından bir ortaklık

¹⁵⁰ Kanundaki ilgili hükümde, her ne kadar ("nama" veya "hamiline" yazılı hisse senetleri sahipleri bakımından bir ayırım yapılmadan) umumi olarak "genel kurul toplantısına çağrının özel yazılı davet üzerine yapılacağı" belirtilmişse de, bunun esasen nama yazılı pay sahipleri bakımından uygulanacağı şüphesizdir.

¹⁵¹ H. WOLFES, Eigentum am Wechsel, s. 7 vd; HUECK/CANARİS, Wertpapiere, s. 2 vd (DAĞ, s. 159 dñn. 5-6'dan naklen). Ayrıca bkz. POROY/TEKİNALP, N. 17.

hakkını ifade ettiği halde, ikinci anlam bakımından ise, söz konusu hakkı (ortaklık hakkını) kıymetli evrak niteliğindeki bir senet ile cisimlendirmiş (materialized) olmaktadır. İşte kıymetli evrak da normalde “ibraz senedi” niteliği taşıdığı için¹⁵² hak sahipliğinin ispatı ve hakkın kullanılması senedin ibrazına bağlıdır (Az.MK. m. 987.1). Hatta bu husus, senede bağlanmış menkul kıymetler bakımından Az.MK. m. 1078-22.1’de özel olarak açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. Fakat bu kuralı aynen nama yazılı hisse senetleri bakımından uygulayacak olursak, her kıymetli evrakta olduğu gibi, nama yazılı hisse senedinde de yer alan haktan, yani ortaklık haklarından yararlanmak için her defasında senedin ibrazı gerekecek. Dolayısıyla da, pay sahibinin paya bağlı her türlü hakları, hakeza oy hakkını da kullanabilmesi için genel kurul toplantısı esnasında ortaklık haklarından (örneğin çeşitli meselelerle ilgili görüş bildirmek istediğinde veya bunlarla ilgili oy hakkını kullandığında) istifade ederken, her defasında malik olduğu hisse senedini ibraz etmesi gerekecek.

Ancak ne var ki, çok ortaklı halka açık anonim şirketler açısından (ki, 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlükten kaldırılan Az.MK. m. 1077.3 hükmü gereğince, yasal olarak Azerbaycan hukuku bakımından ancak bu tip anonim ortaklıkların hisse senedi ihraç edebilecekleri kabul edilmekte idi ve bu yüzden de uygulamada kapalı tipli anonim şirkete ait hisse senetlerine henüz rastlanılmamaktadır) bunun gerçekleştirilmesi oldukça zor ve hatta çoğu zaman imkânsız olacaktır.

Bundan başka, hisse senetlerinin toplantının yapılacağı yere kadar taşınması da güvenlik açısından ayrıca bir sıkıntı nedeni olacaktır. İşte bu sakıncalara binaendir ki, anonim şirketler hukuku alanında karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, nama yazılı hisse senetlerinde paya ilişkin haklardan yararlanılabilmeyi ve özellikle de ortaklık genel kuruluna

¹⁵² Geniş açıklama için bkz. **POROY/TEKİNALP**, N. 16.

iştiraki ve oy hakkını kullanmayı, söz konusu hisse senetleri maliklerinin genel kurul toplantısında hisse senetlerini ibraz etmeleri şartına değil, pay defterine kaydedilmeleri şartına bağlı tutulduğunu görmekteyiz¹⁵³. Biraz yukarıda da ifade edildiği gibi, Azerbaycan hukukunda pay defterinin tutulması yasal bir zorunluluktur¹⁵⁴. Pay sahipleri defteri, anonim şirket veya kayıt kurumu, yada toplu saklama kurumu tarafından tutulabilir. Yalnız, daha önceleri çeşitli vesilelerle belirtildiği gibi, anonim şirkette nama yazılı hisse senedi sahiplerinin yirmiden fazla olması halinde, pay sahipleri defterinin kayıt kurumunca tutulması zorunlu kılınmıştır (Az.MK. m. 1078-34.6), fakat eğer hisse senetleri toplu saklama kurumuna tevdi edilmişse, pay sahipleri defteri toplu saklama kurumunca tutulur (Az.MK. m. 1078-21.5 ve 1078.33). Nama yazılı hisse senedi sahibinin yirmi veya daha az olması halinde pay sahipleri defteri anonim şirketin bizzat kendisi tarafından da tutulabilir. Bu durumda, pay defterini (mevzuatta bu hususla ilgili özel bir hüküm bulunmasa da) tutma yetkisi ve görevi yönetim organına aittir. Zira, Az.MK.m. 107.4 uyarınca, “kanunen ve esas mukavelece diğer şirket organlarına havale edilemeyen her türlü meselelerde yönetim organı yetkili ve görevlidir”.

Nama yazılı hisse senedi sahiplerinin yirmiden fazla olması halinde pay sahipleri defterinin bizzat şirketçe

¹⁵³ Bu açıdan örnek olarak Fransız hukuku açısından bkz. GUYON, s. 97-98; Alman hukuku bakımından bkz. BAUMS, s. 117-118; İtalyan hukuku bakımından bkz. MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 160-161; İngiliz hukuku bakımından bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 188; ABD hukuku bakımından bkz. KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 356.

¹⁵⁴ Fakat pay defterinin tutulma usulü, örneğin pay defterinde nelerin yer alması gerektiği hakkında mevzuatta henüz herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat ileride görüleceği üzere, pay defterine yapılacak kayıtların tarihi büyük bir önemi haiz bulunduğundan, pay defterine yapılacak kayıtlarda kayıt tarihinin gösterilmesi şarttır.

tutulmasının yasaklanmasına ilişkin yasal düzenleme, kanaatimizce, yerinde olmamıştır. Böyle bir düzenleme getirmenin temelinde, kaydı değer uygulamasını yaygınlaştırma düşüncesi olduğu ileri sürülebilirse de, aslında tabiri yerinde ise, daha çok kaydı değer kurumlarını kollamak düşüncesinin olduğu ortadadır. Ne var ki, getirilen düzenleme suni zorlama mahiyetinde olup, menfaatler dengesine de uymamaktadır. Zira, bir kere, pay sahipleri sayısında, hisse senetlerinin bir tedavül senedi olmasının doğal sonucu olarak, sürekli olarak değişikliklerin olabileceği, bir gerçektir. Böyle çok sık aralıklarla değişebilen ortak sayısının, pay sahipleri defterini tutmada yetkili organın belirlenmesi açısından bir kıstas olarak alınmış olması, sözü edilen kuralın gereğince uygulanmasını anlamsız kılacaktır.

Ayrıca, ortak sayısı bakımından anonim ortaklıklar hukuku alanında oldukça düşük sayılabilecek bir oranın kıstas olarak öngörülmüş olması, az ortaklı anonim şirketlere, üstelik ve özellikle de kapalı tipli anonim şirketleri de kapsayacak şekilde, kendi ortaklarının pay defterini tutmayı engellemektedir ki, bunun da anonim şirket (ve özellikle de kapalı tipli anonim şirket) tüzel kişiliği açısından ve onun ortakları açısından ne gibi yararları olduğunu tespit etmek, gerçekten pek kolay değildir.

Oysaki, kaydı değer uygulamasının ortaya çıkış nedeni ve işlevi, pay sahiplerinin ve anonim şirket tüzel kişiliğinin oldukça büyük miktarda kıymetli evrakı taşıma ve barındırmanın zorluğundan ortaya çıkan ihtiyacı karşılamaktır. Böylece, kaydı değer uygulaması, anonim şirket ve özellikle de onun ortaklarının ihtiyacını karşılamak için vardır. Durum böyle olduğu halde, anonim şirketleri, ihtiyaç duymadıkları halde, kendi pay defterini kayıt kurumuna belli bir bedel karşılığında tutturma zorunda bırakma, işin tabiatına da aykırı düşmektedir.

Nihayet, şunu da belirtelim ki, ilgili 1078-34.6 madde hükmü sadece nama yazılı paylar bakımından geçerli olup haliyle hamiline yazılı paylara (hamiline yazılı pay sahipleri, sözü edilen senetlerin niteliği gereği tespit edilemeyeceğine göre) uygulanamaz. Nitekim, bu husus Az.MK. m. 1078-34.5’de yasal olarak da belirtilmiş bulunmaktadır.

Az.MK. m. 1078-21.5 uyarınca, “nama yazılı kıymetli evrak üzerindeki haklar, devralana belgenin teslimi ve pay defterinde ilgili değişikliğin yapılması yolu ile temlik edilir. Nama yazılı kıymetli evrak toplu saklama kurumunda bulundurulduğunda ise, devredenin “depo” hesabından devralanın “depo” hesabına kıymetli evrakın geçirilmesi yolu ile temlik edilir”.

Görüldüğü üzere, ilgili madde hükmü, daha önce yukarıda da kaydedildiği üzere, nama yazılı kıymetli evrakın devir şekli bakımından, pay defterine kaydı, temlikin gerçekleşmesini sağlayan bir unsur haline getirmiş ve bunun doğal sonucu olarak da nama yazılı hisse senetlerine yönelik pay defterinin tutulmasını zorunlu kılmıştır.

İşte, bütün bunları burada belirttikten sonra, aşağıda önce “kayıt için müracaat” konusu üzerinde, sonra “kaydın yapılması” konusu üzerinde, daha sonra ise, “pay defterine kaydın hukuki niteliği” konusu üzerinde ayrı ayrı durmaya çalışacağız.

aaa. Kayıt İçin Müracaat

Nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması için, senet hamilinin adının pay sahipleri defterine kaydedilmesi gerekir (Az.MK.m.1078-21.5). Yani Azerbaycan hukukundaki cari mevzuat gereğince, nama yazılı hisse senedi hamili, adı pay sahipleri defterinde kayıtlı bulunan kimseden nama yazılı hisse senetlerini usulünce yapılmış devir beyanı ve teslim yolu elde etmiş olmasına rağmen, adı pay sahipleri defterine yazılmadığı sürece, nama yazılı hisse senedi üzerinde

mülkiyet hakkını ve dolayısıyla pay sahipliği sıfatını ve buna bağlı bulunan hakları (o cümleden ve bilhassa oy hakkını) kazanamaz. Sözü edilen senet hamili ancak pay defterine temlik konusu payların sahibi olarak adını yazdırdıktan sonra hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkını ve buna bağlı olan ortaklık haklarını kazanabilmekte ve kullanma olanağına kavuşabilmektedir.

Burada haşiye çıkararak şunu da belirtmek gerekir ki, yabancı ülke hukuklarında da kural olarak, nama yazılı pay senetleri üzerinde mülkiyet hakkı sadece devir beyanı ve teslim ile kazanılmasına rağmen, devralan yeni senet maliki, nama yazılı paylardan doğan ortaklık haklarını ve özellikle de oy hakkını şirkete karşı kullanabilmesi, adının ortaklık pay defterinde ilgili payların sahibi olarak yazılı bulunması şartına bağlı tutulmaktadır. Dikkat edilirse, devralan bu durumda söz konusu pay senedinin maliki olmakta ama, nama yazılı hisse senedinden ileri gelen hakları şirkete karşı (ama sadece şirkete karşı) kullanamamaktadır. Bu da söz konusu hisse senetlerine, mahiyetlerinin elverdiği ölçüde ve nispette nama yazılı kıymetli evraka ilişkin hükümlerin uygulanabileceğinin bir tezahür şeklidir. Gerçekten, aslında kıymetli evrakta mündemiç olan hak, ancak ve sadece kıymetli evrakın ibrazı suretiyle ileri sürülebilir (Az.MK. m. 987.1). Oysa ki, nama yazılı hisse senetlerinden ileri gelen ortaklık hakların şirkete karşı ileri sürülebilmesi açısından söz konusu hisse senetlerinin ibrazı yeterli bulunmamakta, ayrıca senet hamilinin adının ortaklık pay defterinde yazılı bulunması şartı da belli başlı bütün hukuk sistemlerinin¹⁵⁵ hemen hepsinde aranmaktadır. Hatta senet hamili ile adı pay defterinde yazılı bulunan kimse karşılaştırıldığında, şirket bakımından adı pay defterinde yazılı

¹⁵⁵ Bkz. yukarıda dpn. 153.

bulunan (ama senet hamili olmayan ve dolayısıyla da senedi ibraz edemeyen) kimse tercih edilebilmektedir¹⁵⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere, Azerbaycan hukukunda açık tipli anonim şirketlerde (kapalı tipli anonim şirketler bakımından ise, zaten kanuni bir bağlam söz kosudur, bkz. s. 83) bağlı nama yazılı hisse senedi çıkarılamaz. Dolayısıyla da senet hamilinin şirket tarafından pay defterine yazım talebi bağlam nedeniyle reddedilemez. Yalnız burada şöyle bir soru akla gelebilir; pay sahipleri defterinde nama yazılı hisse senedi hamili lehine kaydın düşürülmesine yönelik talep, kaydı yapacak kurum tarafından haksız olarak ret edilir yahut da söz konusu talebin yerine getirilmesi sürüncemede bırakılacak olursa, ortaksal hakların ve keza oy hakkının kazanılması ve kullanılması bakımından hukuki durumda herhangi bir değişiklik olur mu? Yoksa bu şekilde bir tavır takınmakla senet hamili en az belirli bir süre zarfında ortak statüsünü kazanmadan mahrum bırakılabileceğini mi kabul etmemiz icab edecek? Bu son durumda halka açık anonim şirket paylarının serbestçe devrini öngören yasal düzenleme hükümleri belli bir ölçüde dolanılmış sayılmaz mı?

Sorunun cevabına yönelik açıklama yaparken, her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Azerbaycan hukukunda bu hususa tam bir açıklık getiren herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Fakat yukarıda da müteaddit olarak ifade edildiği üzere, Az.MK'nın 1078-21 hükmü gereğince, nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkı ve dolayısıyla da pay sahipliği, ancak pay defterine bu hususta usulüne uygun bir kaydın düşürülmesinden sonra kazanıldığına göre, kural olarak senet hamilinin adının pay defterine kaydının haksız olarak yazılmaması, onun senet üzerinde mülkiyet hakkını kazanmasını engeller. Yalnız, doğal olarak bu durumda senet

¹⁵⁶ Yalnız istisnai olarak Belçika hukukunda durum biraz farklıdır, bkz. **WYMEERSCH**, s. 24 ve ayrıca bkz. ve karşılaştırınız s. 40.

hamilinin, dava açarak lehine gerekli kaydın düşürülmesini sağlayabilme imkânının yanısıra, pay sahipleri defterini tutmakla görevli bulunan kuruma ve onun ilgili elemanlarına karşı tazminat hakkı da söz konusu olacaktır.

Fakat burada şunu da belirtmek gerekir ki, pay sahipleri defterini tutmakla görevli ve yetkili bulunan kurumun, usulüne uygun yapılmış devir beyanı ve teslimine rağmen kaydı yapaktan kaçınması, her zaman hukuka aykırı bir hareket olarak kabul edilmemektedir. Gerçekten, anonim şirket genel kurul toplantısının yapılacağı saatten belli bir süre öncesinden genel kurul toplantısının bitimine kadarki süre zarfı içerisinde, pay sahipleri defterinde kayıt işlemleri durdurulur. Hali hazırda bu hususla ilgili mevzuatta bir hüküm bulunmasa da, Mart 2004 tarihinde yürürlükten kaldırılmış bulunan MKK'nın 17. maddesinin 8. bendinin 2. fıkrasında şöyle bir düzenleme yer almaktaydı: “kaydî değer haline getirilmiş ve senede bağlanmamış nama yazılı hisse senetlerinde yeni pay sahibinin, devirden ileri gelen bilgileri, pay defteri bağlanana dek şirkete bildirmezse, adı pay defterinde yazılı bulunan eski pay sahibinin devir konusu paylardan kaynaklanan ortaklık haklarını (oy kullanma, dağıtılan kâra iştirak etme vs gibi) kullanmasına şirketin imkân tanınması makul hesap edilir. Zamanında malumat verilmemesine göre sorumluluk, devralana aittir”.

Ne eski MKK'da, ne de ki, hali hazırda yürürlükte bulunan hukuk normlarında, pay defterinin bağlanmasının ne anlama geldiği ve ne zaman ve ne kadar süreyle bağlanabileceği hususu açıklanmadığı gibi, aynı durumun kaydî değer haline getirilmemiş nama yazılı pay senetlerinde yeni senet hamillerinin, pay defterine adlarını ne zaman yazdırabilecekleri, yazdırmadıkları takdirde bunun ne gibi hukuki sonuçlara neden olabileceği ve sair bu türden meselelere ilişkin hususlar da açıklanmış değildir. Konu ile ilgili düzenlemelerin yeterli ve tutarlı olmadığı aşikar olsa da.

bu durum, soruna çözüm bulma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bu sorunlara çözüm ararken, bir taraftan anonim ortaklıkların işleyişi bakımından ortaya çıkan pratik zorunluluklar ve Azerbaycan hukukundaki konu ile ilgili düzenlemelerin sistematığı, diğer taraftan ise yabancı hukuklardaki düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır.

Şimdi bir kere, “pay defterinin bağlanma”sının ne anlama geldiğini ve niçin bağlandığını tespit etmek gerekir. Kanaatimizce, evvelce pay defterinin “bağlanma” nedeni tespit edilirse, onun ne anlama geldiği de daha iyi anlaşılacak. Pay defterinin tutulması, daha önce de ifade edildiği gibi, anonim ortaklıkların faaliyetinden doğan bir zaruretten ileri gelmekte ve ortaklar malik oldukları paylardan kaynaklanan haklarını şirkete karşı kullanabilmeleri, adlarının pay defterine yazılı bulunması şartına bağlıdır. İşte anonim ortaklık tarafından pay sahiplerine genel kurul toplantısı çağrısının yapılması, bilhassa nama yazılı pay sahiplerine özel bir şekilde çağrının yapılabilmesi için (, Az.MK. m. 107-1.4) ve en nihayet ve en önemlisi, genel kurul toplantısına kimlerin iştirak edebileceğinin şirketçe tespit edilebilmesi için, genel kurul toplantısının yapılmasından belli bir süre önce, ortaklık pay defterine yazım durdurulur. Yani, söz konusu süre zarfında hisse senetleri el değiştirdiğinde, yeni senet hamillerinin adı, toplantı sonrasına kadar pay defterine kaydedilmez. Bunun temel sebebi, şirket tarafından genel kurul toplantısına ancak yetkili kişilerin iştirak edebilmelerini ve oy hakkını kullanmalarının sağlanması ve kontrol edilebilmesidir.

Gerçekten, şayet söz konusu usule başvurulmazsa, yani mesela, toplantı günü el değiştiren payların yeni maliki, genel kurul toplantısında oy kullanacak olursa, kimlerin yeni pay sahibi ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi olduğu, kimlerin ise, pay sahibi ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi olmadığını tespit etmek, hemen hemen imkânsız olacaktır. Durumu bir örnek ile

izah etmeğe çalışacak olursak: X şirketinin genel kurul toplantısında görüşülen bir mesele hakkında sabahleyin pay sahibi A, oy kullandıktan sonra, kendi paylarının bir kısmını B'ye, diğer kısmını ise, C'ye devrettiğini düşünelim. Öğleden sonra yapılan genel kurul toplantısında B ve C'nin iştirak edebileceğini ve devir konusu paylardan kaynaklanan oy haklarını kullanabilme hakkını haiz olacaklarını ve fakat A'nın artık genel kurul toplantısına iştirak hakkının ve dolayısıyla da oy hakkını haiz olmadığına şirketçe tespit edilebilmesi pek mümkün değildir. Tespit edilemeyeceğine göre de, yetkisiz kişilerce ve hatta belki şirketle hiçbir zaman ilişkisi olmayacak olan ve böylece bir bakıma tamamen şirkete yabancı olan kişiler tarafından genel kurulda karar alınması rizikosu kaçınılmaz olacaktır. Buna göre de, belli başlı bütün ülke hukuk sistemlerinde¹⁵⁷ ortaya çıkan bu fiili zorunluluk nedeniyle, pay defterine yazım, genel kurulu toplantısının yapılmasından belli bir süre öncesinden toplantı sonrasına kadar durdurulmaktadır. İşte bu şekilde pay defterinin genel kurul toplantısından belli bir süre öncesinden toplantı sonrasına kadar kayda kapatılmasına "pay defterinin bağlanması" denilir.

Burada doğal olarak pay defterinin genel kurul toplantısının ne kadar müddet öncesinden kayda kapalı tutulabileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Mevzuatta bununla ilgili herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu süre ortaklık esas mukavelesince doğal olarak öngörülebilir. Fakat şirket esas mukavelesinde de bu hususta bir hüküm

¹⁵⁷ Bu hususla ilgili Avusturya hukuku bakımından bkz. **KOPPENSTEİNER/RÜFFLER**, s. 5; Alman hukuk bakımından bkz. **BAUMS**, s. 118; Fransız hukuk bakımından bkz. **GUYON**, s. 99; Amerikan hukuku bakımından örnek olarak bkz. Del. Genr. Corp. L. § 213(a), 251(c) 271(a) ve **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 644, 653 ve özellikle 657; İtalyan hukuku bakımından bkz. **MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, s. 159; İspanya hukuku bakımından bkz. **HERMİDA**, s. 370, dpn. 18.

öngörülmediği takdirde, söz konusu süre, yönetim kurulunca tespit edilmelidir. Zira, Az.MK. m. 107.4 hükmü uyarınca, ortaklık esas mukavelesince, diğer şirket organlarının özel yetkisine girmeyen bütün konularda yetkili ve görevli organ, yönetim organıdır.

Yalnız tespit edilecek süre, makul bir süre olmalıdır, yani söz konusu süre, pay senetlerinin tedavül kabiliyetini ve pay sahiplerinin mülkiyet haklarının özünü zedeleyecek şekilde uzun olmamalıdır. Şayet söz konusu müddet, çok uzun bir süre olarak tespit edilmişse, ilgili pay sahipleri mahkemeye müracaat ederek sürenin kısaltılmasını temin edebilirler. Zira aksi düşünce, anayasada özel olarak düzenlenmiş olan serbest ticari faaliyet ve kendi malvarlığı haklarını serbestçe kullanma ve mülkiyet hakkının dokunulmazlığına ilişkin ilke ve kurallara aykırı olacağı gibi, pay senetlerinin serbestçe devrini emredici bir şekilde düzenleyen kanun hükümlerinin ruhuna da aykırı olur. Kaldı ki, söz konusu sürenin fazla uzun tutulması, pay senetlerinin tedavülüne ciddi bir engel olması hasebiyle, menfaatler dengesi ve pratik ihtiyaç ile de bağdaşmamaktadır. Hatta karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, (pay devirlerinin söz konusu süre zarfında mümkün olmasına rağmen, diğer bir ifade ile, pay defterine kayıt, hukuki niteliği itibariyle kurucu değil açıklayıcı olmasına rağmen¹⁵⁸) bazı ülke hukuklarında her ihtimale karşı, bu tür sürelerle azami bir sınır getirildiğini de görmek mümkündür¹⁵⁹.

Azerbaycan hukukunda yeni senet hamilleri, pay defterinin kayda kapalı tutulduğu istisnai süre haricinde,

¹⁵⁸ Bu hususla ilgili karşılaştırmalı hukuktan örnek ve açıklamalar için bkz. IV. Bölüm, § 13, IV, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁵⁹ Örneğin, Belçika hukukunda bu süre altı iş gününden (WYMEERSCH, s. 24), Danimarka (bkz. GOMARD, s. 63), Finlanda (TOIVAINEN, s. 87) ve İspanya (HERMIDA, s. 264) hukuklarında beş günden, Alman hukukunda (bkz. BAUMS, s. 117) ise, 10 günden fazla olamaz.

diledikleri zaman adlarının pay defterine yazılmasını talep edebilirler ve usulüne uygun bir devir yapılmışsa, söz konusu talebin yerine getirilmesi zorunludur.

Müracaatın kim tarafından ve hangi şekilde yapılabileceğine gelince, hali hazırda yürürlükte bulunan mevzuatta bu hususla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnız şunu da belirtelim ki, MKK'nın yürürlükten kaldırılmış 17. maddesinin 8. bendinde (kaydı değer haline getirilmiş ve senede bağlanmamış nama yazılı paylarla ilgili olarak) müracaatın yeni pay sahibi tarafından yapılabileceği öngörülmekteydi. Konu ile ilgili hiçbir düzenlemenin bulunmadığı mevcut durumda, kanaatimizce, hem devreden, hem de devralan müracaatta bulunabilir. Şayet devredilen nama yazılı hisse senetleri üzerinde müşterek mülkiyet söz konusu ise veya devir konusu hisse senetlerini birden çok kişi müşterek mülkiyet esasında devralacaklarsa, kayıt için başvuruyu müşterek maliklerden veya devralanlardan herhangi biri yapabilir, müşterek maliklerin veya devralanların birlikte müracaat etmesi zorunlu değildir (zira, Azerbaycan hukukunda pay sahiplerinin şirkete karşı ortak sıfatıyla sermaye borcu olmadığından, pay defterine kayıt için birlikte başvuru zorunluluğu da söz konusu olmamaktadır). Başvuru yapıldığı takdirde, "payın bölünmezliği ilkesi" gereğince, şirketin müşterek maliklerden bazılarını pay defterine kaydedip, bazılarını ise, kayıt dışı bırakması mümkün olamayacağına göre, aslında bu halde, bölünemeyen bir borcun birden çok alacaklısı olma durumu söz konusu olmaktadır. İşte Az.MK. m. 494 hükmü de, bu durumda borçluya, ifayı talep eden istenilen alacaklıya karşı borcunu yerine getirmekle borcundan kurtulma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla da müşterek maliklerden herhangi birinin kayıt için müracaat etmesi, müracaat işleminin tamamlanması bakımından yeterlidir.

Nama yazılı hisse senetleri teslim edildiği halde, senet hamilinin adı, pay defteri bağlanana dek, teslim konusu nama

yazılı hisse senetlerinin sahibi olarak pay defterine yazdırılmadığında, söz konusu senet hamili pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanamayacağından, buna bağlı hakları da doğal olarak kazanmamış olacak. Bu durumda pay üzerinde mülkiyet hakkı, senedi teslim eden ve fakat adı pay sahipleri defterinde kayıtlı bulunan kimseye ait olacaktır.

Müracaatın şekli hakkında Azerbaycan hukukunda özel ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla da müracaatın herhangi bir şekle bağlı olmadığı söylenebilir. Fakat herhalde, kayıt için müracaat edildiğinde, birer kıymetli evrak olan nama yazılı hisse senetlerinin ibrazı zorunludur. Zira, kıymetli evrakta hakkın ileri sürebilmesi, senedin ibrazı şartına bağlıdır (Az.MK. m. 987.1).

Yalnız burada bir hususu belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki, Azerbaycan hukukunda da örneğin. İngiliz hukukunda olduğu gibi¹⁶⁰, her bir ortağa malik olduğu pay senetlerinin toplam miktarı, nominal değeri ve kategorilerini gösteren bir sertifika verilebileceği, eski MKK. m. 8,b. 3'te de belirtilmekteydi. İşte bu durumda, ayrılıkta her pay senedi bakımından değil, sadece söz konusu sertifikada yazılı bulunan pay sahibinin adı ile, sertifikanın taalluk ettiği payların sahibi olarak pay defterinde yazılı bulunanın adı karşılaştırılır ve şayet isimler uygunsa, paydan kaynaklanan haklar, o cümleden oy hakkı da, pay sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından kullanılabilir¹⁶¹. Özellikle pay defteri anonim şirketin bizzat kendisi tarafından tutulduğunda, sertifika zaten şirketin kendisi

¹⁶⁰ İngiliz Şirketler Kanunu m. 185 (Companies Act, section 185). Fakat İngiliz hukukunda sertifikanın verilmesi, belirli şartlarla zorunlu kılınmıştır, geniş bilgi için bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 191 vd.

¹⁶¹ İleride "Oy Hakkının Kullanılması" bölümünde görüleceği üzere, nama yazılı pay senedi malikinin paydan kaynaklanan hakları şirkete karşı kullanılabilmesi, söz konusu sertifikanın ibrazı şartına bağlıdır, bkz. IV. Bölüm, § 13, IV, C başlığı altında yapılan açıklamalar.

tarafından verileceğine göre, pay sahibinin adı bakımından, pay defteri ile sertifika arasında esasen herhangi bir farklılık bulunması söz konusu olmayacaktır.

Az.MK'da da "sertifika" ibaresi kullanılmakta, fakat bu ibareden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır (Az.MK. m. 1078-22.2 ve 3). Ancak hisse senetleri üzerinde (hem hamiline yazılı, hem de nama yazılı menkul kıymetler bakımından) mülkiyet devrinin gerçekleştirilmesi ve bunlardan ileri gelen hakların kullanılması bakımından "sertifika"nın teslim ve ibrazının zorunlu olduğu öngörülmekle (Az.MK. m. 1078-21 ve 22), sertifika ile, sanki hisse senedi kast edildiği intibah uyandırılmaktadır. Fakat ne var ki, benzer mahiyette düzenlemeler "sertifika"yı farklı şekilde tanımlayan ve bugün artık yürürlükten kaldırılmış bulunan MKK'da (m. 17) da vardı. Kaldı ki, herbir menkul kıymetin özel ismi bulunduğu halde, durup dururken hisse senedine de "sertifika" denilmesinin pek anlamı yoktur.

Görüldüğü üzere, kanuni düzenlemelerde sertifikanın anlamı ve işlevi bakımından, deyim yerinde ise, tam bir karmaşa vardır. Gerçekten, Az.MK'nın 1078-21 vd. maddelerindeki sözü edilen "sertifika" tabiri ile, yürürlükten kaldırılan MKK'da tanımı verilen "sertifika" kavramı çoğu zaman birbiriyle bağdaşmamaktadır. Zira, eğer Az.MK'nın özellikle 1078-21 madde hükmündeki "sertifika" tabiriyle MKK. m. 8,b. 3'de öngörülen anlamda bir "sertifika"nın kast edildiği kabul edilecek olursa, Az.MK'nın ilgili hükümlerinin şöyle yorumlanması kaçınılmaz olacaktır:

Hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkı, söz konusu senetlere olan sahipliğin elde edilmesi ile değil, sertifikaya olan sahipliğin elde edilmesi ile kazanılabilir. Yani bu durumda sanki hisse senetleri, devir şekli bakımından hangi türde olmasına bakılmaksızın, her birisi ayrılıkta kıymetli evrak niteliğini haiz değiller (çünkü haiz olsaydılar, sadece onların

teslimi ile onlara olan mülkiyet hakkının kazanılması mümkün olardı) ve devir konusu da olamazlar. Hisse senetleri üzerinde olan mülkiyet hakkının ancak sertifikaya olan zilyetliğin elde edilmesi ile kazanılması mümkün olabilecek. Her bir pay sahibi bakımından sertifika ancak bir tane, hisse senetleri ise, hemen her zaman birden fazla olacağına göre, pay sahipleri malik oldukları hisse senetlerini, ancak bir bütün olarak devir edebilecekler, yoksa kural olarak onları ayrı ayrılıkta devretmeleri pek mümkün olmayacak.

Böyle bir görüş, hisse senetleri kavramına, anonim ortaklıklarda sermayenin bölünmesi ilkesine (dolayısıyla da anonim ortaklıkların doğasına), anonim şirket paylarının devredilebilirliği ilkesine ve Az.MK'nın sistematigiine temelden ve tamamen aykırı olduğundan ve uygulanması da fiili olarak hemen hemen imkânsız olduğundan kabul edilemez. Dolayısıyla da Az.MK'da yer alan "sertifika" ibaresi, zorunlu olarak amaca göre yorumlanmalıdır.

MKK. m. 8,b.3 ve Az.MK'nın 1078-21 vd. madde hükümlerini yukarıda yapılan açıklamaların ışığında gözden geçirdiğimizde, şöyle yorumlamamız mümkün :

Sertifikanın anlamı. MKK. m. 8,b. 3 hükmü, "sertifikana"nın anlamını açıkça ortaya koymaktadır; hisse senetleri bakımından sertifika, ortağın malik olduğu hisse senetlerinin, - hamiline yazılı olsun, nama yazılı olsun, fark etmez -, toplam sayısını, onların (çeşitli kategori paylar varsa) kategorilerini ve toplam nominal değerini gösteren bir senettir. Bu anlamda sertifika bir kıymetli evrak değildir, çünkü pay sahibi onu bir başkasına temlik etmekle, sahibi bulunduğu ve sertifikanın taalluk ettiği hisse senetlerini devir etmiş olmaz. Zira söz konusu hisse senetleri nama yazılı hisse senetleri ise, onların devri, ancak arka yüzlerine veya ayrı bir kağıt üzerine devir beyanının yazılması ve teslim edilmeleri suretiyle, şayet hamiline yazılı hisse senetleri ise, sadece söz konusu senetlere

olan zilyetliğin (mülkiyetin kazandırılması amacıyla) geçirilmesi suretiyle mümkündür.

Dolayısıyla da Az.MK'nın 1078-21 madde hükmünde yer alan düzenlemelerde "sertifika" ibaresi ile kast edilen, eski MKK'nın 8. maddesinin 3. bendinde öngörülen anlamdaki sertifika değil, sadece bizzat senede bağlanmış pay anlamında hisse senedir¹⁶². Bu bakımdan da, burada senede bağlanmış payın nama yazılı veya hamiline yazılı olması, sertifika tabirinin kullanılması bakımından bir farklılık arz etmez, yeter ki pay, senede bağlanmış bulunsun. Ne var ki, hemen yukarıda da ifade edildiği üzere, hisse senetlerine aynı zamanda "sertifika" da denilmesinin anlamı olmadığı gibi, kavram karmaşasına da neden olabilmektedir.

Sertifikanın uygulanabilirliği. Şirket ortaklarına, malik oldukları pay sayısının toplam miktarını, nominal değerini ve sağladıkları hakları gösteren ve "sertifika" denilen bir senedin verilmesine yönelik uygulamanın ana vatanı İngiliz hukuk sistemidir. Ne var ki, daha önce de yukarıda belirtildiği üzere, İngiliz hukukunda pay devirlerinin sınırlandırılmış olması kuraldır. İşte İngiliz hukukunda bu anlamda sertifika, aslında şirket tarafından, ortakların paylara yönelik yaptıkları temliklerin kontrol edilmesine hizmet etmektedir. Gerçekten, sözü edilen ülke hukukunda bu anlamdaki sertifikanın pay devirlerindeki işlevi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Söz konusu sertifikanın pay devirlerindeki kontrol adına işlevi şöyledir¹⁶³:

¹⁶² MKK. m. 17,b.6'da sözü edilen sertifika ise, aynı kanunun 8.b.3 madde hükmündeki anlamda pay sahibinin haiz olduğu toplam pay oranını, bunların nominal değerini ve sahibine sağladığı hakları gösteren bir senet niteliğindeki bir sertifikadır. İleride IV. Bölümde konu ile ilgili ayrıca açıklama yapılacaktır.

¹⁶³ Bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s.186 vd. Fakat Amerikan hukukunda anonim ortaklık payları bakımından "sertifika" tabiri, esasen pay senedi

i) Pay sahibi, haiz olduğu payların tamamını veya bir kısmını devretmek istediğinde, elinde bulundurduğu sertifikayı şirkete gönderir ve

ii) şirket de uygun görürse, “sertifika yerleşti” veya benzeri bir ibare yazarak devri onaylar ve yeniden devredene gönderir,

iii) devreden sertifikayı devralana teslim eder

iv) sertifikayı aldıktan sonra bu kez devralan şirkete müracaat ederek adının pay defterine yazılmasını talep eder,

v) şirket de kayıt tarihinden itibaren devralana iki ay içerisinde yeni bir sertifika verir.

Azerbaycan hukukunda ise, daha önceleri çok çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, hisse senedi, esasen halka açık anonim şirketler tarafından çıkarılmaktadır. Halka açık anonim ortaklıklarda ise, pay senedinin devri sınırlandırılmaz (Az.MK. m. 99).

Dolayısıyla da, haddizatında eski MKK. m. 8,b. 3 anlamında “sertifika”, İngiliz hukukundaki yukarıda aktarılan işlevini, Azerbaycan hukukunda yerine getirmesi pek olanaklı değildir. Fakat bir kimse, pay sahibi olarak ortaklık pay defterine kaydolunurken, ona haiz olduğu hisse senetleri bakımından MKK. m. 8,b. 3 anlamında kaydı tevsik eden bir sertifika verilebilir. İşte verilen bu sertifikanın ibrazı suretiyle genel kurula katılabilir ve orada haklarını kullanabilir, hali hazırda yürürlükte bulunan mevcut hukuk bakımından sertifikanın bu şekilde işlev görmesine herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

anlamında kullanılmaktadır, bkz. JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 653.

Fakat pay defterindeki kayıt ile sertifika arasında bir farklılık bulunursa, pay defterindeki kayda üstünlük tanınmalıdır. Çünkü pay defterine kayıtlı bulunan kimse, sertifikayı aldıktan sonra, haiz olduğu payların bir kısmını veya hepsini devrecek olursa, sertifika gerçeği yansıtmayacaktır. Gerçekten, temlik konusu payları devralan, yeni pay sahibi olarak pay defterine kayıt olunduğunda pay defteri ile devredenin sertifikası arasında doğal olarak farklılık meydana gelecektir. Bu durumda sertifika gerçeği yansıtmayacağına göre, pay defterine üstünlüğün tanınması doğaldır.

Düşünülebilir ki, kayıt da gerçeği yansıtmayabilir. Doğru, zira birazdan görüleceği üzere, kaydın da yolsuz ve usulsüz olması mümkündür. Fakat sonuçta asıl olan, kaydın gerçeği uygun olmasıdır, kaldı ki, sertifika pay defterindeki kayda göre verildiğinden, pay defterindeki kaydın gerçeği yansıtması ihtimali daha yüksektir.

bbb. Pay Defterine Kaydın Yapılması

Yukarıda belirtildiği üzere, mevzuatta kaydın gerçekleştirilmesine yönelik yapılması gerekli usulü işlemler hakkında hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat pay sahipleri defterinin sağlıklı tutulabilmesi için işin niteliği icabı, bazı hususların araştırılması zorunludur. Şöyle ki, pay defterini tutmakla görevli bulunan kurum bir kere, pay defterine kayıt yapılırken, işin mahiyeti gereği, nama yazılı pay sahiplerinin açık kimliğini, onların adreslerini (özellikle, genel kurul toplantısına Az.MK. m. 107-1.4 uyarınca, çağrının yazılı şekilde ulaştırılabilmesi için) ve pay defterine yapılan kayıtların tarihlerini göstermek zorundadır. Bu bağlamda devir konusu payların, pay sahipleri defterinde devredene ait olup olmadığını da tespit etmesi gerekir. Bundan başka, usulüne uygun (yani, örneğin nama yazılı hisse senedinin devrine ilişkin yazılı bir açıklamanın olup olmadığını ve böyle bir açıklamanın yetkili beyan sahibi tarafından imzalanıp imzalanmadığını) bir devir beyanının olup olmadığını ve

devreden ile devralanın açık kimliğini tespit etmesi gerekir. Nama yazılı hisse senetleri, nama yazılı kıymetli evraka ilişkin hükümlere tabi olduğundan, pay defterine kayıt için yapılan başvurularda şirket, kaydedilmesi istenen şahsın düzgün bir temlik zinciri uyarınca hak sahibi olup olmadığını (maddi açıdan değil, sadece şekli açıdan) inceleyecek. Yani, devralan tarafından kayıt için müracaat yapıldığında, ilgili kayıt kurumu, nama yazılı hisse senedini ilk yetkili hak sahibinden (asli malikten) son yetkili hak sahibine (senet hamiline) kadar usulünce yapılmış düzgün bir temlik zinciri (Azerbaycan hukukunda hali hazırda cari olan kurallar gereğince, nama yazılı hisse senedi bakımından düzgün temlik zinciri, hem devir beyanları açısından, hem de pay sahipleri defterindeki sıra açısından aranmaktadır) vasıtasıyla¹⁶⁴ devir alınmış olup olmadığını inceleyecek (fakat devir beyanlarının gerçekliliğini ve geçerli bir hukuki sebebe göre yapılıp yapılmadığını inceleyemez), şayet bu açıdan bir eksiklik olmazsa, müracaatta bulunan, payın gerçek maliki olmasa dahi, şirketçe payın maliki addedilecek ve pay defterine pay sahibi olarak kaydedilecektir. Yalnız kaydı gerçekleştirecek olan kurum, hisse senedinin hangi sebepten devredildiğini, hisse senedinin devrine sebep olan temel hukuki işlemin olup olmadığını ve böyle bir işlem varsa bunun geçerliliğini araştırmakla yükümlü bulunmadığı gibi, yetkili olmadığını da bir kez daha burada belirtmiş olalım.

Burada ayrıca üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, pay sahipleri defterine yolsuz bir tescilin yapılması halinde oy hakkı sahibinin kim olacağı meselesidir. Gerçekten, ortada usulüne uygun bir devir beyanı olmadan (mesela, devir beyanı imzalanmamışsa veya sahte imza olduğu açıkça belli

¹⁶⁴ Kanuni veya kazai yolla vukubulan devirler, devir beyanı vasıtasıyla değil, kanun veya mahkeme kararı vasıtasıyla gerçekleştiğinden, söz konusu durumlarda düzgün bir devir beyanı zincirinin bulunmasına gerek kalmaz.

ise, - örneğin, tüzel kişi adından imza atıldığı halde mühür bulunmuyorsa - ya da umumiyetle ortada hiç devir beyanının kendisi bile yoksa) veya nama yazılı hisse senedi ibraz edilmeden, pay sahipleri defterine bir kimse lehine pay sahibi olarak kayıt yapılması halinde, oy hakkı sahibinin kim olacağı sorusu akla gelebilir. Zira, Az.MK'nın 1078-21 madde hükmü uyarınca, hisse senedi üzerinde hak iktisabının gerçekleşebilmesi için pay sahipleri defterine bu hususta kaydın yapılmış olması şartı arandığı gibi, Az.MK. m. 1078-22 uyarınca da, hisse senedi ister ortağın elinde bulunsun, isterse de toplu saklama kurumunda bulundursun, fark etmez, oy hakkının kullanılabilmesi, pay sahipleri defterindeki kayda bağlıdır.

Şimdi bahsi geçen sorunun cevabına ilgili olarak, şunu hemen belirtelim ki, pay sahipleri defterine böyle asılsız ve usulsüz bir tescilin yapılması suretiyle nama yazılı hisse senedi üzerinde hak iktisap edilemez. Zira, daha önce de senede bağlanmamış payların devren iktisabı ile ilgili yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere, ancak pay defterine usulüne uygun bir şekilde yapılan tesciller, pay üzerinde mülkiyetin intikalini sağlar. Ortada şeklen de olsa geçerli bir devir beyanı bulunmadığı halde veya nama yazılı senet ibraz edilmediği halde, yapılan tescil, usulsüz ve asılsız olacaktır. Böyle bir tescille, pay üzerinde mülkiyet hakkı değişmeyeceğinden, oy hakkının sahibi de doğal olarak adı pay defterinde hukuka aykırı olarak silinen pay sahibi olarak kalacak. Söz konusu durumda, pay sahibi mülkiyet hakkına dayanarak dava açıp pay sahipleri defterindeki kaydın düzeltilmesini sağlayabileceği gibi, senet elinde bulunmuyorsa, zilyetliğin iadesini de sağlayabilir.

Aynı durum, doğal olarak, tescilin yolsuz olduğunu bildiği halde, diğer bir ifade ile, devreden pay sahibi olmadığını bildiği halde, nama yazılı hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkını kazanmak isteyen kötü niyetli devralanlar

hakkında da söz konusu olacaktır. Zira, sözü edilen bu son durumda, devralanın iktisabı hukuka aykırı olduğu (zira devredenin tasarruf yetkisi yoktur) gibi, devralanın (kötü niyetli olması hasebiyle) korunmasını gerektirecek herhangi bir haklı neden de bulunmamaktadır. Fakat, tekrar pahasına da olsa burada bir kez daha belirtelim ki, kaydî değer haline getirilmiş nama yazılı hisse senetlerinin devrinde, usulsüz olmasına rağmen, şeklen düzgün gözüken pay sahipleri defterindeki kayıt sahibi tarafından yapılan usulüne uygun bir devir beyanı üzerine, devir konusu payları adına geçiren iyi niyetli müktesiplerinin iktisabı hukuken koruncak¹⁶⁵. Zira kıymetli evrakta aleniyet aracını emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle iktisap edenlerin iyi niyeti, açık kanun hükmü gereğince, korunur (Az.MK. m. 182.1)¹⁶⁶.

Bundan başka, üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, **pay defterinin kayda bağlı olduğu süre zarfında** bazı senet hamillerinin pay sahibi olarak pay sahipleri defterine kayda alınması halinde, oy hakkı sahibinin tespiti meselesidir. Bu durumda, usulüne uygun bir devir beyanı ve teslim söz konusu ise, pay sahipleri defterine yapılan tescil, hukuken geçerli sayılacaktır. Zira, sözü edilen süre zarfında hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasını yasaklayan veya diğer bir ifade ile, nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkının iktisabı açısından “pay defterinin kayda açık olması”ni bir önşart olarak düzenleyen herhangi yasal hüküm bulunmamaktadır. Böylece, pay defterinin kayda bağlı tutulmasına ilişkin hüküm, düzen hükmü olup, hisse senedi üzerinde mülkiyetin iktisabına ilişkin bir geçerlilik şartı değildir. Hal böyle olunca, hisse senedi üzerinde, dolayısıyla da pay üzerinde mülkiyetin iktisabı ile birlikte, doğal olarak,

¹⁶⁵ Bu durumda “aleniyet aracı” ile ilgili açıklamalar için bkz. § 6, I, B, 1.

¹⁶⁶ Bütün bu hallerde oy hakkının kim tarafından ve nasıl kullanılacağı ile ilgili olarak bkz. IV. Bölüm, § 13, IV başlığı altında yapılan açıklamalar.

oy hakkı da iktisap edilmiş olacak. Fakat ileride oy hakkının kullanımı konusu ayrı bir bölüm olarak ele alınıp incelenirken de görüleceği üzere, oy hakkının bu şekilde iktisap edilmiş olması, devralan yeni pay sahibinin, pay defterinin bağlanma nedeni olan şirket genel kurul toplantısında da her zaman oy hakkının kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir¹⁶⁷.

Fakat, normalde pay defterinin kayda bağlı olduğu dönemde, ilgili kayıt kurumu tarafından yeni senet hamilleri pay defterine kaydedilmediği halde, bir kısım yeni senet hamilleri kaydedilerek ortaklık haklarını (ve özellikle konumuz açısından, şirket genel kurul toplantısında oy hakkını) kullanmalarına imkân sağlanmışsa, ilgili kayıt kurumu ve onun yetkili elemanları, hukuka aykırı kayıt yüzünden meydana gelebilecek olan zararlardan müteselsilen sorumlu bulunacağı gibi, söz konusu somut olay açısından bir kısım yeni senet hamilleri kaydedildiği halde, diğer bir kısmının kaydını yapmaması, kaydı yapılmayan yeni senet hamillerine karşı (eşit işlem ilkesine aykırı muamele mahiyeti arz edeceğinden) da sorumlu tutulmalarına neden olacaktır¹⁶⁸.

ccc. Pay Defterine Yapılan Kayıtların Hukuki Niteliği

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Azerbaycan hukukunda yapılan yeni yasa değişikliği ile birlikte, nama yazılı hisse senedi ve kaydı değer haline getirilmiş hisse senetleri bakımından pay sahipleri defterine yapılan kayda, kurucu nitelik tanınmıştır. Şöyle ki, senet hamili, adı pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimseden nama yazılı hisse senetlerini usulünce¹⁶⁹ yapılmış

¹⁶⁷ Bkz. IV. Bölüm, § 13, IV. C. 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁶⁸ C. GOWER, Principles of Modern Company Law, 6th editon, 1997, s. 27.

¹⁶⁹ Burada devir beyanı bakımından "usulünce" tabiri ile ne kast edildiği ile ilgili olarak bkz. yukarıda § 6, II, A, 2, b, aa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

devir beyanı ve teslim yolu ile elde etmiş olmasına rağmen, pay sahipleri defterine teslim konusu nama yazılı hisse senetlerinin sahibi olarak adını yazdırmadığı sürece, senedin temsil ettiği pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olmaz. Zira, Az.MK. m. 1078-21.5'de açıkça senet hamili lehine pay sahipleri defterinde muvafık kaydın düşürülmesi, nama yazılı hisse senedi devrinin gerçekleşebilmesi bakımından zorunlu bir işlem olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Yani, bir kimsenin sadece usulüne uygun bir devir beyanı ve teslimine dayanarak nama yazılı hisse senedini elde etmesi, sözü edilen hisse senedi üzerinde mülkiyet değişikliğine neden olamamaktadır. Bu da, nama yazılı hisse senetlerinin kanunen kıymetli evrak sayılmasına rağmen, senet üzerindeki hak sahipliğinin, senetten anlaşılamayacağını göstermektedir. Çünkü, senet hamilinin nama yazılı hisse senedi üzerinde, yani pay üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olup olmadığı, sadece usulüne uygun bir devir beyanı ve teslimine dayanılarak tespit edilememektedir. Bunun tespit edilebilmesi için, ayrıca pay sahipleri defterine bakmak icap eder.

cc. Azerbaycan Hukuku Bakımından Konu ile İlgili Değerlendirme

Hemen baştan belirtelim ki, belli başlı hukuk sistemlerinin hemen hepsinde, hisse senedine bağlanmış payın üzerindeki mülkiyet hakkı, devir beyanı (ya da ciro) ve teslim ile devralana geçer¹⁷⁰. Bu, hisse senetlerinin kanunen kıymetli evrak olarak kabul edilmesinin ve türüne (nama yazılı veya hamiline yazılı olmasına) göre kıymetli evrakın devir şekillerine tabi olmasının doğal bir sonucudur¹⁷¹.

¹⁷⁰ bkz. J.N. DRUEY, "General Report", in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 370.

¹⁷¹ Hollanda (bkz. TİMMERMAN, s. 220) ve İsviçre (İsv.BK. m. 685c ve 685f, bkz. ÇEKER, s. 157) hukukunda, nama yazılı hisse senedini ciro ve teslim suretiyle elde etmek, tek başına, pay üzerinde mülkiyet hakkının devredildiğinin kanıtını teşkil edememektedir.

Keza, devir konusu paydan ileri gelen ortaklık haklarının şirkete karşı kullanabilmesi, devralanın adının devir konusu payların sahibi olarak pay defterine yazılmış olmasına bağlı olduğu hususu da karşılaştırmalı hukuka bakıldığında genellikle kabul edildiği görülmektedir¹⁷². Fakat ne var ki, ciro ya da temlik beyanı ve teslim yolu ile yapılan devir üzerine, devir konusu hisse senetlerinin sahibine yönelik pay sahipleri defterine yapılan kaydın (doğurduğu hüküm itibarıyla) hukuki niteliği, daha açık bir ifade ile, pay defterindeki söz konusu kaydın ortak sıfatının kazanılması bakımından kurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı hususu, doktrinde tartışmalıdır¹⁷³.

Yalnız şunu ifade edelim ki, pay defterinin gerçeği yansıttığı durumlarda, yani hisse senedini ciro veya devir beyanına dayanarak teslim alan senet hamili ile pay defterinde adı ilgili payların sahibi olarak kayıtlı bulunan kimsenin aynı olması hallerinde, pay defterinin hukuki niteliği tartışması fazla önem arz etmez. Fakat sözü edilen hisse senedi hamili ile pay defterindeki ilgili payların sahibi olarak kayıtlı bulunan kimse, aynı şahıs olmadıkça, pay defterinin hukuki niteliği, büyük önem arz eder. İşte tartışma da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Burada tartışmaya girmeden, sadece şu kadarını ifade edelim ki, anonim ortaklığa karşı pay sahipliğinin ancak pay defterine kayıtlı gerçekleşebileceğini öngören yasal düzenlemelerin bulunduğu ekser ülkelerde bile, pay defterine kaydın, ortak sıfatının kazanılması bakımından açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁴. Zira, pay

¹⁷² Belçika hukukunda, pay defterine kaydedilmiş olmasa da pay senedini elde yeni pay sahibi, genel kurul toplantı öncesinde hisse senedini ibraz ederek genel kurul toplantısına iştirak edebilir, bkz. WYMEERSCH, s. 24.

¹⁷³ Tartışmalarla ilgili bkz. DAĞ, s. 183 vd.

¹⁷⁴ Türk hukuku bakımından bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1144; DAĞ, s. 184-185; İsviçre hukuku bakımından bkz. DAĞ, s. 184 dpn. 118'de ve ÇEKER, s. 153 dpn. 79'da anılanlar.

sahipliği sıfatının şirkete karşı kullanılabilmesi, ancak ve sadece pay defterindeki kayıtlara bağlı olduğu kabul edilirse, o zaman pay defterinin çalınması, yanması vs. nedenlerden dolayı bulunamaması hallerinde veya pay defterine kaydın şirket tarafından düzenli tutulmaması veya kasten ya da hatalı olarak gerçek dışı tutulması hallerinde, pay sahipleri, malik oldukları paylardan kaynaklanan ortaklık haklarını kullanamayacaklar demektir. Böyle bir çözümün ise (yani pay defterine böyle bir mutlak anlam vermenin), adil ve mantıklı olmadığı, menfaatler dengesine ve pay defterinin varlık nedenine uymadığı gibi, payın kıymetli evrak niteliğindeki hisse senedine bağlanmasını öngören düzenlemelerin varlık nedenine ve yapısına da uymaz. Buna göre de, payı devralan yeni malik, pay üzerinde maddi hukuk anlamında mülkiyet hakkını (örneğin, ciro ve teslim veya miras yolu ile vs. suretle) kazanmakla ortak sıfatını iktisap eder ama, bu sıfatın şirket açısından geçerli olabilmesi, payın iktisap edildiğinin herhangi bir şekilde şirkete ispat edilmesi şartına bağlıdır. İspat ise, pay defterindeki kayıt vasıtasıyla temin edilebileceği gibi, pay defterine kayıt için yapılacak başvuruda aranılan ispat mükellefiyetinin¹⁷⁵ (örneğin, emre/nama yazılı hisse senedinin ciro ya da temlik beyanı ve teslim yolu ile iktisabı halinde, düzgün bir ciro/temlik zincirinin varlığını ve senet üzerinde gözükken hamilin kendisi olduğunu, miras yolu ile iktisap etmişse, senet üzerinde gözükken hamile mirasçı olduğunu ve buna göre de senet üzerinde mülkiyet hakkını iktisap etmiş olduğunu ispat etmekle) yerine getirilmesi suretiyle de temin edilebilir.

Dolayısıyla da bu tür düzenlemelerin (yani “şirkete karşı ancak pay defterine kayıtlı bulunan kimse ortak sıfatını

¹⁷⁵ Pay defterine kaydın yapılabilmesi, illa da kayıt için gerekli işlemlerin yerine getirilmesi şartına bağlı değildir. Gerçekten, pay defterindeki kaydın düzeltilmesi hakkında mahkeme kararı olan hallerde kayıt, hükmen yapılır.

haizdir” şeklindeki düzenlemelerin) yer aldığı ülke hukuklarında bile, **ancak usulüne uygun tutulmuş pay defterlerinde** kayıtlı bulunan kimselerin şirkete karşı ortaklık haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁶. Hal böyle olunca, pay defterindeki kayıtların aksi ispat edildiği takdirde, şirkete karşı pay sahibi sıfatını haiz olan ve bundan ileri gelen ortaklık haklarını kullanmaya yetkili bulunan, pay defterindeki kayıtlı olan kimse değil, pay defterine kayıtlı bulunmayan ancak hisse senedine malik olan kimsedir. Buna göre de, pay defterindeki kayıt, kaydedilen kimseyi gerçek pay sahibi haline getirmemekte, sadece olarak bu hususta (yani pay sahipliği hususunda) bir nevi menkullerde zilyetliğin hak kârnesi teşkil ettiği gibi, aksi ispat edilebilir bir karine teşkil eder.

Yukarıda ifade edilen tartışma konusu ile ilgili görüşümüzü, ileride ayrı bir başlık altında konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılırken, açıklamaya çalışacağız¹⁷⁷. Burada ise, sırf Azerbaycan hukuku bakımından konuya ilişkin düzenlemeler hakkında açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

Azerbaycan hukukunda, nama yazılı hisse senedinin devri açısından, diğer bir ifade ile pay üzerinde mülkiyet hakkının temlik açısından pay defterine yapılacak kayda, kurucu bir etki tanınmış olduğunu yukarıda çok çeşitli vesilelerle belirtmiş bulunuyoruz. Fakat bu ve bununla bağlı kanuni düzenlemelerin amaca uygunluğu üzerinde de ayrıca durmak gerekmektedir.

Kanaatimizce, Azerbaycan hukukunda nama yazılı hisse senedinin devri ile ilgili düzenlemeler tutarlı ve yerinde

¹⁷⁶ Bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 965a ; 1140-1141; 1144; **TEKİNALP**, Pay Defteri, s. 473; **DAĞ**, s. 184-185 ve özellikle 187, 191 ve 194-195; **ÇEKER**, Oy Hakkı ve Kullanılması s. 153-154; **GUYON**, s. 99; **MARCHETTİ/CARSAANO/GHEZZİ**, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 160; **C. GOWER**, s. 223.

¹⁷⁷ Bkz. hemen aşağıda 3. başlığı altında yapılan açıklamalar.

olmadığı gibi, kendi içerisinde de bir bütünlük arz etmemektedir. Bunun gerekçelerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Dikkat edilirse, Az.MK'nın nama yazılı menkul kıymetler bakımından öngördüğü düzenlemeler, aslında nama yazılı hisse senedini, adeta nama yazılı kıymetli evrak olmaktan çıkarmaktadır. Gerçekten, bilindiği üzere, nama yazılı kıymetli evrak alacağın temlik hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla da şahsi defilerin herkese karşı ileri sürülebilmesine imkân sağlaması nedeniyle, kıymetli evrak özelliği en zayıf olan senet hesap olunmaktadırlar¹⁷⁸. Nama yazılı senetlerin kıymetli evrak olarak kabul edilmesinin başlıca iki nedeni bulunmaktadır: bunlardan biri hakkın (konumuz açısından payın) senede bağlı olması ve onsuz ileri sürülememesidir, diğeri ise, kaybolması halinde kıymetli evraka ilişkin iptal işlemlerine (Az.MK. m. 995) başvurulması gereğidir¹⁷⁹. Halbuki, pay defterine yapılan kayda, kurucu nitelik tanınırsa, bu durumda, senetle hak (yani pay üzerinde mülkiyet hakkı) arasında bağ çok zayıflamış olacak. Çünkü, pay üzerindeki mülkiyet hakkı, sadece nama yazılı hisse senedine değil, aynı zamanda pay defterine bağlanmış olmaktadır. Pay defterine kayıt yapılmadıktan sonra, nama yazılı hisse senedi, elli defa da el değiştirirse, pay üzerindeki mülkiyet hakkı değişmemiş olarak kalacaktır. Bu o demektir ki, şekli anlamda da olsa (yani meşru hamil olup olmadığına bakılmaksızın),

¹⁷⁸ Hatta bu yüzden, nama yazılı senetlerin kıymetli evrak olmadığı görüşü de ileri sürülmüştür, bkz. **POROY/TEKİNLAP**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 70 dpn. 4; **O. İMREGÜN**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1993, s. 539.

¹⁷⁹ **POROY/TEKİNLAP**, s. 70.

senette ihtiva olunan hakkın sahibi sadece senetten anlaşılammaktadır. Keza, hal böyle olunca, nama yazılı paylar bakımından aleniyet aracının pay sahipleri defteri mi, yoksa nama yazılı kıymetli evrak mı olduğu hususu da fazlasıyla karmaşık bir hale getirilmiş olmaktadır. Halbuki, kıymetli evraka ilişkin tanımın yapıldığı Az.MK. m. 987'de, hakkın senette mündemîç olması, kıymetli evrakın olmazsa olmaz bir özelliği olarak öngörülmektedir.

Bundan başka, nama yazılı hisse senetlerinin kaybı halinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hususu da açık değildir. Zira, bu durumda Az.MK. m. 995 kapsamında ve Az.Medeni Usul Kanununun 35. faslında öngörülen usul geređince¹⁸⁰, kıymetli evrakın hükümsüz kılınmasına lüzum bulunmamaktadır. Çünkü, nama yazılı hisse senedi ve böylece pay üzerinde mülkiyet hakkı sahibi açıkça pay sahipleri defterinden bellidir. Pay sahipleri defterinde değişiklik olmadığı sürece, pay üzerinde iradi olarak mülkiyet değişikliği de olamayacağından, pay sahibi bakımından hisse senedinin iptali yoluna gitmenin anlamı da pek kalmayacak.

- Nama yazılı hisse senetlerinin tedavül kabiliyeti daha da azaltılmıştır. Şöyle ki, sadece

¹⁸⁰ Az.Medeni Usul Kanununun 35. faslında sadece emre ve hamiline yazılı kıymetli evraktan söz edilmiştir. Fakat, Az.MK'nın çok çeşitli hükümlerinde, nama yazılı senetlerin de kıymetli evrak olduğu özel olarak ve kesin bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Keza, kıymetli evrakın kaybı halinde, yapılabilecek işlemleri düzenleyen Az.MK'nın 995. madde hükmü de, nama yazılı senetleri kapsamaktadır. Hal böyle olunca, kıyası kanunun hükümlerinin uygulanması bakımından zorunlu kılan Az.MK. m. 11.1 hükmü gereğince, Az.Medeni Usul Kanununun 35. faslında öngörülen hükümler, bünyesinin elverdiği ölçüde nama yazılı kıymetli evraka da uygulanacaktır.

devreden ve devralan arasında yapılacak devir beyanı ve teslim yolu ile pay üzerindeki mülkiyet hakkının temlikî imkânı hukuken ortadan kaldırılmıştır. Temlikin gerçekleşebilmesi için, mezkur işlemlere ilave olarak pay sahipleri defterine de kaydın yapılmış olması gerekmektedir ki, bunun da söz konusu kıymetli evrakın tedavül kabiliyetini daha da zayıflattığı/zayıflatacağı ortadadır. Böylece, anonim şirket payının hisse senedine bağlanmış olması, aslında hisse senetlerinin varlık amacının aksine, onun devir kabiliyetini artırmak yerine azaltılmasına neden olmaktadır. Bu durumda, madem ki, nama yazılı hisse senedi üzerinde yapılacak işlemler, pay üzerinde mülkiyet hakkının devrini sağlayamayacaksa, o zaman payı senette cisimlendirmenin ne işe yarayacağını, hangi ihtiyacı karşılayacağını ve ne anlamı olacağı gibi sorular da tatminkar cevaplarından yoksun kalmaya mahkum kalmaktadır.

- Keza, yukarıda yapılmaya çalışılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ele alınan konuya ilişkin düzenlemeler de, birbirleri ile uyumlu ve tamamlayıcı durumda bulunmamaktadırlar. Bu bağlamda pay sahipleri defterine yapılacak kayıtların hukuki niteliği bakımından öngörülen düzenlemeği özellikle vurgulamak gerekir. Gerçekten, bir taraftan halka açık anonim şirketler bakımından bağlamın yasaklanması ile anonim şirket paylarının tedavülüne en üst derecede kolaylık sağlanmak istenmekte, diğer taraftan da, pay defterine kaydı (payın tedavül hızını daha da artırmak için onu

hisse senedine bağlayarak kıymetli evrak haline getirdikten sonra), nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması bakımından olmazsa olmaz bir şart olarak öngörülmektedir ki, böyle bir şart, bağlamın halka açık anonim şirketler bakımından da öngörülebileceğini kabul eden Alman, Fransız, İsviçre ve Türk hukukları gibi sistemlerde dahi aranmamaktadır. Halbuki, pay defterine kaydın, pay sahipliğinin kazanılması bakımından hukuki etkisi, esasen bağlamın öngördüğü hallerde önem arz eder. Gerçekten, şirket ana mukavelesi ile nama yazılı payların devrini kısıtlayan hükümler öngörüldüğü halde, ilgili pay sahipleri bu hükümlere riayet etmeden haiz oldukları nama yazılı payları devrettikte, devralan yeni pay sahibinin şirkete karşı ortaklık haklarını kullanabilip kullanamayacağı, daha doğrusu, devralanın kayıt talebinin şirketçe reddedilmesi halinde pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanıp kazanmayacağı bakımından, pay defterine kaydın hukuki niteliği önem taşımaktadır. Burada pay defterine kaydın bir diğer dikkate alınması gereken işlevi, nama yazılı payların devrinin, anonim şirket tarafından ana mukaveleye uygunluğunun denetlenebilmesini sağlamaktır. Bütün bunlar da, pay defterine kaydın hukuki niteliğinin, bağlı nama yazılı hisse senetlerinin söz konusu olduğu durumlarda bir anlam ifade ettiğini ortaya koymaktadır. Bu bakımından da, halka açık anonim şirketlerde bağlı nama yazılı hisse senetlerinin söz konusu olamayacağı Azerbaycan hukukunda (ki, hali hazır dönem itibariyle sadece birkaç açık tipli

olan anonim şirket tarafından hisse senedi ihraç edilmiş durumdadır), pay üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılmasını, pay sahipleri defterindeki kayda bağlı tutmanın, müspet manada, hiçbir anlamı ve işlevi bulunmamaktadır.

- Az.MK'nın kıymetli evrakın devri başlıklı 1078-21.1'de, açıkça, "kıymetli evrakın devri, bu madde ve bu mecellenin 993. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilir" denilmiş olmasına rağmen, "kıymetli evraka ilişkin hukuki muameleler" ana başlıklı Az.MK'nın 1078-20.3 maddesinde, "nama yazılı kıymetli evraka olan zilyetliği elde eden kimsenin mülkiyet hakkı, kıymetli evrakın devrine yönelik kaydın yapılması ile kazanılır" denilmektedir. Görüldüğü üzere, haddizatında kıymetli evrakın devri ile ilgili olarak Az.MK. m. 1078-21.1'de öngörülen düzenleme, 1078-20.3 madde hükmünü, açıkça uygulama kapsamı dışında tutmuş olmasına rağmen, Az.MK'nın 1078-20.3 maddesinde, nama yazılı kıymetli evrak üzere mülkiyet hakkının intikali düzenleme konusu yapılmakta ve bununla da hem kendi ana başlığına, hem de 1078-21.1 madde hükmüne uymayacak bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

3. Bağlam ve Pay Defterine Kaydın Hukuki Niteliği Konusunun Genel Olarak Değerlendirilmesi

Nama yazılı pay senetlerinden kaynaklanan ortaklık haklarının kullanılması ve özellikle bağlı nama yazılı pay senetleri bakımından bunun arz ettiği özellikler, buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, anonim ortaklık hukukunda tereddüde ve büyük tartışmalara neden olmaktadır.

Biz burada, muayyen bir şahsın adına yazılı olan hisse senetlerinde oy hakkı sahibi konusuna son vermezden önce, tartışma ve tereddüde neden olan sorunlar hakkında değerlendirme yapmanın gerekli olduğuna inanıyoruz. Fakat biz burada, mevcut hukuki düzenlemelerin yorumlanması yönünde değil, mevcut hukuki durumu, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından değerlendirmeye çalışacağız.

Yukarıda çeşitli vesilelerle de açıklandığı üzere, nama yazılı pay senetleri sahiplerinin şirkete karşı ortaklık haklarını kullanabilmeleri, kural olarak onların adlarının pay defterine kaydedilmiş olmasına bağlıdır. Bu, uygulamadan doğan bir zorunluluktur. Fakat pay defterine kayıt genelde kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğundan, bir kimsenin gerçek pay sahibi olup olmadığı ancak maddi hukuk hükümlerince tespit olunabilir. Diğer bir ifade ile, payları hisse senedine bağlanmış anonim ortaklıklarda, bir kimsenin ortak olup olmadığı, pay senetleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bağlıdır. Zira bilindiği üzere, esas sermayenin bir parçasını ve bir ortaklık mevkiini ifade eden pay, anonim şirketlerde ortak sıfatını sağlayan yegane vasıta. Pay, kıymetli evrak niteliğinde senede bağlandığında, bir kimsenin bu senet üzerinde hukuka uygun bir şekilde mülkiyet hakkını kazanması, aynı zamanda doğal olarak, söz konusu hisse senedinin ilişkin bulunduğu anonim şirketin ortağı haline gelmesine neden olmaktadır¹⁸¹.

Dolayısıyla da, nama yazılı pay senedini usulüne uygun olarak iktisap etmiş olan kimse, adını pay defterine kaydettirip ettirmemesinden asılı olmayarak, paydan kaynaklanan her türlü hakların da gerçek sahibi konumundadır. Hatırlatmak gerekir ki, anonim ortaklıklar hukuku alanında hakim görüş ve uygulama tarafından, muayyen şahsın adına yazılı hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkının, usulüne uygun bir ciro ya da devir beyanı ve teslim yolu ile elde edileceği hususu, açık ve

¹⁸¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 431

kesin olarak kabul edilmektedir¹⁸². Fakat paydan kaynaklanan ve özellikle oy hakkı gibi idari nitelikteki hakların şirkete karşı ileri sürülebilmesi için, pay sahipliğinin zamanında bildirilmiş olması gerekir. Çünkü, zamanında pay sahipliğini bildirmemiş olan kimselere, şirketin paydan kaynaklanan bu tür hakları her zaman kullanılabilmesi, yukarıda da açıklandığı üzere¹⁸³, sadece olarak mümkün değildir. Buna göre de, hisse senetlerini devretmiş olan pay defteri hissedarının maddi anlamda pay sahibi olmadığını bilmeyen şirketin, ortaklık haklarını ve dolayısıyla da hem de oy hakkını bu kişiye kullandırmasından sorumlu olmayacağı, haklı olarak, kanun koyucular tarafından da kabul edilmektedir¹⁸⁴. Zira, aksi düşüncenin kabulü, adil olmayacağı gibi, anonim ortaklıkların sağlıklı karar alabilmesini ve faaliyet göstermesini de gereksiz yere müşkülleştirmiş olurdu.

Dolayısıyla da sonuç olarak, genel kural, muayyen bir şahsın adına yazılı pay senetleri üzerinde mülkiyet hakkını elde eden kimselerin, söz konusu senette mündemiç olan pay üzerinde mülkiyet hakkını (ve dolayısıyla da payın sağladığı en

¹⁸² Bu ve diğer şekilde aynı yöndeki ifadeler için bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1132, 1134; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 362 vd; **DAĞ**, s. 182-183; **S. KARAHAN**, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması, Batider, C. XXI, S. 2, s. 37, 39; **ÇEKER**, s. 153; **WYMEERSCH**, s. 24; **C. GOWER**, s. 222; **CHARLES-WORTH/MORSE**, s. 188-189; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 563 ve özellikle 657; **GUYON**, s. 99; **MAR-CHETTİ/CARSAANO/GHEZZİ**, s. 160; **J. G. ANTUNES**, s. 241 ve özellikle orada dñn. 62; **DRUEY**, s. 370.

¹⁸³ Bkz. yukarıda § 6, II, A, 2, b, aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁸⁴ Zira alacak temlik edildikten sonra, eski alacaklıya iyi niyetle (yani temlik bilmeksizin) ifade bulunan borçlunun, bundan sorumlu olmayacağı, normal alacaklar bakımından dahi kabul edilmektedir, örnek için bkz. Alman Medeni Kanunu § 647; Fransız Medeni Kanunu m. 1691; Türk Borçlar Kanunu m. 165; Az.MK. m. 513.4.

önemli haklardan biri olan oy hakkını) iktisap edecekleri, yani pay sahibi olacakları şeklindedir. Anonim ortaklıklarda pay sahibi demek, şirket ortağı demektir. Bu bakımından da, yeni pay sahibinin adının pay defterine yazılması, pay sahipliği sıfatının kazanılması bakımından değil, paydan kaynaklanan ortaklık haklarının şirkete karşı kullanılabilmesi bakımından önem arz eder. Buna göre de, pay sahipliğinin kazanılması ve oy hakkına sahiplik bakımından kurucu unsur, pay defterine kayıt değil, pay senedine malik olmaktır. Hal böyle olunca, pay defterine yapılan kaydın hukuki niteliğinin açıklayıcı olduğu ortaya çıkmaktadır ki, bu hususta anonim ortaklıklar hukuku alanında esasen bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır.

Buna mukabil, bağlı nama yazılı pay senetlerinin iktisabı halinde ve özellikle de bağlama aykırı olarak yapılan devirlerde, müktesibin şirket ortağı sayılıp sayılmayacağı hususu tereddüt ve tartışmalara neden olmaktadır. Çok ilginçtir ki, bu durumda müktesibin senette ihtiva olunan pay üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı, hemen herkes tarafından kabul edildiği halde, onun ortak sayılıp sayılmayacağı hususunda tereddüt edilmekte ve hatta birlik teorisi taraftarlarınca müktesibin ortak addedilmeyeceği kesinlikle ifade edilmektedir. Oysa ki, anonim ortaklıklarda pay sahibi demek, zaten şirket ortağı demektir. Zira ortak, Poroy'un¹⁸⁵ ifadesi ile ifade edecek olursak, pay mevkiini dolduran kişidir. Bu bakımından pay sahipliğinin kazanılması ile ortak sıfatının kazanılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla da hemen yukarıda pay sahipliği sıfatının kazanılması ile (ve hem de bu hususta pay defterinin işlevi ile) ilgili yapılan açıklamalar aynen ortak sıfatının kazanılması bakımından de geçerlidir. Burada özellik arz eden durum, sadece ortaklık haklarının şirkete karşı kullanılabilip

¹⁸⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 431.

kullanılmamasında veya diğerk bir ifade ile, Şirket tarafından pay sahibinin “ortak” olarak tanınıp tanınmamasındadır.

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklarda kural, payın ve dolayısıyla da pay sahipliğinin devredilebilirliğidir. Gerçekten, anonim Şirketin en belirgin özelliklerinden biri, ortaklarının sahip olduğu payları üçüncü kişilere en kolay devredebileceği bir Şirket türü olmasıdır¹⁸⁶. İşte bu nedendir ki, genelde anonim Şirket ortaklarına, sahip oldukları paylarına tekabül eden Şirket emlakinin kendilerine verilmesini talep etmek suretiyle Şirketten ayrılma veya çıkma imkânı tanınmamakta, fakat bunun yerine, payın devredilebilirliği ilkesinin pay sahiplerinin bu konudaki ihtiyaçlarını karşılayacağı kabul edilmektedir.

Ayrıca, anonim Şirketlerde esas sermayenin paylara bölünmesinin temelinde yatan esas düşünce de, payların kolayca devredilebilirliğini sağlama düşüncesidir. Keza, böylesine devredilebilir bir payın senede bağlanmasının en başlıca nedeni de, gene onun devredilebilirliğini ve tedavülünü daha da kolaylaştırmaktan başka bir Şey deđildir¹⁸⁷. Zira, muayyen bir şahsın adına yazılı bir kıymetli evrak olarak hisse senetlerinin ciro yolu ile devredilmesi, ortaklar arasında değişiklikleri oldukça kolaylaştırmaktadır. Böylece, hisse senedinin iktisabı ile birlikte ortaklık mevki olarak payın sahibi de değişir ve bu değişiklik, şahıs Şirketlerinin aksine, anonim ortaklığı (en katı bir sermaye Şirketi olarak) etkilememektedir.

Dolayısıyla da anonim Şirkette paylar, sende bağlanmışsa, demek ki, onun el deđiŐtirmesinin daha da kolaylaŐtırılması arzu edilmektedir. Kim tarafından? Kim pay senetleri

¹⁸⁶ İ. ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, 4.baskı, Konya 1999, s. 138.

¹⁸⁷ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 766; ÇEKER, , s. 135;
CHARLESWORTH/MORSE, s. 192;
JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 553-654.

çıkarmaya yetkili ise, onun tarafından. Yani anonim ortaklığın bizzat kendisi tarafından.

Anonim ortaklık esas mukavelesinde nama yazılı pay senetlerinin devri ile ilgili bir sınırlama öngörüldüğünde ise, bağlı nama yazılı paylardan söz edilmektedir¹⁸⁸. Bu tür paylar, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanabileceği ve bunun gerçekleştirilmesi halinde de, söz konusu payların devri bakımından ortaklık esas mukavelesinde öngörülen sınırlamaların çerçevesinde herhangi bir daralma olmayacağı da oybirliği ile kabul edilmektedir.

Şimdi dikkat edilirse, bir taraftan anonim ortaklıklarda payın devredilebilirliği genel bir kural olarak kesin bir şekilde kabul edilmekle birlikte, nama yazılı payların devrine çok geniş bir şekilde sınırlama getirilebileceğini (zira belli başlı hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğunda, anonim ortaklığa neden göstermeden dahi, yeni pay sahibinin ortaklık defterine kayıt talebini reddedebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁹) ve böyle payların, üstüne üstelik kıymetli evrak niteliğinde hisse senetlerine bağlanabileceğinin kabulü, bir çelişkiye ve anormalliye neden olmaktadır.

Bundan başka, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıkta kişisel öğelerin ikinci planda olması gerekmele birlikte, “bağlam” yolu ile anonim ortaklıklarda ancak belirli nitelikteki kişilerin pay sahibi, yani ortak olması hedeflenmekte

¹⁸⁸ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1145; **PULAŞLI**, Pay Senetleri, s. 111; **AYTAÇ**, Hisse Senetleri, s. 105; **YASAMAN**, Menkul Kıymetler, s. 44; **F. TEKİL**, Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 315.

¹⁸⁹ İsviçre hukuku bakımından bkz. **P. JAEGGİ** (çev. Ö. TEOMAN), Anonim ortaklıklar Hukukunun Çözülmemiş Sorunları, İkt. Mal. C. XXII, S. 1 (Nisan 1975), s. 21; İngiliz hukuku bakımından bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 198; Alman Hukuku (POK § 68) bakımından bkz. **DAĞ**, s. 145 ve 148-149; Türk hukuku bakımından bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1162 vd; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 290-291.

ve dolayısıyla da pay sahiplerinin kişilikleri ön plana çekilmekte, bunun sağlanması için de payın devri zorlaştırılmaktadır. Böylece, bağlama ilişkin esas mukavele hükümleri, bir sermaye şirketi olan anonim şirketin işleyiş mekanizması içerisine, şahıs şirketlerine ilişkin özelliklerin katılması sonucunu doğurmaktadır. Bunun da doğal olarak sakıncaları beraberinde getireceği, kaçınılmazdır. İşte tartışma ve sorunun temelinde yatan olgu bu noktadadır.

Fakat burada doğal olarak bir soru akla gelmektedir: bağlı nama yazılı hisse senetlerin varlık sebebi ve amacı nedir? Hemen belirtelim ki, anonim ortaklıklarda bağlam çok çeşitli amaçlarla öngörülmekte ve bu amaçların hemen hepsinde az veya çok derecede anonim ortaklığın meşru menfaatleri bulunmaktadır. Burada bunların bir kısmını çok kısa ve özet olarak belirtecek olursak, her şeyden önce bağlam, az sayıda ortaktan oluşan, genellikle de kişi ortaklıklarında olduğu gibi güven temeli üzerine kurulu olan anonim ortaklıklarda güven duyulmayan kimselerin ortak olmasını engelleme amacıyla öngörülebilir¹⁹⁰ veya anonim şirket ortaklarının özelliklerini taşımayanların (mesela, anonim ortaklığın ulusallık niteliğini taşıması için belirli bir ülke tebaasına ait olmayanların ya da hısım veya belirli bir dine, mezhebe veya herhangi bir gruba ait olanlar arasında kurulmuş olan bir anonim ortaklığa, hısım veya belirli din, mezhep ya da gruba ait olmayanların) ortak olmasının karşısını almak için öngörülebilir.

Böylece, anonim ortaklığın esas mukavelede bağlama ilişkin hükümlerin öngörülmesinden güttüğü amacın, anonim ortaklığın doğasından ileri gelen temel işleyiş mekanizması ile bağdaştırılması zorunluluğu hasıl olmaktadır.

¹⁹⁰ G.A. JENTZ/R.L. MİLLER/F. B. CROSS/K.W. CLARSON, s. 618, 620; Ö. TEOMAN, Bağlı nama Yazılı Pay ve Halka Açık AO, s. 25; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N.1145; ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 290.

Bu bakımdan, Tekinalp'ın da gerçeği yansıtan yerinde bir ifadesiyle, bağlam gibi, haddizatında anonim ortaklıklar hukukunda önemli bir sapmaya neden olan bir “silahın” verebileceği zararlardan **kısmen de** olsa bölünme teorisi çerçevesinde korunmanın mümkün olabileceği düşünülmektedir¹⁹¹.

Fakat görüldüğü üzere, bölünme teorisini kabul eden yazarın bizzat kendisi de “bağlam”ın neden olacağı zararların bu teori çerçevesinde ancak kısmen telafi edilebileceği görüşündedir. Yani “bağlam”ın hem anonim ortaklıklar hukukunda normalden önemli bir sapma sonucunu doğurduğu, hem de bunun neden olduğu zararların tam telafisinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

Buna karşılık, bölünme teorisinin de bu defa “payın bölünmezliği” ilkesine aykırı olduğu ve ayrıca malik olmayan, sadece suni bir pay sahibi konumunda olan ve dolayısıyla da haddizatında anonim ortaklık ile ilgisi bulunmayan bir kimsenin paydan kaynaklanan idari hakları kullanabileceğine (ki, bu kesinlikle idari hakların tanınmasındaki amaca tamamen aykırıdır), buna mukabil, ortaklık ile maddi menfaat açısından bağlantısı olan ve dolayısıyla da ortaklık menfaatini daha iyi düşünebilecek durumda bulunan devralanın ise, idari haklardan

¹⁹¹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1154a; **DAĞ**, s. 208 vd. *Üner Dağ*, konu ile ilgili tartışmaların (birlik teorisi veya bölünme teorisi) teoriler vasıtasıyla değil (aşlında konu ile ilgili ilave olarak daha üç tane teori – intikal teorisi, askıya alma teorisi ve terk etme teorisi – bulunmaktadır, bkz. **PULAŞLI**, Pay Senetleri, s. 173 vd), Türk hukukundaki kanuni düzenlemelerden hareketle çözüme kavuşturulabileceğini ileri sürse de, sonuçta bölünme teorisini benimsemekte, fakat “bağlam ile meydana gelen normalden esaslı sapmanın” neden olduğu ve birlik teorisince haklı olarak dile getirilen sorunların nasıl çözümleneceğine ilişkin bir öneri veya açıklama yapmamıştır.

mahrum bırakılmasına neden olduğu ileri sürülmekle, birlik teorisi taraftarlarının haklı olarak eleştirilmektedir¹⁹².

Aşağıda konu ile ilgili görüşlerimizi iki başlık altında - (1) bağlı nama yazılı pay senetleri, teorik temele ve anonim şirketlerin doğasına uymamaktadır ve (2) bağlam halka açık anonim ortaklıklar kavramı ile bağdaşmaz – açıklamaya çalışacağız.

a. Bağlam, Pay Senetlerinin Teorik Temeline ve İşlevine Uymamaktadır

Bunun nedenlerini aşağıdaki gibi izah etmek mümkün:

- Her şeyden önce ve en önemlisi, bağlam, anonim şirketlerde geçerli olan payın devredilebilirliği ilkesini önemli şekilde zedelemektedir. Biraz yukarıda da açıklandığı üzere¹⁹³, payın devredilebilirliği, anonim şirketlerin en belirgin özelliklerinden biri olup, onun doğasından kaynaklanmaktadır.
- Muayyen şahsın adına yazılı bulunan paylar, hisse senetleri (aktions, aktien ve azioni) olarak ifade edilen kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanırken – söz konusu senetler, ister emre yazılı, isterse de nama yazılı kıymetli evrak grubuna ait edilsin¹⁹⁴, fark etmez – , her zaman için payın devir kabiliyetinin artırılması

¹⁹² **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1152; **ÇEKER**, s. 157.

¹⁹³ Bkz. hemen yukarıda 3 başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁹⁴ Belli başlı hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğunda söz konusu hisse senetleri emre yazılı kıymetli evrak grubuna ait edilmektedir. Mesela, ABD (bkz. **G.A. JENTZ/R.L. MİLLER/F. B. CROSS/K.W. CLARSON**, s. 657), Almanya (AktG § 68/1), İsviçre (BK. m. 684/2), Türkiye’de (tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluk görüşü ve uygulama, emre yazılı olduğu yönündedir, bkz. **POROY/TEKİNALP**, N. 60- 61) söz konusu hisse senetleri, emre yazılı kıymetli evrak olarak kabul edilmektedir.

gayesiyle yapılmaktadır. Çünkü, payın bu şekilde kıymetli evraka bağlamak suretiyle cisimlendirilmesi, ona kıymetli evrak gibi tedavül niteliği kazandırmaktadır. Senede bağlanmış payların, yani hisse senetlerinin kıymetli evrak olduğu hemen her hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Buna göre de, *birer kıymetli evrak olan hisse senedi, kim tarafından iktisap edilirse edilsin, o (yani devralan), senetten doğan hakkı (yani pay üzerindeki mülkiyet hakkını) da iktisap etmiş olacaktır.* Madem ki, devralanın senetten doğan hakkı, yani anonim şirkette bir ortaklık mevkiini ifade eden payı, iktisap ettiği zorunlu olarak kabul edilmekte¹⁹⁵, o zaman mantık icabı paydan kaynaklanan hakları (yani dolayısıyla da oy hakkı dahil her türlü ortaksal hakları) da iktisap ettiğinin kabulü gerekir.

- Tedavül niteliğini haiz bir kıymetli evrakta mündemiç olan hakkın, “sadece taraflar arasında geçerli olacak” diye yorumla getirilen bir kuralın kabul edilmesi ciddi bir çelişkiye neden olmaktadır. Zira böyle bir yaklaşım, kıymetli evrak anlayışına ve kıymetli evrak hukukunun üzerine kurulu bulunduğu ilke ve kurallara tamamen yabancıdır.

Keza, bölünme teorisince ileri sürülen çözümler de aynı derecede teorik temele ve hukuk sistematığına uymamaktadır. Zira bilindiği üzere, bölünme teorisi, özet

¹⁹⁵ Bu hem bölünme teorisi, hem de birlik teorisi tarafından kabul edilmektedir. bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, No. 1154a; DAĞ, s. 207-208 ve orada dpn. 214 ve 215’de anılanlar; ÇEKER, , s. 157 ve orada dpn. 92’de anılanlar.

olarak, bağlam ile sağlanmak istenen sonucun, arzu edilmeyen kimselerin ortaklık işlerine karşınmasınır önlenmesi olduğu, yoksa, paydan kaynaklanan mal nitelikteki hakların, mesela kâr payının, tasfiye payının ve hazırlık dönemi faizinin kimin tarafından alındığını anonim ortaklığı ilgilendirmeyeceği esasına dayanmakla, paydan kaynaklanan idari nitelikte hakların devralana geçmeyeceği, bu tür hakların pay defteri hissedarında kalmakta devam edeceği, buna mukabil mali nitelikteki haklar ise, bağlam gereğince pay defterine kaydedilmeyen devralana geçeceği şeklindedir.

Görüldüğü üzere, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senedini usulüne uygun bir şekilde iktisap eden devralanın, senette mündemiç olan pay hakkından kaynaklanan ve böylece bu hakka sahip olmadan ileri gelen, diğer bir ifade ile pay sahipliğine bağlı olan hakların tamamı (birlik teorisi) veya bir kısmı (bölünme teorisi), o cümleden oy hakkının teoriler gereğince, haddi zatında iktisap edilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunun da çelişkili olduğu ortadadır. Böyle bir yaklaşım sonucunda – bu husustaki çelişkiye iyi bir örnek teşkil edecek Dağ'ın¹⁹⁶(yazar kanuni düzenlemelerden hareketle sonuçta bölünme teorisini kabul etmektedir) ulaştığı - şu garabete varılacak; bağlama aykırı devirden dolayı kayıt talebi ret edilince, devralan kişiye hem oy hakkının maddi anlamda sahibidir diyeceksin, hem de bu hakkını hiçbir zaman kullanamayacaksın demek durumunda kalacaksın. Hiçbir zaman kullanılamayacak ve hatta her nasılsa kullanılacak olursa bile (şirket genel kurulunda kullanıldığında yetkisiz kimse sayılacağından) geçerli addedilmeyecek bir şeyin ne olduğunu söylemek kolay değil ama, hak olmadığı kesin.

¹⁹⁶ Bkz. DAĞ, s. 182-183, 207.

Aynı durum birlik teorisi bakımından da söz konusudur. Daha önceleri çeşitli vesilelerle de belirtildiği gibi, senedin usulüne uygun devri ile birlikte devralanın senet üzerinde mülkiyet hakkını kazanacağı, birlik teorince' de kabul edilmektedir¹⁹⁷. Paydan kaynaklanan hakların asıl borçlusu (mali nitelikteki ortaklık hakları bakımından) ve muhatabı (idari nitelikteki ortaklık hakları bakımından), payın ilişkin bulunduğu anonim ortaklığın bizzat kendisidir. Şayet bağlam nedeniyle kayıt talebi reddedildiğinde, bu haklar anonim şirkete karşı hiç kullanılamayacaksa, o zaman hak yoktur demektir. Çünkü, örneğin, borçlusu olmayan bir alacak hakkı olamaz, borçlu yoksa, demek ki alacaklı da yoktur. Dolayısıyla da, bir kimse paydan kaynaklanan hakları, daha doğrusu pay sahipliği haklarını ileri süremeyecekse, demek ki pay üzerinde malik veya diğer bir ifade ile pay sahibi de değildir.

¹⁹⁷ Örnek olarak, bkz. PULAŞLI, Pay Senetleri, s. 198-199; DAĞ, s. 208 ve orada dñn. 215'de anılanlar. Buna mukabil, doktrinde *Ibrahim Arslan* tarafından, bağlamın öngörölmesi halinde, sözü edilen hisse senetlerinin ancak bağlama uygun olarak devredilmesi halinde geçerli olacağı belirtilmekte ve böylece, haddizatında bağlama aykırı yapılan hisse senedi temliklerinin geçerli olamayacağı ileri sürölmektedir (bkz. ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.baskı, s. 291). Yazar, buna gerekçe olarak da, şirket ana mukavelesinin ilgili hükümlerinin özel hükümler olduğu ve bu yüzden de nama yazılı hisse senetlerinin devrine ilişkin kanun hükümlerinden önce uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın, sözleşme hükümlerinin emredici olmayan, yani yedek hukuk kurallarından önce uygulanması gerektiğine ilişkin hükümlerden hareketle böyle bir sonuca vardığı açıktır. Fakat, bir kere, kıymetli evrakın devri ile ilgili hükümler yedek değil, emredici niteliktedir. Zira, kıymetli evrak, ağırlaştırılmış şekil şartlarına tabi tutulduğundan, mukavele tarafları kıymetli evrakın devrini, kanunda öngörölenden farklı bir şekilde, örneğin, söz gelişi, belirli bir işaretin yapılması suretiyle sağlayamazlar. Buna göre de, yazarın yukarıda zikredilen bu görüşüne de katılmıyoruz.

- Hisse senedi üzerine bağlamın yazılması¹⁹⁸ ya da hisse senedinin nama yazılı bir kıymetli evrak olarak kabul edilmesi de çözüm değildir. Çünkü daha önce yukarıda çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, anonim ortaklıklar hukukunda kura olarak ortaklık pay defterine kayıt, ortak sıfatının kazanılması bakımından açıklayıcı niteliktedir¹⁹⁹. Gerçekten, pay defteri, kıymetli evraka bağlanmış bulunan pay üzerinde mülkiyet hakkının elde edilmesini sağlama amacıyla değil (halbuki, pay senetleri bu amaçla ihdas edilir), **payların kimlerin elinde bulunduğunu** tespit etmek için tutulur. Pay defterinin amacı buna yöneliktir.

Anonim şirkette her bir pay, bir ortaklık mevkiini oluşturduğuna göre, pay sahibi demek, aynı zamanda anonim şirketin ortağı demektir. Yani anonim şirketlerde ortak sıfatı, pay kavramına bağlanmıştır²⁰⁰. Buna göre de pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmak demek, pay sahibi olmak, diğer bir ifade ile anonim şirkette ortak olmak demektir²⁰¹.

¹⁹⁸ Nitekim ABD’de hukukunda uygulama bu yöndedir, bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 657.

¹⁹⁹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1144; **DAĞ**, s. 182-183; **ÇEKER**, s. 152-153. **İMREGÜN** (bkz. AO, s. 368) pay defterine kaydın niteliği hususunda görüş belirtmiş olmasa da, esas mukavelede öngörülen bağlama rağmen yapılan devrin taraflar arasında geçerli olduğunu bildirmiş ve böylece aslında dolayısıyla da pay defterine kaydın açıklayıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir.

²⁰⁰ **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.baskı, s. 281.

²⁰¹ Bu bakımdan pay üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması ile ortak sıfatının kazanılması birbirinden farklı iki ayrı husus olduğu intibahını veren “pay üzerinde mülkiyetin iktisabı açısından pay defterindeki kaydın hiçbir etkiyi haiz olmadığı, buna karşılık ortak sıfatının kazanılması bakımından açıklayıcı bir etkiye haiz olduğu” şeklindeki ifadeler (bkz. **TEKİNALP/POROY/ ÇAMOĞLU**, N. 1154, 1168; **DAĞ**, s. 182-183) yanıltıcıdır.

Bağlama rağmen muayyen şahsın adına yazılı pay senedi ile ilgili devir işlemi yapıldıkta, senette mündemiç olan pay hakkı devralana geçer. Şayet bağlam yolu ile payın devrine şirketin de iştiraki öngörülmüş (şekli bağlam) ve bu husus hisse senedi üzerine yazılacak olursa, bağlamın neden olduğu mahsurların hacminde gene de bir azalma söz konusu olamayacak. Gerçekten, evvela, bu durumda payın devredilebilirliği yok denecek derecede, fazla sınırlandırılmış olur.

İkincisi, bilindiği üzere, pay ortağın şahsi mülküdür. Mülkiyet hakkının en belirgin özelliği, sahibine tasarruf veya diğer bir ifade ile tüketim (abusus) yetkisi sağlamasıdır. Payın devri, dogmatik açıdan bakıldığında da, devreden ile devralanı ilgilendiren bir iş olup anonim şirketi alakadar etmez²⁰². Fakat böyle bir şekli bağlam getirilen durumlarda, pay sahibi, malik olduğu paylar üzerinde tek başına malik olarak tasarruf edebilecek konumda değil de, ancak anonim şirketin uygun bulması üzerine tasarruf yetkisini haiz olabilecek bir konuma itilmektedir ki, bunun da mülkiyet kavramı ile bağdaşmadığı açıktır.

Böylece, anonim ortaklığın kendi menfaatini koruma adına ortakların malvarlığı haklarına müdahale etmesi, özel hukukun temel ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi, çoğu zaman hakkaniyete de uygun olmayacak. Zira anonim şirket ortaklarına, hem sahip oldukları paylarına tekabül eden şirket emlakinin kendilerine verilmesini talep etmek suretiyle şirketten ayrılma veya çıkma imkânı tanınmamak, hem de sahip oldukları paylarını kendi çıkarlarına uygun bir şekilde devredebilmelerine imkân tanınmamak demek, kâr elde etmek için var olan pay sahiplerinin bu varlık sebeplerini ve böylece giderek anonim şirketlerin varlık sebeplerini gözardı etmek demektir. Bunlara bir de, hisse senedinin devrine şirket onayının alınması gerekir derken, aslında şirket yönetimini

²⁰² DRUEY, s. 369.

elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerinin onayını alma kast edildiği ilave edilince, bağlamın hakkaniyete ve azlıkta kalan pay sahiplerinin çıkarlarına ne denli aykırı olduğu v azlıkta kalan pay sahiplerine karşı ilgili konuda hakkın kötüy kullanılması için oldukça uygun bir zemin hazırladığı çok dah net bir şekilde belli olmaktadır. Zira, şirket yönetimini elind bulunduran veya onu etkileme gücünü haiz bulunan büyü tasarruf sahipleri istedikleri zaman ellerinde bulundurduklar payları devredebilecek, fakat azlıkta kalan ve bu yönde şirke yönetimini etkileme iktidarında olmayan küçük tasarru sahipleri olan azınlık pay sahipleri ise, ellerindeki paylar satmak istediklerinde, “şirket onayı” adı altında çoğunluk pa sahiplerinden ekser hallerde onay alamayacaklarından, yol fiyatına hakim pay sahibine satmak zorunda kalacaklar.

Bundan başka, böyle veya herhangi bir diğer şekli bağlan öngörülmesi halinde, payın senede bağlanması da, adeta anlamsızlaşır²⁰³. Çünkü, payın senede bağlanması, payı tedavül kabileyetinin artırılması amacıyla yapılır. Oysaki bağlam, payın tedavülünü kısıtladığından ve hatta sözü edilei türde şekli bağlamalarda tamamen ortadan kaldırdığındai dolayı, böyle bir payın senede bağlanmakla birlikte üzerin bağlamın yazılması, payın devredilebilirliğini kolaylaştırmaz bilakis, tamamen engeller.

Ayrıca, bağlam hükümlerinden kolayca yayınılmas dünya uygulamasında o derecede yaygındır ki, bunun artıl uygulamada olduğu kadar hukuken de kabul edildiği²⁰⁴ bi

²⁰³ Buna göre de, ABD hukukunda söz konusu bağlamın geçerliliği onun maku olması şartına bağlı tutulmaktadır, bkz JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 657.

²⁰⁴ Gerçekten, dünyanın birçok ülkesinde pay defterine kaydedilmeyen yeni pa sahibinin, pay defterinde adı kayıtlı bulunan eski pay sahibine ortaksa haklarını ve özellikle de oy haklarının hangi yönde kullanılması ile ilgil talimat verebileceği veya bağlamın bu veya diğer şekilde dolanılabilceği kanunen veya uygulama yolu ile kabul edilmektedir. Bu yönde İngiliz

gerçektir. Kaldı ki, bir kimsenin pay sahibi olarak ortaklık pay defterine kaydı yapıldıktan sonra, bağlam ile ortak olması istenmeyen bir kimse konumuna düşmesi de pekala olanaklıdır.

Bütün bunlar, kanaatimizce, muayyen şahsın adına yazılı pay senetlerine bağlam ile ilgili çeşitli kısıtlamalar getirilmesinin, birer kıymetli evrak olan hisse senetlerinin devrine egemen olan ilkelerin ihlaline ve özellikle de anonim ortaklıkların yapısına ve işleyiş mekanizmasına ve mülkiyet hakkı kavramına uygun düşmeyen sonuçların ortaya çıkmasına neden olduğunu açıkça göstermektedir.

b. Bağlam, Halka Açık Anonim Şirket Kavramı ile Bağdaşmaz

Bu konuya ilişkin değerlendirmenin yapılabilmesi için, her şeyden önce mahiyeti itibariyle halka açık anonim ortaklık kavramının açıklanması gerekmektedir. Hemen baştan belirtelim ki, bu konuya ilişkin açıklamada bulunurken, herhangi somut bir hukuki düzenlemeden hareketle değil, konuya ilişkin ilke ve kuralları bir bütün olarak esas almak suretiyle değerlendirmede bulunulmaya çalışılacak ve bu yapılırken de pek tabii olarak konuya ilişkin bazı somut kuralların yerindeliği de değerlendirme kapsamında ele alınacaktır.

Halka açık anonim ortaklık kavramı, kapalı tipli anonim ortaklık kavramı ile yakından ilgilidir. Zira halka açık olmayan bir anonim ortaklık demek, kapalı tipli anonim ortaklık demektir. Hakeza, kapalı tipli olmayan bir anonim ortaklık derken de, haddizatında (halka) açık tipli anonim ortaklık

hukuku bakımından bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 188 ve özellikle 196-197; Avusturya hukuku ilgili olarak bkz. KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 16; Alman hukuku bakımından bkz. BAUMS, s. 125; Fransız hukuku bakımından bkz. GUYON, s. 104; ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 356-357.

kastedilmiş olmaktadır. Dolayısıyla da halka açık anonim ortaklık kavramının tam olarak açıklığa kavuşturulması aynı zamanda kapalı tipli anonim ortaklık kavramının da açıklığa kavuşturulmasına neden olacaktı.

Şimdi doktrine baktığımızda genel olarak, kapalı tipli anonim şirketi, payları az sayıda ortaklara ait bulunan anonim şirketler şeklinde, açık tipli anonim şirketin ise, payları büyük sayıda ortaklara ait bulunan anonim şirketler²⁰⁵ olarak tarif edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce, bir anonim şirketin halka açık olup olmadığını belirlemede kullanılacak ölçütün veya ölçütlerin sağlam ve elle tutulabilir nitelikte olması lazım. İşte bu bakımından anonim şirketteki ortak sayısı, anonim ortaklığın tipini belirlemede sağlam bir ölçüt olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü, her zaman şirketteki ortak sayısının *farazi halka açıklık ölçütü* olarak belirlenecek bir sayının altına düşme veya tam tersi, üstüne çıkma imkânı olacaktır. Bu, anonim ortaklığın doğasında bulunan payın devredilebilirliği ilkesinden ileri gelmektedir.

Kaldı ki, bu sayının ne kadar olması gerektiği de ayrı bir sorundur. Zira farazi halka açıklık ölçütü olan sayının yüksek tutulması (mesela, 500 ve üzeri gibi), gerçekten çok ortaklı olan ve aslında aşık bir şekilde kapalı tipli anonim ortaklıkların 'özelliklerini taşımayan anonim şirketlerin açık tipli sayılmamasına, bu sayının düşük tutulması ise, haddizatında kapalı tipli anonim ortaklık hüviyetinde olan

²⁰⁵ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 473; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 152; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 617, 620; Dolaylı bir ifade tarzında da olsa, **TEOMAN**, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi (kısaca, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması), Batider, C. XVII, S. 3, s. 46; **S. KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 50.

anonim şirketlerin açık tipli anonim ortaklık sayılmasına neden olabilecektir²⁰⁶.

Bundan başka, dikkat edilirse bu ölçütün uygulanması, bir ortağın malik olduğu paylarını çeşitli kimselere satmak veya halka arz etmek yolu ile çoğunluk iradesi olmadan, hatta onun aksi yönde iradesine rağmen, AO tipini değiştirebilmesi gibi bir anormalliğe neden olabilmektedir. Anonim ortaklıklara hakim olan ilkelerden biri olan çoğunluk ilkesine ve giderek hukukun temel amaçlarının başında gelen adalet ilkesine aykırı olan bu durum, doktrinde *Tekinalp*²⁰⁷, tarafından isabetli olarak şu şekilde tenkit edilmektedir: Anonim şirketin kapalı veya açık olmasının tayininde çoğunluk menfaatini ve iradesini küçük pay sahibi konumunda olan tek bir ortağın menfaatlerinin gerisinde kabul etmek veya başka bir deyişle küçük pay sahibinin iradesini çoğunluğun iradesine tercih

²⁰⁶ Aynı yönde bkz. S. ARKAN, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, s. 18-19. Fakat yazarın halka açık anonim ortaklıklarda ortak sayısının mutlaka belli bir rakamla saptanması yoluna gidilecekse, anonim şirket ortaklarının “saman adamlar” olup olmadığının İngiltere’de olduğu gibi şirkete müfettiş gönderilerek pay defterinde kayıtlı kişilerin gerçekten pay sahibi olup olmadıklarının araştırılması gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. çünkü *bir kere*, İngiltere’de de, gerçek veya saman ortakların ve hatta bir kimsenin ortak olup olmadığının tespiti hususu bir sorun olarak kalmaktadır. Hatta o kadar ki, pay defteri hissedarı diye ifade edilen suni pay sahipleri yüzünden genel kurula katılım çok düşüktür ve bu yüzden de genel kurul toplantı yetersayısı oldukça aşağı olarak belirlenmektedir (bkz. DRUEY, s. 377, dnp. 77). *Kaldı ki*, bir kimsenin gerçek pay sahibi olup olmadığını tespit etmek çok zordur. Şayet şirkette çok az paya sahip olduğundan hareketle küçük tasarruf sahiplerini gerçek ortak olarak kabul edilmediği takdirde, halka açık anonim şirketlerin farklı hükümlere tabi tutmakta güdülen amaç (küçük yatırımcıları korumak amacı), gözardı edilmiş olur. Dolayısıyla da bu görüş Türk Sermaye Piyasası Kanununun amacı ve işlevi ile de bağdaşmamaktadır.

²⁰⁷ Ü. TEKİNALP, Anonim Ortaklık Tipi İçinde Sınıf Değiştirme – Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkârılan Sermayenin Hukuki Niteliği, Batider, C. XVIII, S. 2, s. 33.

etmek için hiçbir haklı sebep gösterilemez. Aksini kabul, organların yetkilerinden, denetlemenin türüne, çıkarılacak menkul değerlerin sınırlarından, pay sahipliği haklarına ve dağıtılacak kâr oranına kadar, çoğunluğun iradesi yerine tek pay sahibinin iradesinin hakim kılınması sonucunu doğurur. Böyle bir sonuç ise, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim şirketin temel düzenine ve yapısına ve yapının taşıyıcı kolonlarından biri olan çoğunluk ilkesine aykırıdır.

Keza, gene bilimsel öğretilerde *Ulusoy*²⁰⁸ tarafından, anonim ortaklığa halka açıklık niteliği verilirken çoğunluğun iradesine, daha doğrusu müteşebbisin niyetine üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüş ve ortak sayısının farazi halka açıklık oranını aşıp aşmadığının saptanmasında gerek nama yazılı, gerekse de hamiline yazılı **hisse senetlerinin çıkarıldığı şirketlerde** büyük güçlüklerle karşılaşılacağını belirtmekle en önemli noktaya dikkat çekilmiştir.

Tekinalp'ın yukarıda zikredilen eserindeki bazı görüşlerine karşı, sonradan bir bilimsel makale yayımlayan *Teoman*²⁰⁹, bu eserde anonim ortaklığın varlığını kapalı veya halka açık olarak sürdürüp sürdürmeyeceğinin saptanmasında hiç kuşkusuz kurucuların ya da sonraki evrelerde sermaye çoğunluğunu temsil eden pay sahiplerinin iradelerinin belirli bir işlevi vardır ve olmalıdır da der ama, o kadar. Zira, küçük pay sahibinin, çoğunluk iradesinin aksi yönde olmasına rağmen, kapalı tipli bir anonim ortaklığı açık hale getirip getirememesi ile alakadar görüş açıklarken “anonim ortaklığın varlığını kapalı veya halka açık olarak sürdürüp sürdürmeyeceğinin saptanmasında hiç kuşkusuz kurucuların ya da sonraki evrelerde sermaye çoğunluğunu temsil eden pay sahiplerinin iradelerinin belirli bir işlevi vardır” demesine

²⁰⁸ Y. ULUSOY, Sermaye Piyasası Kanununun Yorum ve Açıklaması, Ankara 1981, s. 51-52.

²⁰⁹ TEOMAN, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 41.

rağmen, bu hususta kurucuların ya da sermaye çoğunluğunu temsil edenlerin iradelerinin somut olarak ne gibi bir işlevi olduğunu açıklamadığı gibi, bununla ilgili herhangi bir somut öneri de getirmemektedir. Yalnız şurası açık ki, yazar, sözü edilen eserinde, hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılması bakımından, küçük pay sahibinin çoğunluğun iradesine rağmen tek taraflı olarak anonim ortaklığın tipini değiştiremeyeceği yönündeki görüşü kesinlikle kabul etmemektedir.

Doktrinde *Karahan*²¹⁰ da Teoman ile aynı görüştedir. Yazar, buna gerekçe olarak, haklı bir şekilde, yürürlükte olan mevcut düzenlemeleri göstermektedir. Fakat yazarlar, söz konusu ilgili düzenlemelerin yerindeliğine değinmemekte ve böylece dolaylı olarak, zımni bir şekilde bu tür düzenlemelerin bir nevi amaca uygunluğunu da kabul etmektedirler

Oysaki, aslında işin esası da ele burada, ilgili düzenlemelerin anonim ortaklığın, özellikle de halka açık olan anonim ortaklıkların temel düzenine, onun doğasına ve yapısına uymamasıdır. Bu bakımından da Tekinalp'ın bu konudaki görüşü (küçük pay sahibinin çoğunluğun iradesine rağmen tek taraflı olarak anonim ortaklığın tipini değiştiremeyeceği yönündeki görüşü), belki mevzuattaki bir takım düzenlemelere uymamakta ama, söz konusu bu düzenlemeler de, anonim ortaklıklara hakim olan ve yasada da ifadesini bulan temel rükünlerine uymamaktadır.

Kanaatimizce, ortak sayısının halka açıklık ölçütü olarak ele alınması, bir anonim şirketin açık veya kapalı tipli olmasını belirlemede kesinlikle yetersizdir. Bugün az ortaklı olan bir anonim şirket, yarın çok ortaklı veya tam tersi, bugün çok ortaklı bulunan yarın az ortaklı bir anonim şirkete, hiçbir prosedür işlemine gerek kalmaksızın, dönüşebilir.

²¹⁰ KARAHAN, HAAO Statüsü, s. 37.

Günübirlik devirlerle hareket edilmesinin sakıncalarından kurtulmak için, açıklık statüsünün kazanılması ve kaybedilmesinin katı şartlara tabi tutulması da söz konusu yetersizliği ortadan kaldıramamaktadır²¹¹. Zira ne gibi ciddi ve katı şartlar öngörülürse görülsün, bunlar sonuç itibarıyla farazi halka açıklık ölçütü olarak belirlenmiş olan sayının altına düşme veya çıkma hallerinin varlığına belli bir süre göz yummadan (ve böylece aslında önerilen ağır şartları hesaba katmama zorunda kalmadan) öteye geçemeyecektir.

Ayrıca, ortağın malik olduğu payları devretme hakkını kötüye kullandığı, mesela, sermaye azınlığını temsil eden bir ortağın çoğunluğa karşı bencil istek ve arzularını gerçekleştirmek maksadıyla ve bir tehdit aracı olarak paylarını, şirketi halka açık bir anonim ortaklık statüsü niteliğini kazandıracak şekilde devretmesi ve böylece, söz konusu şirket hakkında halka açık anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin uygulanması sonucuna neden olması durumunda, bu tür pay devirlerinin geçersiz sayılabileceği yönündeki görüşlere²¹² de pek katılma olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, böyle bir niyetle pay devirlerinin yapıldığının ispat bakımından çok zorluğu bir yana, böyle bir ispatın varlığına rağmen, bunun birer kıymetli evrak olan hisse senedinin iyi niyetli müktesibine karşı ileri sürülebilmesi de mümkün değildir.

Teoman'ın halka açık anonim ortaklıklar bakımından bağlamın yerinde ve hatta biraz ileri de giderek, zorunlu olduğu görüşüne²¹³ katılmak bütünüyle mümkün değildir. Gerçekten

²¹¹ Aksi görüşte **KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 59.

²¹² **KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 36; **TEOMAN**, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 46.

²¹³ **Ö. TEOMAN**, Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, İkt. Mal. C. XIX, S. 1, s. 23 ve özellikle s. 29 vd. Yazar sonradan yayımlanan bir eserinde de bu görüşünü

yazara göre, “halk kavramı, anonim şirketler hukuku yönünden herkes anlamına gelmediği gibi, bunun doğal sonucu olarak anonim ortaklıkta açıklık sadece belirli nitelikteki kişiler için söz konusu olmalıdır. Böylece, halka açık anonim ortaklıklarda kişisel niteliklerin üstün tutulması gerektiği kesinlikle ortaya çıkmaktadır”. Yazar, burada aslında açık tipli anonim ortaklığın özelliklerinden değil, kapalı tipli anonim ortaklığın özelliklerinden söz ettiğinin farkında olacak ki, açıklık kavramını, sadece, “halk” diye ifade ettiği küçük birikim sahiplerine açıklık olarak kabul ettiğini belirtmek ihtiyacını duymuştur.

Şimdi evvela, uygulamada kimin küçük birikim, kimin büyük birikim sahibi olmasını tespit etmek imkânsız denecek kadar zordur. Zira, böyle bir ortaklıkta pay sahibi olan kimse, payını devretmek istedikte, her defasında kapsamlı bir araştırma yapması gerekecek ve ancak devretmek istediği kimsenin büyük bir birikim sahibi olmadığını kesinleştirdikten sonra bunu yapabilecek. Fakat bu da yeterli olmayacak, şirketin de buna ikna olması lazım, çünkü ortağın bu husustaki gelmiş olduğu kanaat gerçeği yansıtmayabilir. Durumu kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerinin devri bakımından tasavvur edecek olursak, bunun ne denli imkânsız olduğu ve müessesenin mahiyetine aykırı ve yabancı olduğu sanırım, kolayca anlaşılır. Aynı zamanda, bu o demektir ki, bu tür şirket hisseleri borsada işlem göremeyecek.

Kaldı ki, küçük birikim sahibinin hiçbir zaman büyük birikim sahibi durumuna gelmeyeceği ve gelemeyeceği diye bir kural da yok. Yani bir kimse böyle hayali bir şirkette küçük birikim sahibi olarak ortak olduktan sonra, pekâla büyük birikim sahibi durumuna da gelebilir. Böyle sözü edilen ortağın günün birinde büyük birikim sahibi olursa ve dolayısıyla da

bir daha dile getirmiştir, bkz. TEOMAN, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 43.

mezkur hayali anonim şirket ortaklarına ilişkin kişisel niteliği fiili olarak kaybederse, bu durumda, diğer ortaklarca ve/veya şirketçe ne yapılacak? Ayrıca, diğer ortakların da küçük birikim sahibi konumundan çıkıp çıkmadığı nasıl tespit edilecek?

Bütün bunlar ise, sonuç itibariyle yazarın halka açık anonim şirket bakımından bağlamın işlevi ile ilgili ileri sürdüğü görüşün, hem anonim şirketlerin doğasına ve işleyişine hakim olan ilkelere tamamen yabancı ve aykırı sonuçların ortaya çıkmasına ve hem de uygulanması birtakım emredici yasa kurallarının ihlaline ve giderek suça neden olacağını ve aynı zamanda yazarın amacının tam tersine, küçük birikim sahiplerini, ellerindeki yatırımına dönüştürerek kazanç elde etmelerine (böylece ticarî faaliyetlerden elde edilen kazancın sadece sınırlı bir sermaye grubunun yararlanması belli bir ölçüde önüne geçilmesine) engel olabileceğini göstermektedir.

Ayrıca, bu görüşün anayasalarda ifadesini bulan eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi kurallara aykırı olduğu da ortadadır²¹⁴.

Payın devredilebilirliğinin kısıtlanması onun ekonomik değerinin azalmasına ve hatta çoğu zaman sıfıra düşmesine neden olmakta, bu da azlığı elindeki payları yok pahasına hakim pay sahiplerine satmak zorunluluğu altına koymaktadır. Bu bakımından küçük tasarruf sahipleri açısından en uygun yatırım aracı olarak görülen anonim şirketlerde ve bilhassa da halka açık anonim şirketlerde sermaye azınlığını temsil eden, esasen küçük tasarruf sahibi olan sıradan vatandaşlar olacağı ve bu durumda da bağlamın, çoğunluğu elinde bulunduran büyük tasarruf sahiplerinin işine yaramaktan öteye geçmeyeceği, yani

²¹⁴ İrade serbestisine dayanarak bağlamın öngörülmesi, aslında anayasalarda kural olarak yer alan imkân ve fırsat eşitliğine, eşitlik ilkesine ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının tartışılabilir olduğu doktrinde Dağ tarafından ileri sürülmüştür, bkz. DAĞ, s. 134 dñn. 201.

aslında anonim ortaklığın değil, bizzat çoğunluk pay sahiplerinin menfaatlerini korumaya hizmet edeceği aşıkardır.

Kaldı ki, bir kimse anonim ortaklığa ortak olurken, çok doğal olarak sırf kendi menfaatini düşünmekte ve bunda da hukuken hiçbir kınanılabilir veya yadırganılabilir bir şeyin olmadığı da açıktır. Zira, kurucular anonim şirket kurarken veya sonradan bir kimse pay alarak anonim şirkete ortak olurken, kendi şahsi menfaatlerine aykırı olma pahasına olsa dahi, anonim ortaklığın mücerret menfaatini korumak için değil, sırf kâr elde etmek amacını taşıdığı kuşkusuzdur. Bağlamın da sermaye azınlığı tarafından değil, genelde sermaye çoğunluğu tarafından getirildiğini ve getirilebileceğini göz önünde bulundurduğumuzda, onun küçük tasarruf sahiplerinin aleyhine olduğu, kolayca anlaşılmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan varılan sonuç, bağlamın hukuk tekniği bakımından halka açık anonim ortaklıkların yapısı ile bir arada olamayacağı gibi, sosyal ve iktisadi açıdan da faydalı olmadığı şeklindedir.

Kanaatimizce bir anonim ortaklığın halka açık olup olmadığını belirlemede kullanılacak kıstas, söz konusu anonim ortaklıkta payların serbestçe devredilebilir olup olmadığıdır. Yani, **payları ortakları tarafından serbestçe devredilebilir olan, diğer bir ifade ile payın devri bakımından herhangi bir bağlamın öngörülmediği anonim şirketler, halka açık anonim şirket statüsündedir. Dolayısıyla da, doğal olarak payın devredilmesi bakımından herhangi bir bağlamın öngörüldüğü şirketler ise, kapalı tipli anonim ortaklık statüsündedir.**

Anonim ortaklıkların kapalı veya açık tipli olmasını belirlemede payın devir serbestisi ölçütü, hem objektif ve hem de elle tutulabilir niteliktedir. Fakat bu ölçütün, bağlamın neden olduğu mahsurları en aza indirebilmesi için, kapalı tipli anonim ortaklıklara ilişkin hisse senetlerinin olmaması gerekir. Diğer bir ifade ile, kapalı tipli anonim ortaklıklar bakımından

hisse senetleri ihracının hukuken yasaklanması gerekir. Zira, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bağlam, birer kıymetli evrak olan hisse senetlerinin yapısına, doğasına ve işlevine aykırıdır. Buna göre de, kapalı tipli anonim ortaklıklarda bağlamdan güdülen amacın gerçekleşebilmesi için, paylar kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanmamalıdır.

Böylece bununla da, kıymetli evrak olduğu halde, hisse senetleri üzerinde maddi hukuk kurallarına uygun bir şekilde mülkiyet hakkını haiz olan devralanlar tarafından, senette ihtiva olunan hakkın (pay veya ortaklık hakkının) kullanılmasına, kıymetli evraka hakim olan bazı ilkelere aykırı olarak ve hukuk tekniğini zorlayarak engel olma gibi anormal bir durumla da karşılaşma zorunluluğu ortadan kalkmış olacak.

Dolayısıyla da, kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmamış bulunan kapalı tipli anonim şirketlere ilişkin paylar, ortaklar tarafından bağlama aykırı olarak devredildiğinde, anonim ortaklık tarafından bu husus rahatlıkla iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek. Zira, bu durumda iyi niyetli üçüncü kişiler, tıpkı alacak haklarında olduğu gibi zaten payı iktisap etmemiş olacaklar. Çünkü, pay üzerinde ortağın haiz olduğu hak, kıymetli evrak niteliğini haiz hisse senetlerine bağlanmadıkça, herhangi bir alacak hakkından farklı ve kendine özgü bir özellik taşımayacaktır. Bu durumda payın devri, daha önce senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahibi ile ilgili yapılan açıklamalarda da izah edilmeye çalışıldığı üzere²¹⁵, alacağın temliki hükümlerine tabi olmaktadır. Dolayısıyla da, nasıl alacak hakkı doğumuna neden olan mukaveleye aykırı olarak devredilemiyorsa, aynen onun gibi pay da ortaklık esas mukavelesine aykırı olarak devredilmez. Bu durumda üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmayacağına göre (zira sözleşmeden doğan alacak

²¹⁵ Bkz. hemen yukarıda § 6, I, B, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

haklarının iktisabında üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz), paydan doğan hakların kullanılmasında da ele alınan konu bakımından herhangi bir sorunla karşılaşılmamış olacaktır.

Böylece, sonuç itibariyle, hem çoğunluğun iradesine aykırı olarak anonim ortaklığın tipinde bir değişme olmayacak, hem de payın devri halinde paydan kaynaklanan ortaklık haklarının kullanılmasında teorilerin ortaya çıkmasına neden olan bir sorunla karşılaşılmamış olacaktır.

Ayrıca, kişisel niteliklerin ön planda olması, kapalı tipli anonim şirketlerde doğal olarak, ortak sayısının az olmasına neden olacaktır, tıpkı kollektif ortaklıklarda olduğu gibi. Buna göre de söz konusu anonim ortaklıklarda pay sahipliği ile şirket yöneticiliği de kural olarak özdeşleşmiş durumda olmaktadır. Hatta bundan dolayı, bu tür anonim şirketlere, haklı olarak, sorumluluğu sınırlandırılmış kollektif ortaklık benzetmesi yapılmıştır²¹⁶. Bu durum, kapalı tipli anonim ortaklıklarda genel kurulun normalde formaliteden öteye geçemeyeceğini ve dolayısıyla da bu tür anonim şirketlerde ortakların oy hakkının fazla bir önem ve etkisinin olmayacağını açık bir şekilde belli etmektedir.

Buna mukabil, katı bir sermaye şirketi olan halka açık anonim ortaklıklarda, kişisel nitelikler fazla önem taşımadıklarından ve bir bakıma bununla sebep sonuç ilişkisinde bulunan devir serbestisinin etkisiyle ortak sayısı kural olarak daha fazla olmaktadır. Ortak sayısının artması ile birlikte şirket genel kurul toplantılarının ve dolayısıyla da oy hakkının önemi artar. Zira, böyle bir durumda pay sahipliği ile şirket yöneticiliği tamamen ayrılmakta, bu da ortaklar arasında şirket yönetimini ele geçirme veya kontrol altına alma uğrunda mücadelelere neden olmaktadır. Sözü edilen hallerde, şirket yönetimini ve/veya onun kontrolünü ele geçirilmesi, ancak ortaklık genel kurul toplantısında gerekli kararın

²¹⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 473.

alınabilmesinin sağlanmasına bağlıdır. Genel kurul kararları ise, ancak paylardan kaynaklanan yeter sayıda oyların belirli bir yönde kullanılması ile meydana gelebilmektedirler.

Dolayısıyla da oy hakkının önemi, halka açık anonim şirketlerin yapısından ileri gelmektedir. Fakat ne var ki, bağlam yüzünden pay sahiplerinin şirket yönetimine katılma oranlarının düşük olduğu ve bunun da şirketin başarılı bir şekilde faaliyet göstermesine olumsuz etki yaptığı gözlemlenmektedir²¹⁷.

Burada son olarak, kuruluşta esas sermayenin tamamının ödenmiş olmasını zorunlu olmadığı sistemlerde (ki, esasen belli başlı hukuk sistemlerinde²¹⁸ bu böyledir) halka açık anonim ortaklıklara ilişkin olup da bedelleri tamamen ödenmemiş bulunan payların devredilip devredilemeyeceği ve bu tip payların hisse senetlerine bağlanmasının gerekli olup olmadığı da açıklık kazandırılmasında fayda umulan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, anonim şirketlerin yapısı gereği, onlara ilişkin bulunan payların, her zaman için bu veya diğer ölçüde devir kabiliyetini haiz olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla da bedelleri tam ödenmemiş halka açık anonim şirketlere ilişkin paylar da devir kabiliyetini haiz olmaları gerekir.

²¹⁷ **DAVIS**, s. 384 vd. Ayrıca bkz. **DENHAM/PORTER**, *Lifting All Boats: Increasing the Payoff from Private Investment in the U.S. Economy*, Washington: Competitiveness Policy Council 1995.

²¹⁸ Örnek vermek gerekirse, ABD (bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 658), İngiliz (bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 189), Alman (bkz. **TEOMAN**, Arslanlı Armağanı, s. 599 vd) ve İsviçre (İsv.BK. m. 633/I, bkz. **TEOMAN**, Arslanlı Armağanı, s. 610 vd) hukuklarında kuruluşta pay bedellerinin tamamının ödenmiş olması zorunlu değildir.

Fakat bu tür payların devirlerinin tamamen serbest olması, sakıncalıdır. Çünkü bilindiği üzere, şirketin ekonomik olarak varlık kazanabilmesi ve ticari faaliyetlerini yürütebilmesi, esasen pay bedelleri karşılığı olarak verilen sermaye (ki buna esas sermaye de denilmektedir) sayesinde mümkün olabilmektedir. Bundan başka, ortaklar, anonim şirketin üçüncü kişilere karşı borçlarından kural olarak sorumlu olmadıklarından dolayı, şirket esas sermayesi anonim ortaklık alacaklılarının başlıca güvencesi işlevini haizdir.

Dolayısıyla da, söz konusu payların sahiplerinin ödeme gücüne sahip kimseler olmasında hem bizzat anonim şirketin, hem onun ortaklarının (zira sermaye sayesinde gerçekleştirilebilen başarılı ticari faaliyet sonucu elde edilen kâr, sonuçta ortaklar arasında da bölüştürülecektir), hem de şirket alacaklılarının menfaati vardır. Buna göre de, bedelleri tamamen ödenmemiş payların, ödeme gücü az veya hiç olmayan kimselere devredilmesinin bir şekilde önlenmesi gerekmektedir. İşte bundan dolayı da söz konusu payların devri, şirket onayına tabi tutulmaktadır (yani sonuç itibarıyla bu tür payların devri açısından bağlam öngörülmektedir).

Kanaatimizce, bu durumda bağlamın teorik temele oturması ve etkili olabilmesi için, bedelleri tamamen ödenmemiş payların hisse senetlerine bağlanmaması gerekir. Zira bu şekilde hem şirket onayı olmadan payların devri önlenmiş olacak, hem de bu önlemenin teorik temele oturtulması sağlanmış olacak. Bunu aşağıdaki gibi izah etmek mümkün:

Bu tür paylar, bedelleri tamamen ödenmediğinden dolayı sadece ortaklık haklarını değil, aynı zamanda hem de sermaye borcunu içermektedirler. Bu tür payların devri, ortaklık hakları (bir malvarlığı hakkı olmaları hasebiyle) bakımından alacağın temliki, sermaye borçları bakımından ise, borcun nakli hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi, payın bölünmezliği ilkesi gereğince mümkün değildir. Zira payın

bölünmezliği ilkesi gereğince, paya bağlı hak ve borçlar bir bütün olup, bölünmeleri ve ayrı ayrı devredilmeleri (dolayısıyla da, mesela paydan kaynaklanan ortaklık haklarının A'ya, sermaye borcunun ise B'ye devri) mümkün değildir. Buna göre de bu tür payların devri, ancak tek işlemle sağlanabilir. Bu durumda pay açısından kâarakteristik edim, ortaklık hakları olduğundan, bunların devri de alacağın temlik hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilecek²¹⁹. Alacağın temlik, kural olarak serbest olsa da, borçlu bakımından alacaklının kişiliğinin önem arz ettiği hallerde, işin mahiyeti icabı temlik engelinin bulunduğu kabul edilmektedir²²⁰. Devreden ortak, şirkete karşı temlik konusu payların ödenmemiş kısmından borçlu olduğü ve bu borç da devre konu olan paylardan ileri geldiğine göre, sözü edilen paylara kimin malik olacağı hususu, anonim şirket bakımından doğal olarak önem taşıyacak. Zira, borçlunun şahsının, alacaklı bakımından önem taşıdığı bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda, ödenmemiş pay bedellerinin alacaklısı olan anonim şirket bakımından da, ödenmemiş pay bedellerinden sorumlu olan pay sahibinin şahsı önem taşı²²¹.

Fakat dikkat edilirse, bedelleri tamamen ödenmemiş paylar, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanacak olursa, yukarıda açıklaması yapılan devir engeline ilişkin hukuki mekanizma işlerlik kazanamayacak. Ayrıca, söz konusu paylar kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlandıklarından dolayı, bu senetleri usulüne uygun olarak iktisap etmiş olan devralanlara karşı - meseleye başlangıçtan

²¹⁹ Bkz. DAĞ, s. 63 dpn. 60'da anılanlar.

²²⁰ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 245-246.

²²¹ Ancak bu durumda bile payın devri tamamen ortadan kaldırılmış olamaz. Zira devralan, pay bedelinin ödenmemiş kısmı için yeter teminat (ki, bu teminatın azami miktarı, ödenmemiş meblağ kadar olacak) gösterdiğinde şirket devre muvafakat vermek zorundadır.

berî gösterdiğimiz yaklaşım çerçevesinde - herhangi bir itiraz ileri sürülemeyecektir. Bu da yukarıda ifade edilen sakıncalar bakımından arzu edilen bir sonuç değildir.

Burada halka açık anonim ortaklıklarda bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrine ilişkin sınırlamanın getirilebileceğini söylemekle, yukarıda bağlamın halka açık anonim şirketlerin yapısına uymadığını yönelik görüşümüze ters bir şey ileri sürmüş olmuyoruz. Çünkü, evvela, bu durumda sınırlama geçici olup, istisnai bir nitelik arz etmektedir. Zira, pay bedeli, kural olarak fazla uzun olmayan bir süre içerisinde ödenmekte ve buna göre de şirket hayatında pay bedelinin ödenmemiş olması, kural değil, istisnai bir durum teşkil etmektedir.

İkincisi, önemli olan arzu eden herhangi bir kimsenin bir anonim şirkete ilişkin bulunan payları serbestçe satın almak suretiyle o anonim şirkete ortak olabilmesidir ki, bu açıdan aslında burada payın devralınması bakımından bir sınırlama (nasıl ki, herhangi bir mal bakımından fiyat belirlenmesi, o malın satışına getirilmiş bir sınırlama sayılmamaktadır) söz konusu değildir. Zira, devralan yeterli teminatı göstermekle, şirketin irade ve isteğinin ne yönde olmasından asılı olmayarak (zira aksi halde, sınırlama amacının aşılması söz konusu olur ki, bu da hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince, hukuken korunmaz), o şirketin ortağı haline gelmiş bulunacak.

Buradaki sınırlama sadece, devralanın temlik konusu payların devri konusunda devreden ile anlaşma yapmasına ek olarak, gerektiğinde (gerektiğinde diyoruz, çünkü şirket, duruma göre, devralandan teminat talep etmeye de bilir²²²) pay bedellerinin ödenmemiş miktarına ilişkin olarak, devir anlaşması dışında bulunan şirkete teminat göstermek zorunluluğunun bulunmasında kendisini gösterebilmektedir.

²²² Bkz. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 369; DAĞ, s. 100

Dolayısıyla da, bütün bunlar, söz konusu sınırlamanın, halka açık anonim ortaklıklardaki devir serbestisi ölçütünü ortadan kaldıracak nitelikte olmadığını göstermektedirler.

B. HAMİLİNE YAZILI PAY SENETLERİNDE OY HAKKI SAHİBİ

Az.MK. 102 uyarınca, ortaklık esas mukavelesinde anonim şirketlerin çıkarabileceği hisse senetlerinin nevinin gösterilmesi zorunludur. Az.MK. m. 1078-6.3'de ise, özel olarak menkul kıymetlerin hamiline yazılı olabileceği öngörülmekte, aynı kanunun 1078-21 madde hükmünde hamiline yazılı menkul kıymetlerin devri, 1078-22 madde hükmünde ise, hamiline yazılı menkul kıymetlerde mündemih olan hakkın kullanılması usulü düzenlenmektedir. Keza, menkul kıymet kavramına hisse senetlerinin de dahil olduğu Az.MK. m. 997.2'de özel olarak belirtilmiş bulunmaktadır. Bütün bunlar, açıkça ve kesin olarak, Az.MK tarafından da söz konusu hisse senetlerinin çıkarılabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir²²³.

Az.MK'nın kıymetli evrak ile ilgili genel hükümleri içerisinde hamiline yazılı kıymetli evraktan da söz edilmekte ve hatta ayrıca bir kanun maddesi, sırf hamiline yazılı kıymetli evrakı düzenlemektedir. Ancak ilginçtir ki, Azerbaycan mevzuatında (Az.MK'da dahil olmakla) genel olarak hamiline yazılı kıymetli evrakın devir şekline ilişkin bir düzenleme henüz öngörülmemiştir. Bununla birlikte, 23 aralık 2003 tarihinde yapılan yasa değişikliğinden sonra, Az.MK'da

²²³ Fakat henüz Azerbaycan uygulamasında anonim şirket paylarının devrine yönelik işlemler hemen hemen hiç yapılmadığından, hamiline yazılı paylara da ihtiyaç kendisini hissettirememektedir ve bu yüzden de uygulamada anonim şirketler tarafından hamiline yazılı hisse senetleri henüz ihraç edilmemiştir.

hamiline yazılı menkul kıymetlerin ve dolayısıyla da hamiline yazılı hisse senetlerinin devri²²⁴, yasal olarak düzenlenmiştir.

Az.MK. m. 1078-21.2'ye göre, hamiline yazılı menkul kıymet üzerinde mülkiyet hakkı, onun teslimi ile devralana intikal ettirilir. Dolayısıyla da hamiline yazılı hisse senedinin zilyetliği, mülkiyeti geçirmek amacıyla bir başkasına devredildiğinde, sözü edilen senedin zilyetliğini elde kimse, hamiline yazılı payın mülkiyetini ve dolayısıyla da buna bağlı bulunan oy hakkını devren iktisap etmiş olur.

Hamiline yazılı pay senetlerinde oy hakkının sahibi, bu senetlere malik sıfatıyla zilyet olan kişidir. Bu husus, ister Az.MK. m. 990.1'de, isterse de Az.MK. m. 1078-22 hamiline yazılı pay senetlerini şirkete ibraz²²⁵ eden kimsenin ortaklık haklarını kullanmaya yetkili olacağı, açıkça ifade edilmiştir.

1. Aslen İktisap Edilen Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi

Yukarıda aslen iktisap edilen nama yazılı pay senetleri bakımından yapılan açıklamalar aynen burada geçerlidir²²⁶. Buna göre de, fazladan tekrara yer vermemek için, burada sözü edilen yerde yapılan açıklamalara yollama yapmakla iktifa ediyoruz.

²²⁴ Az.MK'nın 14. paragrafı altında yer alan madde hükümlerinin ana başlığı "kıymetli evrakın tedavülü" şeklinde olsa da, sözü edilen madde hükümleri ele alındığında ancak menkul kıymetlerin düzenleme konusu yapıldığı hemen ve kolayca anlaşılmaktadır.

²²⁵ Yalnız bu her zaman mutlak anlamda, hamiline yazılı hisse senedini elinde bulunduran şahsın, mutlaka senet üzerinde mülkiyet hakkına da sahip olacağı anlamına gelmez. Gerçekten, hamiline yazılı hisse senedi, örneğin, rehin veya ariyet olarak başka bir şahsın zilyetliğine bırakıldığında, senet üzerinde mülkiyet hakkı ve dolayısıyla da oy hakkı, senedi rehin veya ariyet olarak elinde bulunduran kimseye değil, senet üzerinde malik sıfatıyla vasıtalı zilyet bulunan kimseye aittir.

²²⁶ Bkz.Ş 6, II, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

2. Devren İktisap Edilen Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde Oy Hakkı Sahibi

Hamiline yazılı pay senetlerinin devri, senet üzerindeki mülkiyet hakkının geçirilmesi maksadıyla karşı tarafa (devralana) sadece teslim edilmesi ile gerçekleştirilmiş olur (Az.MK. m. 1078-21.2). Dolayısıyla da bu şekilde senet üzerinde zilyet bulunan kimse, paydan kaynaklanan her türlü (malî nitelikte olsun, idari nitelikte olsun) hakların sahibidir.

Daha önce de değinildiği üzere, Azerbaycan hukukunda hamiline yazılı payların, senede bağlanmadan kaydı değer haline getirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu hususu özel olarak düzenleyen MKK (m. 8/6) artık yürürlükten kaldırılmışsa da, Az.MK'da, aynı hususu teyit eden düzenlemelere (Az.MK. m. 1078-6.3 ve 1078-21.3) yer verilmiştir ki, bu da kanunkoyucu iradenin halen bu yönde olduğunu göstermektedir²²⁷.

Hamiline yazılı paylar, hisse senedine bağlandıktan sonra, toplu saklama kurumuna tevdi edilerek kaydı değer haline getirildiğinde, artık senede olan vasıtasız zilyetliğin devredilmesi suretiyle ona olan mülkiyet hakkının devri de mümkün olamamaktadır. Zira, bu durumda, hamiline yazılı hisse senedi maliki, sözü edilen hisse senetlerini fiilen kendinde değil, saklama kurumunda bulundurmaktadır. Gelişen anonim şirketler hukukunda, payların kaydı değer haline getirilmesi pratik ihtiyaçlar icabı oldukça yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Uygulamadan ileri gelen bu ihtiyaç doğrultusunda, kanun koyucular da kaydı değer haline getirilmiş pay senetlerinin devir şekline yönelik düzenlemeler getirmektedirler.

İşte bu bağlamda Azerbaycan hukukunda da, kaydı değer haline getirilmiş hamiline yazılı hisse senetlerinin devrine

²²⁷ Bu konu ile ilgili açıklamalar için bkz. § 6, I, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

yönelik özel bir düzenleme öngörülmektedir (Az.MK. m. 1078-21.3). Söz konusu ilgili kanun hükmüne göre, kaydı değer haline getirilmiş bulunan hamiline yazılı pay senetlerinin devri, mülkiyeti geçirmek amacıyla senede olan vasıtasız zilyetliğin devralana kazandırılması suretiyle değil, yetkili kimse (pay sahibi veya onun yetkili temsilcisi yahut iflas veya acz halinde ihalede bulunan) tarafından talep ve bu talep üzerine, kayıt kurumu hesabında temlik konusu paylara sahip olarak gözükenin adının silinip yerine devralanın adının yazılması şeklinde, yani senede olan vasıtalı zilyetliğin havale yolu ile devrinin sağlanması suretiyle gerçekleşebilmektedir. Böylece, bu şekilde senet üzerinde mülkiyet hakkını kazanan kimse, paydan kaynaklanan her türlü (mali nitelikte olsun, idari nitelikte olsun) hakların sahibidir. Yalnız bu hakların, özellikle de oy hakkının şirkete karşı ileri sürülebilmesi, toplu saklama kurumu tarafından devralana verilecek devir konusu paylara mutasarrıf bulunduğuna ilişkin vesikanın zamanında şirkete ibrazı şartına bağlıdır²²⁸.

§ 7 İNTİFA HAKKI SAHİBİ

İntifa hakkı, sahibine başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde kullanma ve semerelerinden tam yararlanma imkânı tanıyan sınırlı aynî bir hak²²⁹. İntifa hakkı, sınırlı aynî haklar içerisinde en geniş kapsamlı olduğundan, bu hak ile yüklü olan eşyanın veya hakkın malikinin sadece çıplak mülkiyete sahip bulunduğu belirtilmektedir²³⁰. Zira bir eşya veya hak üzerinde intifa hakkı

²²⁸ Konu ileride ele alınacaktır, bkz. IV. Bölüm, § 13, IV, C, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

²²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 720; M. AYAN, Eşya Hukuku, 3. baskı, C. III, Konya 2000, s. 44.

²³⁰ Bkz. AYAN, s. 44 ve orada dpn. 158'de anılanlar.

tesisi edildikte, intifa konusu eşya veya hakkın tahsis amacına uygun bir şekilde kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi malike değil, intifa hakkı sahibine aittir. Hatta o kadar ki, intifa hakkını, münferit yararlanma yetkilerine münhasır olarak kurmak imkânı yoktur²³¹. Ancak, taraflar anlaşarak, münferit bazı yararlanma yetkilerinin (aşağıda oy hakkı bakımından da görüleceği üzere) malik hesabına alıkonulmasını kararlaştırabilirler²³². Bundan başka, malik her zaman için intifa konusu üzerinde hukuki ve fiili tasarruf yetkisini haiz bulunmaktadır²³³.

Bu durumda, payın intifa hakkına konu olması halinde oy hakkının kimin (pay sahibinin mi, yoksa, intifa hakkı sahibinin mi) haiz olacağı hususu tartışmalara neden olmaktadır. Çok ilginçtir ki, oy hakkının intifa hakkı kapsamına girip girmediği hususu, oy hakkının büyük önem arz ettiği halka açık anonim ortaklıklar bakımından değil de, oy hakkının yukarıda da kaydedildiği üzere fazla önem arz etmediği kapalı tipli anonim ortaklıklar bakımından daha fazla önem taşımaktadır. Zira, halka açık anonim şirketlerin çok ortaklı olması kuraldır ve bu durumda da ortakların sahip oldukları paylar, esas sermayenin çok küçük bir paçasını teşkil ettiğinden bu tür payların sağladığı oy gücü anonim ortaklık yönetimini ele geçirme ve/veya onu yönlendirme ya da onun üzerinde etkili bir denetimi sağlama açısından yeterli olamamaktadır. Buna göre de, söz konusu durumda, bu payların üzerinde intifa hakkı tesis edilirken kimin oy hakkını haiz olacağı fazla önem arz

²³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 723 ve orada dpn. 244'de anılanlar; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, 2 baskı, Ankara 1984, s. 816.

²³² OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 723; Türk Medeni Kanununun açık hükmüne (m.794/2) rağmen aksi görüşte AYAN, s. 44.

²³³ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 723; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 816; AYAN, s. 44-45.

etmemektedir²³⁴. Oysa, kapalı tipli anonim ortaklıklarda kural olarak durum tam tersine olacağına göre (yani bu tür anonim şirketlerde ortakların sahip olduğu paylar genelde esas sermayenin önemli bir kısmını teşkil edeceğinden), paylar üzerinde intifa hakkı tesis edilirken kimin oy hakkını haiz olacağı önem kazanır.

Görüldüğü üzere, pay üzerinde intifa hakkı tesisi, malvarlığı haklarının ötesinde şirket kararını ve giderek böylece hem de şirket yönetimini etkileyebilme bakımından bir işleve sahip olup olmayacağı sorununu ortaya çıkarabilmektedir. Sorunun temelinde başlıca iki neden bulunmaktadır: **birincisi**, pay üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde, intifa hakkı sahibinin bu hakkı söz konusu olduğu sürece, paydan mümkün olduğunca fazla kâr (yani mümkün mertebe payın semerelerinden fazla yararlanmayı istemesine) alınmasını istemesine mukabil, pay sahibinin ise, bu süre zarfında mümkün mertebe kârın dağıtılmayarak yedek akçelere aktarılması (ve böylece payın öz değerinin artmasını) ve intifa müddeti bitiminde kendine dönmesini istemesidir. Böylece, pay sahibi ile intifa hakkı sahibinin maddi menfaatlerinin birbirine uymaması sorunun ilk ve temel nedenini oluşturmaktadır²³⁵.

İkincisi, ise, anonim ortaklık payları üzerinde intifa hakkı tesisi ile birlikte ortak olmayan kimselerin (intifa hakkı sahiplerinin) şirket yönetiminde etkinlik kazanmasının doğurabileceği sakıncalardır. Zira genel kurul kararı belirli bir

²³⁴ Fakat bu o demek değildir ki, halka açık anonim şirketlerde paylar üzerinde intifa hakkı tesis edildiği bütün hallerde oy hakkını kimin haiz olacağı önemli olamayacaktır. Şayet halka açık anonim şirketlerde genel kurul kararlarını etkileyecek oranda olan paylar üzerinde intifa hakkı tesis edilecek olursa, konunun önem arz edeceği şüphesizdir.

²³⁵ Bununla ilgili olarak bkz. **KENDİGELEN**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 206 ve orada dpn. 19'da anılanlar.

oy çoğunluğu ile alınabilmekte ve genel kurul kararı da k şirketin faaliyeti, yönetimi ve giderek varlığı üzerinde etkili olabilmektedir.

İşte oy hakkı, intifa hakkı kapsamına dahil edileceğ taktirde, sonuç itibariyle şirket sahibi konumunda olan ortağır veya ortakların (intifa konusu pay sahiplerinin), şirket faaliyetlerinin başarılı ve özellikle de başarısız olmasından er fazla etkilenecek durumda olmalarına rağmen şirketi yönetme ve onun faaliyetlerine iştiraktan kenarlaştırılması ve böylece bir bakıma şirketin sahipsiz bırakılmasına, buna mukabil, oy hakkının intifa konusu payların sahibine veya sahiplerine tanınması ise, intifa hakkı sahibinin semerelerden ve esasen de kâr payından yararlanması bakımından söz konusu olan menfaatlerinin tehlikeye girmesine neden olabilecektir.

Anonim ortaklıklar hukukunda konu ile ilgili çeşitli görüşler ve düzenlemeler bulunmaktadır. Örnek olarak bazı ülke hukuklarındaki düzenlemeleri gözden geçirecek olursak, Türk (TTK. m. 360/son), İsviçre (İsv.BK. m. 690/2), İtalyan (İtl.MK. m. 2352/1) ve ABD (Delware Gen. Cor. L § 217a)²³⁶ hukuklarında oy hakkı açıkça intifa hakkı sahibine tanınmıştır. Fransız hukukunda ise, intifa hakkı sahibi ancak ortaklık esas mukavelesince öngörülmüşse, oy hakkını haiz olabilir (1966 tarihli L. m. 163)²³⁷. Hollanda hukukunda ise, kural olarak oy hakkını pay sahibi haizdir ama, pay sahibi bu hakkını anlaşılarak intifa hakkı sahibine temlik edebilir (Hollanda MK. II. bölüm, m. 197). Buna mukabil, Lüksemburg ve Belçika hukuklarında

²³⁶ Fakat şirket defterinde aynı ortaklık payı üzerinde birden fazla kimse oy hakkını haiz olarak gözüktür ise (mesela aynı paylar üzerinde birden fazla kimse intifa hakkına sahipse veya intifa hakkı payların ancak bir bölümü üzerinde kurulu ise) ve oy hakkını kimin haiz olacağı da belirlenmemişse, söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı donar, bkz. Del. Gen. Corp. L. § 217 (b)

²³⁷ GUYON, s. 95.

ise, esas sözleşmede öngörölmek kaydıyla, intifa konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı, intifa hakkı sahibi ile çıplak pay sahibinin ortaklaşa tayin ettikleri temsilci tarafından (yani oy hakkının birlikte) kullanılabilereği kabul edilmektedir²³⁸. Portekiz hukukunda ise, ortaklık esas mukavelesinde öngörölmek kaydıyla üzerinde intifa hakkı tesis edilen paylardan kaynaklanan yönetime ilişkin her türlü haklar, hakeza oy hakkı da donar (Portekiz ŞK.m. 23°).

Pay üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde, oy hakkının kime ait olacağı hususunda açık bir kanuni düzenlemenin olmadığı bazı ülke hukuklarında ise, konu çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İntifa konusu paylara ilişkin oy hakkı ile ilgili doktrinde çok fazla görüş bulunmaktadır²³⁹.

Biz burada bu tartışmaların her birisinin ayrıntısına girmeden, sadece bir ülke hukukunda söz konusu durumla ilgili ayrıca özel bir düzenleme bulunmadığı taktirde (ki, Azerbaycan mevzuatı bakımından durum böyledir) oy hakkını kimin haiz olması gerektiği hususu üzerinde durmaya çalışacağız.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bir ülke hukukunda (somut olarak mesela Azerbaycan hukukunda) oy hakkının intifa hakkı kapsamına gireceğini açıkça öngören bir düzenlemenin bulunmaması, oy hakkının intifa hakkı kapsamında yer almayacağı hususunda tek başına geçerli bir gerekçe teşkil etmez. Yani böyle bir durum, konunun kanun tarafından olumsuz bir şekilde düzenlenmiş bulunduğu, diğere bir ifade ile oy hakkının intifa hakkı kapsamına gireceğini açıkça öngörmemekle, intifa hakkı sahibinin oy hakkını haiz

²³⁸ WYMEERSCH, in: T. BAUMS/Wymeersch (ed.), s. 25; PRÜM/CORBİŞIER, "Shareholder Voting Rights and Practices in Luxembourg", in: T. BAUMS/Wymeersch (ed.), s. 191.

²³⁹ Söz konusu tartışmalar için bkz. KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 211 vd.

olmayacağını bildirmiş sayılacağı şeklinde yorumlanamaz²⁴⁰. Zira, intifa hakkının kapsamı her bir eşya veya hak bakımından (hatta bu hakların ve eşyaların adları bile gösterilmeden) umumi olarak kanunlarda gösterilmektedir. Kaldı ki, intifa hakkının (intifa hakkına konu olabilecek) her bir hak veya eşya bakımından ne şekilde tezahür edeceği, yani somut olarak intifa konusu eşya veya haktan kaynaklanan istifade, yararlanma ve yönetime ilişkin akla gelebilecek her bir durumun intifa hakkı kapsamına girip girmediği somut bir şekilde ve tek tek gösterilmek suretiyle düzenlenmesi ne mümkün ne de ki gereklidir. Böylece, diğer bütün intifa konusu olabilecek haklarda olduğu gibi, pay üzerinde de intifa hakkı tesis edildiğinde, kimin (intifa hakkı sahibi ile pay sahibinin) pay üzerinde ne gibi yetkileri haiz olacağı, kanunda umumi şekilde belirtilen intifa hakkı kapsamından hareketle tayin edilebilir. Yalnız böyle bir tespit yapılırken, paydan kaynaklanan hak ve yetkilerin ve özellikle de oy hakkının kime ait olacağı hususunun belirlenmesinde eşya hukuku ile birlikte şirketler hukukuna ilişkin ilke ve kuralların da göz önünde bulundurulması zorunludur.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, oy hakkının intifa hakkı kapsamına girip girmediği hususu, Azerbaycan hukuku bakımından da açıklığa kavuşturulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, intifa hakkı müessesesi, niteliği itibariyle eşya hukukuna ilişkin bir kavram olup, mahiyeti ve kapsamı esasen eşya hukukuna ilişkin düzenlemelerde belirtilmektedir. Bu düzenlemelerden açıkça anlaşılıyor ki, intifa hakkı, sahibine intifa konusunun öz değerine dokunmadan, aksine (kanunda

²⁴⁰ Kanun hükmünün zıt anlam itibariyle yorumlanması hakkında açıklama için bkz. OĞUZMAN, Temel Kavramlar, s. 43.

veya mukavelede²⁴¹) bir düzenleme bulunmadıkça, ondan tam bir yararlanma imkânı tanımaktadır. İşte, böyle bir tam yararlanmanın sağlanabilmesi için intifa hakkı kapsamına hem intifa konusunu üzerinde vasitasız zilyetlik, hem de onun kullanılması, kanunen olmazsa olmaz bir unsur olarak dahil edilmiştir²⁴². Hatta bu bağlamda intifa konusu üzerinde olağan yönetim yetkisi de intifa hakkı sahibine tanınmıştır²⁴³. Dolayısıyla da ister intifa konusunun kullanılması, isterse de onun olağan yönetimi, intifa amacı ile (yani intifa konusunun tahsis gayesinden en iyi şekilde yararlanma amacıyla) doğal olarak sınırlıdır. Buna göre de, intifa hakkı sahibi, intifa konusunun öz değerini ortadan kaldıramayacağı gibi, onu öz değerine zararlı olabilecek tarzda kullanamaz da²⁴⁴.

Şimdi, intifa konusu paydan kaynaklanan oy hakkının, paydan ileri gelen semerelerden ve özellikle de kârdan yararlanmaya yönelik bir yönetim işlemi olduğu kuşkusuzdur. Fakat ne var ki, paydan kaynaklanan oy hakkı, gerek payın semereleri, gerekse de öz değeri bakımından en önemli bir yönetim yetkisi niteliğindedir. Böylece, paydan kaynaklanan oy hakkı, hem pay üzerindeki intifa hakkının temel amacı olan paydan tam yararlanmayı, hem de payın öz değerini ilgilendiren bir yönetim yetkisi hüviyetindedir. Gerçekten, oy hakkı paydan kaynaklanan en önemli bir yönetim yetkisi olduğundan, onun kullanılmasının hukuki etkileri, sadece intifa hakkı sahibine tanınan semerelerden yararlanmaya yönelik yönetim yetkisi sınırları içerisinde kalmamakta, onu aşarak

²⁴¹ Münferit bazı yararlanma yetkileri, intifa hakkının kapsamı dışında tutulabilir, bkz. s. 134 ve orada dñn. 232.

²⁴² OĞUZMAN/SELİÇİ, 720-721; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 816; KÖPRÜLÜ/KANETİ, Sınırlı Aynı Haklar, 2.baskı, İstanbul 1982-1983, s. 95-96, 98.

²⁴³ AYAN, s. 53.

²⁴⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 735;

payın öz değerini yakından ilgilendiren yönetim alanını da kapsamaktadır²⁴⁵. Oysaki, yukarıda da ifade edildiği üzere, yasal düzenlemeler ve genel ilkeler uyarınca intifa hakkı, niteliği gereği sahibine ancak intifa konusunun öz değerine dokunmayacak hususlarda yönetim hak ve yetkisini sağlar. Bu nedenle de, eşya hukukunda intifa hakkı sahibine tanınan olağan yönetim yetkisinden hareketle, paydan kaynaklanan oy hakkının da tek başına intifa hakkı sahibine ait olması gerektiğine yönelik bir görüşün, hukuki temelden yoksun olduğu, doktrinde bir kısım yazarlarca haklı olarak belirtilmektedir²⁴⁶.

Ancak dikkat edilirse, intifa hakkı sahibinin, paydan kaynaklanan bu en önemli yönetim hak ve yetkisinden tamamen mahrum bırakılması demek, yasal düzenlemeler ve genel ilkeler uyarınca intifa hakkı sahibine, intifa konusundan tam yararlanma amacıyla tanınan yönetim hak ve yetkisinden de tamamen mahrum bırakılması demektir ki, bunun da intifa hakkı müessesine ilişkin yasal düzenlemeler ve ilkeler ile bağdaşmadığı ortadadır.

Böylece, intifa konusu paydan kaynaklanan oy hakkının kullanılması, hem paydan elde edilecek kâr payının (yani intifa konusundan elde edilecek semerelerin) kapsamının belirlenmesinde, hem de intifa konusu payın öz değerinin korunmasında büyük bir önemi haiz bulunduğundan, eşya hukukunda öngörülen genel düzenlemeler çerçevesinde kesin bir sonuca varmak mümkün olamamaktadır.

Bir anlığa, madem ki, eşya hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler ve intifa hakkı bakımından kabul edilen genel ilkeler, birlikte yönetim (olağan ve intifa konusunun öz değerine zarar vermeksizin intifa konusundan en iyi şekilde

²⁴⁵ **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 232 ve orada dpn. 125'de anılanlar.

²⁴⁶ **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 239-240 ve orada dpn. 163'de anılanlar.

yararlanmayı sağlamaya yönelik hususlardaki yönetim yetkisini intifa hakkı sahibine, intifa konusunun öz değerine ilişkin hususlarda ise malikin yönetim yetkisini haiz olacağını öngörmekle) tarzını benimsediğinden, oy hakkının da birlikte kullanılması (mesela, öz değere ilişkin konularda pay sahibinin, semereye ilişkin konularda ise, intifa hakkı sahibinin oy hakkını kullanması şeklinde) gerektiği düşünülebilirse de, gerçekleştirilmesinin zorluğu ve hatta imkânsızlığı nedeniyle bunun kabulü mümkün değildir.

Gerçekten, somut olayda anonim ortaklık genel kurulunda alınan kararın tamamına yakını sadece semere veya öz değeri değil, esasen her iki hususa da ilişkin bulunduğu (örneğin, bilançonun onaylanması, sermayenin artırılması veya azaltılması yahut da şirket organlarının seçimi veya azli, ya da şirketin nevi veya başka bir şirketle birleşmesi yahut şirketin faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin konularda alınan karar hem semereler, hem de payın öz değeri ile ilgili bulunmaktadır), böyle bir ayırım çok soyut ve geçerli bir ölçütten yoksun bulunacağı gibi, bu görüşün aynen uygulanması, anonim ortaklıkların faaliyetini sekteye uğratabilecek bir takım sakıncaların ortaya çıkmasına da neden olacaktır. Zira, getirilecek herhangi bir ölçü, somut ve net olamayacağından, menfaatlerin zıtlığı, kimin oy hakkını kullanma konusunda yetkili olduğu sorununun genel kurula taşınmasına neden olacak ki, bu da genel kurul işleyişini olumsuz etkiler. Çünkü, genel kurul toplantısında görüşülen somut bir gündem maddesi hakkında kimin yetkili olduğunun belirlenmesi gerekecek²⁴⁷.

²⁴⁷ İntifa konusu paylardan kaynaklanan oyların (Belçika hukukunda kabul edildiği gibi) taraflarca atanacak bir temsilci tarafından kullanılması da sorunu ortadan kaldıramaz. Çünkü bu durumda temsilcinin kim olacağı hususunda pekala (menfaat zıtlıkları nedeniyle) anlaşmazlık çıkabileceği gibi, anlaşmayla tayin edilen böyle bir temsilciye kimin ne gibi talimatlar verebileceği ve onun azlinin nasıl menfaatler dengesine uygun bir şekilde sağlanabileceği de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir.

Bu belirlenme, genel kurul tarafından yapılacak olursa, bu hem genel kurulun görev alanı dışına çıkma demek olacak (zira, iç ilişki bakımından şirket menfaatleri ile ilgili karar vermeye yetkili olan genel kurulun, ortaklar ile üçüncü kişiler arasındaki hukuki uyumsuzlukları çözmeye kalkışması, onun görev alanı ile bağdaşmaz), hem de böyle bir görev alanı dışında alınan yanlış bir karar sonucu, oylamaya yetkisiz kimsenin iştirak etmesi nedeniyle genel kurulun görev alanına giren konularda alınan kararın geçersizliği de söz konusu olabilecektir²⁴⁸.

Oy hakkının birlikte kullanılması ile ilgili sorunur mahkemece çözümlenmesinin²⁴⁹ de pek tatminkâr olduğu söylenemez. Zira ölçütün geçerli bir temele dayanmayacağı ve çok soyut kalmaya mahkum olması, bu konuda mahkeme kararının da sağlıklı ve istikrarlı olmasına engel olabileceği gibi, gündemin belirlenmesinde genel kurul toplantısını yapılabileceği tarihe kadar bunun mahkemelerce çözümlenmesi de kolay olmayacaktır. Kaldı ki, bu durumda genel kurul toplantısı sırasında gündeme alınan meseleler bakımından geçerli bir oy kullanımı ihtimali de çok düşük olacaktır.

Bütün bunlardan anlaşılın, sorunun çözümü adına zorunlu olarak, intifa hakkı sahibi ile pay sahibinin, oy hakkının kullanılmasındaki menfaatlerini yerindelik açısından değerlendirmekle, ikisinden birinin tercih edilmesi gerektiğinin bir zorunluluk olduğudur. Fakat hangi tarafın tercih edilmesinden asılı olmaksızın, diğer tarafın hakl menfaatlerinin elden geldiğince korunmasının zaruri olduğu açıktır. Böyle bir korunma yasal dayanağını iki noktada bulacaktır. Bunlardan birincisi, intifa hakkını en geniş bi

²⁴⁸ KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 224 ve orada dpn. 81-85'de anılanlar.

²⁴⁹ Nitekim ABD'de aynı paylar üzerinde birden fazla kimse oy hakkı bakımından yetkili konumda ise ve bunlar kimin oy hakkını kullanacağı hususunda anlaşamıyorlarsa, mahkemeye müracaat imkânı tanınmaktadır (Del.Gen. Cor. L. § 217(b))

sınırlı aynı hak olarak düzenleyen yasa hükümlerinin bizzat kendisidir. Gerçekten, yasa belirli bir sınırlı aynı hak olarak intifa hakkı müessesesini düzenlerken, taraflara bir takım yükümlülükler yüklemiştir ki, buna (yasadan kaynaklandığına binaen) kanundan doğan borçlar²⁵⁰ ve borçları meydana getiren ilişkiye de kanunu borç ilişkisi denilmektedir²⁵¹. Bu yükümlülükler kapsamında taraflardan her biri intifa konusu üzerinde kendi hakkını kullanırken, diğerinin de haklı menfaatlerini korumakla mükelleftir. Doğal olarak, diğer bütün tam borçlarda olduğu gibi bu yasal borca da aykırı hareket eden, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararlardan sorumlu olacak.

İkincisi, pay üzerinde intifa hakkı, esasen tarafların serbest iradeleri sonucu kurulacağından, taraflar intifa hakkının tesisini sağlayan mukaveleyi kurarken irade serbestisi çerçevesinde diledikleri gibi korunma önlemleri öngörebilirler. Böyle bir mukavele şartlarına aykırılık teşkil edecek şekilde oy kullanan taraf, bu yüzden menfaatleri ihlal edilen diğer tarafa karşı sorumlu olacağı kuşkusuzdur.

İşte söz konusu sorululukların oy hakkının kullanılması bakımından işlerlik kazanabilmesi için, oy hakkını kullanma hakkını haiz olan tarafın oy kullanırken diğer tarafın menfaatlerinin koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışta bulunmadığını tespitte yaracak bir ölçünün belirlenmesi zorunludur²⁵². Böyle bir kıstasın taraflarca irade serbestisi içerisinde özgürce belirlenebileceği kuşkusuzdur. Fakat böyle bir kıstasın öngörülmediği hallerde veya öngörülmüş olan kıstasın somut durumda yeterli olmadığı hallerde, söz konusu

²⁵⁰ Kavram için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 34.

²⁵¹ KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 244.

²⁵² KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 245 ve orada d.pn. 245'de anılanlar.

kıstasın makul bir şekilde belirlenebilmesi ancak oy hakkının pay sahibine ait olması halinde mümkün olabilmektedir.

Gerçekten, intifa hakkı sahibinin menfaati, esasen payı varlık ve öz değerinin korunmasına değil, intifa konusu payı mahiyetinden ileri gelen semerelere, daha somut bir ifade ile şirketçe dağıtılacak kâr payına yönelik olduğundan, onu menfaatlerinin oy hakkını kullanma durumunda olan pay sahib tarafından korunup korunmadığını tespiti daha kolay olacaktır. Bu açıdan somut olayda kâr payının kapsam olarak intifa hakkının tesis edilmesinden sonra bir azalmaya maruz kalıp kalmadığının tespiti fazla zor olmaz²⁵³. Şayet böyle bir azalma söz konusu ise, oy hakkını haiz bulunan pay sahibinin karını olarak, intifa hakkı sahibinin menfaatlerini gereğince koruma ve gözetleme borcuna aykırı davrandığı kabul edilebilecektir. Bu durumda oy hakkını haiz olan pay sahibi, sorumluluktan kurtulmak için intifa hakkı sahibinin menfaatlerini koruma adına elinden gelen her türlü ihtimamı gösterdiğini, bir diğer ifade ile, bu konuda kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir.

Ayrıca, genel kurul kararının genelde öz değere yönelik yönetim ile ilgili olduğundan, oy hakkının kullanılması sonucu alınacak karar daha çok pay sahibinin menfaatlerini ilgilendirecek ki, bu da oy hakkının intifa hakkı sahibine değil, pay sahibine tanınmasının menfaatler dengesi bakımından daha yerinde olduğuna delalet etmektedir.

Dolayısıyla da sonuç olarak, intifa konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının pay sahibine tanınması, menfaatler dengesi bakımından daha çok tercihe şayandır. Çünkü, pay sahibinin menfaatleri, sadece onun bizzat kendisinin oy

²⁵³ Ayrıca, intifa hakkı tesis edildikten sonra şirketin büyük çapta gelişip büyümesi durumu söz konusu olduğunda, şirketin belirli mali yıl içerisinde elde etmiş olduğu kârın dağıtım oranı ile gelişme sürecinde bu oranın önemli ölçüde azalıp azalmadığı, hakeza, aynı veya benzeri durumda olan şirketlerin kâr dağıtım oranları ölçü olarak değerlendirilmeğe alınabilir.

hakkına sahip olması halinde korunabilmesine mukabil, intifa hakkı sahibinin menfaatleri, oy hakkının payın maliki tarafından da kullanılması halinde etkili bir korunma imkânına sahip olabilmektedir. Ayrıca, bununla çok yakından ilgili olarak, oyun kullanılması bakımından kanundan doğan borcun pay sahibi tarafından ihlal edilip edilmediğinin tespiti, oyun, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılması haline oranla çok daha kolaydır.

Bundan başka, intifa konusu paylar üzerinde birden çok intifa hakkı sahibi varsa veya intifa hakkı payın tamamı üzerinde değilse, oy hakkının intifa hakkı sahibine tanınması, sorunun daha da derinleşmesine neden olacağı, buna mukabil pay sahibine tanınması halinde ise, sorunun çözümünün bu kadar zor olmayacağı da bir gerçektir.

Kaldı ki, oy hakkının doğrudan anonim ortaklığa katılımı ifade eden payın özünü ilgilendirmesi²⁵⁴ bir yana, anonim ortaklığa katılmakla onun faaliyetlerinden en fazla risk taşınmasına mukabil, bu faaliyetlere iştiraki sağlayan en önemli (ve çoğu zaman hatta tek) bir araç niteliğinde olan oy hakkının şirket ortağına tanınmaması adil de değildir.

Nihayet, oy hakkının intifa hakkı sahibine tanınması, intifa konusu payların şirket genel kurulunda oy çoğunluğunu temsil etmesi hallerinde, şirket yönetimini ve hatta şirketin yaşamını, onun sahibi olmayanların (yani ortakları sıfatını taşımayanların) tasarrufuna bırakma sonucunu doğurabilir ki, bunun da intifa hakkı müessesesinin doğası ile bağdaşmadığı açıktır.

Bütün bunlar, payın intifa konusu olması halinde, **menfaatler dengesi bakımından**, oy hakkının pay sahibine ait

²⁵⁴ OBERMÜLLER/WERNER/WINDEN, s. 68 (*Kendigelen'den* naklen, bkz. İntifa Hakkı, s. 233 dñn. 131.

olması gerektiği görüşünün daha isabetli bir çözüm olduğunu göstermektedir.

Bu başlık altında son olarak, oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olacağına ilişkin açık bir kanuni düzenlemeni olmadığı durumlarda (somut olarak da Azerbaycan hukuk bakımından) pay üzerinde intifa hakkı tesis edilirken, o hakkının intifa hakkı sahibine devrinin mümkün olup olmadığı hususu üzerinde ayrıca olarak durulması ve açıklığı kovuşturulması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce, böyle bir durumda oy hakkının pay sahibinden başkasına, bu arada intifa hakkı sahibine tahsis anonim ortaklıklar hukukunda egemen olan payın bölünmezlik ilkesine (söz konusu ilke, AOK'un 18/1 madde hükmünde açıkça ifade edilmekteydi)²⁵⁵ aykırı olacağından mümkün değildir. Bilindiği üzere, anonim şirketler hukukunda egemen olan bu ilke uyarınca, paydan kaynaklanan münferit haklar pay sahipliğinden ayrılıp, bağımsızlaştırılarak üçüncü kişiler devredilemeyeceği gibi, esas mukavelede değişiklik yapılmadığı sürece bir payın itibari değerinin bölünmesi suretiyle birden fazla pay elde edilmesi de mümkün değildir.²⁵⁶ Anonim şirkette pay sahibinin oy hakkı da, payda kaynaklanan bir münferit hak olduğundan, onun da pay sahipliğinden ayrılıp bağımsızlaştırılarak intifa hakkı sahibin

²⁵⁵ Yalnız sonradan AOK yürürlükten kaldırılırken, Az.MK'da da yas değişikliğine gidilmiştir. İşte yapılan bu değişiklikler kapsamında payın bölünmezliği ilkesinden ileri gelen bazı düzenlemelere de gidilmiştir. Şöyle ki, mesela, Az.MK. m. 106-1.2'de bir paya birden çok kimsenin sahip olma durumunda, paydan ileri hakların ancak temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi (yani paydan kaynaklanan hakların bağımsızlaştırılması suretiyle söz konusu kişiler arasında bölüşdürülemeyeceği), m. 1077.7'de ise, anasözleşme değişikliği yapılmadığı sürece, payın itibari değerinin bölünemeyeceği açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

²⁵⁶ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 771-772; **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 9 ve orada dpn. 15-16'da anılanlar.

devri mümkün değildir. Bu hususta aksi kanaatte olan *Kendigelen*'nin görüşüne²⁵⁷ katılmıyoruz. Şöyle ki, yazar, oy hakkının bağımsızlaştırılarak intifa hakkı sahibine devri halinde, payın bölünmezliği ilkesinin ihlal edilmediğini şu gerekçeye dayandırmaktadır: bu durumda “pay sahipliği haklarının bölünmesinden değil, daha çok münferit hak/yetkilerin kullanılmasında intifa hakkı sahibinin, kendisine tanınan kanuni yetkiler kapsamında bir aynı hak sahibi sıfatı ile pay sahibinin yerine geçmesinden söz edilebilir”.

Şimdi bir kere, yazar burada payın bölünmezliği ilkesinin ihlal edilmediği yönündeki gerekçesini, oy hakkının intifa hakkı kapsamında yer almış olmasına bağlamaktadır (zira, oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından “kendisine tanınan kanuni yetkiler kapsamında bir aynı hak sahibi sıfatı ile pay sahibinin yerine geçmesi” ifadesinden bu kast edilmektedir. Bu ifadenin iknaedici bir şekilde başka türlü yorumu pek mümkün değildir). Oysa ki, yazar defalarca aynı eserin çeşitli yerlerinde oy hakkının intifa hakkı kapsamında yer almadığını belirtmiş²⁵⁸ bulunmaktadır.

Bundan başka, yazar, bir taraftan oy hakkının intifa hakkı sahibine devrinin, pay sahipliği haklarının bölünmesi anlamına gelmediğini belirttiği halde²⁵⁹, diğer taraftan, hemen sonraki sayfada, bunun “payın bölünmezliği ilkesinin kanundan kaynaklanan bir istisnası” olduğunu ifade etmek durumunda kalmıştır²⁶⁰.

²⁵⁷ **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 234-235.

²⁵⁸ Örnek için bkz. **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 239, 240, 248, 262, 263, 270

²⁵⁹ **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 234.

²⁶⁰ Bkz. **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 235.

Görüldüğü üzere, Kendigelen'nin, bu hususla ilgili görüşü, gerçeği yansıtmamakla birlikte, hem de kendi içerisinde de çelişkiye neden olmaktadır.

Oy hakkının intifa hakkı kapsamına girmediği, doktrinde de çoğunluk tarafından kabul edilmektedir²⁶¹. Şöyle ki, intifa kurumunun anlam ve amacı, intifa hakkı sahibine intifa konusundan (onun öz değerine dokunulmaksızın) elde edilebilecek semereleri tahsis etmektir²⁶². Oysa ki, oy hakkının bu anlamda payın bir semeresi olmadığı kesindir ve doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir²⁶³. Bundan başka, yukarıda da belirtildiği üzere, oy hakkı, intifa hakkından doğan yönetim yetkisi kapsamında da ele alınamaz. Zira, tekrar pahasına olsa da burada bir daha belirtelim ki, oy hakkı, çoğu zaman payın öz değerine ilişkin yönetimi ilgilendirmektedir (bunun da ki, intifa hakkından doğan yönetim yetkisinin kapsamı dışında olduğu açıktır).

Dolayısıyla da sonuç olarak, anonim şirketlerde pay intifa konusu oldukça, paydan kaynaklanan oy hakkı, intifa hakkı kapsamında yer almaz. Buna göre de, paydan kaynaklanan haklardan biri olarak oy hakkının, intifa hakkı sahibine devri (payın bölünmesine neden olduğundan ve kanunda da, payın intifa hakkı konusu olması halinde, böyle bir bölünmenin istisnası olarak kabul edileceğine ilişkin herhangi bir açık yasal düzenleme öngörülmediğinden), anonim şirketler hukukuna hakim ilkelerden biri sayılan payın bölünmezliği ilkesine aykırılığı sebebiyle hukuken mümkün değildir.

²⁶¹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 973; **ÇEKER**, s. 170 ve orada dñn. 122'de anılanlar. Keza yukarıda da belirtildiği üzere aslında *Kendigelen* de bu görüştedir, bkz. **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 240 ve ayrıca orada dñn. 164'de anılanlar.

²⁶² Bkz. yukarıda dñn. 229'de anılanlar.

²⁶³ **KENDİGELEN**, İntifa Hakkı, s. 227 ve orada dñn. 101 ve 103'de anılanlar; **ÇEKER**, s. 170.

Bütün bunlar, Azerbaycan hukukunda oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olamayacağını ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından da tercihe şayan olmadığı yönündeki bir sonuca varmamıza neden olmaktadır.

§ 8 PAYIN REHİN veya HAPİS KONUSU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ

I. PAYIN REHİN KONUSU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ

Konu ile ilgili olarak, bazı yabancı ülke hukuklarına baktığımızda, pay üzerinde rehin hakkı tesis edilirken, rehin konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının rehin hakkı sahibince kullanılmasına imkân tanındığı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, İngiliz hukukunda teslim şartlı pay senedi rehininde (legal mortgage), rehin hakkı sahibi, aksine rehin mukavelesinde bir hüküm öngörülmedikçe, paydan kaynaklan her türlü temettü üzerinde yetkili bulunduğu gibi, rehin konusu paya bağlı oy hakkını da haiz olmaktadır. Fakat rehin konusu paydan kaynaklanan temettü, rehin mukavelesi gereğince, pay sahibine aitse, o zaman gene oy hakkı rehin hakkı sahibine aittir ama, bu durumda o, oy kullanırken pay sahibinin talimatı ile bağlıdır²⁶⁴. Keza, teslim şartlı olmayan pay senedi rehininde (equitable mortgage) de, her ne kadar rehin konusu paydan kaynaklan oy hakkını pay sahibi haizse de, o, oy kullanırken rehin hakkı sahibinin talimatı ile bağlıdır²⁶⁵. Bundan başka, ABD²⁶⁶ ve Hollanda hukuklarında²⁶⁷ da, pay rehin konusu oldukça, paydan kaynaklanan oy hakkı anlaşmayla rehin hakkı

²⁶⁴ CHARLESWORTH/MORSE, s. 201.

²⁶⁵ CHARLESWORTH/MORSE, s. 202.

²⁶⁶ Bkz. Delaware Gen. Corp. L. § 217(a)

²⁶⁷ B.W. section II, m. 198. Ayrıca bkz. TIMMERMAN, s. 220.

sahibine devredilebilir. Nihayet, Portekiz hukukunda²⁶⁸ ise, şirket esas mukavelesinde öngörülmüşse, rehin konusu paylardan ileri gelen oy hakkı donar.

Türk (TTK. 360/3) ve İsviçre (BK.m. 693) hukuklarında ise, anonim ortaklığa ilişkin paylar üzerinde rehin hakkı tesis edildiğinde, oy hakkının pay sahibine ait olacağı açıkça kanun hükümlerine bağlı tutulmuş olmasına rağmen, Türk ve İsviçre doktrinde bir takım yazarlar²⁶⁹, söz konusu düzenlemelerin emredici olmadığını ileri sürerek, mukavele ile oy hakkının rehin hakkı sahibine devredilebileceği görüşünü savunmaktadır.

Kanaatimizce, oy hakkının rehin hakkı sahibine devrini öngören veya buna imkân tanıyan düzenlemeler çoğu zaman adil olmadığı gibi, anonim ortaklıklar hukukuna ait olan payın bölünmezliği ilkesine de aykırıdır.

Bundan başka, oy hakkının pay sahibine ait olacağını öngören açık kanun hükümlerine rağmen, yorum yolu ile rehin konusu paydan kaynaklanan oy hakkının rehin hakkı sahibine devrinin mümkün olduğu yönündeki görüşlere de katılmaları bulunmamaktadır. Bunu aşağıdaki gibi izah edebiliriz:

Pay üzerinde rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, rehin hakkı sahibine, rehin konusu payın değerinde

²⁶⁸ PCA, art. 23° (bkz. J.ANTUNES, "Shareholder Voting Rights in Portugal" in: BAUMS/Wymeersch (ed.), s. 242.

²⁶⁹ Bu hususla ilgili olarak Türk hukuku bakımından bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1223; **KENDİGELEN**, Hapis Hakkı, s. 126. İsviçre Hukuku bakımından bkz. **BÜRGI/WOLFAHRT** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), 5 Teil, Die Aktiengesellschaft, Art. 660-697, Zürich 1957, **ORTAKLIK**, Art. 689 N. 71, Art. 683 N. 28/29; **OFTINGER/BÄR**, ZGB Art. 905 N. 9; **F BÖKLİ**, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter Diss., Basel 1961, s. 137 (Kendigelen, Hapis Hakkı, s. 126 dnp. 74'te naklen).

alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir aynı hak²⁷⁰. Bütün rehin 'çeşitlerinin en belirgin ortak vasfı, onların bir alacak hakkının teminatını teşkil etmeleridir. Bu teminat da, rehİN hakkı sahibinin haiz olduğu alacak hakkının borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, usulüne uygun bir şekilde rehin konusunu paraya çevirerek alacağını tahsil edebilmesini sağlamadan ibarettir.

Hal böyle olunca, **evvela**, pay üzerindeki rehin hakkının kapsamına, ancak payın içerdiği malvarlığı hakları girebilir (çünkü mahiyeti itibariyle alacak bakımından teminat oluşturan nitelikteki haklardır ve dolayısıyla da rehin hakkı sahibini meşru dairede, ancak bu tür haklar ilgilendirir), paydan kaynaklanan idari nitelikteki haklar (genel kurula katılma, müzakerelerde iştirak etme, oy kullanma, genel kurul kararı aleyhine iptal davası açma vs) ise, rehin hakkı kapsamına girmez. Bu husus, rehin müessesesinin anlam ve amacından ileri gelmektedir. Dolayısıyla da, rehin hakkının varlık nedeni ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda, rehin hakkı sahibine yukarıda zikredilenlerin dışında kanunen bir hak ve yetki tanınmasına mantık icabı gerek klanmadığı sonucuna varılır²⁷¹.

İkincisi, rehin hakkının varlık nedeni, alacağın uygun bir şekilde rehin hakkı sahibine karşı yerine getirilmesini teminat altına alma amacından ibaret olduğuna göre, rehin konusu payın içerdiği malvarlığına ilişkin haklardan rehin hakkı sahibinin yararlanma yetkisi de olmaz. Çünkü, rehin hakkı, niteliği itibariyle sahibine rehin konusundan istifade ve

²⁷⁰ Rehin kavramı hakkında bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 789 vd; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 949; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 253 vd; **AYAN**, C.III, s. 127-128.

²⁷¹ Aynı yönde, konuyu hapis hakkı bakımından bkz. **KENDİGELEN**, Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu (bundan sonra kısaca, Hapis Hakkı), Batider, C. XIX, S. 1, s. 127.

semelerinden yararlanma yetkisi sağlamamaktadır²⁷². Tekrar bir daha belirtmek gerekirse, rehin hakkı, sahibine, alacak gereğince yerine getirilmediği takdirde, rehin konusunu paraya çevirmek suretiyle elde edilecek meblağdan alacağını karşılayacak kadarını (daha fazlasını olamaz) elde etme yetkisini sağlayabilmektedir, o kadar. Şimdi durum böyle olmasına rağmen, paydan kaynaklanan malvarlığı haklarını bile kullanma yetkisi bulunmayan rehin hakkı sahibinin, niteliği itibariyle salt idari nitelikte olan oy hakkını kullanabileceğinin ileri sürülmesi, gerçekten, hukuki temelden tamamen yoksun olduğu gibi, aynı zamanda kendi içerisinde çelişkiye de neden olur.

Böylece, rehin hakkı kurumunun yapısı, anlam ve işlevi gereği, oy hakkını kapsamadığı kesindir ve zaten bunun aksini de doktrinde hiçbir yazar ileri sürmemektedir.

Bütün bunlardan anlaşılan, rehin konusu paydan kaynaklanan oy hakkının kullanılması bakımından rehin hakkı sahibi ile herhangi bir üçüncü kişi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Eğer oy hakkının rehin hakkı sahibine ait olduğunu veya ona muteber bir şekilde devredilebileceği ileri sürülecek olursa, bu o anlama geliyor ki, paydan kaynaklan oy hakkı her hangi bir üçüncü kişiye de devredilebilir²⁷³. Bunun ise, payın bölünmezliği ilkesine aykırı olduğu açıktır.

²⁷² **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1122; **CANSEL/EREN/GÜRSOY**, s 1126; **KENDİGELEN**, Hapis Hakkı, s. 127 ve orada dpn. 77' de anılanlar.

²⁷³ Burada, pay sahibinin haiz olduğu oy hakkının genel kurulda kullanılması için herhangi bir üçüncü kişiye hakeza rehin hakkı sahibine de temsil yetkisi verebilmesi ile oy hakkının devri birbirine karıştırılmamalıdır. Zira, temsil yetkisi verildikte, pay sahibi gene de oy hakkı sahibi sıfatını muhafaza eder, temsilci ise oy hakkı sahibi sıfatını taşımaz, o sadece oy hakkını pay sahibi adına kullanmaya yetkili olan kimse statüsündedir, o kadar. Temsilci, pay sahibinin oyun kullanılması ile ilgili her türlü talimatı ile bağlıdır, pay sahibi onun temsil yetkisini kısıtlayabileceği gibi, her zaman onu azil etmesi de mümkündür. Oysa, oy hakkının devri halinde, pay sahibi artık oy hakkı

Ayrıca, bilindiği üzere, en katı bir sermaye şirketi olarak anonim ortaklıklarda sermayeye katılma oranında hak sahibi olama ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca, herkes, esas sermayeye katılma oranında anonim ortaklıkta hak sahibi olabilir. Pay üzerindeki rehin hakkı sahibi, bu sıfatıyla anonim şirket sermayesine hiçbir suretle katılmadığından dolayı, onun anonim şirket genel kurulunda oy hakkı sahibi olması, bu örnekte ilkeye de açıkça aykırıdır.

Kaldı ki, menfaatler dengesi bakımından da, oy hakkını pay sahibi değil, rehin hakkı sahibinin kullanmaya yetkili bulunması yerinde değildir. Gerçekten, daha önce de çok çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere, oy hakkı ile pay sahipliği veya ortak sıfatı arasında çok sıkı bir bağlantı vardır. Pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmakla sermaye şirketi olarak anonim ortaklığa katılmış ve bununla da anonim şirketin ortağı statüsünü kazanmış olan, şirketin bir bakıma iktisadi yönden maliki (haiz olduğu payın esas sermayeye oranı nispetinde) sayılan pay sahibinin değil de, onun kişisel alacaklısı konumunda bulunan rehin hakkı sahibinin oy hakkına sahip olacağı ileri sürülmesi, ilgili müessesenin mahiyeti ile bağdaşmadığı gibi, hakkaniyetle de bağdaşmaz.

Bundan başka, anonim şirketlerde pay sahipliği sıfatıyla en fazla bağlı bir organ hüviyetinde bulunan genel kurula, şirket ortağı değil de, - anonim ortaklık tüzel kişiliğine karşı tamamen yabancı konumunda olan - rehin hakkı sahibinin katılarak oy kullanması ve hatta rehin konusu paylar genel kurul toplantısında çoğunluğu temsil ettiği takdirde şirket yönetimini ele geçirmesi ve onun faaliyetlerini kendi istekleri doğrultusunda yürütmesi, anonim şirket menfaati ile bağdaşmamanın ötesinde, eşyanın doğasına da aykırıdır.

sahibi sıfatını taşımaz, oy hakkı sahibi sıfatını, pay sahibinden bağımsız bir şekilde, devralan haiz olur.

Dolayısıyla da sonuç olarak, üzerinde rehin hakkı bulunan paylardan kaynaklanan oy hakkını kimin haiz olacağı hususunda yasal bir düzenleme içermeyen hukuk sistemlerinde²⁷⁴ (hakeza bu durumda olan Azerbaycan hukukunda), oy hakkı, kesin olarak, pay sahibine aittir. Bu durumda, rehin konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının pay sahibine ait olduğunu açık yasa hükmüne bağlayan hukuk sistemlerinde (hakeza Türk hukukunda da) oy hakkı evleviyetle pay sahibine aittir ve rehin hakkı sahibine devredilemez. Aksine düşünce, hem anonim ortaklıklar hukukuna hakim olan payın bölünmezliği ilkesi ve sermayeye katılma oranına göre hak sahibi olma ilkesi gibi temel ilkelere ve bu ilkelerin temelinde yatan anonim ortaklığın doğasına, hem rehin hakkının öngörülme amacına, mahiyetine ve işlevine, hem de menfaatler dengesine aykırılık teşkil eder.

II. PAYIN (PAY SENEDİNİN) HAPİS KONUSU OLMASI HALİNDE ve DİĞER BENZER HALLERDE OY HAKKI SAHİBİ

A. PAYIN HAPİS KONUSU OLMASI HALİNDE OY HAKKI SAHİBİ

Hapis hakkı, alacaklının alacağını temin edebilmesi için, zilyetliğinde bulunan ve fakat borçluya ait olup da ona iadesi gerekli olan menkul mallar veya kıymetli evrakı, kanuni şartların gerçekleşmesi halinde, alacağı ödeninceye kadar alıkoyma ve gerektiğinde paraya çevirme yetkisi veren aynı bir hak²⁷⁵.

²⁷⁴ Nitekim, rehin konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının kime ait olacağı hususunda açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda da, doktrin oybirliği ile bu görüştedir (bkz. KENDİGELEN, Hapis Hakkı, s. 126 dpn. 72).

²⁷⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 905; Z. İMRE, Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik, İİFM., C. XVIII, S. 3-4, s. 744; F.SAYMEN/H.ELBİR, Türk Eşya

Görüldüğü gibi, hapis hakkı da tıpkı rehin hakkı gibi, alacağın teminat altına alınması işlevini görmektedir. Fakat rehin hakkından (özellikle en fazla benzediği teslim şartlı rehinden) farklı olarak kurulması, bu konuda bir mukavelenin bağlanmasına değil, kanuni şartların gerçekleşmesine bağlıdır (hapis hakkının bu özelliği, Az.MK'nın 468 ve 469. maddelerinden açık bir şekilde anlaşılmaktadır). Buna göre de hapis hakkına, kanundan doğan menkul rehini de denilmektedir.²⁷⁶

Böylece, hapis hakkı ile rehin hakkı, anlam ve amaçları itibariyle aynı işlevi haiz olduklarından esasen kapsamaları da aynı olmaktadır.²⁷⁷ Buna göre de, rehin konusu paylardan kaynaklanan oy hakkı ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar, hapis konusu pay senedinden kaynaklanıyorsa oy hakkı bakımından esasen geçerlidir. Dolayısıyla da, pay senedi, hapis konusu olduğunda, oy hakkı, pay sahibine aittir. Burada özellik arz eden durum, hapis hakkının, ancak (maddi bir değeri olan ve böylece zilyetliğe konu olabilen menkul eşyalar üzerinde söz konusu olabildiğinden) senede bağlanmış paylar üzerinde söz konusu olabileceği, buna mukabil, senede bağlanmamış payların hapis hakkı konusu olamayacağıdır.

Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 663; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 512; **AYAN**, C.III, s. 245-246.

²⁷⁶ Bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 512; **KENDİGELEN**, Hapis Hakkı, s. 114 dpn. 18'de anılanlar.

²⁷⁷ Fakat hapis hakkı, kapsam olarak rehin hakkından farklı olarak, sadece menkuller üzerinde olabileceği gibi, teslim şartlı menkullerden farklı olarak, ancak alacağı karşılayabilecek oranda borçluya ait menkul mallar veya kıymetli evrak üzerinde kurulabilir, bundan fazlası borçluya iade edilmek zorundadır, bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 906.

B. DİĞER BENZER HALLERDE OY HAKKI SAHİBİ

1. Hacze Konu Olan Paylarda Oy Hakkı Sahibi

Kural olarak, haczin devamı müddetince, haczedilen malvarlığı hakları üzerinde borçlu malikin tasarruf yetkisi birtakım sınıtlamara rağmen gene de devam eder. Zira sırf haciz prosedürünün başlanması ve buna devam edilmesi haciz konusu üzerinde mülkiyet hakkının kaybedilmesine neden olmaz (çünkü, söz konusu prosedür sonucunda haciz konusu malvarlığı haklarının ihaleye çıkarılarak devredilmesinin gerçekleştirilmesiyle ancak borçlu malik mülkiyet hakkını kaybeder). Bu husus, Az.MK. m. 205'de açıkça yasal olarak düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, haciz konusu pay üzerinde pay sahibinin mülkiyet hakkı devam eder. Fakat haciz konulmasının doğal sonucu olarak, borçlu pay sahibinin haciz konusu paylar üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlansa da, bu onun söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanma yetkisini ortadan kaldırmaz.

Durumu Azerbaycan hukuku bakımından özel olarak ele alalım. Azerbaycan İcra Kanununun (kısaca, AİK) “borçlunun malvarlığı üzerinde haciz konulması” başlıklı 50. maddesinde, borçlunun haciz konusu malvarlığı hakları üzerinde tasarruf işlemlerine kısıtlamalar getirilmiştir²⁷⁸. Buradan hareketle, oy

²⁷⁸ AİK. m. 50.2'de her ne kadar borçlunun haciz konusu üzerinde tasarruf işlemleri yasaklandığı belirtilmişse de, aynı kanun maddesinde, haciz konusu mallar “borçludan teslim alınan dek, borçlu tarafından icra memurunun denetimi altında onu/onları satılıp devredilebile”ceği (AİK.m. 50.5) ve haciz konusu mallara olan mülkiyet hakkının başkasına devredilmesi halinde, borçlunun hukuki ve cezai sorumluluğunun söz konusu olacağına ön görülmüş (AİK.m. 50.7) olması, borçlunun tasarruf yetkisinin ortadan kalmadığını, sadece kısıtlanmış olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, borçlu, hacizli malı izinsiz olarak satıp başkasına devretmiş olsa bile, şayet sonradan haciz (borcun ödenmiş olması veya diğer herhangi bir sebeple) ortadan

hakkının kullanılması, haciz konusu paylar üzerinde bir tasarruf işlemi niteliğinde olmadığından, pay sahibinin, haciz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanabileceği kolayca söylenebilir. Ancak burada tasarruf işlemine kısıtlama getirilmesinin temelinde yatan düşünce, alacaklının alacağının teminatı olan haciz konusu malların değerinin azalmasının veya bütünüyle ortadan kaldırılmasını önlemek olduğu ve pay sahibinin de oy hakkını kullanarak genel kurulda alınacak bir takım kararlarla haciz konusu payların değerinin düşmesine neden olabileceği göz ardı edilmemelidir (gerçekten, mes. şirket genel kurulunda ortaklığın feshi yönünde bir karar alınmasını sağlamakla veya sahip olduğu oy gücü sayesinde şirket yönetimini kötüye kullanarak ortaklığın zarar görmesine ve böylece bununla da haciz konusu payların değerinin düşmesine neden olabilir).

Kaldı ki, işte bu tür sakıncaları önlemek amacıyla AIK.m. 50.2'de, borçlunun haciz konusu paylardan istifade hakkına sınırlama getirilebileceği öngörülmüş ve gene aynı kanunun 52.1 madde hükmünde, haciz konusunu elinde bulunduranın (ki, bu borçlu da olabilir) haciz konusundan, onun değerinin azalmaması kaydıyla yararlanabileceği belirtilmektedir. İşte bütün bunlardan dolayı, pay üzerine haczin konulması ile birlikte, pay sahibinin söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkının ortadan kalktığını veya onu kullanamayacağını ileri sürülmesi mümkün mü?

Hayır. Çünkü, her şeyden önce, anonim ortaklıklarda oy hakkı, pay sahibine tanınmıştır. Yasada, pay üzerinde haciz konulması, paydan kaynaklanan hakların donma nedeni veya oydan yoksunluk nedeni olarak öngörülmediğinden, böyle bir

kalkarsa, o zaman borçlunun söz konusu tasarrufu da tamamen geçerli olur (bu konuda bkz. B. KURU/R. ARSLAN/E. YILMAZ, İcra ve iflâs Hukuku, 8. baskı, Ankara 1995, s. 214-215).

durumda ortağın söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkına sahip olduğu şüphesizdir.

Bundan başka (söz konusu durumda oy hakkının borçlu pay sahibi tarafından kullanılmasına gelince), yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlunun malvarlığı üzerine (konumuz bakımından somut olarak payları üzerine) haciz konulduktaki, o, haciz konulmuş malvarlığı hakları (konumuz bakımından somut olarak payları) üzerinde mülkiyet hakkını (pay sahipliğini sıfatını) kaybetmez²⁷⁹. Borçlu malikin, kural olarak haciz konusu malvarlığı hakları (hakeza payları) üzerinde tasarruf yetkisini haiz olduğunun kanun tarafından kabul edildiği halde, onun kullanılmasının (paydan kaynaklanan oy hakkının genel kurulda kullanılmasının) men edildiği düşünülemez. Zira, en fazla sakınca doğurabilecek bir işlem olan tasarruf yetkisi bile, tamamen ortadan kaldırılmadığı halde, kullanma yetkisinin kaldırıldığını düşünmek, hukuk mantığına ve kanun koyucunun amacına tersi düşer.

Nihayet, haciz konusunun kullanılması ve ondan yararlanılması, değer kaybına neden olmadığı sürece, borçlu malikin, ondan serbestçe istifade edebileceği kanunda açık bir şekilde düzenlenmiştir (AİK.m. 52.1). Paydan kaynaklanan oy hakkının kullanılması, salt olarak payın değerini azaltıcı bir işlem olarak değerlendirilemeyeceğine göre (hatta bunun sayesinde payın değerinin artması da pek ala mümkündür), haciz konusu payların sahibinin oy hakkını kullanabileceğinin de kabulü zorunludur. Aksine düşünce, baştan beri irdelemeye çalıştığımız yasa hükümlerine aykırı olacağı gibi, menfaatler dengesine de aykırı olur.

Konu ile ilgili son olarak, şayet, borçlu pay sahibi haiz olduğu oy gücü sayesinde, haciz konusu payların değerini düşürecek olursa, bunun borçlu pay sahibinin hukuki ve cezai

²⁷⁹ Aynı nedenle söz konusu durumda, pay sahibinin oy hakkını haiz olacağı yönünde bkz. DAĞ, s. 77.

sorumluluğuna neden olacağına şüphe edilemez. Zira borçlu malikin kusurlu olarak, haciz konusu malvarlığı haklarının değer olarak azalmasına veya ortadan kalkmasına neden olan hareketlerden sorumlu olacağı, hemen hemen her hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Dolayısıyla da, pay sahibi haciz konusu paylardan ileri gelen oy hakkını kullanırken alacaklılarının menfaatini gözetmek zorundadır, aksine hareket, hukuki ve cezai sorumluluğuna neden olur.

Böylece sonuç olarak, pay üzerinde haciz konulması halinde pay sahibinin oy hakkının devam edeceği, ancak oy hakkının alacaklı aleyhine kullanılmasından doğabilecek sakıncaların belli bir ölçüde bertaraf edilmesi amacıyla, pay sahibinin haciz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkına, kanuni bir sınırlama getirilmiş olduğunun, en azından Azerbaycan hukuku (ve hakeza aksine açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı sisitemler) bakımından kabulü gerekir.

2. İflâsa Konu Olan Paylarda Oy Hakkı Sahibi

Genel olarak iflas, müflisin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Nitekim, Az.MK'da (m. 203 vd) mülkiyetin yitirilmesine neden olan haller içerisinde iflas hali öngörülmediği gibi, Azerbaycan İflâs Kanununa (kısaca, İf.K) göre de, iflasın açılmasına rağmen müflisin iflasa dahil olan malvarlığı hakları üzerinde mülkiyet hakkı devam eder²⁸⁰. Ancak ne var ki, iflasın açılması ile birlikte, borçlunun iflasa dahil olan malvarlığı hakları üzerinde tasarruf yetkisi çok kısıtlandığı gibi (İf.K.m.17), iflasın kesinleşmesinden itibaren ise, söz konusu malvarlığı hakları üzerinde tasarruf yetkisi, bütünüyle ortadan kalkmış olur (İf.K. m. 18.2(d)). Bu durumda

²⁸⁰ Azerbaycan İflâs Kanununun m. 17'de iflas açıldıktan sonra ve aynı kanunun 20 ve 24-26 . madde hükümlerinde ise, iflasın kesinleşmesinde sonra bile, borçlunun iflasa dahil malvarlığı hakları üzerinde mülkiyet hakkını sürdüreceği açıkça ifade olunmuştur.

iflasa dahil malvarlığı haklarının idare ve temsilinde yegane yetkili, müflisi temsilen iflas idaresidir (İf.K. m. 20.2).

Dolayısıyla da, anonim şirket ortağı iflas ettikte, onun iflasa dahil olan diğer bütün malvarlığı hakları gibi, sahip olduğu payların da idare ve temsil yetkisi, iflas idaresine ait olacak. Buna göre de, söz konusu paylara ait oy hakları müflis pay sahibine ait olsa da (zira o, pay üzerinde mülkiyet hakkını henüz kaybetmemiştir ve dolayısıyla da pay sahibi sıfatını taşımaktadır), paydan kaynaklanan oy haklarını kullanmaya yetkili değildir²⁸¹. Söz konusu durumda, paydan kaynaklanan oy haklarını kullanmaya yetkili olan, müflis ortağın iflasa dahil mal varlığını idare ve temsile yetkili bulunan iflas idaresidir.

²⁸¹ Fakat İngiliz hukukunda, ne kadar ki pay sahibinin adı ortaklık pay defterinde kayıtlı bulunmaktadır, o, iflas halinde olsa bile şirket genel kurul toplantısında oy hakkını kullanmayı haizdir, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 224.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İMTİYAZLI PAYLARDA OY HAKKI

§ 9 İMTİYAZLI PAY KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Baştan belirtelim ki, burada ele almak istediğimiz konu, anonim ortaklık tarafından çıkarılan payların bir kısmına üstünlük tanınması halinde, ortaya çıkan bu üstün konumdaki pay grubunun tabi olduğu şartları genel olarak gözden geçirmek ve bunu yaparken de söz konusu pay grubunun kavram olarak ne anlama geldiği, içeriğinin neden ibaret olduğunu tespit etmektir.

Üstünlük tanınmış pay grubunun ne gibi bir terimle ifade edileceği hususunda görüş birliği bulunmadığı gibi, “üstünlüğün” ya da diğer bir ifade ile imtiyazın da ne anlama geldiği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır²⁸². Çeşitli ülke hukuklarında, payla ilgili imtiyaz deyimini kullanılsa da, kural olarak imtiyazlı pay kavramının kanunlarda açıkça tanımı yapılmamaktadır²⁸³. Hatta doktrinde bazı yazarlarca, payın sağladığı farklı ve üstün konum nedeniyle “imtiyaz” tabirinin değil, kavramı daha iyi tanıttığı gerekçesi ile, “özel kategori” pay deyiminin kullanılmasının gerekli olduğu ileri

²⁸² Bkz. İMREGÜN, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri (kısaca, Menfaat İhtilafları), İstanbul 1962, s. 86; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 334; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 5; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 16 vd.

²⁸³ Örnek için bkz, Türk Hukukunda (TTK.m. 389, 391, 401), Alman Hukukunda (POK § 11, 139, 179, 182), İsviçre Hukukunda (İsv.BK. m. 654-656), Fransız Hukukunda (Fr.ŞK.m. 175, 269), İngiliz Hukukunda (ŞK.m. 125) ve ABD Hukukunda (Del.Gen.Cor.L. § 151).

sürülmektedir²⁸⁴. Nitekim özel hukukta ekol bir sistem sayılan Alman hukuk sisteminde de yasal olarak genel anlamda “imtiyazlı pay” tabiri kullanılmamış²⁸⁵, bunun yerine “özel kategori paylar” terimine yer verilmiş, doktrinde de “özel kategori pay” terimi çok yaygın bir şekilde kullanılmakla birlikte, “imtiyazlı paylar”ın, özel kategori payların esasen bir alt türü olduğu ileri sürülmektedir²⁸⁶.

Fakat şurası bir gerçektir ki, anonim ortaklıklar hukukunda, aslında aynı konumda olması gereken payların bir kısmına, diğerlerine oranla bir üstünlük, ayrıcalık (özellikle de kâr payı ve tasfiye bakiyesinde) tanınması durumunda çok yaygın bir şekilde “imtiyaz” tabiri kullanılmaktadır²⁸⁷.

Şimdi imtiyazlı pay kavramının ne anlama geldiğini ve ona hangi ilkelerin hakim olduğunu gözden geçirelim.

²⁸⁴ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 334; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 781

²⁸⁵ İmtiyaz tabiri sadece POK § 139-141’de kârda imtiyazlı oydan yoksun paylar bakımından kullanılmıştır.

²⁸⁶ H. DEPENBROCK, Zur Entwicklung und Bedeutung der Vorzugsaktien infita hakkı den Aktienrechten der USA und im deutschen Aktienrecht – eine vergleichende Untersuchung-, Bielefeld 1975, s. 182/183, 190 vd; BAUMBACH/HUECK, Kurzkommentar zum Aktien gesetz, 13. Auflage, münchen 1968, § 11 Anmerkung 3; WIESNER, § 13 n. 9; P. JABORNEGG/ K. SCHİMER/R. STRASSER, Kommentar zum aktiengesetz, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1993, § 11 Rn. 2; W. BEYER, die Vorzugsaktien bei den aktiengesellschaften, Diss., Langensalza 1911, s. 3/4 (*Kendigelen, Yönetimde İmtiyaz, s. 23 dph. 80’den naklen*).

²⁸⁷ İngiliz hukuku bakımından bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 178 vd; www. Company Law Club/library_fr.htm; ABD hukuku bakımından bkz. Del.Gen.Corp.L. § 151; JENTZ/MİLLER/CROSS/ CLARSON, s. 634 vd.; Hollanda hukuku bakımından bkz. TİMMERMAN, s. 212. Keza, Alman, İsviçre ve Fransız hukuku bakımından hukukları bakımından da aynı durum söz konusudur (bkz. *Kendigelen, Yönetimde İmtiyaz, s. 22 vd*).

II. İMTİYAZLI PAY KAVRAMI ve TEMEL NİTELİKLERİ

A. İMTİYAZLI PAY KAVRAMI

İmtiyazlı pay kavramı hususunda görüş birliğinin bulunmaması, doğal olarak, imtiyazlı paya ilişkin tanımların da çeşitli olmasına neden olmaktadır. Çok yaygın olan bir tanıma göre, sahibine malvarlığı haklarında (kârda ve tasfiye bakiyesinde) üstün haklar sağlayan paylara, imtiyazlı paylar denir²⁸⁸.

Gene çok yaygın olan bir diğer tanıma göre, anonim şirkette oy, kâr ve tasfiye payı gibi hususlarda diğer paylara oranla üstün ve/veya ek haklar sağlayan paylara imtiyazlı paylar denilir²⁸⁹.

Doktrinde yapılan bir diğer tanıma göre, imtiyazlı paylar, esas mukavelede öngörülen bir hüküm gereğince, paya bağlı ve esas sermayeye katılma oranına göre hak ilkesini bazı pay ya

²⁸⁸ **O. BRÄNDEL**, in Großkommentar zum Aktiengesetz bergündet von W. Gadow und E. Heinicken, 4., neubearbeitete Auflage, 2. Lieferung: §§ 1-14, Berlin – New York 1992, § 11 Rn. 7; **A. KRAFT**, in Köllner Komm.zum Aktiengesetz, Bd. 1, §§1-75, 2. Aufl., Köln – Berlin – München 1988, § 11 Rn. 13-14, 18; **U. ECKARDT**, intifa hakkı Kommentar zum Aktiengesetz von Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Bank-Archiv 1921, s. 513-515; **MEYER-LANDRUT**, in Großkommentar zum Aktiengesetz begründet von W. Gadow und E. Heinicken, 1. Band, 1. Halband, Berlin 1973, § 11 Anmerkung 3 vd; **JABORNEGG**, AktG § 11 Rn. 2 (*Kendigelen, Yönetimde İmtiyaz, s. 24 dpn. 83'den naklen*). Amerikan ve İngiliz hukuklarında da imtiyazlı payların esasen aynı şekilde tanımlandığı görülmektedir, bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 634; **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 178; **HAMILTON**, s. 302. Aynı yöndeki tanımlar için İsviçre Hukuku bakımından da bkz. **KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 22 dpn. 67'de** anılanlar.

²⁸⁹ **ARSLANLI**, Anonim Şirketler I, s. 151; **İMREGÜN**, Menfaat İhtilafları, s. 87; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 335; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, Konya 1995, s. 225.

da paylar için üstünlük tesis ederek bozan ve özel korunmadan yararlanan imkanı tanınan paylardır²⁹⁰.

Nihayet doktrinde²⁹¹ yapılan ve bizim de katıldığımız bir diğer tanıma göre ise, *imtiyazlı pay*, esas sözleşme ile, pay sahipliği haklarının içerik itibariyle bazı pay veya pay grupları lehine farklılaştırılması sonucu ortaya çıkan, aksi esas sözleşmede öngörülmedikçe müktesep hak kârakterini haiz olmayan, pay sahibi lehine korunması gereken bir menfaat teşkil eden farklılık ve üstünlüklerle donatılmış paylardır.

Görüldüğü üzere, bu son tanım kapsam olarak çok daha geniştir. Bunun temelinde, bizzat yazarın kendisinin isabetli bir şekilde belirttiği gibi²⁹², aslında imtiyazlı pay kavramının tanımlanmasında söz konusu kavrama ilişkin bütün verilere yer verilmesinin imkânsızlığı nedeni yatmaktadır.

İmtiyazlı pay kavramının temel niteliklerinin ve onlara hakim olan ilkelerin açıklanması, konun aydınlatılması bakımından imtiyazlı payın tanımından daha fazla yarar sağlamaktadır.

B. İMTİYAZLI PAYLARIN TEMEL NİTELİKLERİ

1. İmtiyaz Paya Bağlanmalıdır

İmtiyaz, pay sahibine değil, bizzat payın kendisine bağlanmalıdır. Bu, imtiyazlı pay kavramı bakımından olmazsa olmaz bir unsur niteliğini taşıyan ilkesel bir kuraldır. Bu sebeple de, pay sahibine veya belirli bir kişiye ya da makama tanınan haklar, anonim ortaklıklar hukuku alanında teknik anlamda kesinlikle bir imtiyaz olarak nitelendirilemez²⁹³.

²⁹⁰ **TEKİL**, Anonim Şirketler, s. 406; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 38.

²⁹¹ **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 45.

²⁹² **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 45.

²⁹³ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 786; **TEKİNALP**, “İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları

İmtiyaz paya tanındığına göre, paydan kaynaklanan diğer bütün pay sahipliği hakları gibi, ortak, imtiyaz konusundan da diğer pay sahiplerinden bağımsız olarak yararlanabilmektedir²⁹⁴.

Sempozyumu XIII (kısaca, Sempozyum XIII), s. 7 vd; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 87; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 20 vd; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 25-26; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 287; TEKİL, Anonim Şirketler, s. 406-407; ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, 8.baskı, Konya 2003, s. 292; ÇEKER, s. 64-65; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 634; CHARLESWORTH/MORSE, s. 178. Türk hukuk doktrindeki baskın görüş ve uygulama tarafından, imtiyazın doğrudan paya değil, belirli bir pay grubuna (grup imtiyazı) da tanınabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir imtiyaz anlayışı, “imtiyazın ancak paya tanınabileceği ilke”sine uymadığı gibi, imtiyazın (pay sahipliği hakkına tanınması halinde), anonim şirketler hukukunda ortaklık mevkiini ifade eden somut bir “pay”dan kaynaklanan ortaksal hak (pay sahipliği hakkı) olma niteliğine de terstir. Zira bu durumda belirli bir paya sahip olma, “grup imtiyazı” denilen haktan (payın sağladığı diğer bütün ortaksal haklardan ve bu arada diğer her türlü imtiyazlardan farklı olarak) kişisel olarak yararlanma için yeterli değildir. Bundan dolayı olsa gerek ki, böyle bir imtiyaz türü zaten hiçbir hukuk sisteminde yasal düzenlemelere konu edilmemiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 211 vd.

²⁹⁴ Ancak şirket organlarında temsil edilme hakkında bazı grup paylar lehine ana sözleşmede üstünlük tanınması halinde, Türk doktrininde ve uygulamasında, genelde söz konusu pay grubu lehine “grup imtiyazı” şeklinde ifade edilen bir imtiyazın olacağı ve bu durumun imtiyazın “pay”a bağlı olabileceği ilkesine bir istisna teşkil ettiği kabul edilmektedir (bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 787 ve orada gösterilen yargıtay kararları; TEKİL, Şirketler Hukuku, s. 516 dñn.100; TEOMAN, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaar, Kitap 5, s.130-131; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 127-128; ÇEKER, s. 69 vd ve orada dñn. 92-95 ve 98’de belirtilen Yargıtay kararları). Kendigelen, haklı olarak bu durumda imtiyazın söz konusu olmadığını ve hiçbir hukuk sisteminde de bu tür bir hakkın imtiyaz olarak nitelendirilmediğini belirtmektedir (bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 246-248). Kendigelen, söz konusu durumda, üstünlük tanınan pay grubu lehine ana sözleşmeye dayalı müktesep hak tanındığını ve bunun da “özel grup hakkı” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. a.g.e, s. 241).

Dolayısıyla da şirket genel kurulunda başkanın üstün oya sahip olması, belirli bir kişiye genel kurul kararını veto etme hakkının tanınması (bu tür hakları öngören esas mukavele hükümlerinin geçerliliği tartışmalıdır²⁹⁵) ya da sırf kurucuların

Kanaatimizce de, anonim ortaklık ana sözleşmesinde belirli pay grubu lehine böyle bir üstünlük tanınması durumunda teknik anlamda imtiyazdar söz edilmemelidir. Zira ana sözleşme ile belirli pay grubu lehine tanınan şirket organlarında üstünlük tanınması halinde, söz konusu üstünlükten, bu gruba ait olan her bir pay, diğerlerinden bağımsız olarak yararlanamamaktadır. Çünkü bu durumda, esas mukavele ile üstünlük, teker teker paylara değil, bir bütün olarak grubun tamamına tanınmış bulunmaktadır. Bunun da imtiyaz kavramının temelinde yatan, bir payın diğerlerine oranla belirli bir konuda üstünlük olduğu şeklindeki anlamı ile bağdaşmadığı açıktır. Böyle bir hakkın temelinin ne olduğu sorusuna gelince ise, bilindiği üzere özel hukukta ve özellikle de mukaveleler hukukunda tarafların irade serbestisi ilkesi geçerlidir ve bu ilkeye ancak kamu düzeni, genel ahlak ve şahsiyetin korunması amacıyla ve zaruri olan hallerde istisna getirilmektedir (genel anlamda bkz. OĞUZMAN, Temel Kavramlar, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 61). Dolayısıyla da bir konuda taraf iradelerine kanuni bir sınırlama getirilmediği sürece, mukavele hükümlerine ilişkin tarafların irade serbestinin olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda anonim ortaklık ana sözleşmesi ile belirli bir pay grubu lehine hak tanınmasını engelleyen emredici bir hükmün olup olmadığını araştırmak gerekir, yoksa, buna imkân veren bir hükmün bulunup bulunmadığını değil. Sonuç olarak, Türk hukukunda böyle bir sınırlayıcı hüküm bulunmadığından, Kendigelen'nin görüşünü yerinde bulmaktayız. Bu görüşün son bir değerlendirmede, müktesep hakların ancak pay sahipliği haklarına tanınabileceği şeklindeki nazari bir kural açısından tereddüt doğurabileceği akla gelebilirse de, gruba tanınan üstünlüğün imtiyaz olarak kabulünün, nazari temel ve anonim ortaklıkların işleyiş sistemi bakımından daha sakıncalı olduğu da gözardı edilmemelidir.

²⁹⁵ Bu şekilde ana sözleşme hükümlerinin geçerliliği yönünde bkz. ARSLANLI, Anonim Şirketler, C. II, s. 118; KARAYALÇIN, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Başkanın Üstün Oyu, Batider, C. V, S. 3, s. 520, 529-530; TEKİNALP, Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olmayacağı Sorunu, İkt.Mal., C. XVIII, S. 8, s. 301 vd; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 257. Aksi yönde bkz. H. ÜLGEN, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanın Üstün Oyu, Batider C. VI, S. 4, s. 682-685; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.702; ÇEKER, s. 68.

şahsına tanınan malvarlığına yönelik hakların (örneğin kurucular lehine kurucu intifa senetlerinin öngörülmesi gibi) imtiyaz olarak kabulü mümkün değildir.

2. İmtiyaz, Payların Bir Kısımına (Diğerlerine Oranla) Üstünlük Tanınarak Oluşturulabilir

Anonim ortaklık tarafından çıkarılmış payların bir kısmına, diğerlerine oranla bir üstünlük, bir imtiyaz tanınıp tanınmadığının tespitinde, şüphesiz ki, gene bizzat söz konusu payların kendisi esas alınmaktadır. Ancak burada doğal olarak, bir üstünlüğün, farklılaşmanın ve dolayısıyla da imtiyazın olup olmadığının tespitinde, ölçütün ne olması gerektiği sorusu ile karşılaşmaktayız.

Konu ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, hemen baştan belirtelim ki, sırf payların ihraç tarihleri ya da dönemleri itibariyle farklı gruplara ayrılması veya pay için ihraç edilen hisse senetlerinin türü (hamiline veya muayyen bir şahsın adına yazılı olma) yahut pay bedellerine mahsuben yapılan ödemelerdeki farklılıklar, pay bedeli karşılığının nakit ya da nakitten başkaca sermaye olması şeklindeki veya payın ihraç değerleri arasındaki ve sair bu kabilden olan farklılıklar, tek başına ne (özel bir korunmaya tabi tutulan) özel kategori pay olarak nitelendirme, ne de imtiyazlı pay olarak nitelendirme bakımından doğal olarak yeterli değildir²⁹⁶. Zira bu tür haller, bir kısım payların diğerlerine oranla belirli bir konuda üstünlüğüne neden olamamaktadır.

²⁹⁶ Aynı yönde bkz. **ARSLANLI**, Anonim Şirketler, C. I, s. 153-154; **TEKİL**, Anonim Şirketler, s. 406; **TEKİL**, Şirketler Hukuku, s. 513-514; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 335; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 14-15; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 32-33. Ayrıca aynı yönde Alman doktrini için bkz. *Kendigelen*, Yönetimde İmtiyaz, s. 33 dñn. 130'da anılanlar.

İmtiyazın olup olmadığının tespitinde, ölçütün ne olması gerektiği hususuna gelince, doktrinde baskın görüş²⁹⁷, bir pay grubunun diğer pay grubuna nazaran farklı haklara sahip bulunmasını ölçüt olarak kabul etmektedir. Bir diğer görüş göre ise, “diğer paylara nazaran” ölçütü ile birlikte “kanuna nazaran” üstünlüğün de ölçüt olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir²⁹⁸. Fakat bu görüş doktrinde “kanuna nazaran üstünlük” ölçütünün kâr payı ve tasfiye bakiyesi gibi oy hakkı dışında kalan diğer pay sahipliğine ilişkin konularda kullanılmasının mümkün olmayacağı ve kaldı ki, paylar arasında bir farklılık olmadığı sürece imtiyazın da olmayacağı gerekçesiyle kabul edilmemiş ve hatta bazı yazarlarca keskin bir dille eleştirilmiştir²⁹⁹.

Nihayet bir diğer görüşe göre³⁰⁰, imtiyazlı payın ya da payların olup olmadığını, anonim ortaklıklar tarafında çıkarılan paylarda “sermayeye göre hak ilkesi”nden ayrılığın ayrıldığına bakmak suretiyle tespit etmek mümkündür. Yani imtiyazın belirlenmesinde ölçüt, sermayeye göre hak ilkesinden ayrılmış değildir. Bu görüş uyarınca, sermayeye göre hak ilkesinden ayrılmadığı sürece imtiyazlı paydan söz etmek mümkün değildir.

²⁹⁷ JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 634; CHARLESWORTH/MORSE, s. 178; F.H. EASTERBROOK/D.R. FİSCHEL, “The Corporate Contract”, in: Beckbuk(ed), *Corporate Law and Economic Analysis*, 1991, s. 180; MOROĞLU, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara 1996, Tartışmalar, s. 24-25 ve yukarıda dñn. 289’da anılanlar.

²⁹⁸ TEKİNALP, Sempozyum XIII, s. 6-7.

²⁹⁹ Görüşün eleştirisi için bkz. TEOMAN, “Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?”, *Batider*, C. 18, S. 3, s. 1-6; KENDİGELEN, *Yönetimde İmtiyaz*, s. 30-32.

³⁰⁰ TEKİL, *Anonim Şirketler*, s. 406; KENDİGELEN, *Yönetimde İmtiyaz*, s. 29-30.

Kanaatimizce de, imtiyazlı payların olup olmadığını belirlemede “diğer paylara nazaran” ölçütü esas alınmalıdır. Zira imtiyaz, genel olarak payın sağladığı haklarda bir üstünlüğü temin etme anlamında kullanılmaktadır ve bu husus doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir. Bu bakımdan bir anonim şirket tarafından çıkarılan paylar arasında belirli bir konuda bir kısım paylar lehine üstünlük tanınmamışsa, o zaman söz konusu paylardan hiçbiri imtiyazlı pay vasfını haiz değildirler. Bu bağlamda, anonim ortaklık tarafından çıkarılan paylarla ilgili olarak “sermayeye göre hak ilkesi”nden ayrılma durumunda her zaman için imtiyazlı payın söz konusu olacağı kesindir. Ama ne var ki, “sermayeye göre hak ilkesi”nden ayrılma söz konusu olmadığı halde, bir kısım payların belirli bir konuda diğerlerine oranla üstün konumda, diğer bir ifade ile imtiyazlı olması mümkündür. Gerçekten, örneğin, kârdan öncelikle yararlanma, bir üstünlük ve dolayısıyla da bir imtiyaz olduğu halde, bunun sermayeye katılımla oransallık ilkesinden ayrılma olarak nitelendirmek güçtür. Çünkü, sermayeye katılma oranında kâra öncelikle iştirak edilecek diye bir kural yok ki, belirli bazı paylara kâra öncelikle iştirak hakkı tanındığında, sermayeye katılma oranında hak ilkesi de ihlal edilmiş olsun.

Burada özel olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, üstünlüğün ya da imtiyazın ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gereğidir. Bir görüşe göre³⁰¹, imtiyaz ancak üstün haklar tanınarak oluşturulabileceğinden, bazı paylara diğerlerinden farklı yükümlerin bağlanması, yükümsüz olan payların imtiyazlı sayılmasına neden olamaz. Yani, payın imtiyazlı olarak nitelendirilebilmesi, ancak üstünlüğün paydan kaynaklanan haklara ilişkin olması, diğer bir ifade ile, paylar arasındaki haklar açısından farklılıktan kaynaklanıyor olması

³⁰¹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 785; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 33.

gerekir. Buna göre de bir kısım paylara üstün haklar tanınara değil de, sadece diğer paylara oranla daha az yükümlenilmesi veya hiç yükümlenilmemesi suretiyle imtiyaz tanınması mümkün değildir.

Diğer bir grup yazarlar tarafından ise, tali yükümlülüklerde farklılığın, paylar arasında haklar açısından farklılık oluşturup oluşturmayacağına değinilmemekle birlikte, imtiyazı neden olabileceği belirtilmektedir³⁰². Şöyle ki, bu durumda yükümsüz olan paylar yükümlü olan paylara, az yükümlü olanlar ise, daha fazla yükümlü olanlara nazaran imtiyazlıdır. Zira imtiyazın varlığı için belirli bir pay veya pay grubu lehine ayrıcalığın, üstünlüğün tanınmış olması zaruri ve yeterlidir.

Kendigelen, imtiyaz ancak paylara üstün haklar tanınarak oluşturulabilir ve bu nedenle tali yükümlülüklerde farklılık imtiyazı neden olamaz şeklindeki görüşünü şu gerekçelerle savunmaktadır³⁰³:

- Bir kısım payların diğerlerine oranla yükümsüz veya az yükümlü olması halinde imtiyazlı sayılmasının ileri sürülmesi, Alman hukukunun etkisiyledir. Oysa, Alman hukukunda imtiyazlı pay ile özel kategorili pay aynı anlama gelmemektedir. Bu durumun farkına varılmadığına göre de, Türk hukuku bakımından yanılğıya düşülmektedir. Zira “*imtiyaz haklarından*” söz eden TTK. m. 401’de, açıkça özel kategori pay yerine, imtiyaz kavramı tercih edilmiştir. Böylece, bir kısım payların diğerlerine oranla yükümsüz veya az yükümlü olması halinde imtiyazlı sayılmasının ileri sürülmesi, imtiyaz kavramının

³⁰² KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 136-137 ve orada dñn. 50’de anılanlar.

³⁰³ BKz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 34 ve orada dñn. 139.

anlamına aykırı olduğu gibi, Türk kanun koyucusunun iradesine de aykırıdır.

- Kaldı ki, söz konusu durumda imtiyazın varlığı kabul edilecek olursa, tali yükümlülük taşımayan pay grubunun, hiçbir şekilde etkilenmemesine rağmen TTK. m. 391 gereğince sermaye artırımlarını onaylaması şartı aranacaktır ki, bunun tali yükümlülük taşıyan pay sahipleri açısından anlamlandırılması oldukça güçtür.

Kanaatimizce, “imtiyaz ancak paylara ilave haklar tanıyarak oluşturulabilir” şeklindeki görüş, yerinde olmadığı gibi, yazarın bu görüşe ilişkin gerekçeleri de yerinde değildir. Zira bir kere, yazarın ısrarla, Alman hukukunda imtiyazlı pay kavramı ile özel kategori pay kavramının farklı anlamlara geldiği yönündeki iddiası³⁰⁴ gerçeği yansıtmamaktadır.

Gerçekten, POK § 11 de, “Paylar, özellikle kârın ve ortaklık malvarlığının dağıtımında olmak üzere farklı haklar bahşedebilirler. Aynı hakları içeren paylar bir kategori oluştururlar” denilmektedir. Alman doktrini ile birlikte bizzat yazarın kendisi tarafından da (anılan kanun hükmünde her ne kadar haklardan söz edilmişse de) payın yüklediği borçlardaki farklılıkların kategori ayırımına gerekçe olabileceği kabul edilmektedir³⁰⁵. Keza, Alman hukukunda özel kategori paylar içerisinde hiçbir ayrıma gidilmeden³⁰⁶, bir bütün olarak, her nevi özel kategorili payları kapsayan özel koruyucu (tıpkı Türk hukukunda “imtiyazlı pay” diye ifade olunan payların – özel

³⁰⁴ Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 23-24, 33 ve orada dñn. 135, 34 ve orada dñn. 139.

³⁰⁵ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 23 ve orada dñn. 74’de anılanlar.

³⁰⁶ Sadece oydan yoksun imtiyazlı paylara ilişkin ek bazı özel korunma öngörülmektedir (POK § 141 ve 204/2) ki, bu da söz konusu payların imtiyaz dışı özel niteliğinden ileri gelmektedir.

kurul ve onay şartı öngörülmele - korunmasına yönelik hükümler şeklinde) hükümler (POK § 179/3; 182/2; 222/138) öngörülmüştür. Bu bağlamda, Alman hukukunda özel kategori pay, haddizatında imtiyazlı paydan başkaca bir şey değildir. Zira, her türlü özel kategorili pay, aynı zamanda imtiyazlı anlamına geldiğinden ki, Alman yasa koyucusu tarafından özel korunmaya gerek görülmüştür. Şayet, imtiyaz olmasaydı, korunacak menfaat de olmayacaktı ve dolayısıyla da Özel korunmaya da gerek kalmazdı . Korunacak bir menfaat var ki, bir üstünlük vardır ki, özel koruyucu hükümlere ihtiyaç duyulmuştur (aksi halde, özel koruyucu hükümlerin hiçbir işlevi ve dolayısıyla da anlamı kalmazdı). Madem ki, korunacak bir menfaat veya üstünlük var ve bunlar tıpkı imtiyazlı payla gibi kanunun açık hükmü gereğince korunmaktadırlar, o zaman bunların imtiyazlı paylar olduğunu kabul etmek gerekir. Farklı bir şekilde nitelendirmenin hiçbir pratik yararı bulunmadığı gibi, hukuki temeli de bulunmamaktadır.

Bundan başka, bir kısım payların diğerlerine oranlı yükümsüz veya az yükümlü olması halinde imtiyazlı sayılacağına ilişkin görüşün, imtiyaz kavramının anlamına aykırı olduğu yönündeki gerekçesi de gerçeği yansıtmamaktadır. Gerçekten, arapça kökenli bir kelime olan “imtiyaz” sözcüğü, “başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık”³⁰⁷, “başkalarına tanınandan fazla hak ve imkân tanıma, istisna, fark, üstünlük”³⁰⁸ anlamlarını taşımaktadır.

Şimdi tali yükümlülük³⁰⁹ ile yüklenmiş paylar ile yüklenmemiş veya daha az yüküm yüklenmiş paylar arasında

³⁰⁷ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998, s. 1078.

³⁰⁸ D. M. DOĞAN, Büyük Türkçe Sözlük, 4.baskı, Ankara 1986, s. 525.

³⁰⁹ Anonim ortaklık esas sözleşmesinde bazı (veya bütün pay sahiplerinin eşit ya da farklı oranda) pay sahipleri bakımından konusu para olmayan, dönemsel edimleri yerine getirmek zorunluluğu öngörülebilir. Bu şekilde

hemen yukarıda imtiyaz açısından ifade edilen “farklılık” oluşmakta ve bu farklılık sayesinde bazı paylar lehine bir “üstünlüğün” olduğu açıktır. Gerçekten, örneğin, iştilal konusu şeker üretimi olan bir anonim şirkette ortaklık esas mukavelesi ile A grubuna dahil paylara her yıl hasat döneminde pay başına 50 kg şeker pancarı, B grubuna dahil olan her bir paya 100 kg şeker pancarının getirilmesine yönelik yüküm öngörüldüğü halde, C grubu paylara yönelik herhangi bir yüküm öngörülmemiş olduğunu (yani C grubu payların böyle bir yükümlülüğten muaf tutulduğunu) düşünelim. Bu durumda C grubu paylar, A ve B grubu paylara, A grubu paylar da B grubu paylara oranla daha elverişli ve üstün konumda olduğu açıktır (bu durumda kimse normal ve eşit şartlar altında, doğal olarak, C grubu payı değil de, A veya B grubu payları tercih etmez). İşte, bu ayrıcalık ve üstünlüğe de imtiyaz denilir. Zira belirli bir grup payın imtiyazlı sayılabilmesi için, onların, kanunda öngörülenden fazla hak içermesi değil, ilişkin bulunduğu anonim şirket tarafından çıkarılmış diğerler paylara oranla üstünlük taşınması zaruri ve yeterlidir. Nitekim yazarın kendisi de bunu kesin bir dille ifade etmektedir³¹⁰. Buna göredir ki, her zaman anonim ortaklıklar hukukunda imtiyaz kavramı, anlam olarak, hemen bütün hukuk sistemlerinde, aynı konumda olması gereken payların bir kısmına, **diğerlerine oranla üstünlük tanınması** şeklinde kabul edilmektedir³¹¹.

Dolayısıyla da sonuç olarak, aslında bu şekilde tali yüküm bakımından bazı payların üstün durumda olması

sermaye yükümünden bağımsız yükümlülüklerle tali yükümlülük denilmektedir. Tali yükümlülük ile ilgili geniş açıklama için bkz. T.M. BİRSEL, “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, Batider, C. VIII, S. 3, s. 41 vd. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1075 vd; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 289-290.

³¹⁰ Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 25.

³¹¹ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 25 ve orada dpn. 89’da anılanlar.

halinde, bunun imtiyaz olarak nitelendirilmemesi, imtiyaz kavramının anlamına aykırılık teşkil eder.

Kaldı ki, *Tekinalp* ile birlikte *Kendigelen*'nin, tali yükümlülüklerde farklılığın imtiyazların oluşmasına neden olmayacağı şeklindeki görüşlerini gerekçelendirirken, bu durumda payların sağladığı haklar arasında bir farklılık olmayacağı yönündeki bir gerekçeye dayanmaları³¹² de kanaatimizce isabetli olmamıştır. Çünkü, tali yükümlülüklerde farklılık, zaten paylar arasında haklar açısından bir farklılığı neden olmaktadır. Yazarların tali yükümlülüklerde farklılığı imtiyaza neden olmayacağı şeklinde görüş ileri sürmelerinin sebep, hak kavramını, ele alınan konu bakımından, sadece mal varlığının aktifinin artmasına neden olan bir menfaat olarak telakki etmeleridir. Oysa ki, içerik itibarıyla hukuken korunur bir menfaat olan hak, sahibinin mal varlığına sağlamış olduğu menfaat açısından, aktifin değerinin artması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin azalmasının önlenmesi şeklinde de tezahür edebilir. Durumu yukarıdaki örnek üzerindeki açıklamaya çalışacak olursak: adı geçen yazarlar, A ve B grubu paylara farklı oranda yüküm bağlandığı halde, C grubu paylara ise yüküm bağlanmamakla, C grubu paylara herhangi bir hak tanınmış olmaz demektedirler. Görüldüğü üzere, sorun yükümlendirilmeyen pay veya paylara, bu durumda bir hak tanınmış olup olmadığı noktasındadır. Çünkü, bu durumda C grubu paylara sahip olan ortaklar, her pay için A ve B grubu paylarla karşılaştırıldığında 50 veya 100 kg şeker pancarı vermeden muaf tutulmuştur, tıpkı aynı konuda ticari faaliyetlerde bulunanlardan birinin, diğerlerinden farklı olarak hiç vergilendirilmemesi veya daha az vergiye tabi tutulması ya da bir öğrenciden, diğerlerinden farklı olarak harçlık parasının alınmaması veya daha az alınmasında olduğu gibi. Dolayısıyla

³¹² Bkz. *TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU*, N. 785; *KENDİGELEN*, *Yönetimde İmtiyaz*, s. 33.

da, bu durumda sorunun cevabı, söz konusu yükümden muaf tutulmanın, yükümsüz payların sahipleri açısından bir hak olarak nitelendirilip nitelendirilmemesine bağlıdır. Hak, hukuken korunan menfaat olduğuna göre, kanaatimizce bu durumda yükümsüz ya da daha az yükümlü pay sahipleri açısından aslında bir hak söz konusudur. Çünkü, ortada malvarlığına yönelik bir menfaatin olduğu kesindir. Bu menfaat, malvarlığına yapmış olduğu tesir bakımından malvarlığının azalmasının önlenmesine yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, içerik itibariyle hukuken korunan bir menfaat olarak hak, sahibinin malvarlığına sağlamış olduğu menfaat açısından, aktifin değerinin artması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin azalmasının önlenmesine yarayan bir menfaat şeklinde de olabilir. Buna göre de, tali yükümlerde farklılığın paylar arasında haklar açısından bir farklılaşmaya neden olmayacağı yönündeki görüşe katılmıyoruz³¹³.

Nihayet, yazarın TTK. m. 391'de, yapılacak sermaye artırımında tali yükümlülük taşımayan pay grubunun hiçbir şekilde etkilenmemesine rağmen sermaye artırımını kararını onaylaması şartının aranmasının bir anlamı olmayacağından hareketle tali yükümlerde imtiyazı ret etmesi de kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü bir kere, TTK. m. 391'de, imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatleri haleldar olmasa bile, her halükârda

³¹³ Hiçbir ayırım gözetilmeden her türlü ortaklık paylarının satılması halinde diğer pay sahiplerinin öncelikli satın alma haklarının tanınması halinde, pay sahipleri açısından imtiyaz değil, devir güçlüğü'nün öngörülmüş olacağından şüphe edilemezse de (KARAYALÇIN, Meseleler ve Görüşler II, s. 111; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 33), ortaklık ana sözleşmesinde, bir grup paylara, diğer ortaklık paylarının satılması durumunda öncelikle satın alma hakkının tanınması halinde, öncelikli alım hakkının tanındığı payların imtiyazlı sayılacağı açıktır. Zira bu durumda, öncelikli alım hakkının tanındığı paylar lehine (bu tür paylar dışında kalan) diğer pay gruplarına ana sözleşme ile bağlam getirildiğinden, imtiyazın tanınmasına ilişkin bütün kanuni ve ilkesel şartlar gerçekleşmiş olacaktır.

sermaye artırımı kararını onaması şartını öngörmekle³¹⁴, aynı türden sakıncayı her türlü imtiyazlar bakımından taşımaktadır sadece tali yükümlüde imtiyazlı paylar bakımından değil³¹⁵ Kaldı ki, bir anlığa söz konusu sakıncanın sadece bu tür bir imtiyazlı paylar açısından geçerli olduğunu farz edecekl olursak, gene de sırf bu durumun varlığı, imtiyaz kavramının anlamını değiştirmeye neden olamaz.

3. İmtiyazların Ana Sözleşmede Öngörülmesi Zorunluluğu

Anonim ortaklıklar hukukunda imtiyazlı paylar bakımından ilke niteliğindeki bu şart, genelde her zaman aranmaktadır³¹⁶. Bunun nedeni, anonim ortaklık tüzel kişiliğinin ve onun temel düzenini oluşturan, anonim ortaklığın pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ve pay sahiplerinin birbirleri ile ortak sıfatıyla olan ilişkilerini düzenleyen ve bu özellikler dolayısıyla anonim ortaklığın anayasası sayılan³¹⁷ şirket esas

³¹⁴ Benzer mahiyette bir hüküm, Alman POK § 182’de de öngörülmektedir.

³¹⁵ Menfaatleri hiçbir şekilde etkilenmediği halde her türlü imtiyazlı pay sahipleri bakımından ayrıca onay şartının aranması, doktrinde haklı olarak şiddetle eleştirilmektedir, bkz. KARAYALÇIN, “Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu” (bundan sonra kısaca, İmtiyazlı Pay Sahipleri), Sempozyum X, s. 86 vd.

³¹⁶ Az.MK. m. 102’de “anonim şirketin çıkardığı payların kategorileri”nin anasözleşmede gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmekle, bu husus dolaylı bir şekilde ifade edilmiş bulunmaktadır. Çeşitli ülke hukuklarından örnek vermek gerekirse, ABD hukuku bakımından bkz. KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 357; HAMILTON, s. 301-302; İMREGÜN, Amerikan, s. 70; İngiliz Hukuku bakımından bkz. CA. sec. 128; CHARLESWORTH/MORSE, s. 178; Alman hukuku bakımından bkz. POK § 23; Fransız hukuku bakımından bkz. Fr.ŞK. m. 175; İsviçre hukuku bakımından bkz. İsv.BK.m. 654.

³¹⁷ Von STEIGER (Çev. Çağa T.), İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 36; MOROĞLU, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği” (kısaca, Anasözleşme ve Hukuki Niteliği) Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, s. 515; M. BAHTİYAR, “Anonim Ortaklık

mukavelesinin, haddizatında (özel hukuka tabi anonim şirketlerde) bir özel hukuk mukavelesi olmasıdır³¹⁸. Bilindiği üzere, özel hukukta tarafların eşitliği ve irade serbestisi ilkesi geçerlidir³¹⁹. Tarafların eşitliği ilkesi gereğince, özel hukukta kimse tek taraflı olarak sırf kendi iradesine dayanmak suretiyle başkasını borç altına sokamayacağı gibi, onun sorumluluğunun kapsamını artıramaz da. Keza bunun özgürlük ilkesi bakımından anlamı, bir kimse ancak kendi iradesi ile (özellikle de mukaveleden doğan) borç altına girebileceği ve mukavele hükümlerine tâbi olabileceği şeklindedir.

Şimdi, anonim ortaklık anayasası sayılan ortaklık ana sözleşmesi, son neticede niteliği itibariyle bir özel hukuk mukavelesi olduğu için, paylar arasında farklılık oluşturmakla pay sahipleri arasında bazılarına üstünlük sağlanması, ancak mukavele taraflarının, yani pay sahiplerinin (şirket ortaklarının) rızası ile mümkün olabilmektedir. Hukuken eşit sayılan taraflar arasında irade özgürlüğü çerçevesinde bağlanmış bulunan bir özel hukuk mukavelesinde doğal olan, payların eşit işleme³²⁰ tabi olmasıdır. Ancak mukavele tarafları

Anasözleşmesi”, (kısaca, Anasözleşme) İstanbul 2001, s. 9 ve orada dnp.14-16’da anılanlar.

³¹⁸ **MOROĞLU**, Anasözleşme ve Hukuki Niteliği, s. 522; **BAHTİYAR**, Anasözleşme, s. 7 vd.

³¹⁹ Bu ilkeler, açıkça Az.MK. m. 6’da kanun hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu ilkeler ile ilgili açıklamalar için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 59-60 ve 362 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 18-19.

³²⁰ Eşit işlem ilkesi ile, bütün payların maliklerine sağladıkları hakların ve borçların aynı olması anlamı değil, aynı şartlar altında bulunan pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması anlamı kast edilmektedir. Doktrinde, özellikle *Tekinalp* (bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 788) ve sonuç itibariyle *Karahan* (bkz. **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 44), imtiyazlı olan ve olmayan payların varlığı halinde *şartlarda eşitliğin olmadığı*, buna göre de, anonim ortaklıklar hukukunda imtiyazlı paylara yer verilmesi ile, eşit işlem ilkesi değil (çünkü imtiyazlı paylar arasında da eşit

irade özgürlüğü çerçevesinde kendi aralarında anlaşarak mukavelede eşit olmayan hak ve borç dağılımına neden olan şart veya şartlar öngörebilirler. Fakat bu, ancak mukave taraflarının söz konusu hususta anlaşmış oldukları taktirc mümkündür. İşte bu yüzden, bazı payların diğerlerine oranı

işlem ilkesi aynen geçerliliğini sürdürür), payların eşitliği ilkesinin te edilmiş olduğunu ileri sürmektedir.

Yazarların bu görüşlerine katılmıyoruz. Çünkü, bir kere, imtiyazlı payla daha çok eşit şartlar altında bulunan paylardan bir kısmına diğerlerine oran üstünlük tanınması (örn. A grubu payların nominal değeri 10 mln TL, grubu payların da nominal değeri 10 mln. TL olmasına rağmen, A grub paylar, B grubuna nazaran kâr payına daha yüksek oranda iştirak hakkı vey öncelikle iştirak hakkı sağlaması) suretiyle oluşturulmaktadır (oysa k yazar, “imtiyazlı olan ve olmayan payların varlığı halinde şartlarda eşitli yok demektir” açıklamasında bulunmaktadır). Kaldı ki, eğer eşitlik yazarı ifade ettiği şekilde anlaşılacak olursa, imtiyazlı payların varlığından dah çok, payların itibari değerinin farklı olmasının kabulü, eşitlik ilkesini bertara eden bir neden olarak karşımıza çıkar. Çünkü itibari değer farklılıklar sonuçta payların farklı olmasına, yani eşit olmamasına neden olmaktadır.

İkincisi, bir yerde herhangi bir konu ile ilgili bir ilkeye sınırlama getirilmesi, o ilkenin her yerde ve bütünüyle sınırlandırdığı veya ortadaı kaldırıldığı anlamına da gelmemektedir. Dolayısıyla da yazarların görüşlerine gerekçe olarak ileri sürdükleri imtiyazlı payların kendi içerisinde eşit işlem ilkesinin devam edecek olması gerçeği, bazı paylara imtiyaz tanınması halinde eşit işlem ilkesine istisna getirilmediği anlamına da gelmemektedir.

Sonuç olarak imtiyazlı paylara yer verilmesi, anonim ortaklıklar hukukunda eşit işlem ilkesine getirilmiş olan bir istisnadır. Gerçekten, kavram olarak eşitlik, eşit şartlar altında olanlar bakımından hak ve borçlarda eşitliği ifade eder, yoksa şartlarda eşitlik olmadığı halde, haklarda ve borçlarda eşitlik söz konusu olursa, bu zaten eşitsizliğin ta kendisi demek olacaktır. Zira eşit olmayanlara eşit muamele yapılması eşitsizliktir. Buna örnek vermek gerekirse, A grubu payların her birinin nominal değeri 50 mln TL, B grubu payların her birinin nominal değeri 1 mln TL olduğu halde, sahiplerine eşit oranda oy ve kâr payı sağlayacak olursa, A ve B grubu paylar arasında eşitlik değil, eşitsizlik söz konusu olacak ve buna göre de B grubu paylar, A grubu paylara oranla imtiyazlı sayılacak.

üstünlük sağlaması, ancak ortaklık ana sözleşmesinin tarafları sayılan ortakların bu hususta anlaşmaya varmış olmaları şartına bağlıdır. Bunun kuruluşta ilk ana sözleşmeği imzalayan kurucular bakımından anlamak kolaysa da, sonradan payı devralarak ortaklığa katılan yeni pay sahibi ortaklar açısından kabulü kuşkuya neden olabilir. Fakat anonim ortaklık ana sözleşmesi katılıma açık bir mukavele niteliğinde³²¹ olduğundan, devralan yeni pay sahipleri, devir konusu payların ilişkin bulunduğu anonim şirkete ortak olmak suretiyle aslında ana sözleşme şartlarını ve onun öngördüğü düzeni kabul ederek ona (ana sözleşmeye) katılmaktadırlar. Yani bu şekilde yeni pay sahipleri de, anonim ortaklık tarafından çıkarılmış olan paylar arasındaki eşitsizliğe rıza göstermiş sayılırlar.

Ana sözleşmede, belirli bazı payların sadece imtiyazlı olduğunun öngörülmüş olması, söz konusu payların imtiyazlı sayılabilmesi bakımından yeterli değildir. Zira, imtiyazlı payların varlığının kabulü için, ana sözleşmede en azından imtiyaz konusuna ilişkin açık ve hiçbir tereddüde yere vermeyen bir düzenlemenin olması zorunludur³²². Yani imtiyazın varlığı ve konusu yorum yolu ile belirlenemez³²³. Fakat imtiyazın kapsamı yorum yolu ile belirlenebilir³²⁴.

4. İmtiyazların Özel Olarak Korunması

İmtiyazın tanınması ile yakından ilgili olan ve bu müessesenin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden, paylara ilişkin

³²¹ **MOROĞLU**, Anasözleşme ve Hukuki Niteliği, s. 515; **BAHTİYAR**, Anasözleşme, s. 11 ve orada dpn. 25'de anılanlar.

³²² **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 784; **AYTAÇ**, Hisse Senetleri, s. 88; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 25-26; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 36.

³²³ **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 25-26; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 36.

³²⁴ **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 36.

imtiyazların özel korunması hususu, imtiyazlı payların temel nitelikleri arasında yer almaktadır. Hatta bu bağlamda, hak olarak, paylara tanınan imtiyazların, özel korunmaya tabii tutulan pay sahipliği hakları olduğu ifade edilmektedir³²⁵.

“Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan bir menfaattir³²⁶”. Dolayısıyla da hukuken korunmayan bir menfaat, aslında gerçek anlamıyla bir hak olarak nitelendirilemez. Şimdi bu bağlamda imtiyazlı paylara bağlanmış olan bir üstünlük olduğu ve bu üstünlüğün de ilgili pay sahipleri açısından bir menfaat ve dolayısıyla da bir hak olduğu tartışmasız olan bir gerçekliktir. Ne var ki paylara tanınmış olan imtiyaz, korunmadan yoksun bırakılabilir olursa, payın imtiyazlı addedilmesinin fazla bir anlam olmayacak ve giderek hatta bunun bir hak olarak kabulü de tartışmalı hale gelecektir. Zira menfaat o zaman hakka dönüşür ki, o hukuken korunan bir menfaat statüsünü kazanmış olur. Buna göre de, dünyanın belli başlı hemen bütün hukuk sistemlerinde paylara tanınmış imtiyazlar özel korunma rejiminden yararlanmaktadır³²⁷. Söz konusu korunma rejimine ilişkin en yaygın bir şekilde kullanılan yöntem, şirket genel kurulunda ortaklık ana sözleşmesi değişikliğine ilişkin alınan karar, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte ise, bunun imtiyazlı pay sahiplerinin (eğer birden fazla imtiyazlı pay sahipleri grubu varsa, her birisi ayrı

³²⁵ **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 45; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 37 ve orada d.pn. 158’de anılanlar.

³²⁶ **OĞUZMAN**, Temel Kavramlar, s. 78; keza aynı yönde tanım için bkz. **A. ZEVKLİLER**, Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1995, s. 99.

³²⁷ Alman POK § 179, 182; Fr.ŞK.m. 152/3, 156/2; İtli.MK. m. 2376; İsv.Bk. m. 654; TTK. m. 389, 391; İng.CA. sec. 125/7; ABD hukuku bakımından bkz. Del.Gen.Corp. L. § 242(b)(4). Ayrıca imtiyazlı payların korunması ile ilgili geniş açıklama için bkz. **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 141 vd.

ayrılıkta toplanarak) ayrıca toplanarak nitelikli bir çoğunlukla alacakları bir kararla tasdik edilmesinin zorunlu olmasının öngörülmesi şeklindedir. Şayet genel kurul kararı, imtiyazlı pay sahipleri kurlunca onaylanmazsa, şirket genel kurul kararı uygulanamaz.

İleride ayrıca olarak ele alınacağı üzere, Azerbaycan mevzuatında henüz imtiyazlı payların fiilen korunmasına yarayacak herhangi bir etkili düzenleme bulunmamaktadır. Anonim ortaklıklarda imtiyaz müessesesinin temelini ve özünü zedeleyen bu eksikliğin biran önce giderilmesinin bir zaruret olduğu ortadadır.

Böylece, imtiyazlı pay kavramı genel bir şekilde açıklandıktan sonra, aşağıda “oy hakkında imtiyaz” ve “oydan yoksun imtiyazlı pay” konusu, özel olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

§ 10 OY HAKKINDA İMTİYAZ

I. OY HAKKINDA İMTİYAZIN TANINMASI NEDENLERİ

Oyda imtiyazlı paylar, esasen birinci dünya savaşından hemen sonraki dönemde önem kazanmaya başlamıştır. Zira oyda imtiyazlı payların ortaya çıkmasına ve anonim ortaklıklar hukukunda geniş bir şekilde uygulanmaya başlanmasına hem yasal olarak (1897 tarihli HGB § 252/1)³²⁸, hem de uygulama yönü ile öncüllük eden Almanya’da, oy hakkında imtiyazlı paylar, birinci dünya savaşından sonra işletmelerin şiddetle ihtiyaç duydukları sermayeyi temin etme bakımından önemli bir finansman aracı olarak kullanılmıştır. Şöyle ki, bir taraftan savaştan sonra bazı önemli görülen alanlarda faaliyet gösteren anonim ortaklıklarda yönetimin yabancıların eline geçmesinin önlenilmesi isteniyordu ve bununla da ülke ekonomisi

³²⁸ **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 71, dpn. 115.

bakımından büyük önem arz eden şirketlerin ticari sırlarının el geçirilmesinin, onların faaliyetlerinin durdurulması veya rekabet güçlerinin sınırlandırılması tehlikesi bertaraf edilmel isteniyordu. Fakat bunu açıkça yasal olarak yapmak mümkün değildi, çünkü Versay Antlaşmasına göre, Almanya yabancıların farklı muamele görmesine neden olacak yasa düzenlemeler yapamazdı. Diğer taraftan sermayeye şiddetli ihtiyaç duyan alman şirketlerinde, ortaklığı elinde bulunduranların, sermaye artırımına gidilmesi durumunda hakimiyetlerini koruyabilecekleri oranda yeni pay alma imkânları yoktu. İşte çözülmesi zorunlu olan bu tür sorunlar aşmak için oyda imtiyazlı paylar böyle bir durumda önemli bir finansman aracı olarak görülmeğe başlandı. Bunun sayesinde hem şirkete gerekli olan sermayenin getirilmesi, hem de şirkette mevcut çoğunluk ilişkilerinin korunmasını sağlanılması hedeflenilmekteydi³²⁹.

Fakat sonralar oy hakkında imtiyazlı payların, şirket çoğunluğu ve yönetimi tarafından ciddi bir şekilde kötüye kullanılması, Alman hukukunda bu tür payların sınırlandırılmasına ve hatta sonradan (1.5.1998 tarihinde yürürlüğe konulan “İşletmeler Alanındaki Kontrol ve Şeffaflığı İlişkin Kanun”la) bütünüyle yasaklanmasına neder olmuştur³³⁰.

Şimdi oy hakkında imtiyaz tanınmasının başlıca nedenlerini kısaca olarak aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- **Şirketin yabancılaşmaya karşı korunması.** Burada kastedilen, çıkarları şirketin çıkarları ile bağdaşmayan kimselerin, şirket paylarının

³²⁹ KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 9-10; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 72.

³³⁰ KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 10 ve orada d.pn. 30-32’de anılanlar; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 73-74 ve orada d.pn. 129-131’de anılanlar; BAUMS, s. 125.

edinerek şirket yönetimini ele geçirmelerinden şirketi korunmasını sağlamaktır. Doktrinde³³¹ *yabancılaşma* kavramı dış ve iç yabancılaşma olarak iki alt türe ayrılmaktadır: *dış yabancılaşma* ile şirketin ulusal kimliğinin (yani şirkette çoğunluğu ve dolayısıyla şirket yönetimini yabancı uyruklu kişilerin eline geçmesi suretiyle) değişmesi, *iç yabancılaşma* ile de, yerli, ancak çıkarları şirketin çıkarları ile bağdaşmayan kimseler tarafından şirket paylarını çoğunluk teşkil edecek ya da şirket yönetimini etkileyecek oranda elde edilmesi kastedilmektedir. Böylece, bazı paylara oyda imtiyaz tanımak suretiyle, sermayenin çoğunluğunu temsil eden diğer payların yabancılar tarafından alınması halinde, onların şirket yönetimini ele geçirme veya onu etkilime imkânları önlenilmiş olur. Zira oyda imtiyazlı paylar, sermaye çoğunluğunu temsil etmese de şirket yönetimini elde sağlamaya yetecek oranda oy sağlar.

- **Kamu yararının korunması.** Özellikle, özelleştirmeye konu olan ve genelde kamu hizmeti gören anonim şirketlerde sermaye çoğunluğu özelleştirme kapsamında devletin elinden çıkmış olmasına rağmen, söz konusu anonim şirketlerin yönetimini elinde bulundurmak için esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden paylara, şirket yönetimini sağlama imkânı tanınmaktadır ki, bu tür paylara “altın paylar” denilir.

- **Sermaye ihtiyacının karşılanması.** Anonim şirketlerin ihtiyaç duydukları sermayenin elde edilmesi amacıyla bazı paylara oyda imtiyaz

³³¹ PULAŞLI, Pay Senetleri, s. 117, 119; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 84-85; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 59 ve orada dpn. 52-53’de anılanlar.

tanımlamakla onları daha cazip hale getirilmesi ve bunun sayesinde daha yüksek değer üzerinden satılması yöntemini de kullanabilirler. Fakat tarihsel süreç içerisinde anonim şirketlerin oyda imtiyazlı paylardaki bu şekilde bir finansman aracı olarak kullanıldığını istisna olduğu³³², bunun nedeninin de oyda imtiyazlı payların sermaye ihtiyacının giderilmesi bakımından uygun bir araç olmadığı belirtilmektedir³³³.

II. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ

Oy hakkında imtiyaz oluşturulması için esasen iki yöntem kullanılmaktadır. Bunlardan biri, *anonim ortaklık paylarını eşit itibari değere malik olmalarına rağmen bunlardan bir kısmına diğerlerine oranla fazla oy hakkının tanınması*, ikincisi ise *farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanımakla itibari değeri düşük olanlar lehine oyda imtiyaz tanınması usulüdür*. Söz konusu yöntemler doktrinde çeşitli şekilde isimlendirilmektedir. Gerçekten, birinci yöntem (yani itibar değerleri eşit payların farklı oy sağlaması yöntemine) “açık imtiyaz”, “gerçek imtiyaz”, “doğrudan imtiyaz”, ikinci yöntem (yani farklı itibari paylara eşit oy hakkı tanınması usulüne) ise “örtülü” veya “gizli imtiyaz”, “oyda gizli imtiyaz”, “gerçek olmayan imtiyaz”, “dolaylı imtiyaz” ifadelerinin kullanıldığını görmekteyiz³³⁴.

³³² Bkz. A. KENDİGELEN, “İsviçre hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, Prof. Dr. O. İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 338.

³³³ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 68 ve orada dnp. 104’de anılanlar.

³³⁴ Kavramlarla ilgili olarak bkz. KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması s. 87 vd; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 287 dnp. 287; KARAYALÇIN İsv. A.Ş. Hukukunda Değişiklikler s. 14; ÇEKER, 48 vd; KENDİGELEN Yönetimde İmtiyaz, s. 100 dnp. 249-251’de anılanlar.

*Kendigelien*³³⁵ ise, her iki yöntemle tanınan imtiyazların ancak ana sözleşmede öngörölmeleri halinde mümkün olabileceği ve her iki halde de oy hakkında imtiyazın gerçek bir imtiyaz olacağı, dolayısıyla da yukarıda her iki yöntem bakımından ifade edilen terimlerin yerinde olmadığı, buna göre de, birinci yöntem bakımından “oy sayısında imtiyaz”, ikinci yöntem bakımından ise, “oy gücünde imtiyaz” ifadelerinin daha tutarlı olduğunu ileri sürmektedir.

Yöntemler arasında temelde hukuken bir fark bulunmadığı, zira her iki halde de ortada bir paya itibari değerine oranla üstün oy hakkının tanınması durumunun söz konusu olduğu ve hatta her ikisinin de aynı zamanda bir arda bulunmasının mümkün olduğunu (yani söz konusu yöntemlerin hangi şekilde ifade edilmesinin esasında fazla bir önem taşımadığını) burada belirtmekle birlikte, biz birinci yöntem bakımından “oy hakkında doğrudan imtiyaz”, ikinci yöntem bakımından ise, “dolaylı imtiyaz” ibarelerinin tercih edilmesinden yanayız. Çünkü, birinci yöntemde itibari değerleri eşit olan payların bir kısmına ana sözleşmede fazla oy hakkı tanınmakla imtiyaz doğrudan oluşturulmakta, ikinci yöntemde ise, bazı paylara itibari değerlerine orantılı oy hakkı tanınmamakla, daha doğrusu itibari değer farklılıklarından hareketle bazı paylar oy hakkında dolaylı bir usulle imtiyazlı hale getirilmektedir³³⁶.

Dolayısıyla da sonuç olarak, oyda imtiyaz hakkı payın itibari değerine oranla üstün oy hakkının tanınması suretiyle

³³⁵ **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 102.

³³⁶ *Kendigelien*'nin bu konudaki terminoloji ile ilgili yapmış olduğu eleştirilere aynen katılıyoruz, fakat “oy sayısında imtiyaz” ve “oy gücünde imtiyaz” ifadelerini tercih etmememizin nedeni, haddi zatında her iki yöntemde de bir kısım paylara itibari değerlerine oranla güçlendirilmiş oy hakkının tanınmış olduğu ve bu yüzden de söz konusu ayırımın, yöntemlerin içeriği hakkında fikir edinme adına noksan ve mücerret kaldığını düşünüyör olmamamızdır.

gerçekleştirilebilmektedir ve bu yapılırken de, oyda üstünlük tanınması istenen paylara bu üstünlük eşit itibari değerlerdeki paylardan bir kısmına fazla oy hakkı tanınmakla doğrudan veya farklı itibari değerlerdeki paylara itibari değerlerine orantılı olmayan bir şekilde oy hakkı tanımakla dolaylı bir imtiyaz oluşturulmaktadır.

Duruma ilişkin örnek verecek olursak, konunun açıklanması adına faydalı olabilir. (A) ve (B) grubu payların itibari değeri 100 TL olmasına rağmen şirket esas mukavelesi gereğince, (A) grubu her bir pay bir oy hakkı verdiği halde, (B) grubu her bir pay üç oy hakkı verecek olursa, demek ki, bu durumda (B) grubu paylara (doğrudan) oyda imtiyaz tanınmıştır.

Buna mukabil, bir anonim ortaklıkta (A), (B) ve (C) grubu payların olduğunu ve (A) grubu payların itibari değerinin 1000 TL, (B) grubu payların her birinin itibari değerinin 10.000 TL, (C) grubu payların her birinin itibari değerinin 22.500 TL olduğunu düşünelim. Şirket esas mukavelesi gereğince, (A) grubu payların her biri bir oy hakkı, (B) grubu payların her biri on oy hakkı ve (C) grubu payların her biri on beş oy hakkı veriyorsa, bu durumda (A) ve (B) grubu paylar lehine (C) grubu paylara nazaran dolaylı bir imtiyazın tanınması söz konusu olacaktır. Çünkü (A) ve (B) grubu paylar, ortaklık esas sermayesine katkıda bulunduğu her 1000 TL mukabilinde bir oy hakkı elde ettiği halde, (C) grubu paylar ise, esas sermaye katkıda bulunduğu her 1500 TL mukabilinde bir oy hakkı sağlamaktadır.

Nihayet, oy hakkında imtiyaz tanınması yöntemlerinden biri de değişken oy hakkı tanınması yöntemidir. Bu yöntem daha çok "altın pay" oluşturulması hallerinde başvurulmaktadır. Söz konusu yöntem ile bir anonim ortaklıkta hakim durumun teminat altına alınması sağlanılmaktadır. Şöyle ki, bu yöntem ile imtiyazlı bulunan özel pay grubunun sağladığı oy oranının zaman içerisinde yapılacak sermaye artırımları veya

azaltılarından etkilenmeden, sürekli olarak teminatlı bir şekilde sahibine veya sahiplerine anonim şirket üzerindeki konumlarını koruma imkânları sağlamaktadır. Örneğin, bir anonim şirkette (A) grubu paylar esas sermayenin % 25'ni teşkil ettiği halde, "altın paylar" statüsünde olduğundan, sahibine toplam oyların % 51'i oranında oy hakkı sağlamaktaysa, değişken oy hakkının benimsenmesi suretiyle "altın payların" şirket esas sermayesinin % 10'u (sermaye artırımları dolayısıyla) veya % 50'ni (sermaye azatımı dolayısıyla) teşkil etmesinden asılı olmayarak sahiplerine hep toplam oyların % 51'ni sağlayacaktır.

Pay bedelinin ödenme oranının farklı olması halinde de "gerçek olmayan" imtiyazlı pay ihdasının söz konusu olacağı belirtilmekte ise de biz böyle bir durumda imtiyazın olacağı görüşüne katılmıyoruz. Bununla ilgili birinci bölümde yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir³³⁷.

III. YABANCI HUKUKLARDA OY HAKKINDA İMTİYAZ

Yabancı hukuklara baktığımızda genel olarak oyda imtiyazın gittikçe sınırlandırıldığı ve ortadan kaldırıldığı görmekteyiz. Aşağıda çeşitli ülke hukukları bakımından oyda imtiyaz konusu ile ilgili mevcut yasal düzenlemelere kısaca da olsa yer verecek olursak, bunun konun aydınlatılması bakımından faydalı ve yerinde olacağını umuyoruz. Yalnız bunu yaparken ikili bir ayrıma gitmeyi uygun bulduk: oy hakkında imtiyazı yasaklayan sistemler ve oy hakkına izin veren sistemler.

³³⁷ Bkz. I bölüm, § 4, II, A, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

A. OY HAKKINDA İMTİYAZI YASAKLAYAN SİSTEMLER

1. Alman Hukuku

Yukarıda da kaydedildiği üzere, oy hakkında imtiyazlı paylar, anonim şirketler hukukuna esasen alman hukukundarı girmiştir. Alman hukukunda oy hakkında imtiyaz birinci dünyâ savaşından hemen sonraki dönemlerde hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın tam bir serbesti içerisinde tanınmaktaydı. Fakat iç ve dış yabancılaşmaya karşı korunmada etkili bir araç olarak görülen oy hakkında imtiyazlı paylar, anonim ortaklıkların demokratik yapısına aykırı olduğu gibi, kötüye kullanılmaya da oldukça müsait bir yapıya sahiptir. İşte anonim ortaklıklar hukukunun yapısı bakımından neden olduğu sakıncaların yanı sıra kötüye kullanmaların yaygınlaşması üzerine doktrinde eleştirilmeye başlanmış ve 1937 yılında kabul edilen Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu ile çok büyük ölçüde sınırlandırılmış ve 1965'de yapılan yasa değişikliği sırasında da bu konu ile ilgili düzenlemeler esasen değiştirilmeden muhafaza edilmiştir. Nihayet, 1998 yılında yapılan yasa değişikliği ile birlikte oy hakkında imtiyazlı pay müessesesi bütünüyle yasaklanmıştır³³⁸. Dolayısıyla da bugün Alman hukukunda oy hakkında imtiyazlı olan payların ihracı mümkün bulunmamaktadır³³⁹.

2. İtalyan Hukuku

İtalyan hukukunda da oy hakkında imtiyazlı pay ihracına cevaz verilmemektedir. Şöyle ki, 1942 yılına dek İtalyan hukukunda da, açık bir yasal düzenleme olmasa da, doktrinde ve uygulamada, toplam oyların % 50'sini geçmemesi kaydıyla

³³⁸ Alman hukukunda konu ile ilgili tarihi gelişme hakkında daha etraflı bilgi için bkz. KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 9-10; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 71 vd.

³³⁹ BAUMS, s. 125, dpn. 64; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 78; ÇEKER, s. 46.

oyda imtiyazlı pay ihracı kabul edilmekte idi. Fakat 1942 yılında yapılan yasal düzenleme ile (İt.MK.m.2351) oy hakkında imtiyazlı pay ihracı yasaklanmış ve 1998 yılında yapılan yasa değişikliği sırasında da söz konusu yasak aynen muhafaza edilmiştir³⁴⁰.

3. Diğer Kara Avrupa Ülke Hukukları ve Avrupa Topluluğu Hukuku

Kara Avrupa ülkelerinden olan İspanya (İsp.AOK. m. 38)³⁴¹, Hollanda (Hol.MK.m. 227)³⁴², Belçika (Şirketler Kanunu m. 74)³⁴³, Avusturya (POK.m. 12/2)³⁴⁴ ve Portekiz (Portekiz ŞK.m. 384/5)³⁴⁵ hukuklarında da oy hakkında imtiyazlı pay ihracına hukuken imkân tanınmamaktadır. Keza, Lüksembourg hukukunda da, doktrinde bazı yazarlarca sözleşme serbestisini fazla sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmesine rağmen, oy hakkında imtiyazlı pay ihracı tamamen ve kesin bir şekilde yasaklanmıştır³⁴⁶.

Topluluk hukukunda da oy hakkında imtiyazlı pay ihracı özel ve açık bir düzenleme ile yasaklanmasa da, eğilimin oy hakkında imtiyazdan yana olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Gerçekten, Beşinci Yönerge Önerisi'nin 33.1 madde hükmünde oy hakkının sermayeye oranla kullanılabileceği belirtilmekte, m. 33.2'de ise bu ilkeye sadece oydan yoksun imtiyazlı paylar açısından istisna tanınabileceği ifade edilmektedir. Bundan

³⁴⁰ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 85, dpn. 188; MARCHETTI/CARSAANO/GHEZZI, s. 155, 167 dpn. 22.

³⁴¹ HERMIDA, s. 272

³⁴² TİMMERMAN, s. 223

³⁴³ WYMEERSCH, s. 25

³⁴⁴ KOPPENSTEINER/RÜFFLER, s. 12

³⁴⁵ ANTUNES, s. 242.

³⁴⁶ PRÜM/CORBISIER, s. 196.

başka, Avrupa Anonim Ortaklığı Statüsü Hakkında Kararname Önerisi'nin 52/3 madde hükmünde de oy hakkında imtiyazlı pay ihracının mümkün olmadığı belirtilmektedir.

B. OY HAKKINDA İMTİYAZA İZİN VEREN SİSTEMLER

1. Fransız Hukuku

Birinci dünya savaşından sonra Fransa'da da oy hakkında imtiyazlı paylar yaygınlaşmaya başlamıştı. Fakat Almanya'da olduğu gibi oy hakkında imtiyaz, öngörülme amacı dışında da kullanılmaya başlamış ve bu da sonuçta Fransa'da 26.4.1930 tarihli kanunla (m. 4) oyda imtiyazlı pay ihracının yasaklanmasına neden olmuş ve 13.11.1933 tarihli kanunla oy hakkında imtiyazlı paylar genel olarak bütünüyle (yani sadece oyda imtiyazlı payın ihracının yasaklanması ile yetinilmemiş, ayrıca daha önce çıkarılmış oyda imtiyazlı payların iki yıl içerisinde oyda imtiyazlarının kaldırılması da emredici bir şekilde hükme bağlanmıştır) yasaklanmakla birlikte, belirli şartlarla bazı paylara iki oy hakkının tanınması imkânı da öngörülmüştü. Aynı istikametteki düzenleme 1966 tarihli Fransız Ticaret Ortaklıkları Kanunu'nda yer almaktadır (m. 174)³⁴⁷.

Yeni düzenlemeye göre, ikinci oy hakkı tanınacak payların nama yazılı olması, bedellerinin tamamının ödenmiş olması zorunludur. Ayrıca ikinci oydan yararlanabilmek için en az iki yıldan beri adı pay defterinde yazılı bulunan pay sahibi ya milliyetçe Fransız olmalı, ya da Avrupa Topluluğu üye devletlerinden birinin vatandaşlığında bulunması gerekmektedir³⁴⁸. Doğal olarak bu şartlardan birinin değişmesi durumunda, ikinci oy hakkı da ortadan kalkmış olacak.

³⁴⁷ İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 88; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 81.

³⁴⁸ GUYON, s. 104; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 81.

Görüldüğü gibi, Fransız uygulamasında yaygın bir şekilde kullanılmakta olan ikinci oy hakkı³⁴⁹, haddizatında paydan çok paydaşa tanınmıştır³⁵⁰. Hatta bütün pay sahiplerinin bu şartları taşıması halinde paydan kaynaklanan her hangi bir üstünlüğün ve ayrıcalığın bulunmayacağı, dolayısıyla da Fransız hukukunda gerçek anlamda oy hakkında imtiyazdan söz konusu etmenin oldukça güç olduğu doktrinde ifade edilmiştir³⁵¹. Fakat, bir anonim şirkette nama yazılı paylardan başka hamiline yazılı payların da olabileceği, pay bedellerinin tam ödenmiş olmakla birlikte kısmi ödenmiş olanların da pek ala olabileceği göz önünde bulundurularak, söz konusu durumda oy hakkında imtiyazın olduğu genelde kabul edilmektedir³⁵².

2. İsviçre Hukuku

İsviçre’de oyda imtiyazlı paylar, başlangıçta özellikle halka açık anonim ortaklıklar tarafından uygulanmaya başlanmış³⁵³, sonradan 1936 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile açık veya kapalı tipli olmalarından asılı olmayarak her türlü anonim ortaklıklar bakımından oyda imtiyazlı payların ihraç edilebileceği açık kanun hükmüne bağlanmıştır (İsv.BK.m. 693/1). 1991 yılında yapılan yasa değişikliği sırasında da oyda imtiyazlı pay ihracına ilişkin düzenleme esasen muhafaza

³⁴⁹ GUYON, s. 104.

³⁵⁰ Buna göre de, ikinci oy hakkının şirkete sadık olan pay sahiplerine tanındığı ve hatta bu yüzden bu paylar bakımından Türk doktrininde “kıdem payları” ve “sadakat payları” olarak isimlendirilmiştir (bkz. K. ARAR, Kara Ticareti – Şirketler Hukuku, Ankara 1952, s. 219, *Kendigelen Yönetimde İmtiyaz*, s. 81, dpn. 170’den naklen)

³⁵¹ KENDİGELEN, *Yönetimde İmtiyaz*, s. 81.

³⁵² Bkz. J.N.DRUEY, “General Report”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 377 ve orada dpn. 79.

³⁵³ W.M.GERESTER, *Stimmrechtsaktien*, Diss, Zürich 1997, s. 18-19 (*Kendigelen*, *Yönetimde İmtiyaz*, s. 82 dpn.172’den naklen).

edilmiştir. İsviçre hukuk sisteminde ancak eşit nominal değerde olmayan paylara eşit oy hakkı tanınmak suretiyle (“dolaylı imtiyaz” yöntemi ile) oyda imtiyazlı pay ihracı mümkündür (İsv.BK.m. 693/1). Bu şekilde oyda imtiyaz tanınacak olan payların itibari değerleri, diğer payların itibari değerlerinin 1/10’dan daha düşük değerde olamaz (İsv.BK.m. 693/2). Burundan başka, İsv.BK.m. 693/3’de dört bent halinde sıralanmış konulara ilişkin genel kurulda karar alındığında, oyda hakkındaki imtiyaz kullanılamaz³⁵⁴.

3. Diğer Kara Avrupa Ülke Hukukları

İsveç hukukunda da oyda imtiyazlı paylar çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır³⁵⁵. 1940 senesine kadar İsveç hukukunda oy hakkında imtiyaz ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktaydı. Bugün için İsveç hukukunda, oyda imtiyazlı paylara diğer payların en fazla on katı oranında oy hakkı tanınabilir³⁵⁶.

İskandinav ülkeleri hukuklarında da, kural olarak oy hakkında imtiyaz kabul edilmektedir³⁵⁷. Örneğin, Finlandiya hukukunda oyda imtiyazlı paylara, diğer payların yirmi katı oranında oy hakkı tanınabilir³⁵⁸. Keza, Danimarka hukukunda

³⁵⁴ Konu ile ilgili daha geniş açıklama için bkz. A. KENDİGELEN, “İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 343 vd; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 84; P. NOBEL, “Shareholder Voting Rights and Practicies in Switzerland”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 324.

³⁵⁵ İsveç Hukukunda 274000 anonim şirketten üçte ikisinde oyda imtiyazlı pay ihraç edilmiş durumdadır, bkz. R. SKOG, “Shareholder Voting Rights and Practicies in Sweden”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 289, 304.

³⁵⁶ SKOG, s. 304, dpn. 65-66.

³⁵⁷ Bununla ilgili olarak bkz. B. COMARD, s. 70.

³⁵⁸ Bkz. TOIVIAINEN, s. 91.

da oyda imtiyazlı paylar kabul edilmekte ve bu tür paylara, diğerlerinin on katı oranında oy hakkı tanınabilmektedir³⁵⁹.

Türk hukukunda da oy hakkında imtiyaz tanınabileceği uygulamada ve doktrin tarafından kabul edilmektedir. Hatta Türk hukukunda oy hakkında imtiyaza ilişkin yasal olarak herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir ve bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir³⁶⁰.

4. Amerikan ve İngiliz Hukuklarında

Bu ülke hukuk sistemlerinde esasen mukavele özgürlüğünden hareketle anonim şirketlere daha geniş bir şekilde hareket imkânı tanınmaktadır. Bu bağlamda esasen oyda imtiyazlı pay ihracı da bu ülke hukuklarında genel olarak yasaklanmamış, bu husus, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ortaklık esas mukavelesinde öngörülmüş olup olmadığına bağlı kılınmıştır³⁶¹. Ne var ki, ister amerikan hukukunda, isterse de İngiliz hukukunda imtiyazlı pay denilince akla sadece kâr ve tasfiye bakiyesinde ayrıcalıklı paylar gelmektedir³⁶². Fakat doksanlı yıllardan itibaren bu ülke uygulamasında bazı şirketler tarafından oydan yoksun adi paylar (non-voting ordinary shares) ihrac edilmeye başlanmıştır ki, bu da aslında oy hakkı sağlayan diğer payların oyda imtiyazlı hale getirilmesi sonucuna neden olmaktadır³⁶³.

³⁵⁹ Oysa ki, 1973 senesine dek Danimarka hukukunda oy hakkında imtiyaza ilişkin herhangi bir sınırlamaya öngörülmemekteydi, bkz. **COMARD**, s. 70.

³⁶⁰ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 784a; 804; **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 148; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 176.

³⁶¹ **KLAUSNER/ELFENBEİN**, s. 355

³⁶² İngiliz hukuku bakımından bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 178, 180-181; **EASTERBROOK/D.R.FİSCHEL**, s. 11. Amerikan hukuku bakımından bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 634 vd; **HAMİLTON**, s. 302 vd.

³⁶³ Her ne kadar *Nomer* (bkz. **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 18) 1950'lerden itibaren bu tür payların pek çok şirket tarafından ihraç edildiğini

Bazı amerikan federe devletlerinde her türlü imtiyazlı pay ihracı yasaklanmış olsa da³⁶⁴, amerikan hukukunda imtiyazlı pay ihracı çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır³⁶⁵. Amerikan anonim ortaklıklar hukukunda yasal olarak oyda imtiyazlı pay ihracı esasen kabul edilmiş olmasına rağmen³⁶⁶, uygulamada belirli bir grup paya fazla oy hakkı tanınmakla oluşturulan oyda imtiyazlı paylara hemen hemen hiç rastlanılmamakta³⁶⁷, buna mukabil imtiyazlı payların oy hakkından yoksun bırakılması durumu ile çok yoğun bir şekilde karşılaşılmaktadır³⁶⁸.

belirmekte ise de, aslında oydan yoksun imtiyazlı paylar esasen söz konusu tarihten itibaren uygulamada yaygınlaşmaya başlamıştır. Oydan yoksun imtiyazsız paylar (non-voting ordinary shares) ise, ancak 1990 yılların ortalarından itibaren bazı şirketler tarafından ihraç edilmeye başlanmıştır. Bu konuda genel olarak bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 181-184; L.C. B. GOWER, Principles of Modern Company Law, 5th edition, Aylesbury, Bucks, 1992, s. 374.

³⁶⁴ HAMILTON, s. 307.

³⁶⁵ JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 637.

³⁶⁶ Bkz. Del. Gen. Corp. L. § 151

³⁶⁷ Gerçekten, imtiyazlı paylardan söz edilirken, sanki oyda imtiyaz olamazmış gibi, oyda imtiyazdan herhangi bir şekilde kesinlikle söz edilmemekte, uygulamaya yönelik verilen örneklerde de hep kâr veya tasfiye bakiyesindeki ayrıcalıklardan örnekler verilmektedir (bkz. KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 360 vd; HAMILTON, s. 302 vd; JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 634 vd. Keza amerikan anonim ortaklıklar uygulamasında oyda imtiyazlı payların olmadığı veya yok denecek kadar az olduğu yönünde bkz. İMREGÜN, Amerikan, s. 72; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 88 ve orada dprn. 206'da anılanlar.

Fakat, amerikan uygulamasında bazı paylar, herhangi bir konuda imtiyaz tarınmaksızın, oydan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmakla diğer payların aslında oyda imtiyazlı hale getirilmesi durumuyla özellikle kapalı tipli anonim ortaklıklarda sıkça karşılaşılmaktadır (bkz. HAMILTON, s. 305-306).

³⁶⁸ HAMILTON, s. 303

Keza, İngiliz hukukunda da uygulamada kural olarak imtiyazlı paylar (kârda ve tasfiye bakiyesinde) ana sözleşme ile yoksun bırakılmaktadır³⁶⁹. Fakat yasal olarak ve asıl olan imtiyazlı payların adi paylar gibi oy hakkını haiz olmalarıdır³⁷⁰.

IV. AZERBAIJAN HUKUKUNDA OYDA İMTİYAZ

A. OY HAKKINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

Azerbaycan hukukunda anonim şirketler açısından doğrudan oy hakkında imtiyazı düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla da konumuz açısından bir sonuca varılabilmesi için bir bütün olarak oy hakkına ilişkin yasal düzenlemelerin gözden geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

Az.MK.' m. 107-3.5'de "Genel kurulda oylama "bir oylu pay- bir oydur" ilkesince yapılır" denilmektedir. Az.MK. m. 106.2'de ise, önce anonim şirketlerin imtiyazlı paylar da ihraç edebileceği ve bu payların, tasfiye bakiyesinde sahiplerine üstünlük sağlayacağı ve ihraç şartlarında öngörülen diğer hakları sağlayacağı belirtilmekte, sonra ise söz konusu payların, *aksine ana sözleşme hükmü bulunmadığı sürece, sahiplerine şirket yönetimine katılma hakkı sağlamayacağı* ve imtiyazlı payların esas sermayenin % 25'den fazlasına tekabül edemeyeceği kanun hükmüne bağlanmıştır.

Hakeza, yürürlükten kaldırılan AOK'nun 12/2 madde hükmünde de, aksine ana sözleşme hükmü bulunmadığı sürece,

³⁶⁹ İngiliz Şirketler Kanunu m. 125'de (CA section 125) imtiyazın paya bağlı haklarda ayrıcalık tanınması suretiyle oluşturulabileceği öngörülmüşse de, aynı madde hükmünde sadece imtiyaz konusu olarak kâr ve tasfiye bakiyesindeki ayrıcalıktan söz edilmektedir (CHARLESWORTH/MORSE, s. 181).

³⁷⁰ CHARLESWORTH/MORSE, s. 179; A.C. BUDAK, "İngiliz Şirketler Hukukunun ana Hatları", Batider, C. XVI, S. 1, s. 75.

imtiyazlı payların oy hakkını haiz olmayacağı belirtilmekte idi. Gene aynı kanunun 18/3 maddesinde, imtiyazlı payların şirket esas sermayesinin % 10'dan fazlasına tekabül edemeyeceği ve *bu tür pay sahiplerinin, aksine ana sözleşme hükmü bulunmadığı sürece, oy hakkını haiz olamayacakları* açıkça kanun hükmüne bağlanmıştı.

Nihayet, Az.MK. m. 104.2'de ise, "ortaklık esas mukavelesinde sade (adi) veya diğer şekilde oy hakkı sağlayan payların maliki olan ortaklara şirket tarafından yeni çıkarılan payları satın almada üstünlük tanınabilir" denilmektedir.

Yukarıda ifade edilen kanun hükümlerini gözden geçirdiğimizde, ilgili kanunlarda imtiyazlı paylar derken, aslında oydan yoksun kârda³⁷¹ ve/veya tasfiye bakiyesinde imtiyazlı payların kast edilmek istendiği açıkça belli olmaktadır. Zira, şirket esas sermayesinin belirli bir yüzdesi ile sınırlandırılması ve oydan yoksun bırakılmış olması, bu tür payların en belirgin ve karakteristik özellikleri içerisinde yer almaktadır. Fakat zikredilen kanunlarda düzenlemeler arasındaki kopukluk ve imtiyazlı payların özel bir çeşidi olan oydan yoksun kârda imtiyazlı paylardan değil de, bir bütün olarak genel bir şekilde imtiyazlı paylardan söz edilmiş olması, konu ile ilgili hükümleri bir sisteme oturtmada soruna neden olduğu gibi³⁷², sistemli bir açıklama ve değerlendirmeye de engel teşkil etmektedir. Fakat bütün bunlar, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde bir çözüm arama mecburiyetinin ortadan kalkmasına neden olamaz.

³⁷¹ İlgili kanun hükmünde, kârda imtiyazlı payların "şirketin kâr elde edip etmemesinde asılı olmayarak maliklerine kâr payı ödeneceğine teminat verir" denilmektedir ki, bu hükmün pay ve ortak kavramına olduğu kadar anonim ortaklıklar hukukunun yapısına, işleyişine ve doğasına aykırılık teşkil ettiği, yoruma gerek bırakmayacak derecede ortadadır.

³⁷² Azerbaycan hukukundaki ilgili düzenlemeler, oydan yoksun imtiyazlı paylar bakımından aşağıda ayrıca olarak ele alınacaktır, bkz. § 11, VI başlığı altında yapılan açıklamalar.

Eski AOK'da, oyda imtiyazlı payları açıkça ve özel olarak yasaklayan bir hükümün bulunmamasına rağmen, oy hakkında imtiyazın kabul edilmemiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Çünkü, her payın nominal değeri hacminde oy hakkını sağlayacağı (ve buna herhangi bir istisna öngörmemekle) ve imtiyazlı payların, aksine ana sözleşmede hüküm bulunmadığı sürece, maliklerine oy hakkı sağlamayacağını belirtmekle³⁷³, AOK, bu yöndeki yaklaşımını açıkça ortaya koymuştu. Aksine bir düşüncenin, AOK'nun amacıyla (yani ratio legis ile) ve düzenleme sistemi ile bağdaşmayacağı açıktı.

Az.MK'nun ilgili hükümlerinin değerlendirilmesine gelince, dikkat edilirse, 106.1 madde hükmünde de tıpkı AOK'da olduğu gibi, aslında oydan yoksun kârda ve/veya tasfiye bakiyesinde imtiyazlı payların düzenlenmiş olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Dolayısıyla da Az.MK'da genel anlamda imtiyazlı paylardan ziyade, esasen oydan yoksun imtiyazlı paylar düzenleme konusu olmaktadır.

Ancak, Az.MK'nın hiçbir maddesinde imtiyazlı pay ihracına konu bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bilakis, Az.MK. m. 104.2 madde hükmünde “ortaklık esas mukavelesinde *sade (adi) veya diğer şekilde oy hakkı sağlayan payların* maliki olan ortaklara şirket tarafından yeni çıkarılan payları satın almada üstünlük tanınabilir” denilmekle, oy hakkında ve çıkarılan yeni payları öncelikle satın almada imtiyazlı pay ihracının hukuken mümkün olduğu, aslında yasal olarak kabul edilmiştir. Zira, bazı paylara, diğerlerinden farklı olarak, çıkarılan yeni payları satın almada

³⁷³ Aslında AOK.m. 12'ye bir bütün olarak baktığımızda, Alman POK § 12'nin “her pay oy hakkı verir” cümlesi ile Alman POK § 134'de öngörülen hükümlerden ibaret olduğunu görmekteyiz. Oysa ki, Alman POK'nun diğer ilgili hükümlerine veya bu hükümlerin ilişkin olduğu konuya ait herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir ki, bunun da sakıncaları beraberinde getireceği kaçınılmazdır.

üstünlük tanınması, söz konusu paylar lehine kuşkusuz bir imtiyaz olduğu gibi, “adi” şekilde değil de “diğer” şekilde oy hakkı sağlayan paylar dereken de, kanaatimizce, oyda imtiyazlı paylar kastedilmektedir. Çünkü, söz konusu kanun maddesinde adi şekilde oy hakkı sağlayan paylara karşılık “diğer şekilde oy hakkı sağlayan paylar” ifadesine yer verilmiş olmasına, oyda imtiyazlı paylardan başkaca bir anlam vermek pek mümkün değildir.

Bugün artık AOK yürürlük gücü bulunmamaktadır. Dolayısıyla da konu ile ilgili başlıca yasal kaynak ancak Az.MK’dır. Buna göre de, konuya ilişkin değerlendirmede sadece Az.MK hükümleri esas alınabilir. Hal böyle olunca, yukarıda ele alınan Az.MK’nın ilgili hükümleri gereğince, hazırda Azerbaycan hukukunda oyda imtiyazlı pay ihracı hukuken mümkündür.

Oyda imtiyazın tanınması yöntemi ile ilgili Azerbaycan hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, herhangi bir sınırlamadan da doğal olarak söz edilemez. Dolayısıyla da Azerbaycan hukukunda hem eşit itibari değerli paylardan bir kısmına fazla oy hakkı tanınması yöntemi ile (oy hakkında doğrudan imtiyaz), hem de düşük itibari değerli paylarla daha yüksek itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanınması yöntemi (oy hakkında dolaylı imtiyaz) ile oy hakkında imtiyaz oluşturulabilir.

B. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANINMASININ ZAMANI

Yukarıda imtiyazın ortaklık ana sözleşmesinde öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştik. Esas sözleşmede imtiyaza ilişkin bir hüküm konulmadığı sürece, sadece anonim şirket genel kurulunda sermayeyi temsil eden bütün pay sahiplerinin oybirliği ile alacakları bir karar üzerine imtiyazlı

pay ihracı mümkün değildir³⁷⁴. Bu bakımdan oy hakkında imtiyazın herhangi bir özelliği bulunmamakta, diğer imtiyazlar gibi, oy hakkında imtiyaz da, kuruluş sırasında ana sözleşmede öngörülebileceği gibi, daha sonra yapılacak ana sözleşme değişikliği ile de öngörülebilir. Her bir durumu ayrı ayrılıkta alalım.

1. Kuruluş Aşamasında Oy Hakkında İmtiyazın Tanınması

Daha önce de ifade edildiği üzere, Azerbaycan hukukunda anonim ortaklıklar ancak ani kuruluş usulü ile kurulabilmektedir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, diğer bütün ana sözleşme hükümleri gibi, bazı paylara oy hakkında imtiyaz tanınmasına ilişkin ana sözleşme hükümlerinin de bütün ortakların oybirliği ile tanınabileceğini kolayca tespit etmek mümkündür. Zira kuruluş sözleşmesinde yer alan herhangi bir hükümü, hakeza oy hakkında imtiyaza ilişkin olan hüküm veya hükümleri kabul etmek istemeyen kurucular, buna itiraz etmek suretiyle imtiyaza ilişkin sözleşme hükmünün anlaşmada yer almasını önlemek imkânına malik olduğu gibi, böyle bir kuruluş anlaşmasına ve dolayısıyla da şirkete katılmaktan bütünüyle vazgeçmek olanağına maliktirler. Bunları yapmayan ve oyda imtiyaza yer veren ana sözleşmeyi kabul eden kimse, doğal olarak oyda imtiyazı öngören ana sözleşme hükmüne de muvafakat vermiş sayılır³⁷⁵.

Hakeza, yukarıda da ifade edildiği üzere³⁷⁶, anonim ortaklık ana sözleşmesi katılıma açık bir mukavele niteliğinde olduğundan, devralan yeni pay sahipleri, devir konusu payların ilişkin bulunduğu anonim şirkete ortak olmak suretiyle aslında

³⁷⁴ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 783; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 25.

³⁷⁵ **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 139.

³⁷⁶ Bkz. § 9, II, B, 3 başlığı altında yapılan açıklamalar.

ana sözleşme şartlarını ve onun öngördüğü düzeni kabul ederek ona (ana sözleşmeye) katılmaktadırlar. Yani bu şekilde yeni pay sahipleri de, anonim ortaklık tarafından çıkarılmış olan paylar arasındaki eşitsizliğe rıza göstermiş sayılırlar.

Dolayısıyla da ister kuruluş sözleşmesine bizzat taraf olan ortaklar, isterse de şirkete ilişkin pay veya payları devralarak sonradan şirkette pay sahibi olan yeni ortaklar, imtiyazın varlığından haberdar olarak şirkete katılmak suretiyle, aslında bu duruma rıza göstermiş olacaklarından, bunların bazı paylara imtiyaz tanınması nedeniyle bir zarara uğrama durumlarından söz edilemez.

2. Oy Hakkında İmtiyazın Kuruluştan Sonra Tanınması

İlk ana sözleşmede yer almamakla birlikte, sonradan bazı paylara imtiyaz, özellikle inceleme konumuz bakımından oy hakkında imtiyaz tanınıp tanınmayacağı hususu, bilhassa bu konuda açık bir düzenlemeye yer vermeyen ülke hukukları (Azerbaycan hukukunda da bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır) bakımından, üzerinde özel olarak durmayı gerektirecek ve açıklığa kavuşturulması gereken bir sorun teşkil etmektedir. Burada sorunu kanaatimizce ikiye ayırarak ele almak, konun aydınlatılması bakımından yararlı olacaktır: birincisi, sonradan ihdas olunan *yeni paylar* lehine oyda imtiyaz tanınması, ikincisi ise, *ilk ana sözleşme ile sahiplerine aynı mahiyette haklar veren payların bir kısmına*, sonradan yapılan ana sözleşme değişikliği ile oyda imtiyaz tanınması suretiyle söz konusu payların oyda imtiyazlı pay haline getirilmesi.

a. Sonradan İhdas Olunan Yeni Paylar Lehine Oyda İmtiyaz Tanınması

Bilindiği üzere, genelde anonim ortaklık esas sözleşmesini değiştirme yetkisi, münhasıran anonim şirket

genel kuruluna, devredilemez bir şekilde, tanınmaktadır³⁷⁷. Genel kurul, anonim ortaklık ile ilgili hukuken yasaklanmamış her konuda karar alabileceği gibi, ana sözleşme üzerinde de şirket menfaatleri doğrultusunda her türlü değişikliği yapabilir. Fakat, söz konusu değişikliğin konusuna ve niteliğine göre toplantı ve karar yetersayısı da farklılık arz edebilmektedir. Bu bakımdan, her şeyden önce belirtmek gerekir ki, esas sözleşme değişikliği, ister sonradan ihraç olunan paylara oyda imtiyaz tanınmasına yönelik olsun, isterse de ilk ana sözleşme ile ihraç edilmiş olan payların bir kısmına oyda imtiyazın tanınmasına yönelik olsun, fark etmez, genel kurul böyle bir karar alma yetkisini haizdir. Ancak söz konusu durumlarda genel kurulun geçerli bir karar alabilme koşulları farklılık arz eder.

Bu durumda öncelikle, ilk ana sözleşme hükümleri kapsamında paylara tanınan hakların bir müktesep hak niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekir. Ne var ki, payların sağladığı haklar, niteliği itibariyle çok çeşitlilik arz etmektedir ve bunların her birinin bu bakımdan incelenmesi, konumuzun sınırlarını fazlasıyla aşar. Buna göre de, biz burada somut olarak konumuz açısından ilk ana sözleşmede imtiyazın öngörülmemesini, mevcut paylar bakımından bir müktesep hak olarak yorumlanıp yorumlanamayacağını tespitine ilişkin açıklamada bulunmaya çalışacağız.

³⁷⁷ Örnek olarak bkz. Alman Pok § 179 (bkz. BAUMS, s. 115); Fransız ŞK. m. 153 (ayrıca bkz. GUYON, s. 95); Belçika ŞK. m. 70 (bkz. E.WYMEERSCH, s. 21); İngiltere ŞK. m. 378, 379A (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 215, 219); İt.MK. m. 2364 (bkz. MARCHETTI/CARSAANO/GHEZZI, s. 156); Hollanda hukuku ile ilgili bkz. TIMMERMAN s. 211; İsviçre hukukunda İsv.BK. m. 698/2 (bkz. NOBEL, s. 317); Türk TK. m. 388 (ayrıca bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 664a) ve ABD hukuku bakımından bkz. Del. Gen. Corp. L. § 122(6). Ayrıca, New York şirketler hukuku ve Kaliforniya Hukukunda da durum aynıdır, bkz. [www. New York Corporation Law.htm](http://www.NewYorkCorporationLaw.htm) ve [www. California Corporations Code](http://www.CaliforniaCorporationsCode).

Bilindiği üzere, şirket genel kuruluna esas sözleşme değişikliğini yapma yetkisinin tanınmasının temelinde yatan en önemli nedenlerden biri, şirketin menfaatleri doğrultusunda hareket edilebilmesini kolaylaştırmaktır. Bazen sözleşme değişikliği, şirketin ayakta kalması, varlığını sürdürebilmesi veya gelişimini sağlayabilmesi için zaruret haline gelebilir. Anonim ortaklığın menfaatlerinin hangi hallerde sözleşme değişikliğini gerektireceğini teker teker sıralamak mümkün olmadığından ve anonim şirketin yapısı gereği buna hiç gerek de olmadığından, genel kurula, bazı ortakların aksi yönde iradesine rağmen, belirli bir oy çoğunluğu ile esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısıyla da genel kurul şirket çıkarları doğrultusunda, hakkaniyete ters düşmeyecek bir şekilde pay sahipleri bakımından bazı olumsuz sonuçlara neden olan kararlar alabilir. Bu bağlamda genel kurul ana sözleşme değişikliği kapsamında sermaye artırımına giderken çıkarılan yeni payları oyda imtiyazlı olarak da ihdas edebilir. Bu durumda (velev ki, ihdas olunan yeni paylar imtiyazlı olmasa bile) ilk ana sözleşme hükümleri çerçevesinde mevcut payların gerçek değerlerinde, hakeza sağlamış oldukları oy gücünde bir azalmanın olacağı kuşkusuzdur³⁷⁸. Fakat nasıl ki, bu durumda pay sahiplerinin esas sermayeye katılma oranlarında bir kayba katlanacakları kabul edilir, aynı şekilde mevcut paylarını sağladıkları oy gücündeki kayba da katlanmaları gerektiğini aynı mantıkla kabul etmek gerekir. Yeter ki, oyda imtiyazlı

³⁷⁸ Bu durumda mevcut pay sahiplerine rüçhan hakkının tanınmış olup olmaması, sonucu (payın gerçek değerinin azalması bakımından) değiştirmedeği gibi, rüçhan hakkının tanınması, pay sahipliği haklarına olan müdahaleleri de önleyememektedir. Çünkü, bu son halde, mevcut pay sahipleri, ilk sözleşme ile sahip oldukları konumu, örneğin sahip oldukları oy güçlerini muhafaza edebilmeleri için, fiilen rüçhan haklarını kullanmak zorunda kalmaktadırlar ki, bu da onların belirli bir oranda mal mahrumiyetlere katlanmalarını zorunlu kılmaktadır (aynı yönde bkz **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 148 ve orada dph. 448'de anılanlar.

payların ihdası, şirket çıkarının gerçekleştirilmesi amacıyla ve bu amaç bakımından gerekli olmakla birlikte, eşit işlem ilkesine de aykırılık teşkil etmesin³⁷⁹.

Keza, aynı durum ilk kuruluş sözleşmesi ile bazı paylara oy hakkında imtiyaz tanınmış olması halinde de söz konusu olacaktır. Gerçekten, bu son olasılıkta, ihraç edilen yeni paylar ister oy hakkında imtiyazlı, isterse de adi paylar olsun, fark etmez, sonuç itibariyle diğer pay sahipleri ile birlikte oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerinin de sermayeye katılma orarında ve sahip oldukları oy gücünde belirli bir oranda mahrumiyetlere neden olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda mevcut pay sahiplerine rüçhan hakkının tanınmış olması, biraz yukarıda da açıklandığı üzere sonuç itibariyle mahrumiyeti önlemeye yetmemektedir³⁸⁰. Yalnız burada şunu da belirtelim ki, sonradan oy hakkında imtiyazın tanındığı her olasılıkta, illa da zorunlu olarak mevcut pay sahiplerinin oy hakları da sınırlanacak diye bir kural yoktur. Gerçekten, örneğin oy hakkında imtiyazın, ihdas olunan yeni paylara değil, mevcut bütün paylara tanınması durumunda mevcut pay sahiplerinin (sermayeye katılım oranlarında bir mahrumiyete maruz kalmaları gene de söz konusu olabilirse de) oy hakkında herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmayacağı açıktır.

³⁷⁹ İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 96; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 427; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 148-149; ÇEKER, s. 62.

³⁸⁰ *Kendigelen*, önce rüçhan hakkı korunsa bile sermaye artırımını dolayısıyla ihdas olunan yeni paylara oy hakkında imtiyaz tanınması durumunda, mevcut pay sahiplerinin (hakeza imtiyazlı pay sahiplerinin) oy gücünde bir kayba uğrayacaklarını belirtmişken (KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 148,149), daha sonra "sermaye artırımının adi pay ve imtiyazlı pay oranı gözetilmek ve rüçhan hakkı korunmak kaydı ile orantılı bir şekilde artırılması olasılığında ise, ne adi pay sahipleri, ne de oy hakkında imtiyazlı pay sahipleri sermayeye katılım ve oy gücü oranı açısından bir zarara uğrayacaklardır" demektedir (KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 149 ve dpn. 453).

Dolayısıyla da sonuç olarak, anonim ortaklık tarafından sonradan dış kaynaklardan³⁸¹ yapılacak sermaye artırımlarında her halükarda mevcut pay sahiplerinin bir takım mahrumiyetlere katlanmaları söz konusu olacaktır ki, bu da yeni sermaye artırımında, özellikle de ihdas olunan yeni paylara oy hakkında imtiyaz tanınması hallerinde, bunun şirket çıkarının (şirket çıkarının önemli olmasının yanı sıra) gerçekleştirilmesi amacıyla ve bu amaç bakımından gerekli ve uygun olup olmadığı ve bu zaman eşit işlem ilkesine uyulup uyulmadığı gibi hususlar, daha titizlikle bir denetimin yapılmasını gerektirmektedir.

b. Ana Sözleşme Değişikliği ile Mevcut Paylara Sonradan Oyda İmtiyaz Tanınması

Yukarıda da belirtildiği üzere, genel kurul, esasen ana sözleşmeyi değiştirme yetkisini haizdir. Bu bakımdan genel kurulun ana sözleşme değişikliğine yönelik oybirliği ile alacağı bir karar üzerine mevcut paylardan bir kısmı oyda imtiyazlı hale getirilebilir. Fakat asıl açıklık kazandırılması gereken husus, sözleşme değişikliğini sağlayan çoğunluk kararı üzerine bir kısım payların oyda imtiyazlı hale getirilip getirilemeyeceği hususudur.

Bu durumda, genel sözleşme değişiklikleri için öngörülen nitelikli ekseriyetle genel kurulun karar alması zaruri olsa da yeterli olmayacağı açıktır³⁸². Çünkü, böyle bir kararın anonim ortaklığın çıkarları doğrultusunda alınmış olduğunu ileri sürmenin zorluğu bir yana, bunun hukukun ve dolayısıyla da

³⁸¹ Ancak iç kaynaklar hesabına yapılacak sermaye artırımlarında, zorunlu olarak mevcut pay sahiplerinin payları karşılıksız olarak orantılı bir şekilde artacağından, pay sahiplerinin herhangi bir mahrumiyete katlanmaları da söz konusu olmayacaktır. Buna göre de, bu durumda ihraç olunan oy hakkında imtiyazlı paylar ile ilgili burada ele alınan mesele ile ilgili herhangi bir sorun söz konusu olamayacağından, bu hususta bir incelemeye gerek de kalmaz.

³⁸² Aksi görüşte bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 142 vd.

hem de anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan eşit işlem ilkesi ile bağdaştırılması da mümkün değildir.

Kanaatimizce, mevcut paylardan bir kısmına sonradan imtiyaz tanınmasını sağlayacak ana sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının hukuken geçerli olabilmesi için, bütün pay sahiplerinin değil, sadece imtiyaz dışı bırakılan pay sahiplerinin bu karara oybirliği ile olumlu yönde katılmış olmaları gerekmektedir. Zira, lehine oyda imtiyaz tanınacak pay sahiplerinin bu karara oybirliği ile katılmalarını gerektirecek herhangi bir hukuki ve pratik neden bulunmamaktadır. Buna göre de doktrinde, bu durumda bütün pay sahiplerinin oybirliği ile karar vermeleri gerektiğine yönelik ileri sürülen görüşlere katılmıyoruz³⁸³.

Dolayısıyla da, imtiyaz dışı bırakılan pay sahiplerinin oybirliği ile ve her halde sözleşme değişikliğini gerçekleştirilmesini sağlayacak toplantı ve karar nisabına ilişkin şartın yerine getirilmesi suretiyle mevcut paylardan bir kısmı, sonradan oyda imtiyazlı hale getirilebilir.

C. OY HAKKINDA İMTİYAZIN SINIRLARI

Azerbaycan hukukunda oy hakkında imtiyaza ilişkin herhangi bir açık ve özel bir hüküm bulunmadığı gibi, doğal olarak paylara tanınacak oyda imtiyazın kapsam ve sınırlarına ilişkin de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta herhangi bir somut sınırlamanın öngörülmemiş olması, sonuçta Azerbaycan hukuku bakımından her konuda imtiyazlı oy hakkının kullanılabilmesinin mümkün olduğu yargısına varmaya neden olabilmektedir. Aynı şekilde, oy hakkında imtiyaza bir üst sınır getirilmediği için, bu hususta da kural olarak bir serbestinin olduğunun kabulü gerekir. Fakat bütün bunalar, oy hakkında imtiyaza ilişkin herhangi bir sınırlamanın söz konusu olamayacağı anlamına da gelmez. Konuyu *oyda*

³⁸³ İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 97; ÇEKER, s. 62.

imtiyazın üst sınırı ve imtiyazlı oy hakkının kullanılmas bakımından bir ayrıma tabi tutarak ele alalım:

1. İmtiyazlı Oy Hakkının Kullanılması Bakımından

Oy hakkında imtiyaza olanak tanıyan sistemlerde imtiyazlı oy hakkının kullanılmasına (ülkeden ülkeye az veya çok oranda olması bakımından değişmekle birlikte) esasen kanunen bir takım sınırlamalar da öngörülmektedir. Örneğin Türk hukukunda kural, ana sözleşme ile tanınan oy hakkında imtiyazın her türlü genel kurul toplantılarında kullanılabilceği sadece esas sözleşme değişikliklerine yönelik kararın alınmasında kullanılamayacağı şeklinde olmasına mukabil, İsviçre hukukunda imtiyazlı oy hakkının kullanılamayacağı genel kurul kararının kapsamı çok daha geniş tutulmuştur (bkz. İsv.BK. m. 693/3, 727, 731/2, 752 ve ayrıca çifte yetersayı şartını öngören m. 704/1).

Azerbaycan mevzuatı, yukarıda da çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, imtiyaz konusu ile ilgili son derece kısıtlı ve yetersiz düzenlemeler içermekte ve söz konusu sınırlamalar ile ilgili de herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Buna göre de, mevcut yasal sistem çerçevesinde imtiyazlı oy hakkının kullanılmasına ilişkin herhangi bir özel sınırlamanın bulunmadığını rahatlıkla söylemek mümkün. Bu durumda doğal olarak, sermaye çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahipleri aksi yönde oy kullanmış olsalar bile, oyda imtiyaz nedeniyle oy çoğunluğunu elinde bulunduran imtiyazlı pay sahiplerinin belirli bir yönde kullandıkları oy sayesinde alınan genel kurul kararı geçerli sayılacaktır. Bazı paylara oy hakkında imtiyaz tanınması, baştan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir takım sakıncaların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Oyda imtiyaz, anonim ortaklığın işleyiş felsefesinden belli bir ölçüde sapmaya neden olmakla birlikte, kötüye kullanmaya da oldukça elverişli bir araçtır. Bu açıdan da hiç değilse, imtiyazlı oy hakkının kullanılması bakımından

konu itibariyle sınırlama getirilmesi tercihe şayandır. Mevcut yasal düzenlemeler karşısında, bugün Azerbaycan hukuku bakımından imtiyazlı oy hakkının kullanılmasının konu itibariyle sınırlandırılması ancak ana sözleşmeye bu hususta hükümler konulmakla sağlanabilir. Gerçekten, sözleşme serbestisi çerçevesinde ana sözleşmeye imtiyazlı oy hakkının kullanılmasına ilişkin her türlü sınırlamalar konulabilir, zira bu tür sınırlamalara engel olabilecek herhangi bir yasal düzenleme kesinlikle bulunmamaktadır.

Oy hakkında imtiyazlı paylara ilişkin konu bakımından öngörülen sınırlamalar (bu sınırlamalar ister kanundan, isterse de ana sözleşmeden kaynaklanıyor olsun, fark etmez), sadece imtiyazlı oylar bakımından öngörüldüğünden (zira bu tür sınırlamalarda amaç imtiyazlı pay sahibini oy hakkından yoksun bırakmak değil, oy kullanımında imtiyazı önlemektir), bu tür pay sahipleri söz konusu durumda oy haklarını imtiyazsız olarak kullanabilirler.

2. Oyda İmtiyazın Üst Sınırı

a. Konu ile İlgili Görüşler

Bir hukuk sisteminde oyda imtiyazın tanınmasına ilişkin herhangi bir sınırlamanın öngörülmemiş olması, diğer bir ifade ile bu konuda kanun koyucunun susmuş olması, oyda imtiyazın üst sınırı bakımından sınırsızlığın kabulü anlamına gelip gelmediği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe³⁸⁴ göre, bir hukuk sisteminde oyda imtiyaz hakkında herhangi bir üst sınır öngörülmemişse bu, oyda imtiyazların koşulsuzluğu ve sınırsızlığının kesin olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir. Aksine düşünce yasal dayanak-

³⁸⁴ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 803; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 289; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 338; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 97, dpn. 69; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 152 ve s. 151 dpn. 460'da anılanlar; **ÇEKER**, s. 75 ve 78-79.

tan yoksundur. Dolayısıyla da bir paya tanınabilecek imtiyazlı oy sayısına bir üst sınır getirilemez. Bu durumda 1 milyar TL esas sermayeli bir anonim şirkette, sermayenin birbirine eşit 1000 paya bölünmüş olduğunu ve paylardan 998 adedine bire bir oy, 2 adedine ise, 500'er oy hakkının tanınması mümkündür³⁸⁵

Diğer bir görüşe³⁸⁶ göre ise, bir hukuk sisteminde genel olarak, her payın en az bir oy hakkı bahşedeceğine yönelik yasal bir hükme yer verilmesine rağmen, (oy hakkındaki imtiyazın üst sınırı bakımından kanunda açıkça bir tahdit öngörülmediğinden hareketle) belirli bazı paylara tanınacak oyda imtiyaz sayesinde diğer payların oy hakkını anlamsızlaştırılmasının kabulü, kanunun amacını gözardı eden şekilci bir yorumlamanın sonucudur. Zira, nasıl ki, bir payın ana sözleşme ile oydan yoksun bırakılması hukuka aykırı ise bazı paylara aşırı oranda oyda imtiyaz tanımakla bu sonuç dolaylı olarak doğuran ve böylece diğer payları adet "oyusuzlaştıran" düzenlemeler de o kadar hukuka aykırıdır. Buna göre de, bu durumda oyda imtiyaza ilişkin bir üst sınırı getirilmesi kaçınılmaz zorunluluktur. Bu bakımdan, oyda imtiyazlı paylara tanınacak oyların toplam sayısının, adli paylara tanınan oy sayısını aşamayacağına yönelik bir sınırlandırılmanın kabul edilmesinin gerektiği önerilmektedir. Hatta bu görüş taraftarları, anonim ortaklıkta imtiyazlı payla

³⁸⁵ Hatta örneğin Türk uygulamasında daha yeni diyebileceğimiz bir dönemde (bkz. Hürriyet gazetesi, 15.10.1999, s. 12) bir anonim şirket payına, belirli bir konuda olsa bile, 100 (yüz) bin oy hakkının tanındığı görülmüştür (*Kendigelen'nin*, Yönetimde İmtiyaz eserinin önsözünden naklen).

³⁸⁶ **FRANK-FAHLE**, Die Stimmrechtsaktie, Diss., Berlin 1923, s. 58 v (*Kendigelen*, Yönetimde İmtiyaz, s. 150 dñn. 455'den naklen); **TEOMAN** Oydan Yoksunluk, s. 148-149; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 15 dñn. 459'da ve **ÇEKER**, s. 78 dñn. 125'de anılanlar. Doktrinde bu görüş il defa Alman hukukçusu *Frank-Fahle* tarafından 1923 tarihli eserinde ile sürülmüştür (bu hususta bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 141 **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 150, dñn. 455).

tek başına karar alabiliyorsa, adi payların oy hakkı etkisizleşmiş ve hatta oysuzlaştırılmış demekle, giderek imtiyazlı payların oy sayısına değil, tek başlarına asgari yetersayı ile dahi olsa karar alma güçlerine de sınırlamanın getirildiğini ileri sürmektedirler.

Oyda imtiyaza üst sınırın getirilemeyeceği görüşünde olan yazarlarca, oy hakkında imtiyaza üst sınırın getirilmesine yönelik görüş, zorlama yolu ile getirilen ve yasal dayanağı olmayan bir öneri olma niteliğinde olmanın yanı sıra ve hatta ötesinde, oy hakkında imtiyazın öngörülme amacına da aykırıdır. Zira oy hakkında imtiyaz tanınmasının başlıca amacı, daha az sermaye payına rağmen yönetimde hakimiyetin sağlanmasını gerçekleştirmektir. Hatta bu bağlamda gerçek anlamda oyda imtiyazın varlığından söz edebilmek için imtiyazlı paylara, diğer paylara ait toplam oy sayısından daha fazla oy sayısı veya oy gücünün tanınmasının zorunlu olduğu sonucuna varılabilir.

Ne var ki, oy hakkında imtiyazın tanınmasında yasal bir sınırlamanın bulunmadığını benimseyen yazarların hemen hepsi, bu konudaki irade serbestisine objektif iyi niyet kurallarının bir sınırlama getirdiğini kabul etmektedirler³⁸⁷.

b. Kişisel Değerlendirme ve Kanaatimiz

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, oy hakkında imtiyaz müessesesi, anonim ortaklıkların demokratik yapısı ile bağdaşmamakta ve bu bakımdan söz konusu ilkenin (anonim şirketlerdeki demokrasi ilkesinin) istisnası olarak kabul edilmektedir³⁸⁸. Kaldı ki, yukarıda yer verilen yabancı hukuklardaki mevcut duruma bakıldığında da görüldüğü üzere,

³⁸⁷ Bkz. yukarıda dñn. 384'de anılanlar ve ayrıca ARSLANLI, Anonim Şirketler I, s. 159.

³⁸⁸ KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 10; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 53 ve orada dñn. 21 ve 27'de anılanlar.

hazırda anonim ortaklıklar hukukundaki gelişme, oy hakkında imtiyazın terk edilmesine yönelik bir görünüm arz etmektedir.

Şimdi her bir görüşün değerlendirilmesine gelince öncelikle şunu belirtelim ki, oy hakkında imtiyazın tanınmasında yasal bir sınırlamanın bulunduğu ve bu nedenle oy hakkında imtiyazlı payların sağladıkları toplam oyların aç payların sağladıkları toplam oy sayısını geçemeyeceği ve hattı asgari yetersayı ile dahi olsa karar alamayacağı şeklindeki görüş, açıkça bir takım sakıncaları da bünyesinde taşımaktadır.

Gerçekten, oy hakkında imtiyazın tanınmasında yasal bir sınırlamanın bulunmadığını benimseyen yazarlarca da haklı olarak belirtildiği üzere, oy hakkında imtiyaz tanınmasının esas nedeni, sermaye azınlığına sahip olunmasına rağmen, şirket yönetiminde etkinliğin bu veya diğer ölçüde temin edilmesini gerçekleştirmek gayesidir. Bu açıdan genelleme yaparak, oyda imtiyazlı payların asgari yetersayı ile dahi karar alamayacağını kesin bir şekilde ileri sürülmesi, oyda imtiyaz kurumunun başlıca varlık nedenini ve işlevinin tamamen göz ardı edilmesi anlamına geldiği ortadadır.

Bundan başka, günümüzde çoğu ülke sistemlerinde toplantı yetersayısı bakımından oldukça az bir oran öngörüldüğünü³⁸⁹ veya zaten herhangi bir oranı öngörülmediğini³⁹⁰ dikkate alacak olursak, böyle bir sınırlamanın oy hakkında imtiyaz müessesesinin işlevliliği

³⁸⁹ Örneğin, toplantı yetersayısı İngiliz (ŞK. m. 370. İngiliz hukukunda konu ile ilgili açıklama için ayrıca bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 221) ve Portekiz (bkz. DRUEY, s. 377 dñn 77) hukuklarında iki pay sahibi ile İrlanda hukukunda üç pay sahibi ile (bkz. DRUEY, s. 377 dñn 7) sağlanabilmektedir.

³⁹⁰ Örneğin Belçika (bkz. WYMEERSCH, s. 21, 37; İMREGÜN, Menfa İhtilafları, s. 24), Almanya, Avusturya, Hollanda ve Danimarka hukuklarında (bkz. DRUEY, s. 377 dñn. 76).

büyük ölçüde sekteye uğratacağını kolayca söylemek mümkündür.

Oy hakkında imtiyazın tanınmasında yasal bir sınırlamanın bulunmadığını benimseyen görüşün de kanaatimizce, tam tatminkar olmadığı açıktır. Zira, bu görüşte olanların başlıca savı, oyda imtiyaz, her halükarda diğer payların oy gücünün sınırlandırılması sonucuna neden olacağı, buna rağmen imtiyaza (somut olarak oy hakkında imtiyaza) imkân tanıyan kanunun bu konuda açıkça bir sınırlama öngörmemiş olması karşısında, oyda imtiyaza bir üst sınır getirilmesinin yasal dayanaktan yoksun olduğu şeklindedir. Oysa ki, bir kere, oy hakkında imtiyazın üst sınırının olmadığı kabulü, her paya emredici bir şekilde oy hakkı tanıyan³⁹¹ ve anonim şirketin yapısından kaynaklanan ve bu nedenle anonim şirketin doğasına en uyumlu olan kanuni düzenlemenin dolanılması sonucuna neden olabileceği gözardı edilemez. Zaten bu görüşü savunanların da hemen hepsi³⁹², oy hakkına bir üst sınır getirilmesinin gerekli olduğunu belirtmektedirler.

Kaldı ki, her ne kadar oyda imtiyazın diğer payların oy gücünü sınırladığı bir gerçek ise de, bu sınırlamanın da bir sınırının olduğu ve olması gerektiği muhakkaktır. Dolayısıyla da, kanun koyucunun oyda imtiyaza cevaz vermek suretiyle bir kısım payların yönetimde daha etkin olmasına imkân tanınması ve bununla da diğer payların oy gücünün sınırlandırılmasını kabul etmesi, imtiyazlı payların oy gücünün bir üst sınıra tabi olmayacağı anlamına gelmez. Bu bakımdan da, oy hakkında

³⁹¹ Karda ve/veya tasfiye bakiyesinde imtiyazlı oydan yoksun paylar bütünüyle olmasa da, belli bir ölçüde bu ilkeye istisna teşkil etmektedir.

³⁹² Örnek olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 803; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 176 ve orada dpn. 568'de anılanlar; **ÇEKER**, s. 78

imtiyazın bir üst sınırının bulunmadığı görüşü³⁹³, her paya emredici bir şekilde oy hakkı tanıyan yasa hükmü ile bağdaşmamaktadır ve bu nedenle aşılabilir³⁹⁴. **Yani bir paya veya belirli bir pay grubuna ait olan paylara, diğer payların sağladıkları oy hakkını anlamsız kılacak derecede oyda imtiyaz hakkı tanınmaz.** Aksi düşünce, yasaya aykırı olduğu gibi, anonim ortaklıkların temel yapısına (bir sermaye şirketi olmasına) ve bu yapıya işlerlik kazandıran temel ilkelere (örneğin, sermayeye göre hak ilkesi ve çoğunluk ilkesine) de aykırı olur.

Ancak itiraf etmek gerekir ki, anonim ortaklığa ilişkin somut şartlar dikkate alınmaksızın, genelleme yapmak suretiyle oy hakkında imtiyaza bir üst sınır getirilmesi, bazen amaca uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Aslında sorunun temelinde oy hakkında imtiyazın, anonim ortaklığın yapısına ve işleyiş felsefesine yabancı olması faktörü yatmaktadır. Fakat ne var ki, mevcut düzenlemeler kapsamında bir çözümün bulunması gereği de kaçınılmaz bir zarurettir.

Bu bakımdan da genel olarak bütün hakların kullanılması açısından söz konusu olan hakkın kötüye kullanma yasağı, ele alınan sorunun çözümü adına tek başına yetersiz olduğu gibi bütün mukaveleler bakımından söz konusu olan ve sözleşme serbestisinin genel sınırlarını çizen kanunun emredici hükümlerine ve genel ahlaka aykırılık yasağının da yetersiz olduğu bir gerçektir. Yani oyda imtiyaz hakkı ve buna imkân tanıyan ana sözleşme hükümleri, elbette ki, çok genel olan bu iki yasak açısından, diğer bütün haklar ve sözleşme hükümler gibi bir denetime tabi tutulacak ama, bunun oy hakkında imtiyazın üst sınırını belirleme açısından yeterli ve iknaedici bir çözüm sağlayamayacağı da ortadadır.

³⁹³ Bkz. yukarıda dñn. 384.

³⁹⁴ Aynı yönde, TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 148

Kanaatimizce, her somut olayda anonim şirket tarafından bir kısım paylara tanınan oy hakkında imtiyazın, diğer payların oy hakkını etkisizleştirip etkisizleştirmedigine bakmak gerekir. Şayet oy hakkında imtiyaz nedeniyle bir payın haiz olduğu oy hakkı karşısında, sermayeye katılım oranı bakımından bakıldığında, makabilline şamil diğer payın haiz olduğu oy hakkı, anlamsız denecek kadar az oy gücünü haiz ise, o zaman oyda imtiyazın, diğer payların oy hakkını etkisizleştirdiğini ve bu nedenle de geçersiz sayılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Dolayısıyla da, sonuç olarak, şirket ana sözleşmesi ile bir kısım paylara tanınan oyda imtiyazın, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olmasa bile, salt makabline şamil olan diğer payların oy hakkını etkisizleştirdiği sonucuna varmamız, *kanaatimizce*, geçersizliğin kabulü için yeterli sayılmalıdır.

V. OY HAKKINDA İMTİYAZIN YERİNDELİĞİ

Doktrinde oy hakkında imtiyaz kurumuna yaklaşım farklılık arz etmektedir. Bir kısım yazarlar, oy hakkında imtiyaz tanınmasının aleyhine görüş belirtirken, diğer bir kısım yazarlar ise, oy hakkında imtiyazın, diğer bütün imtiyazlarda olduğu gibi bir takım sakıncalarının olduğunu kabul etmekle birlikte, oy hakkında imtiyaz kurumunun muhafaza edilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmektedirler. Yalnız bu görüşlerin özetine geçmeden ve konuya ilişkin kişisel düşüncelerimizi açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, günümüzde oy hakkında imtiyaza ilişkin yasal düzenlemeler kapsamında genel eğilim, oyda imtiyazın kaldırılmasına yönelik olarak gelişmektedir.

Oyda imtiyazın yasaklanması gerektiği görüşünde olan yazarlara³⁹⁵ göre, rizikoyu sermaye taşımaya rağmen, oy

³⁹⁵ Örnek olarak bkz. ARSLANLI, Anonim Şirketler I, s. 244. Ayrıca genel anlamda bkz. DRUEY, s. 377, 379 ve KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 85 dpn. 187 ve orada s. 167 dpn. 519'da anılanlar.

hakkında imtiyaz sayesinde şirket idaresine sermaye azınlığı hakim olabilmekte, böylece anonim ortaklıkların aslında demokratik yapısını ortadan kaldırılmakta, bunun yerine oligarşi ve yönetim mutlakiyeti tesis edilebilmektedir. Ayrıca, oy hakkında imtiyaz, kötüye kullanılmaya son derece elverişli bir araç olduğu ve bu yüzden zamanla azınlığın ve hatta bizzat şirketin aleyhine kötüye kullanıldığı da bir vakıadır.

Kaldı ki ve hepsinden önemlisi, oy hakkında imtiyaz, bazen onun öngörülme amacının tam tersi istikametinde de zararlı sonuçlara neden olabilmektedir. Gerçekten, oy hakkında imtiyaz tanınmasının esas amaçlarından birinin yabancılaşma tehlikesine karşı korunmayı sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Ne var ki, oy hakkında imtiyazlı payların zamanla miras veya diğer devir türünden nedenlerle çok sayıda pay sahibine yayılabilmesi, esasen yabancılaşma olanağını daha da kolaylaştırabilmektedir. Zira söz konusu paylar, daha az bir sermayeyle yönetimde etkinliği sağladığından, çok daha kolay ve cazip bir bedel üzerinden satılabilmekte, bu da aslında istenmeyen ve “yabancı” olarak görülen kişiler tarafından olması gerekenden daha az bir sermaye yatırımı ile oy hakkında imtiyazlı payların iktisap edilmesine ve böylece kolay bir şekilde şirket yönetiminin ele geçirilmesine olanak sağlayabilmektedir.

Diğer bir grup yazar³⁹⁶ ise, anonim ortaklığın demokratik yapısına, sadece oy hakkında imtiyaz değil, bütün imtiyazların aykırı olduğu, bu bakımından da “sermayeye göre hak ilkesinin” sadece oy hakkında imtiyaz açısından korumanın haklı bir gerekçesi olamayacağını, kaldı ki, payların itibari değerinden daha yüksek bedelle (agiolu) ihracı halinde de zaten oy hakkı ile gerçek sermaye yatırımı arasında oransallığın

³⁹⁶ İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 90 dñn. 16a; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 338 dñn. 100; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 86; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 169 vd.

korunamadığı belirtilmekte, oy hakkında imtiyazın, uygulanmanın bir gereksinimi sonucu ortaya çıkmış olduğu ve bu gereksinimi karşıladığı sürece yararlı olduğu, bu ihtiyacı gözardı ederek, hukuku soyut ilkeler içerisine hapsedilmiş bir doğma yığını haline getirme zihniyetinin ürünü olarak, mücerret ilkelerin zedelendiğinden hareketle söz konusu imtiyaz türü aleyhine katı bir tavır almanın gerçekçi ve faydalı olamayacağını ileri sürmektedirler.

Biz, yukarıda oy hakkında imtiyaza karşı olan görüşü özetlerken, ifade edilen gerekçelere aynen katılıyoruz. Gerçekten, oyda imtiyazlı paylar, anonim ortaklıklarda kabul edilen “sermayeye göre hak ilkesini” ve anonim ortaklıkların demokratik yapısını, tabir caiz ise, temelden zedelemektedir. Zira, oyda imtiyaz tanınması halinde ortaklığın iradesi, sermaye çoğunluğunun (anonim ortaklıklar en katı bir sermaye şirketi olmasına rağmen) iradesi yönünde değil de, sermayenin cüzi bir kısmını teşkil eden oyda imtiyazlı pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda teşekkül edebilmektedir. Bu durumda bütün imtiyazların anonim ortaklığın demokratik yapısına aykırı olduğu, bu bakımından da “sermayeye göre hak ilkesinin³⁹⁷” sadece oy hakkında imtiyaz açısından korumanın haklı bir gerekçesi olamayacağı şeklinde bir yargıya varmak³⁹⁸, hatta oyda imtiyazın kâr payı ve başkaca akçesel imtiyazlardan

³⁹⁷ Anonim şirketlerde ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece koymuş oldukları sermayeyi yitirme rizikosunu taşımaktadırlar. Bu bakımdan her bir ortak tarafından şirkete konulan sermaye miktarı arttıkça, onun üstlenmiş olduğu riziko da o oranda artmış olur (yani konulan sermaye ile üstlenilen riziko orantılıdır). Zira işlerin kötüye gitmesi halinde onun uğrayacağı zarar, daha az sermaye yatıran ortak veya ortaklardan daha fazla olacak. İşte buna göre de, anonim ortaklıklarda konulan sermaye ve böylece üstlenilen riziko ile orantılı hak, kısacası, sermayeye göre hak ilkesi kabul edilmektedir.

³⁹⁸ **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 169 ve orada dph. 533’de anılanlar.

çok daha az sakıncalı olduğu yönündeki iddialar³⁹⁹, kanaatimizce, yerinde olmamakla birlikte, gerçeği de yansıtmamaktadırlar. Çünkü, oyda imtiyazlı olmak demek, aslında şirketin cari faaliyetlerini yürüten yönetim organında ve şirketin karar organı olarak, şirket iradesini açıklayan genel kurulda egemenliğin ele geçirilmesi ve böylece bir nevi şirkete sahipliğin ele geçirilmesi demektir. Oy hakkında imtiyaz dışında, şirket yönetimi ve kaderi hususunda bu türlü kalıcı ve etkin hak sağlayan bir başka geçerli imtiyaz konusu hak bulunmamaktadır. Bu bakımdan da, her ne kadar diğer her türlü imtiyazlar anonim ortaklığın demokratik yapısına bir ölçüde aykırılık teşkil etseler de, oyda imtiyazın neden olduğu şekli ile onu temelden tahrir etmemektedir.

Keza, sermayeye göre azınlık oluşturan belirli bir grup paya tanınan şirket organlarında temsil olunma hakkı (grup imtiyazı), “sermayeye göre oy hakkı” ilkesinin bir ölçüde ihlali sayılabilirse de, bunun oyda imtiyaz ile, söz konusu ilkenin ihlali bakımından aynı sonuçlara neden olmadığı açıktır. Gerçekten, bu durumda belirli bir grup paya tanınan şirket organlarında temsil olunma hakkı, esasen azınlık pay sahiplerinin egemen hale getirilmesi amacıyla değil, bu tür pay sahiplerinin korunması amacıyla öngörülmekte⁴⁰⁰ ve bu bakımdan da azınlık hakları gibi, hukukun temel amaçlarından olan, adaleti sağlamaya yönelik bir özelliği söz konusu olabilmektedir. Oysaki, oyda imtiyaz halinde, azınlık adına böyle bir korunma değil de, azınlığın egemen kılınması amaç edinilmektedir ki, bunun da adaleti sağlama amacıyla yapılmadığı ve böyle bir amaçla yapıldığının ileri sürülemeyeceği ortadadır. Zira, sermaye azınlığının meşru menfaatlerinin çiğnenmesi, ne kadar gayrı adil ve böyle bir

³⁹⁹ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 338 dñn. 100.

⁴⁰⁰ Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s.183 vd ve orada dñn. 10 ve 12’de anılanlar.

çığnenmenin önlenilmesi de ne kadar adil ise, sermaye çoğunluğunun meşru haklarını çığnemek de en az bir o kadar gayrı adil ve gayrı mantıki, böyle bir çığnenmenin önlenilmesi ise, doğal olarak çok daha adil ve mantıkidir⁴⁰¹.

Şayet sermayeye göre hak ilkesini bu denli ihlal etmesine ve hatta anonim ortaklığın demokratik yapısını, yani ona hakim ilkelerden biri olarak kabul edilen çoğunluk ilkesini tamamen ortadan kaldırmasına rağmen, uygulamanın ihtiyaçlarından hareketle oy hakkında imtiyaz kurumunun benimsenilmesi, söz konusu ilkelerin reddi anlamına gelmektedir. Zira, bir konuda belirli bir ilkenin varlığı kabul edildiğinde, esasen o ilkeye aykırı olanlar, istisna mahiyetindedir demektir. Eğer bu böyle değilse, doğal olarak ilkeden de söz edilemeyecektir. Şimdi bir anonim ortaklıkta oy hakkında imtiyazın tanınması halinde, o anonim ortaklık bakımından kural, söz konusu ilkelerin (örneğin çoğunluk ilkesinin) geçerliliği değil, bu ilkelere aykırı olanların geçerliliği şeklinde olacak.

Kaldı ki, bugün için artık uygulamanın bu konuda bir gereksinimden söz edilmesi de gerçeği yansıtmamaktadır. Gerçekten, oy hakkında imtiyazın, aslında ondan beklenen amaçların gerçekleştirilmesi bakımından yetersiz olduğu bizzat uygulama tarafından zamanla kanıtlanan bir hakikattir (bu bakımdan uygulamada karşılaşılan kötüye kullanmalar - genel kurulda oy sayısı bakımından azınlıkta kalanlar aleyhine ve hatta bizzat şirket aleyhine - ve hatta oyda imtiyazlı payların sonradan çeşitli devir nedenleriyle çok sayıda pay sahipleri arasında yayılmasının doğrudan yabancılaşma tehlikesine kolaylık sağlamakla, onun öngörülmesi amacına tamamen zıt bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilmesi halleri örnek olarak gösterilebilir).

⁴⁰¹ İMREGÜN, 'Anonim Ortaklıklar, s. 136 ve orada dñn. 60 ve 61'de anılanlar.

Dahası, pay sahipleri tarafından oy hakkı aktif bir şekilde kullanıldığında, şirket yönetimi üzerinde kontrolün güçlendiği ve bunun da şirket yönetiminde verimliliğin artmasına neden olduğu, bu tür şirketlerin ticari faaliyet alanında daha başarılı olduğunu istatistik veriler ortaya koymaktadır⁴⁰². Oysaki, oy hakkında imtiyaz, pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerindeki denetimi oldukça zayıflattığı bir gerçektir. Bu hususta İsviçre hukukunda olduğu gibi şirket denetimi ile ilgili konularda imtiyazlı oyların kullanılmasına sınırlama getirilmesi, tek başına yeterli olamaz. Zira, şirket yönetimini ele geçirme ve genel kurulda üstünlüğü sağlama adına yarışın sağlayacağı etkiyi, İsviçre hukukunda öngörülen düzenlemelerin sağlayamayacağı açıktır. Zaten bu yüzden olsa gerek ki, gittikçe dünyada anonim ortaklıklar hukuku alanında oyda imtiyazlı pay ihracı imkânı bütünüyle ortadan kaldırılmaktadır⁴⁰³.

Nihayet, oydan yoksun payların kabul edilmesi, oyda imtiyaz aracılığıyla sermayeye oranla oy kullanma hakkının sınırlandırılabilirliğinin öncelikle kabulünü gerektir şeklinde ileri sürülen gerekçe⁴⁰⁴ de katılamıyoruz. Çünkü, oydar yoksun kârda imtiyazlı pay ihracı durumunda (a) söz konusu

⁴⁰² Bu hususla ilgili olarak bkz. DAVIS, s. 384 vd.

⁴⁰³ Oyda imtiyazın, uygulamanın bir gereksinimi olduğundan muhafaza edilmesi gerektiği görüşünde olan yazarlar, bu gereksinime örnek olarak Alman hukukunda oyda imtiyazlı pay ihracının bütünüyle kaldırılmadığını istisnai de olsa buna imkân tanıdığını şeklinde gerekçe ileri sürmekteydiler ki, 1998 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile Alman hukukunda oyda imtiyazlı pay ihracına çok sınırlı bir şekilde imkân tanıyan düzenlemeyi (POK § 12/2'nin ikinci cümlesini) yürürlükten kaldırılmış ve böylece oyda imtiyazlı pay ihracı bütünüyle yasaklanmıştır. Böyle bir yasa değişikliğini uygulamanın ihtiyaçlarından ileri geldiği yönündeki yasal gerekçe için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 78 dnp. 154.

⁴⁰⁴ Bu yöndeki bir gerekçe için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 172.

paylar lehine kârda öncelik tanınmakla anonim ortaklık tarafından çıkarılan paylar arasında bir nevi denge korunmaktadır⁴⁰⁵, kaldı ki, (b) oydan yoksun paylarda özel önem arz eden durumlarda paydan kaynaklanan hakların güvencesi olan oy hakkı, işlerlik kazanabilmektedir. Oysa, oyda imtiyazda bu durumların esasen hiçbiri bulunmamaktadır. Oy hakkında imtiyazın kullanımına ilişkin sınırlamaların öngörülmesi de bu bakımından yeterli ve tatmin edici olamaz. Çünkü, bu tür sınırlamaların kapsamı çok geniş tutulduğunda, esasen oy hakkında imtiyazın fazla bir anlamı kalmayacak, sınırlamaların kapsamı dar tutuldukta ise, bu imtiyaz türünün baştan beri üzerinde durmaya çalıştığımız sakıncaları beraberinde getireceği kaçınılmazdır.

Sonuç itibariyle, oy hakkında imtiyaz, anonim ortaklıkların yapısına yabancı ve aykırı olduğu gibi, menfaatler dengesine de uymaz. Oy hakkının kullanımına yönelik her türlü kısıtlamaların artık günümüz anonim ortaklıklarının menfaatleri ile kural olarak bağdaşmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir⁴⁰⁶. Zaten bu yüzden olsa gerek ki, uygulamada imtiyazlı pay ihracına çok istisnai olarak rast gelinmektedir. Dolayısıyla ve sonuç olarak, oyda imtiyazlı pay ihracına imkân tanınmaması, kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda) tercih edilmesi gerekir.

⁴⁰⁵ **TEOMAN**, “Alman Paylı Ortaklıklar Kanunundaki Düzenlemeye Göre Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, İkt. Mal. C. XXIV, S. 12, s. 504; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 100; **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, Batider C. XVIII, S. 3, s. 22 ve özellikle s. 45-46; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 56; **ÇEKER**, , s. 107; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 6

⁴⁰⁶ Bu yönde bkz. **DAVIS**, s. 383 vd. Ayrıca bkz. [www. ICGN Global Share Voting Principles.htm](http://www.ICGNGlobalShareVotingPrinciples.htm)

§ 11 KÂR VE/VEYA TASFİYE BAKİYESİNDE İMTİYAZLI OYDAN YOKSUN PAYLAR

I. KÂRDA VE/VEYA TASFİYE BAKİYESİNDE İMTİYAZLI OYDAN YOKSUN PAY KAVRAMI

Oydan yoksun imtiyazlı pay müessesesinin ana vatani, Amerikan hukukudur. Ne var ki, esasen kıta Avrupa'sı ülkelerinin bu tür paylara kendi iç hukuk düzenlemelerinde yer vermesiyle söz konusu paylar, anonim ortaklıklar hukuku alanında çok yaygın bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır⁴⁰⁷. Söz konusu uygulama, sermaye piyasasının gelişmesi ile, özellikle hisse senetlerinin borsada işlem görmesine yönelik gelişmelerin hızla artış göstermesi ile paralel bir şekilde gelişme kaydetmiştir. Zira borsada işlem gören hisse senetlerine rağbet gösteren küçük tasarruf sahipleri, istikrarlı bir şekilde yüksek kâr payı aldıkları sürece, şirkete ait hiçbir idari mesele ile ilgilenmedikleri bilinen bir gerçektir. İşte oydan yoksun akçesel haklarda (esasen kâr payı hakkında) imtiyazlı payların ihdasının temelinde yatan esas nedenlerden biri budur.

Bir diğer neden ise, anonim şirkette yönetimi elinde bulunduranların bu mevkilerini kaybetmeden şirketin sermayeye olan ihtiyacını daha güvenli ve elverişli bir şekilde karşılanmasını bu tür paylar sayesinde sağlayabilmesidir.

⁴⁰⁷ Örnek vermek gerekirse, bu tür paylar daha 1937 senesinden itibaren yasal olarak Alman hukukunda (TEOMAN, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 504; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 15), 1978'den itibaren Fransız hukukunda (bkz. S. ÖZTEK, Fransız Hukukunda Oy Hakkından Yoksun Kar Payında Öncelikli Hisse Senetleri, Batider, C. XI, S. 3, s. 91), 1991'den itibaren Belçika hukukunda (bkz. WYMEERSCH, s. 25), 1992'den itibaren Türk hukukunda (Sermaye Piyasası Kanunu m. 14/A) kabul edilmektedir. Buna mukabil, örneğin İsveç (bkz. SKOG, s. 304), İsviçre (İsv.BK.m. 692) ve Finlandiya (Bkz. TOIVIAINEN, s. 90) gibi ülkelerde, oydan yoksun imtiyazlı pay senedi ihracına hukuken imkân tanınmamaktadır

Çünkü, bu durumda hem ihdas olunan yeni paylar oy hakkı sağlamadığından şirketteki mevcut çoğunluk ilişkileri korunabilmekte, hem de kredi vs. türden borçlanmalarda olduğu gibi şirket zarar ettiği yıllarda bile, o yıla ait sabit faizler şeklinde ödeme yapmak külfetinden kurtulabilmektedir. Zira söz konusu paylara sahip olan ortaklara, şirketin zarar ettiği yıllarda kâr payının ödenmesi zorunluluğu söz konusu olmaz⁴⁰⁸.

Dolayısıyla da aslında anonim ortaklıklardaki pay sahiplerinin şirkete katılımlarında farklı gayeleri taşıyabilmeleri, oydan yoksun imtiyazlı payların ihdasına neden olmuştur⁴⁰⁹. Zira anonim ortaklıkta bir kısım pay sahipleri kâr elde etmenin yanı sıra, şirket yönetiminde aktif bir rol almayı gayeyi hedef edinirken, diğer bir kısım pay sahipleri ise, şirket işlerine karışmayı hiç düşünmeksizin, salt ve sadece ortaklığa yatırdıkları tasarrufları mukabilinde şirket kârından faydalanmayı gaye edinmektedirler.

Böylece söz konusu payların ihdas nedenlerine değindikten sonra, oydan yoksun imtiyazlı pay kavramına açıklık kazandırmaya çalışacak olursak, *oydan yoksun imtiyazlı paylar, normalde oy hakkı bulunmayan ve fakat mali konularda (esasen ve özellikle de kârdan yararlanmada) imtiyaz veya imtiyazlarla teçhiz edilmiş paylardır*⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Genel anlamda bkz. TEOMAN, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 504 ve orada dpn. 5'de anılanlar; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 101 ve orada dpn. 6'da anılanlar; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 637.

⁴⁰⁹ NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 8.

⁴¹⁰ Genel anlamda bkz. TEOMAN, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 506 vd; KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 22; ÖZTEK, s. 98; ÇEKER, s. 106; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 7; HAMILTON, s. 302.

Dikkat edilirse, normalde sahiplerine ortaklık genel kurulunda oy hakkı sağlamaması ve bunun karşılığında mali konularda bir takım ayrıcalıkları sağlaması, oydan yoksun imtiyazlı payların, anonim ortaklıklardaki diğer her nevi paylardan ayırt eden ve onları ayrı bir pay çeşidi yapan başlıca ve en esas iki özelliğini teşkil etmektedir. Oydan yoksunluk, bu payların en önemli bir özelliği olmakla birlikte, ileride de görüleceği üzere, belli şartların gerçekleşmesi üzerine oy hakkı, paydan kaynaklanan hakların birer koruyucusu olarak, canlanabilmektedir. Aslında böyle bir “canlanma” da, söz konusu payların bir diğer özelliğini teşkil etmektedir⁴¹¹. Burdan başka, bazı ülke hukuklarında söz konusu paylara, oydan yoksunluk mukabilinde tanınacak imtiyazın konusu, olmazsa olmaz bir şart olarak kârdan yararlanmaya yönelik olacağı (mesela, Alman ve Türk hukuklarında⁴¹²) öngörülmekle birlikte, diğer bir kısım ülke hukuklarında ise (örneğin, ABD ve Hollanda hukuklarında⁴¹³), imtiyaz konusunun mali nitelikte bir hakka ilişkin olması yeterli olup, kârdan faydalanmaya yönelik olması zorunlu değildir.

Diğer hususlarda ise, yukarıda genel bir şekilde imtiyazlı pay kavramına yönelik yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir.

⁴¹¹ **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 40; **ÖZTEK**, s. 101.

⁴¹² A.Im. POK § 139/I ve Türk SerPK.m. 14/A, f. 2). Alman hukuku bakımından etraflı açıklamalar için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 509 ve orada dñn. 22’de anılanlar; Türk hukuku bakımından ise bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**,N. 776; **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 45 vd; **ÇEKER**, s. 106-107, 115; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 7, 25-26.

⁴¹³ ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. **HAMILTON**, s. 302; **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 635; Hollanda hukuku ile ilgili olarak bkz. Hollanda MK. section II, m. 96a. (bkz. **TİMMERMAN**, s. 213).

Burada son olarak, oydan yoksun imtiyazlı payların, hukuki niteliği itibariyle anonim şirketlerde bir ortaklık mevkiini ifade eden bir “pay” olduğu ve dolayısıyla da bu tür pay sahiplerinin de şirket ortağı olduğundan şüphe edilmemesi gerektiğini belirtelim. Zira, söz konusu payların da her biri, ortaklık esas sermayesinin bir parçasını teşkil etmekte ve bu tür paylara sahip olan ortaklar da diğer bütün ortaklar gibi şirketin ticari faaliyetinden aynı şekilde riziko taşımaktadırlar. Oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin şirket ortağı olduğu, bu tür pay ihracına imkân tanıyan hemen bütün hukuk sistemlerinde tereddütsüz bir şekilde kabul edilmektedir⁴¹⁴. Bu da doğal olarak, oydan yoksun imtiyazlı payların teknik anlamda hukuki niteliği itibariyle birer “pay” olmalarından ileri gelmektedir.

II. BENZER MENKUL KIYMETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. KATILMA İNTİFA SENETLERİYLE

Nakit karşılığı satılmak üzere anonim ortaklıklar tarafından çıkarılan ve sahibine kural olarak sadece akçesel haklar sağlayan, hisse senetlerinden farklı olarak, anonim ortaklıklarda herhangi bir payı temsil etmeyen kıymetli evrak niteliğini haiz senetlere katılma intifa senetleri denilir⁴¹⁵. Söz konusu intifa senetleri, İsviçre’de oydan yoksun imtiyazlı payların yöneldiği amacı gerçekleştirmek üzere uygulamanın ortaya koymuş olduğu bir senet türüdür⁴¹⁶. İsviçre hukukunda

⁴¹⁴ Örnek olarak ABD hukuku bakımından bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 632 ve özellikle 634-635; Alman hukuku bakımından bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 506-507; Fransız hukuku bakımından bkz. **ÖZTEK**, s. 95; Türk Hukuku bakımından bkz. **ÇEKER**, s. 107 vd.

⁴¹⁵ Genel olarak intifa senetlerinin tanımı bakımından bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1214.

⁴¹⁶ **TEKİNALP**, Katılma İntifa Senetleri, Batider, C. VI, S. 2, s. 297; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1251; **TEOMAN**, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1978, s. 180; **TEOMAN**, Sermaye

oydan yoksun imtiyazlı pay ihracı hukuken mümkün olmadığından (zira bu ülke hukukunda - bkz. İsv.BK.m. 692 - her pay sahibinin en az bir oy hakkı olması gerekmektedir) 1960 yılından itibaren bir çok anonim şirketler, oydan yoksun imtiyazlı payların ihracında güdülen amacın gerçekleştirilmesi üzere intifa senetlerini (açık bir kanuni düzenleme ile öngörülmemiş olmasına rağmen) nakit karşılığında çıkararak halka satmaya başlamışlar. Bu uygulama o denli yaygınlık kazanmış ki, sonuçta 1991 yılında yapılan yasa değişikliği ile bu tür senetler yasal olarak düzenlenmiştir⁴¹⁷. İsviçre hukukunun etkisi ile Türk hukukunda da sözleşme serbestisi çerçevesinde bu tür senetlerin anonim ortaklıklar tarafından çıkarılabileceği doktrinde ileri sürülmeye başlanmış⁴¹⁸ ve ilk kez 13 Kasım 1983 tarihinde katılma intifa senetlerine ilişkin bir tebliğle hukuki norma bağlanmıştır. Yalnız belirtmek gerekir ki, 1994 tarihine dek, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da oydan yoksun imtiyazlı pay ihracı hukuken mümkün değildi (zira TTK. m. 373 uyarınca her pay en az bir oy hakkı sağlar).

Dolayısıyla da, haddizatında bu ülke hukuklarında katılma intifa senetleri, oydan yoksun imtiyazlı pay ihracının mümkün olmaması sebebiyle varlık kazanmıştır. Buna göre de esasen diğer ülke hukuklarında bu tür senetlere pek rastlanılmaz.

Katılma intifa senetlerini, aslında anonim ortaklık hukuku alanına yapay bir müdahale sonucu, daha doğrusu oydan yoksun imtiyazlı pay ihracına ilişkin yasal engelin dolanılması sonucu girdiğinden, anonim ortaklıkların yapısına pek

Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri, İkt.Mal., C. 31, S. 1, s. 18; **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 26; **ÇEKER**, s. 109 ve orada dpn. 225'de anılanlar; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 13.

⁴¹⁷ **TEOMAN**, Katılma İntifa Senetleri, s. 18; **ÇEKER**, s. 109.

⁴¹⁸ **TEKİNALP**, Katılma İntifa Senetleri, s. 297 vd.

uymamaktadır. Bu bakımdan da, katılma intifa senetleri ile oydan yoksun imtiyazlı paylar mukayese edildiğinde ileri sürülen farklılıklar pek esaslı ve tutarlı olamamaktadır. Şöyle ki, katılma intifa senetlerinin oydan yoksun imtiyazlı paylardan farklı olarak, pay sahiplerine şirket yönetimine katılma hakkı kazandırmayacağı gibi, hiçbir surette oy hakkını da sağlayamayacağı, yani söz konusu senetler bakımından oydan yoksunluk mutlak bir anlam taşıdığı, buna mukabil oydan yoksun imtiyazlı paylarda oydan yoksunluk kesinlikle mutlak bir anlam taşımadığı ve nihayet katılma intifa senetleri, oydan yoksun imtiyazlı paylardan farklı olarak esas sermayenin bir parçasını teşkil etmediği belirtilmektedir⁴¹⁹.

Oysaki, bu söylenen farklılıklar zahiri olup gerçekte pek ciddi bir önemi haiz değillerdir. Çünkü bir kere, katılma intifa senetlerinin başlıca uygulama yeri olan ve söz konusu senetlere ilişkin geniş bir yasal düzenlemelere yer veren İsviçre hukukunda bu tür pay sahiplerine, ana sözleşmede açık bir hüküm konulması suretiyle oy hakkı tanınabilir (İsv.BK.m. 656c/2)⁴²⁰. Oy hakkının tanınması mümkün olunca, doğal olarak bu tür senet sahiplerinin şirket yönetimine her türlü iştiraki de pekâla mümkün olacak⁴²¹.

⁴¹⁹ TEOMAN, Katılma İntifa Senetleri, s. 17; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 101 vd; KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 26 vd; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 13; ÇEKER, s. 108-109.

⁴²⁰ Ayrıca bkz. NOBEL, s. 314 ve orada dpn. 7'de anılanlar.

⁴²¹ Çeker'in, İsviçre hukukunda bu tür senet sahiplerinin "asla oy hakkı ve ona bağlı hakları elde edemezler" şeklinde ifadesi hatalıdır (bkz. ÇEKER, s. 109). Zira, İsv.BK. m. 656c/II'de, açıkça bu tür senet sahiplerine şirket ana mukavelesi ile oy hakkının tanınabileceği öngörülmüş olduğu gibi, hatta şirket ana sözleşmesi ile bu tür senet sahiplerine oy hakkı tanınmamış olsa bile, sözlü edilen senet sahiplerinin gene de bir takım yönetim haklarını haiz olacağı kabul edilmektedir, bkz. NOBEL, s. 314 ve orada dpn. 8 ve 9'da anılanlar.

Görüldüğü üzere, ayrı bir pay çeşidi olan oydan yoksun imtiyazlı payların (ihracına imkân tanınan hukuk düzenlerinde) en belirgin özelliği, sahiplerine şirket genel kurulunda oy hakkı sağlamaması olduğundan, bu tür pay sahiplerine şirket ana sözleşmesi ile oy hakkının tanınması da mümkün olmadığı halde, katılma intifa senetleri sahiplerine oy hakkının tanınması mümkün olabilmektedir.

Bundan başka, katılma intifa senetlerinin satılması karşılığında elde edilen meblağ (tıpkı pay karşılığı elde edilen malvarlığı değerlerinde olduğu gibi) sayesinde meydana gelen sermaye, bilançolamada pasif kısımda değil, aktif kısımda, esas sermaye kaleminin altında ayrıca gösterilmektedir. Böylece, katılma intifa senetleri ile meydana getirilen sermaye, aslında pay karşılığı oluşturulan esas sermaye ile aynı hukuki rejime tabi tutulmakta ve söz konusu sermaye de esas sermaye gibi ortaklık alacaklıklarının başvurabileceği bir garanti fonu işlevini haiz olmaktadır⁴²². Dolayısıyla da oydan yoksun imtiyazlı payların katılma intifa senetlerinden farklı olarak esas sermayenin bir parçasını teşkil etmesi, mahiyet itibariyle öyle çok büyük bir önemi haiz olmamaktadır.

Fakat Türk hukukunda, her nevi intifa senetlerine ilişkin TTK'nın 403. maddesinde yer alan "intifa senedi sahiplerine azalık hakları verilmez" şeklindeki genel nitelikteki hükmeden hareketle, katılma intifa senetlerinin şirket yönetimine katılma hakkını sağlayamayacağı oybirliği kabul edilmektedir⁴²³.

Kanaatimizce, sırf bu hükme dayanarak, katılma intifa senetlerinin hiçbir şekilde oy hakkını sağlayamayacağı ve giderek bunun (yani oy hakkını kesinlikle sağlayamayacağı kuralının) katılma intifa senetlerinin, oydan yoksun imtiyazlı paylardan ayırdedilmesinde kesin bir ölçü olarak kabul

⁴²² TEOMAN, Katılma İntifa Senetleri, s. 22.

⁴²³ Bkz. yukarıda d.pn. 419'de anılanlar.

edilmesi, doğru değildir. Çünkü, TTK'nın söz konusu 403 madde hükmü, esasen adi ve (özellikle de) kurucu intifa senetleri gibi (*katılma intifa senetleri dışında kalan*) diğer intifa senetlerine yönelik bir düzenlemedir. Bu tür senetler ise, bazı ortaklar ve ilgili kimseler lehine bedelsiz olarak verilmekte, dolayısıyla da sahiplerine kendiliğinden şirket zararına katılmayı yükleyememektedir. Zira bazı ortakların veya ilgili kimselerin ödüllendirilmesi veya tatmin edilmesi amacı, bu tür senetlerin (adi veya kurucu intifa senetlerinin) ihdas nedenini teşkil etmektedir⁴²⁴. Böyle senetlerin de azalık hakları sağlayamayacağı doğaldır.

Halbuki, katılma intifa senetleri, kimlerinse ödüllendirilmesi veya tatmin edilmesi amacıyla bedelsiz olarak değil, nakit karşılığında verilmektedir ve dolayısıyla da bu tür senet sahipleri şirket zararına (tıpkı pay sahipleri gibi) katılabilmektedirler.

Kaldı ki, TTK'nun yürürlüğe girdiği 1.1.1957 tarihinden 1972 senesine dek⁴²⁵ böyle bir senedin Türk hukukunda ihdas edilebileceği doktrinde dahi ileri sürülmemiş ve hatta (en azından) ilgili Tebliğ tarihine dek hiç bu tür senetlerin ihdasına yönelik uygulamanın da söz konusu olmadığı bir gerçektir. Yani TTK'nun ilgili 403. madde hükmü yürürlüğe konulurken, aslında katılma intifa senetlerini düzenleme kapsamına almadığı, diğer bir ifadeyle, ilgili madde hükmünün bu tür senetlere de uygulanacağını öngörülmediği ortadadır.

Bütün bunları göz önünde bulundurduğumuzda, katılma intifa senetlerine, TTK'nun 403. maddesinin ilgili ("azalık hakları verilemez") hükmünün mutlak olarak uygulanması

⁴²⁴ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1224.

⁴²⁵ Zira katılma intifa senetlerinin Türk hukukunda da ihdas edilebileceği ilk kez *Takinalp* tarafından 1972 senesinde yayımlanan bir bilimsel makalede ileri sürülmüştür (bkz. TEKİNALP, *Katılma İntifa Senetleri*, Batider, C. VI, S. 2, s. 297 vd).

doğru değildir. Nitekim TTK'nun 403. maddesine kaynaklık teşkil eden İsviçre hukukunda da böyle bir kanun hükmünün varlığına rağmen katılma intifa senetleri sahiplerine oy hakkı tanınabilmekte ve hatta söz konusu senetlerin kendiliğinden (yarı şirket ana sözleşmesinde öngörülme dahi) sahiplerine bir takım yönetim hakları sağlayabileceği kabul edilmektedir⁴²⁶.

Sonuç olarak, katılma intifa senetleri, oydan yoksun imtiyazlı payların ihdasına hukuken imkân bulunmayan İsviçre hukukunda söz konusu payların cevap verdiği ihtiyacı karşılamak üzere çıkarıldığından, oydan yoksun imtiyazlı payların ihdasına olanak tanıyan hukuk düzenlerinde bu tür senetlerin ihdasına yer yoktur. Zira bir kere, oydan yoksun imtiyazlı payların ihdasına hukuken olanak tanındığı durumda bu tür payların ihdasına ihtiyaç kalmaz. Bu bakımdan Türk hukukunda 1992 senesinde Sermaye Piyasası Kanununda yapılan değişikliğe kadar, katılma intifa senetlerinin ihdasına olanak tanınmasını bir ölçüde anlamak mümkün olsa da, söz konusu yasa değişikliğinden sonra bu tür senetlerin ihdasına olanak tanınmasının hiçbir faydası kalmamıştır.

Bundan başka, yukarıda da ifade edildiği üzere, katılma intifa senetleri (İsviçre hukukunda oydan yoksun imtiyazlı payların ihracına ilişkin yasal engelin dolanılması sonucu ihdas olunan bir senet türü olarak), *Teoman*'ın da çok haklı olarak belirttiği üzere⁴²⁷, anonim ortaklıkların yapısına ve bazı temel kurumlarına aykırıdır.

Gerçekten, katılma intifa senetleri, anonim ortaklıklarda en temel kavram olan pay kavramı ile bağdaşmadığı gibi, esas sermaye kavramı ile de bağdaşmamaktadır ve bu açıdan bakıldığında katılma intifa senetleri, anonim ortaklıklarda pay

⁴²⁶ Bu hususla ilgili olarak bkz. yukarıda dpn. 421.

⁴²⁷ **TEOMAN**, Katılma İntifa Senetleri, s. 20.

kavramının ve esas sermaye kavramının mahiyeti ve işlevi ve bu işlevin temelinde yatan düşünce ve esasların zedelenmesine neden olmaktadır. Zira, katılma intifa senetleri sahipleri de, pay sahipleri gibi şirket faaliyeti ile ilgili aynı mahiyette riziko taşımakta, bu tür senet sahiplerinin ödemiş olduğu bedeller de esas sermaye yanında katılma intifa senedi sermayesini teşkil etmekte ve esas sermaye gibi, şirket alacaklılarının icabında başvurabilecekleri bir güvence fonunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla da, pay sahiplerine tanınan ortaklık haklarının temelinde yatan düşünce ve esaslar aslında büyük ölçüde katılma intifa senet sahipleri bakımından da geçerli olabilmektedir. Bu bakımdan da, katılma intifa senetlerine oy hakkının tanınabilmesini, bu yönüyle doğal olarak kabul etmek gerekir. Bu tür senetlere oy hakkı tanındıkta ise, katılma intifa senetlerinin sadece oydan yoksun imtiyazlı paylar ile değil, oy hakkı sağlayan paylardan da ayrıt etmek ve bunu ikna edici hukuki temellere dayandırmak, ayrı bir soruna neden olmaktadır.

Bütün bunlar, oydan yoksun imtiyazlı payların yanı sıra, katılma intifa senetlerinin de ihdasına olanak tanınmasının, sonuçta karışıklığa neden olduğunu ortaya koymaktadır. Zira, baştan beri açıklanmaya çalışıldığı üzere, oydan yoksun imtiyazlı paylar ile katılma intifa senetlerini ayrıt etmede gerçekten zorluk çekilmekte ve bu hususta ileri sürülen kıstaslar yetersiz kalmaktadır⁴²⁸. Aynı durum, hemen yukarıda da ifade edildiği üzere, katılma intifa senetlerine oy hakkı tanındıkta, oy hakkı sağlayan paylarla kıyaslanıldığında da söz konusu olabilmektedir.

Dolayısıyla da *Nomer*'in sermaye piyasasına mümkün olduğunca fazla menkul kıymet çeşidinin dahil edilmesinin

⁴²⁸ Hatta İsviçre hukukunda katılma intifa senetlerinin bir pay senedi olup olmayacağı hususundaki tartışma, bir Federal Mahkeme kararına dahi konu olmuştur (bkz. ÇEKER, s. 109 ve orada d.pn. 229'da anılanlar).

sermaye piyasasının her yönden gelişmesine neden olduğu ve buna göre de oydan yoksun imtiyazlı paylar yanında katılma intifa senetleri ihracının Türk sermaye piyasasının gelişmesine katkı sağlayacağı şeklindeki görüşü⁴²⁹, hukuk dogmatığı açısından sakıncalı olduğu gibi, gerçeği de yansıtmamaktadır. Buna göre de, kanaatimizce, yazarın bu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

B. TAHVİLLERLE

Oydan yoksun imtiyazlı pay senetleri gibi, tahviller de anonim ortaklığın sermayeye olan ihtiyacını karşılamak üzere çıkarılan ve menkul kıymet niteliğini haiz senetlerdir. Ancak tahviller hukuki niteliği itibariyle oydan yoksun imtiyazlı paylardan esasen çok farklıdır. Zira, oydan yoksun imtiyazlı pay sahibi, sonuçta anonim şirket ortağıdır ve bu nedenle de ortaklık haklarını (kural olarak oy hakkı hariç) haizdir. Yani oydan yoksun imtiyazlı paylar teknik anlamda, niteliği itibariyle esas sermayenin bir parçasını ve bir ortaklık mevkiini teşkil eden “pay”lardır. Oysaki tahvil, anonim şirketin kredi gereksinimini karşılamak üzere para karşılığı verdiği bir borç senedir⁴³⁰. Bu bağlamda, tahvil karşılığı verilen para, esas sermayenin bir parçası olamayacağı gibi, bir ortaklık mevkiini teşkil etmesi de söz konusu olamaz. Tahvil bir borç senedi olduğundan, anonim şirket zarar ettiği yıllarda bile, o yıla ait sabit faizin, tahvil sahiplerine ödenilmesi zorunludur. Dolayısıyla, tahvil sahipleri şirket ortağı sıfatını haiz olmadığından, doğal olarak, ortak sıfatına bağlı ortaklık

⁴²⁹ NÖMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 12.

⁴³⁰ Bu yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1255a; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 398-399; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 418; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 101; KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 25-26; ÇEKER, s. 108; NÖMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 14; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 632, 634; HAMILTON, s. 322.

haklarını da haiz değillerdir. Bu bağlamda “*kâra iştirakli tahviller*” de istisnai bir özellik arz etmemektedirler. Çünkü, bu tür tahvil sahiplerine de kâr payı, ortaklığın vergi öncesi dönem safi ticari kârı üzerinden hesaplanır. Kaldı ki, tahvil sahiplerinin dönem kârı belirlenirken, geçmiş yıllara ait zararlar dikkate alınmaz.

Fakat, “*kâr ve zarara katılma tahvilleri*” (belgeleri) oydan yoksun imtiyazlı paylara bir ölçüde benzerlik arz etmektedirler⁴³¹. Çünkü, şirket zarar ederse, bu tür tahvil sahipleri de zarara katılma durumunda kalacaklar. Yani şirket zarar ettiği sürece, bu tür senet sahipleri şirketten kâr payını talep hakkını haiz olamazlar. Yalnız bu tür tahviller, oydan yoksun imtiyazlı paylardan farklı olarak, sahiplerine sadece geçerlilik süreleri içerisinde şirket kârına iştirak hakkı sağlayabilmekte ve vadede de ana paralarını geri alma hakkını temin ederler. Bundan başka, bir tahvil çeşidi olarak *kâr ve zarara katılma tahvilleri*, sahiplerine oydan yoksun imtiyazlı paylardan farklı olarak ortaklık haklarını sağlamazlar⁴³². İadesi bir nevi şarta bağlı bulunan bu tür tahviller, doktrinde eleştirilmiştir⁴³³.

⁴³¹ İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 430; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 637; HAMİLTON, s. 306 ve 322 dpn. 4.

⁴³² Bazı ABD federe devletlerinde bu tür senet sahiplerine yönetim organın seçimine sınırlı oranda da olsa iştirak hakkı, ana sözleşmede öngörülmele kaydıyla tanınabilmektedir (bkz. HAMİLTON, s. 322 dpn. 4). Ayrıca bu yönde bkz. Del. Corp. Law § 221.

⁴³³ H. DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 1423 vd; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 430.

III. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAYLARIN İHRAÇ ŞARTLARI

A. ANA SÖZLEŞMEDE HÜKÜM BULUNMASI

Daha önce yukarıda genel olarak paylara tanınan imtiyazlarla ilgili yapılan açıklamada da belirtildiği üzere⁴³⁴ anonim ortaklıklarda paylara tanınan her türlü imtiyazları bakımından geçerlilik şartı olarak şirket ana sözleşmesinde buna cevaz veren bir hükmün bulunması şartı aranmaktadır. İşte anonim şirketler⁴³⁵ tarafından bir imtiyazlı pay çeşidi olarak oydan yoksun imtiyazlı payların ihraç edilebilmesi için bu hususta şirket ana sözleşmesinde mutlaka buna imkân tanıyan bir hükmün bulunması gerekmektedir. Böyle bir hüküm, şirket ana sözleşmesine kuruluş esnasında konulabileceği gibi, sonradan da konulabilir.

Ana sözleşmede ayrıca imtiyazın konusu ve kapsamı da mutlaka gösterilmek zorundadır, aksi halde anonim şirketlerde imtiyazlı pay ihracı bakımından bir geçerlilik şartı olarak öngörülen ana sözleşmede öngörülme şartı yerine getirilmiş sayılmaz. İfade edilen bu hususlar, oydan yoksun imtiyazlı pay ihracına cevaz veren hemen bütün hukuk sistemlerinde ittifakla kabul edilmektedir⁴³⁶.

⁴³⁴ Bkz. § 9, III, B, 3 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴³⁵ Bazı ülke hukuklarında, örneğin Hollanda (bkz. **TİMMERMAN**, s. 212) ve Türk hukukunda (bkz. **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 35. **ÇEKER**, s. 110; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 24) ancak halka açık anonim şirketler oydan yoksun imtiyazlı paylar ihraç edebilmektedir. Oysa ki, örneğin ABD anonim ortaklıklar uygulamasında bu tür paylar, kapalı tipli anonim şirketler tarafından çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır (bkz. **HAMILTON**, s. 305).

⁴³⁶ Çeşitli ülke hukuklarındaki durum ile ilgili olarak bkz. **T. BAUMS/E. WYMEERSCH** (eds), "Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States", London 1999.

Dolayısıyla da oydan yoksun imtiyazlı payın ihraç edilebilmesi için çıkarılacak olan payların oydan yoksun olacağına şirket ana sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Yalnız, söz konusu yoksunluğun sadece belirli bir veya birkaç konu ile sınırlandırılması suretiyle bu tür payların oluşturulması mümkün değildir. Ana sözleşmede böyle bir hükme yer verilmekle, oydan yoksun imtiyazlı paylar değil, belirli konularda oydan yoksun kalan paylar dışındaki diğer paylar lehine, yoksunluğun ilişkin bulunduğu konularda oyda imtiyazın tanınması söz konusu olur⁴³⁷.

Burada oydan yoksun imtiyazlı paylar karşısında oy hakkı sağlayan diğer her türlü payların da oyda imtiyazlı olabileceği akla gelebilir. Fakat bu durumda oydan yoksun imtiyazlı paylar dışındaki diğer payların oyda imtiyazlı sayılmayacağı haklı olarak kabul edilmektedir. Çünkü, evvela, oyda imtiyazın tanınması halinde, diğer paylar da, sermayeye katılım oranına göre etkisi zayıflamış da olsa, oy hakkı sağlamaktadırlar. Kaldı ki ve hepsinden önemlisi, oydan yoksun imtiyazlı paylar şirket genel kurulunda toplantı ve karar yetersayısı bakımından hiçbir şekilde dikkate alınmadıkları halde, oyda imtiyaz tanınması halinde, oyda imtiyazın tanınmadığı diğer paylar bakımından bu tür bir durum söz konusu olamaz⁴³⁸.

B. NAMA YAZILI OLMASI

Oydan yoksun pay senetlerinin nama yazılı olması kuraldır. Gerçekten, bilindiği üzere oydan yoksun paylar, ABD hukukundaki uygulama sonucu anonim şirketler hukukuna dahil olmuştur. ABD hukukunda ise, zaten hamiline yazılı pay

⁴³⁷ KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 39-40 ve orada dpn. 75'de anılanlar. Genel olarak aynı yönde bkz. NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 44-45 ve orada dpn. 88'de anılanlar.

⁴³⁸ Bu hususta bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 57-58 ve orada dpn. 45'de anılan eser.

senetleri bulunmamakta, devir şekilleri bakımından sadece nama yazılı pay senetleri bulunmaktadır.

Bundan başka, örneğin Fransız hukukunda⁴³⁹ bu tür pay sahiplerinin şirket organlarında temsil olunamayacağı emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kuralın belli bir ölçüde işlerlik kazanabilmesi, oydan yoksun imtiyazlı payların nama yazılı olarak ihracını gerekli kılmaktadır.

Ancak ne var ki, nama yazılı pay senetleri ile birlikte hamiline yazılı pay senetlerinin çok geniş bir şekilde ihraç edildiği hukuk sistemlerinde ve oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin şirket yönetiminde temsiline yönelik herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği hukuk sistemlerinde de kural olarak, oydan yoksun imtiyazlı payların, bir ön şart olarak ancak nama yazılı olarak ihraç edilebileceği yasal olarak öngörülmektedir.

C. İHRAÇ USULÜ

Bu açıdan da çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler öngörülebilmektedir. Şöyle ki, bir kısım ülke hukuklarında⁴⁴⁰ oydan yoksun imtiyazlı payların ihracı, zaman açısından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamakta, yani kuruluşta olduğu gibi, kuruluştan sonra da bu tür payların ihraç edilebileceği kabul edilmekte olmasına rağmen, diğer bir kısım ülke hukuklarında⁴⁴¹ ise, oydan yoksun imtiyazlı paylar ancak

⁴³⁹ Fr.ŞK.m. 269-6. Söz konusu kanun hükmüne göre, şirketin yönetim ve denetim organlarında görevli bulunanlar ile onların eşleri ve reşit olmayan çocukları oydan yoksun imtiyazlı pay sahibi olamazlar (bkz. ÖZTEK, s. 97)

⁴⁴⁰ Örneğin Almanya (bkz. POK § 139/II) ve ABD (bkz. Del.Corp.L § 151. Ayrıca bkz. HAMILTON, s. 302) hukuklarında.

⁴⁴¹ Örneğin Fransız (Fr.ŞK.m.177-1/2. Fransız hukukundaki konuya ilişkin açıklamalar için bkz. ÖZTEK, s. 96-97) ve Türk (TSerPK m. 14/A ile ilgili Tebliğ m.8,b.5. Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 37; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 30) hukuklarında.

kuruluştan belli bir süre sonra ihraç edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak kuruluşun belli bir süre sonra oydan yoksun imtiyazlı payların ihraç edilebileceğini öngören ülke hukuklarında, kural olarak bu tür payların ihracı, ihracı yapacak olan anonim şirketin⁴⁴² belli bir süre kâr elde ediyor olması şartına bağlıdır. Zaten oydan yoksun imtiyazlı payların kuruluşta ihracına cevaz verilmemesinin temelinde yatan neden de budur. Zira bu tür düzenlemelere yer veren hukuk sistemlerinde, işleri iyi gitmeyen, düzenli kâr dağıtamayan, geçici olsa dahi, mali sıkıntı içerisinde bulunan anonim şirketlerin, mali durumlarını düzeltmek amacıyla oydan yoksun imtiyazlı payları çıkarma istemleri karşısında, sırf şirket kârından kazanç elde etmeyi düşünerek bu tür payları satın alan kimselerin, payı edinirken gütmüş oldukları bu amacın gerçekleşmemesine yönelik rizikolarını mümkün olduğunca asgari oranda tutmaktır⁴⁴³.

Her iki sistemde de oydan yoksun imtiyazlı payların sermaye artırımı yolu ile çıkarılabileceği yukarıda daha önce genel olarak imtiyazlı paylara ilişkin yapılan açıklamalarda belirtmiş bulunmaktayız. Fakat örneğin Alman hukukunda, sermaye artırımına gidilmeden, bir kısım payların oydan yoksun imtiyazlı paylara dönüştürülmesi suretiyle de, anonim şirketlerin sonradan bu tür payları ihraç edebileceği kabul edilmektedir⁴⁴⁴. Bu yöntemle oydan yoksun imtiyazlı pay

⁴⁴² Bazı ülke hukuklarında - örneğin, Türk (bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 35-36; ÇEKER, s. 110; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 25-26) ve Belçika (WYMEERSCH, s. 21) hukuklarında - oydan yoksun paylar, ancak halka açık anonim şirketler tarafından ihraç edilebilir.

⁴⁴³ Bu yönde genel olarak bkz. ÖZTEK, s. 96; ÇEKER, s. 111; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 30

⁴⁴⁴ Bu konuda bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 57 ve orada d.p.n. 147'de anılanlar; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 35-37 ve orada d.p.n. 75 ve 80'de anılanlar.

ihracının yapılabilmesi için, ilgili pay sahiplerinin (yani payları dönüştürülecek olan pay sahiplerinin her birinin ve mevcut kâr payında imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacakları özel kurulca verilen kararlar) şirket genel kurulunun dönüşüm kararına olumlu yönde katılmış olmaları gerekir.

D. İHRAÇ SINIRINA UYULMASI

Oydan yoksun imtiyazlı payların ihraç sınırı bakımından ölçü, çeşitlilik arz etmektedir. Örneğin, Fransız⁴⁴⁵ ve Rus⁴⁴⁶ hukuklarında bu sınır esas sermayenin 1/4'ü, Alman⁴⁴⁷ ve Türk⁴⁴⁸ hukuklarında 1/2'i, Avusturya⁴⁴⁹ hukukunda 1/3, Belçika⁴⁵⁰ hukukunda ise, oy hakkı sağlayan payların 1/3'ü şeklinde öngörülmektedir.

İşte oydan yoksun imtiyazlı pay ihracı yapılırken, öngörülen bu yasal sınırlamalara uyulması gerekir. Zira bu konudaki yasal sınırlamalar hukuki niteliği bakımından emredici niteliktedirler.

Dikkat edilirse, oydan yoksun imtiyazlı pay ihracı açısından çeşitli ülke hukuklarında öngörülen sınırlamaların azami oranı, esas sermayenin 1/2'dir. Yani oydan yoksun

⁴⁴⁵ Fr.ŞK.m. 269-1/1. Fransız hukukunda oydan yoksun imtiyazlı paylar ile ilgili etraflı bilgi için bkz. ÖZTEK, Fransız Hukukunda Oy Hakkından Yoksun Kar Payında Öncelikli Hisse Senetleri, Batider, C. XI, S. 3, s. 91 vd.

⁴⁴⁶ A. SERGEEVA/K. TOLSTOGO, Grajdanskaya Pravo, C. I, Moskova 2000, s. 152.

⁴⁴⁷ Aİm.POK § 139/2. Konu ile ilgili etraflı bilgi için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 54 vd.

⁴⁴⁸ Türk Sermaye Piyasası Kanunu (TSerPK m. 14/A ile ilgili Tebliğ m. 9. Türk hukukunda bu konu ile ilgili etraflı bilgi için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 56-57; ÇEKER, , s. 112-113; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 32-33.

⁴⁴⁹ Av.POK § 115(2), bkz. KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 11.

⁴⁵⁰ E. WYMEERSCH, s. 25.

imtiyazlı payların toplam miktarı, esas sermayenin yarısından fazla olamaz. Bunun temelinde yatan düşünce, adi pay senetleri sahiplerinin şirket idaresine hakim olmasına mukabil, bari sermaye azınlığı konumunda olmasını önlemek ve böylece oydan yoksun imtiyazlı payların kabul edilmesi sonucu, konulan sermaye ile risk arasındaki tabii bağa indirilen darbeyi yumuşatmaktır⁴⁵¹.

E. PAYLARIN İTİBARI DEĞERİ

Paylar üzerinde itibari değerlerinin gösterilmesi gerekir. Gerçi örneğin, oydan yoksun imtiyazlı payların ana vatani sayılan ABD’de böyle bir yasal zorunluluk bulunmamakta⁴⁵², diğer konularda olduğu gibi bu tür konularda da anonim şirketlere çok geniş serbesti tanınmaktadır ama, uygulamada esasen her zaman kârda imtiyazlı paylar, itibari değerli paylar (par value share/stock) olarak ihraç edilmektedir⁴⁵³.

IV. OYDAN YOKSUN PAY SAHİPLERİNİN HAKLARI

Oydan yoksun imtiyazlı paylar, sonuçta anonim ortaklık “pay”ı olduklarından, sahiplerine kural olarak oy hakkı hariç, her türlü ortaklık haklarını sağlarlar⁴⁵⁴. Oydan yoksun imtiyazlı pay ile ilgili bu husus, bazı ülke hukuklarında açıkça ve özel

⁴⁵¹ KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 54; ÖZTEK, s. 97.

⁴⁵² Örnek olarak bkz. Del. Gen. Corp. L. § 151(a).

⁴⁵³ JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 634. Bundan başka, (1995 yılı itibariyle) ABD’nin 20 gedere devletinde itibari değersiz pay senedi (no par value shares veya without par value shares) ihracına imkân tanınmamaktadır. Ayrıca, itibari değersiz pay senedi ihracına imkân tanıyan federe devletlerde bile, bu tür paylar, itibari değerli paylar kadar geniş bir şekilde ihraç edilmemiş ve edilmemektedir (bkz. HAMILTON, s. 308, 321).

⁴⁵⁴ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 195; TEOMAN, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 505; KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 58; ÇEKER, s. 114; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 41-42.

olarak kanun hükmüne bağlanmıştır⁴⁵⁵. Bununla birlikte, sö: konusu kuralın geçerli olabilmesi, açık bir yasal düzenlemenin varlığına bağlı değildir, bilakis, bu kuralın dışına çıkılablmesi için yasal bir düzenlemenin varlığı gerekmektedir⁴⁵⁶. Çünkü yukarıda çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, oydan yoksun imtiyazlı paylar, teknik anlamda anonim ortaklık “pay”ı olup şirket esas sermayesine katılımdan doğan ve bir ortaklık mevkiini ifade eden paya bağlı her türlü ortaklık hakların (kural olarak oy hakkı hariç) sağlamaktadırlar. Zira bu tür payların tek farkı, kural olarak oy hakkını sağlamamalarıdır. Bir payın oy’ hakkı sağlamadığı taktirde, pay olma niteliğın kaybedeceği hususunda herhangi bir kural ve görüş bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu tür payların oydan yoksunluğu biraz ileride ele alınacağı üzere, mutlak bir anlam taşımamaktadır.

Biz, oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin haiz olduğu haklar hakkında açıklamayı, pay sahipliği haklarının içeriğini diğer bir ifade ile para ile ölçülebilen (mali nitelikteki) ve ölçülemeyen (şahsi nitelikteki) haklar şeklindeki bir ayrımı vı sınıflandırmayı esas olarak yapmaya çalışacağız⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Örneğın, Alman (POK § 140/I) ve Avusturya (POK § 116(1)) hukuklarında.

⁴⁵⁶ Genel olarak aynı yönde ÇEKER, s. 114.

⁴⁵⁷ Doktrinde azımsanmayacak orandaki bir grup yazarlar tarafından, anonim şirketlerde payın sağladığı haklar, bu sınıflandırma kapsamında mali vey malvarlığı hakları ile yönetime katılma hakları olarak ifade edilmekte ise d (örnek olarak bkz. TEOMAN, İntifa Senetleri, s. 37; AYTAÇ, Hiss Senetleri, s. 171; KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 8-9; KENDİGELEN Yönetimde İmtiyaz, s. 43 vd; ÇEKER, , s. 118 vd), biz “şahsi nitelikteki haklar ifadesinin daha yerinde olduğu inancındayız. Zira, (her ne kadar mal haklar karşısında yer alan haklar konu itibariyle yönetime ilişkin hakla olarak nitelendirilebilirse de) madem ki, sınıflandırmada kullanılan ölçüt hakkın para ile ölçülebilir olup olmamasıdır, o zaman mali hakları karşısında mantık gereği şahsi haklar ibaresinin kullanılması gerekir diy düşünürüz.

A. MALİ HAKLAR

Anonim şirkette pay sahiplerinin mali nitelikteki hakları, şüphesiz ki, büyük önem taşımaktadır. Zira normal şartlar altında bir kimsenin anonim şirketin kuruluşuna katılmasında veya sonradan pay edinerek anonim şirket ortağı haline gelmesinde başlıca amacı, anonim şirketin ticari faaliyeti sonucu elde edilen kârdan kazanç götürmektir. Fakat bu durum oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri açısından ayrı bir önemi haizdir. Çünkü, bu tür pay sahiplerinin bir ortak olarak esas pay sahipliği hakları mali nitelikte olan haklardır. Zira, oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, diğer pay sahiplerinden farklı olarak ancak mali nitelikteki haklar dolayısıyla anonim şirketle bir bağlantısı bulunmaktadır.

Mali nitelikteki haklar denilince de doğal olarak ilk akla gelen kâr payı hakkıdır. Buna göre de, biz aşağıda önce oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin başlıca mali nitelikte hakkı olarak kâr payı hakkını, sonra ise diğer mali haklarını ele almaya çalışacağız.

1. Kâr Payı Hakkı

Kural olarak oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerine oydan yoksunluk karşılığında kâr payında imtiyaz tanınmaktadır. Hatta birçok hukuk sistemlerinde oydan yoksun imtiyazlı paylarda imtiyaz konusunun kâr payında olması yasal bir zorunluluk olarak öngörülmüştür⁴⁵⁸.

Kâr payında imtiyaz, doğal olarak söz konusu pay sahipleri lehine diğer paylara oranla üstünlük tanınarak oluşturulabilmektedir. Bu üstünlük nitelik ve kapsam olarak

⁴⁵⁸ Bu hususta örnek olarak bkz. Fr.ŞK.m. 177-1/1 (açıklaması için bkz. ÖZTEK, s. 96, 98 vd); Alman POK § 139/1 (bu hususta bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 22 dpn. 1 ve s. 45); Türk SerPK m. 14/A f. 2, Tebliğ m. 11 (etraflı açıklama için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 51 vd; ÇEKER, s. 115-116; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 53 vd).

çok çeşitli şekilde öngörülebilir. Şöyle ki, oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerine tanınan kâr payında imtiyaz, şirket kârına diğer paylara oranla daha fazla katılma, şirket kârında öncelikle yararlanma veya bu tür paylar lehine öngörüler belirli bir miktar kâr payını o yıla ait şirket kârını karşılayamaması halinde gelecek yıl veya yılların kârında noksanın kapatılması şeklinde öngörülebileceği gibi⁴⁵⁹ bunların hepsinin veya bir kısmının bir arada öngörülmesi şeklinde de öngörülebilir. Kâr payında imtiyazın hangi kapsam ve nitelikte öngörüleceği hususu, tamamen kanunun koyucu iradenin ve nihayetinde şirket ortaklarının (ana sözleşmeyi düzenlerken) tercihinine bağlıdır⁴⁶⁰.

Yalnız oydan yoksun kâr payında imtiyazlı paylar, ancak doğal olarak, şirket kâr elde etmişse, sahiplerine imtiyaz konusundan faydalanma imkânı sağlayabilir⁴⁶¹. Zira yukarıda da çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere, bu tür pay sahipleri şirket alacaklısı değil, şirketin ortakları statüsündedirler.

2. Tasfiye Bakiyesine Katılma Hakkı

Oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, diğer bütün pay sahipleri gibi anonim şirketin sona ermesi durumunda tasfiye bakiyesinden payları oranında (yani esas sermayeye katılım oranlarında) yararlanma hakkını haizdirler. Bu onların anonim

⁴⁵⁹ Yalnız şunu belirtmek gerekir ki, anonim ortaklıklar hukukunda, kural olarak kâr payının birikirliği, oydan yoksun paylarda tek başına imtiyaz konusu teşkil etmemekte, kâra öncelikle iştirak hakkı sağlayan imtiyaz yanında ve buna ilave olarak tanınmaktadır. Hatta bazı ülke hukuklarında - örn. Alman (POK § 139/I) ve Fransız (Fr.ŞK. m. 269-2, f. I) hukuklarında - bu, hukuken bir zorunluluk olarak öngörülmektedir.

⁴⁶⁰ ABD hukukunda ise, tercih yetkisi tamamen anonim şirketlerin kendi inisiyatifine bağlıdır (bkz. JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 635 vd).

⁴⁶¹ Bu husus, ABD ve oydan yoksun imtiyazlı payları kabul eden bütün Avrupa ülke hukuklarında kabul edilmektedir (bkz. www.Kinds of Shares.htm).

şirket ortağı olmalarından ileri gelmektedir ve dolayısıyla da oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin tasfiye bakiyesine iştirakinin sağlanması için şirket ana.sözleşmesinde veya hukuki düzenlemelerde ayrıca özel bir hükme gerek bulunmamaktadır.

Ancak şirket ana sözleşmesinde, oydan yoksun pay senetlerine oydan yoksunluğun karşılığı olarak kâr payında imtiyaz değil de, sadece tasfiye bakiyesinde imtiyaz tanınabileceği gibi⁴⁶², kârda imtiyaz yanında ve ona ilave olarak tasfiye bakiyesinde de imtiyaz tanınabilir⁴⁶³. Tasfiye bakiyesinde tanınacak olan imtiyaz, tasfiye bakiyesinden öncelikle yararlanma şeklinde olabileceği gibi, tasfiye bakiyesine daha fazla oranda iştirak şeklinde de veya her ikisi bir arda olacak şekilde de öngörülebilir.

3. Bedelsiz Pay Alma Hakkı

Oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin bedelsiz pay alma hakkı da doğrudan bu tür pay sahiplerinin ortak sıfatını haiz olmalarının bir sonucudur. Yani söz konusu pay sahipleri, oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri oldukları için değil de, anonim şirketin ortağı oldukları için bedelsiz pay alma hakkını haizdirler. Zira her bir pay sahibi, sınırlandırılmaz bir şekilde

⁴⁶² Fakat bazı ülke hukuklarında oydan yoksunluğun karşılığı, ancak kârda imtiyaz olarak öngörülebileceği emredici bir şekilde kurala bağlanmıştır (bu hususta bkz. d.pn. 139). Buna mukabil, örneğin ABD (bkz. Del. Gen. Corp. L § 151(c); **HAMILTON**, s. 302) ve İngiliz (bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 178) hukuklarında oydan yoksunluğun karşılığı olarak tanınacak imtiyazın konusu bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

⁴⁶³ Bu yöntemin, oydan yoksun imtiyazlı payların ihracına olanak tanıyan bütün (yoksunluğun, karşılığında tanınacak olan imtiyazın konusu bakımından sınırlama getiren ve getirmeyen) hukuk sistemlerinde tanınabileceği esasen kabul edilmektedir.

bedelsiz pay alma hakkını haizdir⁴⁶⁴. Bu yüzden de bedelsiz pay alma hakkı imtiyaz konusu olamaz⁴⁶⁵. Çünkü, belli bir paya veya pay grubuna bedelsiz pay almada üstünlük, yani imtiyaz tanınması halinde, diğer payların bedelsiz pay alma hakkı kısıtlanmış olacak. Böyle bir sonucun ise, hukuken kabul edilemez olduğu açıktır.

4. Yeni Payları Almada Öncelik Hakkı (Rüçhan Hakkı)

Bilindiği üzere, anonim şirketlerde, pay sahiplerine esas sermayeye katılım oranlarını (dolayısıyla da şirkette ortak olarak sahip buldukları konumlarını) muhafaza edebilmeleri için ihraç edilen yeni payları öncelikle satın alma hakkı tanınmaktadır⁴⁶⁶. Oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri de diğer bütün pay sahipleri gibi anonim şirket tarafından sermaye artırımı yolu ile yeni pay ihracı yapıldığında, çıkarılacak yeni payları satın almada kendi payları oranında öncelik hakkını haizdirler. Böyle bir öncelikli satın alma hakkı da oydar

⁴⁶⁴ İzah için bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 929 - 930. **TEKİNALP**, Bedelsiz Paylara Hak Kazanma Sorunu, VI. Sempozyum, s. 137-138; **Y. KARAYALÇIN**, Yeniden Değerleme Fonu – Esas Sermaye Artırımı, VI. Sempozyum, s. 151, 153; **E. MOROĞLU**, Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1972, s. 184 vd.

⁴⁶⁵ **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 64-65. Konuya ilişkin açıklama vermemekle birlikte, *Karahan*, bedelsiz pay alma hakkının imtiyaz konusu olabileceğini dolaylı da olsa ifade etmektedir, bkz. **KARAHAN**, Oydar Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 45. Kanaatimizce, bir önceki dip notta (dipn 464'de) belirtilen yazarların ifade ettikleri görüşe katılmamak mümkündür değildir.

⁴⁶⁶ Yalnız böyle bir öncelikli satın alma hakkı (rüçhan hakkı) mutlak nitelikte değildir, zira sermaye artırımı kararında bunun aksi kararlaştırılabilir. Yeter ki, böyle bir karar hakkaniyete ve özellikle de eşit işlem ilkesine aykır olmasın (rüçhan hakkı ile ilgili etraflı bilgi için bkz. **Ü. TEKİNALP**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Rüçhan Hakları ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. C. XXX, S. 2, s. 73 vd. Ayrıca bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 304-305).

yoksun imtiyazlı pay sahibi olmanın bir sonucu olarak değil de, anonim şirketin ortağı olmanın sonucu olarak söz konusu pay sahiplerine tanınmaktadır.

Bundan başka, bazı ülke hukuklarında⁴⁶⁷ oydan yoksun imtiyazlı paylara, kâr payında imtiyaza ilave olarak, söz konusu payları adi paylarla değiştirme hakkı da tanınmaktadır. Bu da çeşitli şekillerde öngörülebilir. Şöyle ki, oydan yoksun imtiyazlı pay sahibine, dilediği vakit elinde bulundurduğu bu payı, oy hakkı sağlayan adi paylarla değiştirme hususunda hak tanınabileceği gibi, söz konusu payları, ancak sermaye artırımını dolayısıyla çıkarılacak yeni paylarla değiştirme hususunda veya şirketin tasfiyesi halinde⁴⁶⁸ başka bir anonim şirketin adi payları ile değiştirme hususunda da (kâr payında imtiyaza ilave olarak) hak tanınabilir.

B. ŞAHSİ NİTELİKTEKİ HAKLARI

1. Genel Kurula Katılma Hakkı

Oydan yoksun imtiyazlı pay ihracına cevaz veren belli başlı hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğunda, oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerine şirket genel kuruluna katılma hakkı tanınmaktadır⁴⁶⁹. Yalnız daha önce de değinildiği gibi,

⁴⁶⁷ Bu hususta Hollanda hukuku ile ilgili olarak bkz. **TİMMERMAN**, s. 212; ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. **HAMİLTON**, s. 303.

⁴⁶⁸ ABD hukukunda bazen istisnai de olsa, şirketin tasfiyesi şartına bağlı olmaksızın da böyle bir hak tanınabilmektedir (bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 635).

⁴⁶⁹ Örneğin ABD (bkz. **HAMİLTON**, s. 303), İngiltere (bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 218), Almanya (POK § 120/III, 140/I), Avusturya (POK § 116(1)), Hollanda (bkz. **TİMMERMAN**, s. 220) ve Türk hukuklarında (Tebliğ m. 17) bu tür pay sahiplerinin şirket genel kuruluna katılabileceği kabul edilmektedir. Fransız hukukunda (Fr.ŞK.m. 269 – 4, f. 4) ise, her bir oydan yoksun imtiyazlı pay sahibinin ayrıca bağımsız olarak şirket genel kuruluna katılamayacağı, yalnız bu tür pay sahiplerini temsilen bir, şirket ana sözleşmesinde öngörülmüşse birden fazla kimse şirket genel kuruluna katılabilir (bkz. **ÖZTEK**, s. 102).

oydan yoksun imtiyazlı paylar genel kurulun toplantı ve karar yetersayılarında dikkate alınmazlar.

Oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin şirket genel kuruluna katılmalarına olanak tanınmasının başlıca nedeni, şirketin işleyişi ile gerekli bilgi ve malumatın bu tür pay sahiplerince elden geldiğince öğrenilmesini sağlamaktır. Zira bu şekilde söz konusu pay sahipleri şirket genel kurulunda görüşülen meselelerle ilgili müzakereleri dinleme ve icabında bu müzakerelere bizzat katılma suretiyle şirketin durumu ve yönetim organının işleyişi hakkında daha geniş ve yakinden bilgi edinme imkânını kazanabilirler. Bu da sonuçta, hem ilgili pay sahiplerinin kendi haklarını daha etkili koruyabilmelerine olumlu katkı sağlayabilmekte, hem de haiz oldukları bireysel ve azınlık hakları sayesinde şirket üzerinde daha sağlıklı bir denetimin yapılabilmesine olanak sağlayabilmektedir.

2. Oy Hakkı

Çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, oydan yoksun imtiyazlı paylar, niteliği icabı, şirket genel kurulunda oy hakkını sağlamazlar. Bununla birlikte yukarıda gene müteaddit olarak ifade edildiği üzere, belirli şartların gerçekleşmesi üzerine oydan yoksun imtiyazlı paylarda oy hakkının canlanması, bu tür payların bir diğer özelliğini teşkil etmektedir.

Oydan yoksun imtiyazlı paylarda oy hakkının ne zaman kazanılacağı, yani hangi koşulların gerçekleşmesi üzerine bu tür pay sahiplerinin şirket genel kurulunda oy hakkını haiz olacağı hususuna gelince, bu esasen şirket tarafından belirli bir süre⁴⁷⁰ temettülerinin dağıtılmaması veya dağıtılamadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Böylece, kârda imtiyaz tanınması mukabilinde oydan yoksun bırakılan paylarda oy

⁴⁷⁰ Söz konusu süre, ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir, örneğin bu süre Fransız (Fr.ŞK.m.) ve Türk (Tebliğ m. 13/1) hukuklarında üç yıl, Alman hukukunda (POK. § 140/II) ise, iki yıl olarak öngörülmektedir.

hakkının canlanması, bu tür pay sahiplerinin hukuki güvenliğini sağlamaktadır. Zira aksi halde, oy hakkı sağlayan payların sahipleri, çeşitli gerekçelerle kâr biriktirme kararları alabilirler ve bu tür karar belirlenmiş aralıklarla tekrarlayabilirler. Bu da sonuçta oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin doğrudan çıkarları ilgili olan kârın elde edilmesi, payın değeri ve kâr payı hakkının güvenilirliğini ciddi bir şekilde zedeler. Neticede bu tür pay sahiplerine oydan yoksunluk karşılığı tanınan imtiyaz, kârın belirli bir süre ödenmemesi üzerine, fiilen bir anlam taşımamağa başlar. Diğer bir ifade ile, kâr payında imtiyazlı sayılma, oy hakkından yoksunluğu telafi edemez hale gelir. Bu yüzden de şirket tarafından herhangi bir nedenle (örneğin, genel kurul kararı üzerine veya mevzuat uyarınca) bu tür pay sahiplerine belirli bir süre kâr dağıtılmadığı veya dağıtılmadığı taktirde, oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, esas sermayeye katılma oranlarında oy hakkı elde ederler. Kârda imtiyaz, oy hakkında yoksunluğu telafi etmek amacıyla tanınmış olduğundan, oy hakkının canlanması ile birlikte kârda imtiyazın tanınmasının nedeni de ortadan kalkmış olacak ki, bu da oydan yoksun imtiyazlı payların adı paylara dönüşmesi sonucuna neden olabilmektedir⁴⁷¹.

Ayrıca, bu tür paylar bakımından, belirli bir süre sonra oy hakkının canlanabileceği de öngörülebilir⁴⁷². Bu durumda

⁴⁷¹ Bu hususta açık bir kanuni düzenleme için bkz. Fr.ŞK.m. 269.3/1 (ilgili kanun maddesine yönelik etraflı bilgi için bkz. ÖZTEK, s. 101). Fakat Alman hukukunda ise, oydan yoksun imtiyazlı paylarda oy hakkı canlandığında bile, söz konusu paylara ilişkin imtiyazların baki kalacağı, yani ödenmeyen kâr payı tamamlanınca tekrar kârda imtiyazlı oydan yoksun pay haline geleceği, kabul edilmektedir (Alman hukukundaki bu husus ile ilgili olarak bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 40 dpn. 79).

⁴⁷² Örneğin, Türk hukukunda bu süre 10 yıldan az olamaz (Tebliğ m. 13/2). Türk hukuku bakımından bu hususla ilgili olarak bkz. KARAHAN, Oydan

oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, aleyhlerine herhangi bir uygulama olmaksızın, yani her şey kendi akarınca cereyan etmesine rağmen, şirket esas sözleşmesine konulan hüküm gereğince sırf belirli bir sürenin geçmesi sonucu oy hakkını kazanmaktadırlar. Böylece, zikredilen bu son ihtimalde söz konusu paylar bakımından oydan yoksunluk geçici mahiyette olacağı gibi, yoksunluk karşılığında tanınan mali konulardaki imtiyazlar da geçici mahiyettedir. Zira, söz konusu sürenin geçmesi ile birlikte oydan yoksun imtiyazlı paylar oy hakkı sağlayan adi paylara dönüşmektedirler.

Burada oydan yoksun imtiyazlı paylarda oy hakkının canlanması ile ilgili son olarak da “canlanma” olayının hangi andan itibaren etkili olacağı ve sonradan bu tür payların yeniden oydan yoksun hale getirilip getirilemeyeceği hususuna da değinmek gerekmektedir.

Bir kerfe, şirket esas mukavelesinde belirli bir sürenin geçmesi ile birlikte oydan yoksun imtiyazlı payların adi paylara dönüşeceğinin öngörülmesi hali bakımından durum, herhangi bir açıklamaya ihtiyaç bırakmayacak kadar açıktır: söz konusu sürenin dolduğu tarihten itibaren oydan yoksun imtiyazlı paylar temelli olarak oy hakkını haiz adi paylara dönüşmektedirler.

Kârın dağıtılmaması veya dağıtılamaması nedeniyle oydan yoksun imtiyazlı payların oy hakkını sağlayan adi paylara dönüşmesi halinde ise, kural olarak, oy hakkı, imtiyazlı pay sahiplerine ancak yetersiz bir ödemenin yapılacağına veya ödemenin hiç yapılmayacağına belli olduğu andan itibaren doğar⁴⁷³. Bu an, kâr dağıtımının öngörülen belirli bir süre

Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 42 vd; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 44 ÇEKER, , s. 122.

⁴⁷³ Türk hukukunda Tebliğ m. 13/1’de söz konusu andan itibaren değil, onu izleyen yıldan itibaren oy hakkının canlanacağı şeklinde ifade edildiğinden yazarlarca, oy hakkının, kârın yetersiz veya hiç dağıtılmayacağını anlaşıldığı genel kurul toplantı tarihinden sonraki yılda canlanabileceği kabul edilmektedir. *Nomer* (bkz. NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 49) ve *Çeker*

zarfında üst üste yapılmayacağı genel kurul toplantısı öncesinde şirket bilançosundan anlaşılıyorsa (o yıla ait bilançonun dağıtılması gereken kâr payını karşılamayacağı aşikar ise), artık ilgili sürenin dolmasını müteakip genel kurul toplantılarında değil, ilgili sürenin dolacağı tarihteki genel kurul toplantılarından itibaren oy hakkının canlanacağını kabul etmek gerekir⁴⁷⁴. Zira yukarıda da kaydedildiği üzere, oy hakkının canlanmasının temel şartı ödememe durumunun gerçekleşmiş olmasıdır. Bu da oydan yoksun imtiyazlı pay sahibine yetersiz ödemenin yapıldığı/yapılacağı veya hiç ödeme yapılmadığı ya da ki yapılmayacağını kati olarak belli olduğu anda söz konusu olmaktadır.

Oydan yoksun imtiyazlı paylar bakımından oy hakkı bir kere canlandıktan sonra, sonraki yıllarda eksiği kapatacak

(bkz. ÇEKER, , s. 122), sadece ilgili Tebliğ hükmünü aktarmakla, zımni olarak, bu hususu ifade etmekle birlikte, herhangi bir yoruma yer vermemişlerdir. Buna mukabil, *Karahan* (bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 43), söz konusu Tebliğ hükmünü, oy hakkının canlanması ile ilgili prosedürü başlattıktan sonra, bunun etkisinin gelecek yıla bırakılmasının anlamsız, hakkaniyete ve adalete uygulununun ise tartışma götürür nitelikte olduğunu haklı olarak dile getirmekle eleştiride bulunmaktadır (ne var ki, yazar, bu görüşe yer verdikten hemen sonra, aynı eserinde, oy hakkının canlanması sürecini başlatan genel kurul toplantısını müteakiben yapılacak olağanüstü bir genel kurul toplantısı ile önceki karardan dönülüp oy hakkının tekrar cansızlaştırılabileceğini ve böyle bir yorumun hakkaniyete ve menfaatler dengesine daha uygun olacağını bildirmekle, ilk fikrine uygunluğu tereddüt doğuran bir görüş de ileri sürmektedir).

Biz, yazarın ileri sürdüğü ilk görüşe katılıyoruz, zira gerçekten de, oy hakkının canlanmasına neden olan şart gerçekleştikten sonra, sanki şart gerçekleşmemişmiş gibi, onun etkisinin bir sonraki yıla bırakılması, sistemin bünyesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu durum, oy hakkı sahibi ortaklarca hakkın kötüye kullanılmasına uygun bir zemin hazırlanması bakımından da sakıncalıdır.

⁴⁷⁴ Konu ile ilgili Alman hukukunda ileri sürülen görüşler için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 41 dpn. 85.

şekilde kâr dağıtımının yapılması suretiyle söz konusu payların tekrar oydan yoksun hale dönüştürülmesi mümkün mü?

Soruya cevap adına farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir. Mesela denilebilir ki, oy hakkının canlanması ile birlikte söz konusu paylar oydan yoksun olma niteliği kaybetmekle kesin olarak adi paylara dönüşmüş bulunacaklar⁴⁷⁵ ve bundan sonra en azından artık bu tür pay sahiplerinin rızası olmadan bu paylar oydan yoksun bırakılamaz.

Fakat daha yaygın olan diğer bir görüşe göre ise⁴⁷⁶, oydan yoksun imtiyazlı payların oy hakkı sağlayan paylara dönüşümü katî bir nitelik arz etmez. Zira, söz konusu paylar yeterli kârın dağıtılmaması nedeniyle oy hakkı sağlayan paylara dönüşürler. Buna göre de yeterli kârın dağıtılması ile birlikte oydan yoksun imtiyazlı paylar bakımından oy hakkının canlanması nedeni ortadan kalkmış olacak. Dolayısıyla da sonuç olarak bu durumda söz konusu paylar tekrar oydan yoksun imtiyazlı paylara dönüşecekler.

Kanaatimizce de, bu son yaklaşım, daha tutarlı ve amaca uygunluk bakımından da daha yerinde olan bir çözüm yoludur. Çünkü, evvela bu paylar oydan yoksun olarak ihraç edilmişler ve anonim şirketin mali durumunun geçici olarak bozulmuş olması veya belirli bir plan veya uygulamaya geçilmesi nedeniyle bir süre istenilen düzeyde kâr dağıtılmamasının veya dağıtılamamasının bu paylar üzerinde temelli ve kesin olarak değişiklik yapmaması gerekir. Zira iktisadi hayatın

⁴⁷⁵ Türk doktrinde ise, canlanma ile birlikte oydan yoksun imtiyazlı payların adi paylara dönüşeceğine yönelik Tebliğ hükmü (m. 13/I-II), esasen, söz konusu payların tekrar oydan yoksun hale getirilemeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır (bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 44; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 52).

⁴⁷⁶ Örneğin Alman (POK § 140/II) ve Fransız (Fr.ŞK. m. 269.3/2) hukuklarında böyle bir sistem yasal olarak kabul edilmiştir.

vazgeçilmez kurumlarından olan şirketlerin, özellikle de anonim şirketlerin hayatında bu gibi halların olma ihtimali kaçınılmazdır. Şöyle ki, şirketin serbest piyasa ekonomisinde ayakta durabilmesi, varlığını sürdürebilmesi ve giderek gelişip büyüebilmesi, esasen onun, değişen ekonomik koşullara ve piyasa gereklerine uyum sağlayabilmesine bağlıdır. İşte bu tür zorunluluklar gereği veya gerekli açılımın sağlanabilmesi gereğince anonim şirketler esaslı sermaye yatırımına gidebilirler ki, bu durumda da belirli bir süre kâr dağıtımında zorunlu kısıtlamalar çoğu zaman kaçınılmaz olacaktır. Ancak ne var ki, proje gerçekleşir ve arzu edilen sonuç elde edilmeye başlandıktan sonra belki de daha fazla kâr dağıtımına imkânına kavuşma durumunun söz konusu olmasına ve bunun yapılmasına rağmen, sırf belirli bir süre kâr dağıtılmadı diye, asıl ihraç gayeleri oydan yoksun fakat mali konularda imtiyazlı olan bu payların ihraç gayelerinden uzaklaştırılması, bu tür payların çıkarılmasına imkân tanıyan ana sözleşme hükmünün amacına aykırı olduğu gibi, menfaatler dengesine de uymaz.

Kaldı ki, kâr payının tamamlanması ile birlikte, söz konusu payların yeniden oydan yoksun hale gelmeleri hem de mantıkidir. Çünkü, söz konusu payların varlık nedeni, ticari hayatta, bir taraftan şirketçe gereksinim duyulan sermayenin, anonim ortaklıkta güç dengesinin bozulmasına neden olmadan temin edilmesine yönelik bir ihtiyacın karşılanması, diğer taraftan ise, sadece mümkün olduğunca koymuş olduğu sermaye mukabilinde daha fazla gelir elde edinmeyi hedef edinmekle birlikte şirketin yönetim faaliyetine ilgisiz olan (doğal olarak, şirket yönetimini ele geçirme veya şirket yönetimini etkisi altına alma gibi bir istek ve iddiası olmayan veya öyle olduğu kabul edilen) kimselerin var olmasıdır⁴⁷⁷. İşte

⁴⁷⁷ Bu yönde genel olarak bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 505; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar, s. 103 vd; **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 33 vd; **ÖZTEK**, s. 92; **ÇEKER**, s. 104; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 11-12.

oydan yoksun imtiyazlı paylar bu gaye için ihraç edilir ve bu gaye için vardır. Yukarıda da defalarca belirtildiği üzere, bu tür paylara, oydan yoksunluğun karşılığı olarak mali konularda imtiyaz tanınmaktadır. Mali konularda imtiyaz temin edilmemeye başlayınca da oydan yoksunluk karşılıksız kalacağından, oy hakkının canlanacağı kabul edilmektedir. Madem ki durum bu merkezdedir, o zaman mali konulardaki imtiyazlara yönelik eksikler tamamen telafi edildiği andar itibaren bu imtiyazların karşılığı olan oydan yoksunluğun da kendi etkisini göstermesi lazım. Zira söz konusu halde, o ydar yoksun imtiyazlı paylarda oy hakkının canlanma nedeni imtiyaz konusuna yönelik eksikliğin kapatılması suretiyle artık ortadan kaldırılmış olacaktır. Bunun aksini, ne oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, ne de diğer pay sahipleri ileri süremez.

Ayrıca böyle bir sonuç, her iki kategori pay sahiplerince (hem oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, hem de bunların dışındaki diğer pay sahiplerince) birer hak teşkil etmektedir ve bu bakımdan da pay sahiplerince itiraz konusu olamaması gerekir. Şöyle ki, örneğin oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri şirketçe gerekli kâr dağıtımının yapılabileceği durumlarda bu haklarını şirket mukavelesine dayanarak talep edebilecekler gibi, diğer pay sahipleri de esas mukaveleye dayanarak gerekli kârın dağıtımının yapılması suretiyle söz konusu payları oydan yoksun hale getirilebilmesini talep edebilmeleri gerekir. Aksine düşünce, şirket ana mukavelesine aykırı olduğu gibi hakkaniyete de aykırı olur⁴⁷⁸.

3. İptal ve Mesuliyet Davalarını Açma Hakkı

Biraz yukarıda da açıklandığı üzere, oydan yoksun imtiyazlı pay sahibi, ekser sistemlerde şirket genel kuru toplantısına katılma hakkını haizdir. Şimdi böyle bir pay sahibinin şirket genel kurul kararı aleyhine iptal davası açm

⁴⁷⁸ Genel olarak aynı yönde bkz. ÇEKER, s.123 dpn. 261; NOMER, Oyda Yoksun Paylar, s. 52.

hakkı var mıdır? Söz konusu pay sahiplerinin esasen şirket yönetimine ilgi duymayan ve sadece yatırım gayesiyle hareket ettiklerinden, değil genel kurul kararının iptalini istemek, hatta hiç genel kurulun hangi kararı ve ne yönde aldığını dahi takip etmediklerini, buna göre de sorunun aslında bir teorik tartışmadan öteye gitmeyeceği de belirtilmektedir⁴⁷⁹. Bu görüş bir ölçüde haklı olmakla birlikte, her zaman için gerçeği yansıtmayabilir. Gerçekten, sadece küçük tasarruf sahipleri değil de, büyük tasarruf sahipleri de bu tür pay sahibi olabilecekleri gibi, küçük tasarruf sahiplerinin de sonradan çeşitli nedenlerle şirket yönetimine ilgi duymaları mümkündür. Dolayısıyla da, kanaatimizce soruna ilişkin açıklamaların kesin olarak sırf nazari planda kalacağını düşünmek her zaman için doğru olmayabilir.

Yukarıda, bugün için belli başlı hukuk sistemlerinde oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin oy hakkı hariç, kural olarak diğer ortaksal hakları haiz olduklarının genellikle kabul edildiğini çeşitli vesilelerle belirtmiş bulunuyoruz. Bu bağlamda oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin diğer pay sahipleri gibi, şirket genel kurul kararına karşı iptal davası açma hakkının da olduğu genellikle kabul edilmektedir⁴⁸⁰. Bu durumda oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanma hakkını haiz olmadıkları için, nasıl iptal davasını açma hakkını haiz olabilecekleri ve bunu kullanabilecekleri sorusu cevaplandırılması gereken bir soru olarak ortaya çıkmaktadır. Konu özellikle genel kurul toplantısına katılmış pay sahiplerinin alınan karar aleyhine iptal davası açılabilmesi için davacının söz konusu karar aleyhine oy vermiş olmasının yasal bir ön şart olarak aranıldığı hukuk

⁴⁷⁹ ÇEKER, s. 124.

⁴⁸⁰ Bu yönde bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 204-205 ve orada dñn. 109'da anılanlar; ÇEKER, s.123-124; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 71 vd.

sistemlerinde, ayrı bir önem taşımaktadır. Zira, oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin genel kurul kararına karşı olumlu veya olumsuz karar vermeleri söz konusu olamaz. İşte söz konusu durumlarda oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin iptal davası açabilmeleri için alınan karara muhalefetini toplantı tutanağına geçirmelerinin yeterli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin, Türk hukukunda, toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin iptal davası açabilmeleri, açıkça karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçirme şartına bağlı tutulmuş olması (TTK.m. 381/I), iptal davası için pay sahibinin “oy hakkından yoksun bulunmaması ve oyunu dava konusu karar aleyhine kullanması gerektiği” şeklinde kabul edilmemekte ve oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin toplantı tutanağına muhalefet şerhini düşmekle iptal davasını açabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Dolayısıyla da sonuç olarak, oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri, oy hakkını haiz diğer bütün pay sahipleri gibi, genel kurul kararı aleyhine iptal davası açma hakkını haizdirler.

Öte yandan kayıtlı sermaye sistemine hukuken cevaz veren ülke hukukları bakımından, bu sistemi benimsemiş olan anonim şirketlerde yönetim kurulu pay sahiplerinin haklarını doğrudan ilgilendiren konularda karar alabildiğinden, pay sahiplerine, o cümleden oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerine, haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma hakkı da tanınmaktadır.

Ayrıca oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin şirket yönetiminin veya denetiminin hukuka aykırı şekilde yürütülmesinden dolayı uğradıkları doğrudan veya dolaylı

⁴⁸¹ Bu yönde bkz. **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 195, 204-205; **KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 63; **ÇEKER**, , s.124; **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 71 vd.; Türk hukukunda bu görüş uygulama tarafından da kabul edilmektedir, bu hususta örnek olarak bkz. Yarg. 11.HD. 25.6.1992, E. 92/569, K. 92/7973, Batider, C. XVI, S. 3, s. 137 vd.

zararlarının tazmini⁴⁸² için, şirket yönetim kurulu üyelerine ve denetçilere karşı mesuliyet davası açma hakkını da haizdirler⁴⁸³.

4. Azınlık Hakları

Oydan yoksun imtiyazlı payların esas sermayenin belirli bir kısmını teşkil ettiğini yukarıda açıklamış bulunuyoruz. Azınlık hakları esas sermayeye oranla (kural olarak esas sermayenin 1/10'una) tanındığından, oydan yoksun imtiyazlı paylar da esas sermayenin öngörülen kısmını teşkil ettiğinde, söz konusu pay sahipleri azınlık haklarını kullanma yetkisini haiz olacaktır. Kural olarak bu açıdan, yani azınlık haklarını kullanma açısından oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri ile diğer pay sahipleri arasında bir farklılık söz konusu değildir. Yalnız şunu da belirtmek gerekir ki, anonim ortaklıklar hukukunda bu kurala her iki yönde de istisna getirildiğini gözlemlemek mümkündür. Şöyle ki, oydan yoksun imtiyazlı paylar, esas sermayenin ne kadarını temsil etmelerinden asılı olmayarak, sahiplerine azınlık haklarını sağlayacakları (yani azınlık haklarını sağlayan esas sermayenin belirli bir kısmının, mesela 1/10'nun altında olsalar bile) hukuki düzenlemelerde

⁴⁸² Uğradıkları doğrudan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında hükmolunan tazminat davacının kendisine verilirken, uğranılan dolaylı zararlar nedeniyle açılan davalarda hükmolunan tazminat ortaklığa verilir (konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. T. ATAN, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1969, s. 42 vd; E. ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 111 vd; İ. ARSLAN, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s. 159 vd.

⁴⁸³ KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 60-61; ÇEKER, , s. 126; Fransız hukuku ile ilgili olarak bkz. ÖZTEK, s. 102; keza Alman hukuku ile ilgili olarak bkz. POK § 140/I (TEOMAN, Oydan Yoksun Ayrıcalıklı Pay Kavramı, s. 505) ve POK § 147 (KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 61 ve orada dnp. 155'de anılanlar).

öngörülebildiği gibi⁴⁸⁴, çoğu konularda azınlık haklarından yararlanamayacaklarını öngören düzenlemelere de rast gelinmektedir⁴⁸⁵.

V. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklarda imtiyazlı pay sahiplerinin etkili bir şekilde korunmasını temini için, ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu müessesesi de öngörülmektedir⁴⁸⁶. Söz konusu özel kurul, her türlü imtiyazlı pay sahipleri bakımından geçerlidir. İşte oydan yoksun imtiyazlı paylar da sonuçta imtiyazlı pay kategorisine girdiğinden, doğal olarak söz konusu pay sahipleri de özel bir kurul oluştururlar. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, bir anonim şirkette, söz konusu pay sahiplerinin haklarını değiştiren (esas sözleşmeyi değiştiren veya değiştirmeyen) veya ihlal eden her türlü genel kurul kararının uygulanabilmesi için tasdik yetkisini haiz olan dar kapsamlı “özel” bir kuruldur⁴⁸⁷.

Görüldüğü üzere, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ilgilendiren konularda alınan şirket genel kurul kararı, esasen⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Örneğin, Türk hukukunda (Tebliğ m. 20) olduğu gibi (bu hususa ilişkin açıklama için bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 61). Gene, Belçika hukukunda oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri esas sermayenin 1/5 oranına tekabül ediyorsa her türlü azınlık haklarını kullanabilmekte, ayrıca esas mukavelede öngörülmek şartıyla bu orana ulaşmasa bile azınlık haklarını kullanabileceğine hukuken cevaz verilmektedir (bkz. WYMEEERSCH, s. 23).

⁴⁸⁵ Örneğin İngiliz hukukunda (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 214).

⁴⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 141 vd.

⁴⁸⁷ Genel anlamda bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 12; KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 142; ÇEKER, s. 84.

⁴⁸⁸ Esasen diyoruz, zira imtiyazlı pay sahiplerinin açıkça lehine olan genel kurul kararları, söz konusu pay sahiplerinin haklarını ilgilendirseler de özel kurulca

özel kurulca tasdiklenmedikçe, hayatiyet kazanıp uygulanmayacaktır. Bazı ülke hukuklarında⁴⁸⁹ söz konusu özel kurulun toplantıya davet şekli ve davete yetkili olanlar ve özel kurulun toplantı ve karar yetersayısı ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Böyle düzenlemelerin söz konusu olmadığı hukuk sistemlerinde ise⁴⁹⁰, şirket genel kuruluna ilişkin hükümler, kıyasen imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna da uygulanmaktadır.

VI. AZERBAIJAN HUKUKUNDA MEVCUT DURUM

Öncelikle, konu ile ilgili önemli yasal düzenlemeleri burada baştan gözden geçirmekte fayda vardır⁴⁹¹. Az.MK. m. 106.2 hükmü aynen şöyledir: “Anonim şirketler adi ve imtiyazlı paylar ihraç edebilir. İmtiyazlı payların umumi hacmi, esas sermayenin yüzde yirmi beşinden fazla olamaz. İmtiyazlı pay, sahiplerine anonim şirketin tasfiye bakiyesinde diğer pay sahiplerine oranla üstünlük hakkı ve ihraç şartlarında öngörülmüşse, başkaca haklar sağlar. Bu kanunda ve anonim şirket ana mukavelesinde öngörülmüş haller istisna olmakla, imtiyazlı paylar, sahiplerine şirket yönetimine katılma hakları sağlamaz”. Az.MK'nın 106-1.5 maddesinde ise, imtiyazlı pay

onamaya tabi değildir. Çünkü, bu halde, özel kurulun varlık nedeni olan imtiyazlı pay sahiplerinin korunmasını gerektiren bir durumun varlığından söz edilemez.

⁴⁸⁹ Örneğin İngiliz (etrafılı bilgi için bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 182, 216 vd) ve Fransız (bkz. KARAYALÇIN, İmtiyazlı Pay Sahipleri, s. 92) hukuklarında.

⁴⁹⁰ İtalyan (bkz. MARCHETTI/CARSAANO/GHEZZI, s. 160; KARAYALÇIN, İmtiyazlı Pay Sahipleri, s. 91) ve Türk (KARAHAN, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 62; ÇEKER, s. 125) hukuklarında.

⁴⁹¹ İlgili payların korunması ile ilgili düzenleme ve açıklamalara, burada genel bir şekilde değil, aşağıda ilgili konu ayrıca ele alınmaya çalışılırken özel olarak yer verilmeye çalışılacaktır (bkz. aşağıda IV, B, 2).

sahiplerinin, şirket birleşmesi veya nevi değiştirme hallerinde, şirketin feshedilmesi ve imtiyazlı payların sağladıkları hakları sınırlandıran esas mukavele değişikliklerinde oy hakkını haiz olacakları hususu, açık kanun hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca, Az.MK. m. 106-3.4 de, “imtiyazlı paylarda kâr payı hakkı, sahibine şirketin ticari faaliyetinin neticesinden asılı olmadan payın nominal değerinin sabit faizi oranında ödemeyi talep hakkı sağlayan akçesel bir haktır. Söz konusu ödemenin temin edilmesi için anonim şirket yedek akçeler oluşturabilir” denilmekte ve daha sonra, m. 106-3.6’da ise, “Anonim şirket adi paylar üzere kâr payının hesaplanmasını (bölüştürülmesini), imtiyazlı payların her çeşidi üzere kâr payının hesaplanmasından (bölüştürülmesinden) sonra gerçekleştirir” hükmüne yer verilmiştir. Nihayet, Az.MK. m. 1077.6’da ise, “imtiyazlı pay, sahibine şirketin ticari faaliyetinin neticesinden asılı olmadan payın nominal değerinin sabit faizi oranında kâr payı hakkını almasına teminat veren, şirketin sona ermesi halinde tasfiye bakiyesine iştirak bakımından diğer pay sahiplerine oranla üstünlük sağlayan ve ihraç şartlarında ve şirket ana mukavelesinde öngörülmesi kaydıyla diğer haklar sağlayan pay çeşididir” şeklinde tanımlanmıştır.

İmtiyazlı payların esas sermayedeki oranına ilişkin sınırlama ve aksine ana sözleşme hükmü olmadığı sürece oy hakkını sağlamayacağına yönelik benzer düzenlemeler, Az.MK’dan daha önce yürürlüğe konulan (Temmuz 1994) ve bugün artık yürürlükten kaldırılmış bulunan AOK”da da (m. 18 b.3) yer almaktaydı.

Yukarıda aynen aktardığımız ilgili hükümler gözden geçirildiğinde, düzenlemelerin yetersiz ve kendi aralarında uyumlu olmadığını kanaatimizce, kolayca tespit etmek mümkündür. İlgili madde hükümlerinin düzensizliği ve yetersizliği, ister imtiyazların konusu, ister imtiyazlı payların niteliği ve isterse de tabi olduğu hukuki rejim bakımından söz konusudur. Her bir durumu ayrı ayrılıkta ele alalım.

**A. KONU ile İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ
DÜZENLİ ve UYUMLU
OLMAYIP, KARMAŞIKTIR**

Gerçekten, evvela, Az.MK. m. 106.2 hükmünde, “imtiyazlı pay, sahiplerine anonim şirketin tasfiye bakiyesinde diğer pay sahiplerine oranla üstünlük hakkı ve ihraç şartlarında öngörülmüşse, başkaca haklar sağlar” tanımından öyle bir anlam çıkıyor ki, sanki imtiyazlı paylar, sahiplerine sadece tasfiye bakiyesinde üstünlük hakkı sağlar (bu bağlamda, doğal olarak, esasında imtiyaz konusunun asıl olarak tasfiye bakiyesinde olacağı), bunun dışında, ihraç şartlarında öngörülmemişse, herhangi bir ortaksal hak veya haklar sağlamaz.

Böylece, tasfiye bakiyesine üstün katılma hakkı, bu tür paylar bakımından, bir bakıma zorunlu imtiyaz konusu olarak öngörülmüştür. Hal böyle olunca, ilgili madde hükmüne sıkı bir şekilde bağlı kalındığında, ihraç şartlarında başkaca şartlar öngörülmediği sürece, imtiyazlı paylar, sahiplerine sadece tasfiye bakiyesinde üstün iştirak hakkı dışında herhangi bir hak sağlamayacağından, ilgili pay sahipleri kâr payı hakkını da haiz olmayacaklar gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu da doğal olarak, söz konusu payların kâr payında da imtiyazlı olamayacaklarının öncelikle kabulünü zorunlu kılar. Halbuki, Az.MK. m. 106-3.4 de, “imtiyazlı paylarda kâr payı hakkı, sahibine şirketin ticari faaliyetinin neticesinden asılı olmadan payın nominal değerinin sabit faizi oranında ödemeyi talep hakkı sağlayan akçesel bir haktır” denilmekte ve dahası Az.MK. m. 106-3.6’da, “anonim şirket adi paylar üzere kâr payının hesaplanmasını (bölüştürülmesini) imtiyazlı payların her çeşidi üzere kâr payının hesaplanmasından (bölüştürülmesinden) sonra gerçekleştirir” şeklinde düzenlemelere yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, Az.MK. m. 106-3.4 ve 106-3.6 madde hükümlerinden hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde imtiyazlı pay sahiplerinin kâr payında

imtiyazlı olacakları açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bir anlığa, kâr payında imtiyazın ancak m. 106.2’de “ve ihraç şartlarında öngörül”düğü hallerde söz konusu olabileceği düşünülebilirse de, Az.MK. m. 106-3.6’da yer alan “anonim şirket adi paylar üzere kâr payının hesaplanmasını (bölüştürülmesini) imtiyazlı payların her çeşidi üzere kâr payının hesaplanmasından (bölüştürülmesinden) sonra gerçekleştirir” hükmü ve en önemlisi de Az.MK. m. 1077.6 hükmü böyle bir düşüncenin ihtimaller planında dahi olmasına kanaatimizce, olanak bırakmamaktadır. Çünkü, Az.MK’nın ilgili 106-3.6 madde hükmü, her türlü imtiyazlı payların bütün adi paylardan önce kâr payının alınacağını emredici bir şekilde belirtmekle, imtiyazlı payların mutlaka kârda öncelik hakkı şeklindeki bir imtiyazla donatılmış olması gerektiğini bir zorunluluk olarak öngörmüş, Az.MK. m. 1077.6 hükmü ise, “imtiyazlı pay”ı tanımlarken, açıkça hem kâr payında, hem de tasfiye bakiyesinde ayrıcalıklı pay çeşidi olarak tanımlamıştır.

Bundan başka, Az.MK’nın çeşitli madde hükümlerinde sürekli olarak “adi” paylardan söz edilmektedir. Oysaki, gerçekte mevcut düzenlemeler kapsamında sanki “adi” paylar bulunmamaktadır. Gerçekten, (en azından) kâr ve tasfiye bakiyesine katılmada imtiyazlı olan paylara sınırlı olarak oy hakkı tanınmakla, bu pay kategorisi dışında kalan ve her türlü konularda şirket genel kurul toplantısında sahiplerine oy hakkı sağlayan paylar da bu kez, oyda imtiyazlı hale getirilmiş bulunmaktadır⁴⁹². Böylece meseleye bu açıdan bakıldığında, ortada bir, her türlü konularda oy hakkı sağlayan paylar, bir de en azından kâr ve tasfiye bakiyesinde imtiyazlı olmasına

⁴⁹² Nitekim Alman hukukunda oy hakkının konu bakımından sınırlandırılması, oyda imtiyaza neden olacağı düşüncesiyle kabul edilmemiştir (bkz. NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 44 ve orada dpn. 44’de anılanlar). Ayrıca, bu tür hallerde oyda imtiyazın oluşacağı yönünde bkz. KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 40 ve orada dpn. 75’de anılanlar; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 57-58.

rağrnen, ancak sınırlı bazı konularda oy hakkı sağlayan paylar (Az.MK'nın ifadesiyle "imtiyazlı paylar") vardır ki, bu bakımdan da birinciler oyda imtiyazlı, ikinciler ise, mali konularda imtiyazlı paylar konumundadır.

Kaldı ki, daha önce özel olarak üzerinde durulmaya çalışılan⁴⁹³ Az.MK. m. 104.2 madde hükmünde de "adi ve diğer sesli paylar" dan söz edildiğini ve bu hükmün de oyda imtiyazlı pay ihracına yasal bir dayanak teşkil edebileceğini burada bir kez daha hatırlatmakta fayda vardır.

Dolayısıyla da, Az.MK'da hem, hiçbir ayrıma gidilmeden, umumi bir ifade ile, her nevi imtiyazlı payların, aksine ana sözleşme hükmü bulunmadığı sürece, sahiplerine oy hakkı sağlamayacağı şeklindeki hükme yer verilmesi, hem de, oy hakkında imtiyaza neden olan hükümlerin olması, sonuç itibariyle karışıklığa neden olduğu gibi, ancak imtiyazlı payların söz konusu olduğu durumlarda özel bir anlam ve sıfat taşıyacak kavram olan "adi" pay kavramı da, imtiyazlı pay kavramının yetersiz bir şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, kanun hükümlerinden tam anlaşılammaktadır.

Ayrıca, her türlü imtiyazlı paylar, zorunlu bir şekilde, kârda öncelikli ve tasfiye bakiyesinde ayrıcalıklı olarak öngörüldüğünden, mevcut düzenlemele metinlerine sıkı sıkıya bağlı kalındığında, anonim şirketler tarafından imtiyazlı pay ihracı durumunda ortada haddi zatında imtiyazsız paylar olamayacağından, şirketin normal faaliyeti sırasında bütün paylar kârda öncelikli, tasfiye halinde ise, tasfiye bakiyesine iştirakte ayrıcalıklı duruma gelmiş sayılacaktır ki, bu durumda da ilgili hükümlerin (m. 106.2, 106-3.6 ve 1077.6) uygulama kabiliyetinden yoksunluğu söz konusu olacaktır.

Nihayet, imtiyazlı payların tasfiye bakiyesinde ve kâr payında imtiyazlı olacağı hususunun, aynı kanunda üç ayrı

⁴⁹³ Bkz. § 10, IV A başlığı altında yapılan açıklamalar.

madde hükmünde ifade edilmesi, tekrara neden olmuştur ki, bu da konu ile ilgili hükümlerin düzensizliğine hazin bir örnek teşkil etmektedir.

Kanaatimizce, bütün bunlar, konu ile ilgili kanun hükümlerinin düzensiz ve uyumlu olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

B. İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ KONUNUN DÜZENLENMESİ BAKIMINDAN YETERSİZ KALMAKTADIR

İlgili madde hükümlerinin konunun düzenlenmesi açısından yetersizliği, ister imtiyazların konusu, ister imtiyazlı payların niteliği ve isterse de korunmasına yönelik rejim bakımından söz konusudur.

1. İmtiyazların Konusu ve Niteliği Bakımından

Az.MK'nın ilgili hükümlerini bir bütün olarak gözden geçirdiğimizde, konu itibariyle imtiyazların esasen kâr ve tasfiye bakiyesine üstün katılmada olduğu söylenebilirse de, imtiyazlı payların ihraç şartlarında öngörülmesi kaydıyla söz konusu payların başkaca haklar da sağlayabileceği ifade edilmiştir (m. 106.2, c. 3). Burada söz konusu payların "ihraç şartlarında öngörülmesi kaydıyla başkaca haklar sağlayabileceği"nden neyin kast edildiğini tespit etmek gerekmektedir. Şöyle ki, bu ifadedeki hak kavramı ile sadece diğer ortaksal haklar mı kast edildiği, yoksa, bu ortaksal hakların yanı sıra diğer konularda da imtiyazın tanınabileceği mi kast edildiği tam açık değildir.

Kanaatimizce, ifade oldukça genel bir tarzda sadece "haklar" şeklinde zikredildiğinden, buradaki hak kavramı içerisine hem diğer her türlü ortaksal haklar, hem de bu ortaksal haklar hakkında imtiyazların tanınmasını da kapsadığını kabul etmek gerekir. Böylece, örneğin, imtiyazlı payın ihraç şartlarında bu tür pay sahiplerine diğer bütün pay sahipleri gibi çıkarılan yeni payları sermayeye katılma

orarında satın alma hakkı tanınabileceği gibi, üstün satın alma hakkı (mesela, diğer pay sahiplerine böyle bir hak tanınmamakla veya imtiyazlı pay sahiplerine esas sermayeye katılma oranlarının üzerinde bir satın alma hakkı tanınmakla) da tanınabilir.

Ayrıca yukarıda ister oy hakkının imtiyaz konusu olup olmadığı bakımından, isterse de imtiyaz konusunun mutlak olarak tasfiye bakiyesinde ve/veya kâra öncelikli iştirak şeklinde olup olmadığına ilişkin yasal düzenlemelerin karmaşık ve dolayısıyla da yetersiz olduğunu çeşitli vesilelerle görmüş bulunuyoruz⁴⁹⁴.

Burada kanaatimizce, özellikle üzerinde durulması gereken bir diğer husus şudur: Az.MK'da "imtiyazlı pay" ile acaba oydan yoksun imtiyazlı paylar mı kast edilmek istenmiştir? Soruyu cevaplandırabilmemiz için oydan yoksun imtiyazlı payların kendine has başlıca özelliklerini sadece başlıklar halinde ve bir ölçüde tekrar pahasına da olsa, burada ifade edelim: i- *oydan yoksunluk* ki, bu söz konusu paylatın en önemli ayırt edici özelliğidir; ii- *oydan yoksunluğun karşılığı olarak mali haklarda ve özellikle kâr payında imtiyaz*, iii- *esas sermayenin belli bir oranı ile ihracının sınırlandırılmış olması*⁴⁹⁵, iv- *belirli şartların gerçekleşmiş olması halinde oy hakkının canlanması*⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ bkz. § 10, IV, A başlığı altında ve § 11, VI, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁹⁵ Gerçi, anglo-sakson hukuk sistemlerinde çok geniş bir serbesti olduğundan böyle bir sınırlama da yasal olarak öngörülmemiştir ama, sonuçta bütün payların oydan yoksun olamayacağı ve en azından bir kısım payların mutlaka oy hakkını haiz olmaları gerektiği uygulama ve doktrin tarafından doğal olarak kabul edilmektedir. Ayrıca uygulamada kural olarak imtiyazlı pay ihracına ilişkin şartlar, o cümleden onların ihraç sınırı da şirket ana mukavelesinde gösterilmektedir (ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. **HAMILTON**, s. 302, İngiliz hukuku ile ilgili olarak bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 178). Ayrıca, ABD hukuku ile ilgili

Şimdi, Azerbaycan hukukundaki imtiyazlı paylarla ilgili mevcut düzenlemelere baktığımızda, mali haklarda imtiyaz (Az.MK. m. 106.2, c. 3 ve 106-3.6) ve bu tür payların esas sermayenin belirli oranı ile (azami olarak yüzde yirmi beşi ile) sınırlandırılmış olduğunu⁴⁹⁷ (Az.MK. m. 106.2, c. 2) daha önce

uygulamaya yönelik örnekler için bkz. **NOMER**, Oydan Yoksun Paylar, s. 17-18.

⁴⁹⁶ Bu konuda da anglo-sakson hukuku farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, anglo-sakson hukuk sistemlerinde şirketlere ana sözleşmeyi düzenleme hususunda çok daha geniş bir serbesti tanınmakta ve bu bağlamda oydan yoksun imtiyazlı paylar bakımından da yasal olarak böyle bir zorunluluk öngörülmemektedir. Fakat, oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden genel kurul kararlarının uygulanabilmesi için ilgili pay sahiplerinin kendi özel kurullarında nitelikli çoğunlukla almış oldukları kararlar onaylamaları şartı aranmaktadır (İngiliz hukuku ile ilgili olarak bkz. İngiliz Şirketler Kanunu, m. 125 ve bu maddenin açıklaması için bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 182, ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. Del. Gen. Corp. L. § 251(f), 255(c). Ne var ki, böyle bir şart, sadece oydan yoksun imtiyazlı pay sahipleri bakımından değil, her türlü imtiyazlı pay sahipleri bakımından söz konusu olduğundan, tek başına oydan yoksun imtiyazlı paylara has bir özellik olarak nitelendirmek mümkün değildir. Oysa ki, oydan yoksun imtiyazlı pay ihracına olanak tanıyan diğer belli başlı hukuk sistemlerinde oydan yoksun imtiyazlı paylara böyle bir özellik tanınmaktadır: Alman hukuku bakımından bkz. POK § 140/II (**KARAHAN**, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 40); Fransız hukuku bakımından bkz. ŞK.m. 269-3 (**ÖZTEK**, s. 101); Türk hukuku bakımından bkz. Sermaye Piyasası Kanununun uygulanması ile ilgili Tebliğ m. 13.

⁴⁹⁷ Sınırın oranı ülkeden ülkeye değişiklik arz edebilmektedir, örneğin, Fransız (**ÖZTEK**, s. 97) ve Hollanda (**TİMMERMAN**, s. 213) hukuklarında bu sınır azami olarak esas sermayenin 1/4 olarak belirlendiği halde, Alman (POK § 139/2), Türk (Tebliğ m.9) ve Japon (**F.A. SCHMİD**, Voting Rights, Private Benefits and Takeovers, <http://research.stlouisfed.org/publications/review/02/01/35-46Schmid.pdf>.) hukuklarında bu sınır azami olarak esas sermayenin 1/2'i olarak belirlenmiştir. Böyle bir sınırlandırmanın temelinde yatan düşünce, bir sermaye şirketi olarak anonim ortaklıkta daha az sermaye payı olan oy haklı ortakların, büyük sermayeye sahip olan oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerine hükmetmesini önlemek ve böylece, bir nebze de olsa mülkiyet ile

de çeşitli vesilelerle de görmüş bulunuyoruz. Ne var ki, söz konusu imtiyazlı payların belirli şartların gerçekleşmesi halinde oy hakkının canlanacağına olanak tanıyan herhangi bir düzenleme olmadığı gibi, bu tür paylar bakımından oydan yoksunluk da, olmazsa olmaz bir şart olarak öngörülmemiştir. Gerçekten, ilgili 106.2 madde hükmü gereğince, bu tür paylara, ortaklık esas mukavelesinde öngörülmek şartıyla, her türlü idari haklar, yani aynı zamanda oy hakkı da tanınabilir ki, böyle bir durumda da oydan yoksun imtiyazlı paylardan söz etmenin mümkün olmayacağı açıkça ortadadır. Kaldı ki, biraz önce yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu paylar, yasal bir zorunluluk olarak belirli konularda oy hakkını haizdirler (Az.MK. m. 106-1.5).

Dolayısıyla sonuç itibariyle, Azerbaycan hukukundaki mevcut düzenlemeler kapsamında imtiyazlı pay derken, bununla kesin olarak oydan yoksun imtiyazlı payların kast edildiğini kabul etmek pek mümkün değildir.

Hal böyle olunca, doğal olarak şöyle bir soru kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır: yasadaki “imtiyazlı pay” kavramını, oydan yoksun imtiyazlı paylar dışında kalan diğer imtiyazlı paylar olarak mı kabul etmemiz gerekir? Ne var ki, konu ile ilgili mevcut hükümler, bu soruyu da kesin bir şekilde açıklamadan uzak düzenlemeler içermektedirler.

Gerçekten, Az.MK. m. 106-3.4 ve 1077.6’da imtiyazlı pay, sahibine anonim şirketin ticari faaliyetinin sonucundan asılı olmadan payın nominal değeri üzerinden sabit faiz şeklinde kâr payı hakkı sağlar şeklindeki hükmü, anonim şirketlerdeki “pay” kavramı ile ve bunun doğal sonucu olarak bu paylarla ilgili “imtiyaz” kavramı ile bağdaşmamakta ve bu tür pay sahiplerini, aslında şirket ortağı değil de, birer şirket

risk arasındaki tabii bağa indirilen darbeyi yumuşatmaktır, bkz. ÖZTEK, s. 94; KARAHAN, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, s. 54 ve orada dñn. 36’da anılanlar.

alacaklısı haline getirmektedir. Zira, ilgili pay sahibince anonim şirkete verilen belirli bir miktar paranın sabit faiz şeklinde şirket zarar ettiğinde bile alınabileceğinin kabul edilmesi durumunda, söz konusu kimsenin, kâr elde etmek ve paylaşmak için katkılarını birleştiren şahıs anlamına gelen “ortak” kavramı içerisinde yer almadığını kolayca söylemek mümkün olacaktır. Çünkü, bilindiği üzere, “ortak” kelimesi belirli bir müşterek gayeyi gerçekleştirmek üzere birliktelil oluşturmayı ifade eder. Anonim şirketler de haddizatında belirli bir miktar sermaye yatırarak bu sermayenin ürünü olarak kâr elde etmeyi gaye edinen kimseler tarafından kurulan bir ortaklıktır. Kâr elde etmek ve bunu paylaşmak için birleşen bu kişilere ortaklar denilmektedir. Yani, diğer bütün ticaret ortaklıklarında olduğu gibi, anonim ortaklıklarda da pay sahibi kâr payı almak için anonim ortaklığa ortak olur. Ne var ki, bu ortakların sermaye koymalarından götürecekleri amaç, ancak sermayelerini bir araya getirerek kurmuş oldukları anonim şirketin ticari faaliyeti sonucu kâr elde edilmesi halinde gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir. Ortaklar, bu şekilde sermayelerini bir araya getirmekle kurdukları şirketin kâr elde edeceğine umut etmekte, ne var ki, bu beklenti gerçekleşmezse ve kurmuş oldukları şirket zarar ederse, koymuş oldukları sermayeyi tamamen veya kısmen kaybedecekler. Yani anonim şirketlerde ortaklar, koymuş oldukları sermayeyi kaybetme riski de taşımaktadırlar. Bu husus, Az.MK. m. 98.4’de “anonim şirketteki pay sahipleri, şirketin borçlarından mesul değil ve koymuş oldukları sermaye miktarınca risk taşırlar” denilmekle, açıkça ifade edilmiştir.

Buna karşılık, şirket alacaklısı sıfatını haiz olanların ise, verdiklerini geri ala bilmeleri, şirketin kâr elde etmesi şartına bağlı değildir. Zira alacaklı, belirli bir müşterek gayeyi gerçekleştirmek üzere değil, verdiğini geri almak ve çoğu zaman da verdiğinden fazlasını geri almayı şirketin faaliyetinden bağımsız olarak talep etme hakkını haiz olan

kimsedir. Bu açıdan pay sahibi ile alacaklı arasında temel bir farklılık söz konusudur⁴⁹⁸.

Kaldı ki, şirketin ticari faaliyetinin sonucundan asılı olmayarak, daha doğrusu, şirket zarar ettiğinde bile imtiyazlı pay sahibine söz konusu payın nominal değerinin sabit faizi şeklinde ödeme yapılması, “kâr payı” hakkının anlamına ve doğasına da aykırı olduğundan, bunu ilgili pay sahibi açısından “kâr payı hakkı” olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Çünkü, kâr payı hakkı, her şeyden önce, adı üstünde, şirket tarafından kârın elde edilmiş olması ön şartına bağlıdır⁴⁹⁹. Zira, pay sahibinin kâr payı hakkı, her ticaret şirketinde olduğu gibi, anonim şirketin de kâr elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak, gayesinden doğan hakkını ifade eder⁵⁰⁰. Bu durumda anonim şirket tarafından kâr elde edilemeyende, doğal olarak ortak sıfatını taşıyan pay sahibinin de kâr payı hakkının söz konusu olması mümkün olmayacak. Buna göre de, işin mahiyeti ve doğası gereği, pay sahibinin “kâr payı hakkı”, anonim şirketin kâr elde etmiş olması ön şartına bağlıdır ve aşılamaz.

Bütün bunlar da, anonim şirketçe kâr elde edilemediği hallarda bazı pay sahiplerine yapılacak olan belirli bir miktar ödemeyi “kâr payı hakkı” olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını açıkça ve kesin olarak ortaya koymaktadır.

⁴⁹⁸ JENTZ/MİLLER/CROSS/ CLARSON, s. 634; HAMILTON, s. 322; CHARLESWORTH/MORSE, s. 438; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1255a; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 398; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 419; ÇEKER, s. 108.

⁴⁹⁹ Geniş bilgi için bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 423 vd; BİRSEL, Anonim Şirketlerde Kar Kavramı, C. I, İzmir, 1973, s. 326 vd; ayrıca bkz. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 290 vd; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 902 vd; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 297.

⁵⁰⁰ CHARLESWORTH/MORSE, s. 424; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 898.

Dolayısıyla da, Az.MK'nın imtiyazlı payların kâr payı hakkındaki ilgili hükümleri, haddi zatında teknik olarak “kâr payı hakkı”nın anlamına ve işlevine yabancı olduğu gibi, “pay” kavramına ve bunun doğal sonucu olarak “ortak” kavramına da uymamaktadır.

Böylece sonuç olarak, bu paragrafta baştan beri yapılan açıklamalar, Azerbaycan hukukunda imtiyazlı paylar ile ilgili hukuki normların, ister imtiyazların konusu, ister imtiyazlı payların niteliği bakımından yetersiz düzenlemeler içerdiğini ve söz konusu müessesenin yasal bir açıklığa kavuşturulmaktan ve sisteme oturtulmaktan uzak bulunduğunu göstermektedir. Yasada yer alan ilgili düzenlemeler, ne “imtiyazlı pay”, ne “oydan yoksun imtiyazlı pay” ve hatta ne de anonim ortaklıklarda en kilit kavram olan “pay” kavramına uymamaktadır ki, bu da sonuçta Azerbaycan hukukundaki yürürlükte olan hukuk kuralları bakımından “imtiyazlı pay” ibaresi ile neyin kast edildiği sorusunun açık kalmasına neden olmaktadır.

2. İmtiyazların Korunması Bakımından

Birer tüzel kişi olan anonim ortaklıklar, organları vasıtasıyla faaliyet gösterirler. Organlar ise, çoğunluk ilkesince karar alabilmektedir. İşte bundan dolayı da anonim şirketlerin çoğunluk ilkesince yönetildiği kabul edilmektedir⁵⁰¹. Çoğunluk ilkesi, anonim ortaklık genel kurulunun faaliyeti bakımından özel bir önem arz etmektedir. Zira, anonim şirket genel kurul kararı, anonim ortaklığın iradesini temsil ettiği kabul edilmekte ve ortaklık iradesini ifade eden bu karar, katılmış olsun veya olmasın, bütün pay sahiplerini bağlar. Anonim şirket iradesinin şekillendiği genel kurulda karar, çoğunluk esasına göre alındığından, genel kurulda çoğunluğu elinde bulunduranlar, bir bakıma anonim ortaklığın iradesini de elinde bulundurmuş sayılırlar.

⁵⁰¹ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 465; **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 156.

Ne var ki, genel kurulun yetkileri sınırsız değildir. Biz burada çalışma konumuzun sınırlarının dışına çıkmamak için genel kurulun yetki sınırları üzerinde ayrıca durmayacağız. Yalnız burada inceleme konumuz olan “imtiyazlı pay” sahiplerinin anonim şirket organları ve özellikle de genel kurul kararına karşı korunması hususu ile ilgili olarak Azerbaycan hukukundaki mevcut durumu değerlendirmeye çalışacağız.

Azerbaycan hukukunda “imtiyazlı pay”ların korunması ile ilgili düzenlemeler de, yumuşak bir şekilde ifade edilecek olursa, yetersizlikle maluldür. Konu ile ilgili düzenlemeler hakkında açıklamalara geçmeden önce, söz konusu düzenlemelerin yer aldığı kanun hükümlerini burada aktarmamız, kanaatimizce, yapılacak değerlendirmelerin anlaşılabilirliği bakımından faydalı olur.

Az.MK. m. 106-1.5 madde hükmü gereğince, imtiyazlı pay sahipleri (eğer Az.MK. m. 106.2, cümle son uyarınca, şirket ana mukavelesinde bu tür pay sahiplerine oy hakkı tanınmamışsa) sadece şirket birleşme veya nevi değiştirmesi, yahut şirketin feshine karar verilmesi, ya da imtiyazlı paylarla ilgili hakların ihlaline neden olacak ana sözleşme değişikliklerine yönelik genel kurul kararlarında oy hakkını haizdirler. Aynı kanunun 107.6 madde hükmü gereğince ise, esas sermayenin 1/10 veya daha fazla kısmını temsil eden pay sahiplerinin (söz konusu pay sahiplerinin “imtiyazlı” pay sahibi olup olmadıkları bakımından kanun herhangi bir ayırım öngörmemiştir) talebi üzerine şirket her zaman bağımsız müfettişlerce denetlenebilir. Nihayet, Az.MK. m. 107-5.4 uyarınca, her bir pay sahibi (gene ortağın “imtiyazlı” pay sahibi olup olmadığı bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin), genel kurul kararı aleyhine mahkemede dava açabilir.

Görüldüğü üzere, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında imtiyazlı pay sahipleri, bu tür pay sahipleri açısından en önemli korunma aracı olan “özel kurul”dan yoksun bırakılmıştır. Diğer bütün olumsuzlukları bir tarafa, sadece ve salt olarak böyle bir

eksiklik, anonim ortaklıklarda gerçek anlamda “imtiyazlı pay” müessesesi kavramının yerleşmesine ve işlerlik kazanmasına engel olur⁵⁰². Tesadüfi değil ki, belli başlı hemen bütün hukuk sistemlerinde imtiyazlı pay sahipleri bakımından ayrı bir öze kurul öngörülmüştür⁵⁰³.

Ayrıca, Az.MK. m. 106-1.5’de öngörülen hallerde imtiyazlı pay sahiplerinin oy hakkını haiz olacaklarını öngörülmüş olması, ilgili pay sahiplerinin korunması bakımından öyle bir anlam ve önem taşımamaktadır. Şöyle ki, anonim şirket tarafından “imtiyazlı pay” ihracı durumunda, bu tür payların Az.MK. m. 106.2 maddesinin ikinci cümlesi gereğince, emredici bir şekilde esas sermayenin % 25’den fazla çıkarılamayacağı açıkça öngörülmüş bulunmaktadır. Az.MK. m. 107-3.5 madde hükmünde ise, şirket genel kurulunda oylamanın “bir pay bir oy” (payın asgari itibari değerinde) ilkesince yapılacağı öngörülmektedir. Bu durumda, imtiyazlı paylar en üst sınırdaki, yani yüzde yirmi beş oranında çıkarılmış olduğunda ve Az.MK. m. 106-1.5’de gösterilen hallerde ilgili pay sahipleri oy haklarını kullanmaları halinde bile, söz konusu paylardan kaynaklanan toplam oy oranı, sonuç olarak yüzde

⁵⁰² Çünkü, bir anlamda, diğer pay sahiplerine oranla belirli bir konuda ayrıcalıklı ve üstün olmayı ifade eden “imtiyaz”, yeterince korunmuyorsa, haddizatında ortada gerçek anlamıyla ayrıcalığı sağlayan bir hak da yoktur demektir. Zira hak, daha önce çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, hukuk düzenince korunan bir menfaattir. Bu menfaatin hukuk düzenince korunması ne derece azalır, söz konusu menfaatin bir hak olması da o derece zayıflar.

⁵⁰³ ABD hukuku bakımından bkz. Del. Gen. Corp. L. § 155; İngiliz hukuku bakımından bkz. Company Law m. 17, 125; Alman hukuku bakımından bkz. POK § 141/I, 179/II, 181/II, 182/II (KARAYALÇIN, İmtiyazlı Pay Sahipleri, s. 87; NOMER, Oydan Yoksun Paylar, s. 16); Fransız hukuku bakımından bkz. ŞK. m. 153/III, 156/II, 269-4 (KARAYALÇIN, İmtiyazlı Pay Sahipleri, s. 92, ÖZTEK, s. 102-103); Yunan hukuk bakımından bkz. Yunan Ticaret Kanunu m. 26 (GEORGAKOPOULOS, s. 133); İsviçre hukuku bakımından bkz. İsv. BK. m. 654/II ve Türk hukuku bakımından bkz. TTK. m. 389, 391, Tebliğ m. 18)

yirmi beşten fazla olamayacak. Halbuki, Az.MK. m. 107-2.1'de genel kurulda oy hakkı sağlayan payların % 60'ı temsil edildikte, toplantı yetersayısının sağlanmış olabileceği öngörülmekte, Az.MK. m. 107-5.1'in son cümlesinde yer alan düzenlemede ise, imtiyazlı payların oy hakkı sağlayacağı haller ile ilgili genel kurulda karar alınabilmesi için 3/2 oy çoğunluğu aranmaktadır. Yani istenilen halde, imtiyazlı pay sahipleri, onların haklarını yasal olarak da ilgilendirildiğinin kabul edildiği söz konusu durumlarda, kararın alınmasında, tek başına kullanacakları oylar sayesinde haklarını korumayabilmeleri mümkün değildir. Bu da, Az.MK. m. 106-1.5'de gösterilen hallerde imtiyazlı pay sahiplerinin, en iyi ihtimalle yüzde yirmi beş oranında oy hakkını kullanma hakkının, bu pay sahiplerinin haklarının korunması bakımından hemen hemen hiçbir anlam taşımadığını ifade etmeye esas verir.

Bundan başka, imtiyazlı pay sahiplerinin korunmasını sağlama açısından öngörülen bir diğer araç da, ilgili pay sahiplerinin menfaatlerini doğrudan veya dolaylı ihlal eden genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkıdır. Az.MK. m. 107-5.4'de pay sahiplerinin iptal davası açma hakları olduğu bildirilmiş ama, hangi nedenlerle genel kurul kararının iptal edilebileceği, ilgili kararın alınmasına olumlu yönde katılmış olan pay sahiplerinin de bele bir dava açıp açamayacakları türünden hususlar açık bırakıldığı gibi, iptal davasının ne kadar bir süre içerisinde açılabilmesi de özel olarak düzenlenmemiştir. Burada özel zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, genel zamanaşımı süresinin tatbik olunabileceği düşünülebilirse de, genel zamanaşımı süresi (Az.MK. m. 373.1 uyarınca, genel zamanaşımı süresi 10 yıldır), işin niteliği ile bağdaşmayacak kadar uzun bir süre olduğundan, bunun kabulü pek mümkün değildir.

Dahası, imtiyazlı pay sahiplerinin böyle bir hakkının olup olmadığı da mevcut yasal düzenlemeler kapsamında tereddüde

neden olabilmektedir. Gerçekten, Az.MK. m. 106.2'de imtiyazlı pay sahiplerinin, aksine ana sözleşme hükmü olmadığı sürece, idari haklarının olmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca, Az.MK. m. 106-1.5'de öngörülen hallerden başka mevcut yasal düzenlemeler kapsamında, kural olarak imtiyaz pay sahipleri genel kurulda oy hakkını haiz olmayacaklarındaki bu tür pay sahiplerinin her türlü genel kurul kararı aleyhine dava açabilmelerinin kabulü, sistemin kendisi içerisinde çelişkiye neden olacağı düşüncesiyle de tereddüt doğurabilmektedir. Kanaatimizce, menfaatler muvazenesi bakımından değerlendirme yapılacak olursa, imtiyazlı pay sahiplerinin de iptal davası açma hakkının kabulü yerinde olur. Zira, şirket faaliyetlerinin, özellikle pay sahipleri tarafından denetlenebilmesinin etkinleştiği durumlarda, şirketin ticari faaliyetinin başarılı olduğu görülmektedir⁵⁰⁴. Kaldı ki, imtiyaz pay sahiplerinin oy kullanma suretiyle kendi menfaatlerini koruyamayacakları bir düzenleme sisteminin söz konusu olduğu Azerbaycan hukukunda, bu tür pay sahiplerine iptal davası açma hakkının tanınması, imtiyazların bütünüyle korunmasız hale gelmesine sebep olacaktır. Bu nedenle de kanaatimizce, Az.MK. m. 107-5.4 hükmü (yani genel bir ifade ile “pay sahipleri genel kurul kararları aleyhine dava açabilirler” şeklindeki düzenleme) esas alınarak, imtiyaz pay sahiplerinin de her türlü genel kurul kararına karşı, diğer pay sahipleri gibi, iptal davası açma hakkını haiz olduklarının kabulü zorunludur.

Azerbaycan hukukunda hazırlanan durum itibarıyla, azınlığı menfi oy kullanarak genel kurulda kararın oluşumuna engel olmayı ifade eden ve “olumsuz azınlık hakkı” denilen türde

⁵⁰⁴ Pay sahibinin oy hakkının bu bakımından da önemli olduğu ve bu nedenle oy hakkının anonim ortaklıklar hukuku alanındaki giderek daha da önemi kazandığı görülmektedir, bkz. I. Bölüm, § 3 başlığı altında yapılacak açıklamalar.

bir azınlık hakkı kanunen düzenlenmediğinden, böyle bir hakkın imtiyazlı pay sahipleri bakımından da öngörülmesi söz konusu olamamaktadır.

Azlığın, belirli bir konuda somut bir talepte bulunması halinde, kanunen öngörülen neticeyi tek başına yapabilme, gerçekleştirebilme imkânı olarak tanımlayabileceğimiz ve “olumlu azınlık hakkı” denilen türden azınlık hakları bakımından ise, imtiyazlı pay sahipleri ile diğer pay sahipleri arasında birinciler aleyhine bir takım kısıtlamaların öngörülmüş olduğu gözlemlenmektedir⁵⁰⁵. Gerçekten, Az.MK. m. 107-1.6 uyarınca, genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi ve Az.MK. m. 107-11.6 uyarınca da denetim kurulunun olağanüstü teftiş yapmasını talep hakkı, kanunen ancak *oy hakkı sağlayan* payların yüzde onundan fazlasına sahip olan pay sahiplerine tanınmıştır. Az.MK. m. 106.2 uyarınca da, aksine ana mukavelede hüküm bulunmadığı sürece, imtiyazlı paylar oy hakkı sağlamadığından, kanunen imtiyazlı pay sahipleri kural bu tür azınlık haklarını haiz değillerdir.

Yalnız, Az.MK. m. 107.6 uyarınca, anonim şirketin bağımsız yeminli muhasiplerce denetlenmesini talep hakkı, başkaca herhangi bir şart aranmaksızın, esas sermayenin yüzde on ve üzerindeki pay sahiplerine tanınmıştır ki, bu da imtiyazlı pay sahiplerinin söz konusu oranda sermaye payına haiz

⁵⁰⁵ Şunu da ifade edelim ki, anonim şirketlerde sermaye, pay ve oy egemenliğini elinde bulunduran çoğunluğun, bu durumu kötüye kullanması tehlikesine karşı azınlık konumundaki pay sahiplerine tanınan ve mahiyeti itibariyle koruyucu bir niteliği olan azınlık hakları (bkz. **MOROĞLU**, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih, Arslanlı'ya Armağan, İstanbul 1978, s. 463; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 453; **KENDİGELEN**, Yönetimde İmtiyaz, s. 294) umumiyetle, yani bütün ve her nevi pay sahipleri açısından yetersiz bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, olumsuz azınlık hakları düzenlenmemiş olduğu gibi, yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması, bilanço müzakerelerinin ertelenmesini talep, gündeme madde ilave edilmesini talep hakları gibi azınlık hakları da kanunen öngörülmüş değildir.

olmaları halinde bu tür bir azınlık hakkını kullanabileceklerini kabulü anlamına gelmektedir. Yani imtiyazlı pay sahipler ancak esas sermayenin 1/10'u oranında sermaye payına sahi oldukları takdirde, bir tek azınlık hakkından yasal olarak yararlanma hakkını haiz olabilirler, o kadar.

Böylece, sonuç olarak, bu başlık altında baştan beri yapılan açıklamalar, kanaatimizce, Azerbaycan hukukundaki mevcut düzenlemeler kapsamında, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının (ister imtiyazlı pay sahibi sıfatı bakımından, isters de azınlık pay sahibi sıfatı bakımından) ihlallere karşı korunması ile ilgili çok ciddi kanun boşluklarını bulduğunu; mevcut düzenlemelerin ise, natamam v uyumsuz olduğunu yeterince göstermektedirler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OY HAKKININ KULLANILMASI

Anonim ortaklıklarda en temel konularda verilecek kararlar, genel kurulca alınır ve bu bakımdan da söz konusu şirket organına karar organı denilmektedir⁵⁰⁶. Gerçekten, mukayeseli hukuk bakımından da baktığımızda genel kurul, şirket ana mukavelesinde değişiklikler yapılması (ki buna şirket esas sermayesinin değiştirilmesinden tutmuş ta şirketin nevi değiştirmesine kadar her türlü değişiklikler dahildir), şirket organlarını seçilmesi ve azledilmesi (örneğin alman ve rus hukuklarında kural olarak şirket yönetim organına seçim, daimi organ olan gözetleme organı tarafından yapılırsa da, gözetleme organı üyeleri de genel kurul tarafından tayin ve azledilebilmektedir⁵⁰⁷) ve şirketin varlığına son verilmesi hususunda tek yetkili karar organı olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte anonim şirket hayatındaki en temel konularda karar vermeğe yetkili bulunan genel kurul organında karar, şirket ortaklarının kullandıkları oylar sayesinde alınabilmektedir.

Bu bölümde, oy hakkının kim veya kimler tarafından, hangi koşullar altında ve hangi usul çerçevesinde kullanıldığı ele alınarak incelenilmeye çalışılacaktır. Konuya, hem oy hakkının şahsen oy hakkı sahibi tarafından mı, yoksa temsilcisi tarafından mı kullanıldığı, hem de oy hakkı sağlayan payların devir açısından neveleri ve senede bağlanmış olup olmamaları

⁵⁰⁶ BAUMS, s. 115; MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 164; TİMMERMAN, s. 211; ANTUNES, s. 241.

⁵⁰⁷ Alman hukuku bakımından bkz. BAUMS, s. 116; Rus hukuku bakımından bkz. SERGEEVA/TOLSTOGO, s. 155.

bakımından bir ayrıma gidilmesi suretiyle bir açıklı kazandırmaya çalışacağız.

Genel kurulda (sonuçta bir kurul olmanın doğas gereğince) karar aynı yönde kullanılan belirli bir oy nisabı il alındığından, doğal olarak genel kurulda oy hakkını kullanılması usulü de önem arz etmektedir. Bu bakımından d konunun ayrıca olarak ele alınmasında fayda vardır. Aşağıda oy hakkının kullanılmasında kabul edilen ilkeler ile o hakkının kullanılması hususu ayrı ayrılıkta ele alınarak açıklama yapılmaya çalışılacaktır.

§ 12 OY HAKKININ KULLANILMASINA HAKİM OLAN İLKELER

I. GENEL OLARAK

Aşağıda ele alınacak ilkelere ilişkin yapıla açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, anonim şirketler hukuk alanında bu hususla ilgili kelimenin tam anlamıyla mutlak değişmez ve tek çeşit olma niteliğinde genel ilkeler söz konusu olmamaktadır. Yani bazı ülke hukuklarında kabul edilen bi husus, bir başka ülke hukukundaki sistem açısından cari ola ilke mahiyetindeki kurallara aykırı düşebilmektedir. Yalnız bütün bunlara rağmen, anonim şirketler bakımından o hakkının kullanılması ile ilgili ilkeleri bir bütün olarak el almak mümkün olabilmektedir. İşte aşağıda sözü edilen kon ile ilgili ilkeler ele alınacaktır.

II. OY HAKKININ KULLANILMASINDA KABUL EDİLEN İLKELER

A. OY HAKKI GENEL KURULDA ALINAN KARARLAR BAKIMINDAN SÖZ KONUSUDUR

Anonim ortaklıklarda kural olarak oy hakkı sahibi, pa sahipleridir⁵⁰⁸. Fakat ister pay sahipleri bakımından, isterse de o

⁵⁰⁸ Bununla ilgili olarak bkz. II BÖLÜM başlığı altında yapılan açıklamalar.

hak kını haiz bulunan diğ er kimseler aç ısında olsun, oy hakk ı, ancak niteliğ i gereğ i Şirket genel kurulunda alınan kararlar bakım ından söz konusu olabilmektedir. Zira anonim ortaklıklarda oy hakk ının varlık sebebi ve tanınma nedeni, genel kurul kararına katılmayı sağ lamaya bağ lı olduğu gibi, genel kurulun da varlık nedeni ve anonim ortaklıklardaki işlevi de ancak oy hakk ına ve onun kullanılmasına bağ lıdır. Bu bağ lamda mantık gereğ i, genel kurulun bir Şirket organı olarak varlık arz etmesi aslında oy hakk ı sahiplerinin bir araya gelmesi suretiyle ile mümkün olabileceğ ini akla getirmektedir. Dolayısıyla da, genel kuruldan söz edebilmek için belirli sayıda oy hakk ı sahibinin veya onların yetkili temsilcilerinin önceden belirlenen yerde aynı zamanda fiziki olarak bulunmaları gerektiğ i bir ilke olarak anonim ortaklıklar hukukunda kesin olarak kabul edilmekteydi⁵⁰⁹.

Yalnız zamanla bazı ilkelerin değ iŐtiđ i de bir gerçektir, zira “ilkeler değ iŐemez” diye bir kural yoktur. Bu bağ lamda, biraz aŐađ ıda da göröleceğ i üzere, bugün artık belli baŐ lı hukuk sistemlerinin büyük çoğ unluğ unda oy hakk ı sahibinin (ve onun yetkili temsilcisinin) bizzat fiziki olarak genel kurula katılmadan da, oy hakk ını kullanılabileceğ i kabul edilmektedir. Ancak burada bir daha önemle belirtelim ki, genel kurula fiziki olarak katılmanın, oy hakk ının kullanılması bakım ından zorunlu olup olmadığ ı hususu, oy hakk ının niteliğ i gereğ i ancak genel kurul toplantısında kullanılabilen bir hak olması aç ısından herhangi bir önem taŐ ımamaktadır. Kısacası, genel kurula katılma, oy hakk ının kullanılması bakım ından ister zorunlu olsun, ister olmasın, fark etmez, oy hakk ı ancak ve sadece genel kurulda alınacak kararlar hakkında kullanılabilen bir haktır.

⁵⁰⁹ Bununla ilgili olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞ LU**, N. 960; **MOROĞ LU**, Hükümsüzlük, s. 61-62; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 130; **MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ**, s. 169 ve orada dpn. 26’da arılanlar.

1. Oy Hakkının Ancak Genel Kurula Katılarak Kullanılabileceğini Öngören Sistemler

Oy hakkının kullanılması bakımından şirket genel kuruluna katılmayı mecbur tutan sistemlere Alman, İsviçre, Avusturya, Finlandiya ve Türk hukuklarını örnek göstermek mümkün⁵¹⁰. Bu sistemlerde oy hakkı ancak genel kurul içinde kullanılabilir. Yani oy hakkının kullanılması bakımından oy hakkı sahibinin veya yetkili temsilcinin genel kurula katılması mecburidir. Buna göre de bu ilkeyi benimseyen sistemlerde genel kurula katılma hakkı, oy hakkının bir önkoşulunu teşkil etmektedir⁵¹¹. Bunun neticesi olarak da, oy hakkı sahibinin genel kurula katılma hakkını ortadan kaldırmaya veya aşırı derecede sınırlandırmaya yönelik şirket ana mukavele hükümleri ve şirket organlarının kararları geçersiz sayılmaktadır⁵¹².

2. Oy Hakkının Genel Kurula Katılmaksızın Kullanılmasına İzin Veren Sistemler

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, anonim şirketler hukukunda oy hakkının kullanılması bakımından kural, oy

⁵¹⁰ BAUMS, s. 123 ve orada dñn. 57'de anılanlar; NOBEL, s. 323; vd.; DRUEY, s. 371 dñn. 27; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 960; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 8; DAĞ, s. 15; ÇEKER, , s. 178.

⁵¹¹ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 8 ve orada dñn. 22'de anılanlar; DAĞ, s. 15.

⁵¹² TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 8 ve orada dñn. 24'de anılanlar; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 963; DAĞ, s. 15. Yalnız, genel kurula katılma hakkı ile oy hakkı birbirlerine ayrılmaz bir şekilde bağılı değildir. Buna en bariz delil, oy hakkına sahip olmayan bir takım kimselerin (örneğin, özel oydan yoksunluk hallerinde ilgili pay sahiplerinin veya oydan yoksun imtiyazlı pay sahiplerinin yahut tahvil ve intifa senetleri sahipleri statüsünde olanların - ülkeden ülkeye bu veya diğere derecede farklılık arz etmekle birlikte - hepsinin veya bir kısmının genel kurula katılmalarının hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olmasıdır.

hakkı sahiplerinin bizzat kendilerinin veya yetkili temsilcilerinin genel kurula katılması gerektiği şeklindedir. Fakat bu kural, 20.yüzyılın son çeyreğine doğru çoğu ülkeler bakımından kesin bir kural olmaktan çıkarak, yedek kural hüviyetine dönüşmeğe başlamıştır. Böylece, içinde bulunduğumuz 21. yüzyılın başlangıcı itibariyle, istisnaları olmakla birlikte, genel durum, oy hakkının genel kurula katılma suretiyle kullanılabilceği, fakat genel kurul dışından da şirket ana mukavelesinde öngörülmesi şartıyla kullanılabilir⁵¹³.

Günümüzde, oy hakkının genel kurula katılmaksızın da kullanılması, oldukça geniş bir şekilde benimsenilmektedir⁵¹⁴. Bu şekilde, yani oy hakkı sahibi ve yetkili temsilcinin genel kurula fiziki olarak katılmaksızın oy kullanabilmesi başlıca olarak iki şekilde gerçekleştirilmektedir: mektup vasıtasıyla ve proxy yöntemi ile. Her bir durumu ayrıca ele alalım.

a. Mektupla Oy Verme

Mektupla oy verme sistemi, özellikle geçen asrın 90'lı yıllarından itibaren geniş bir şekilde yasalaştırılmaya başlanmıştır. Anonim ortaklıklar hukukunda mektupla oy vermeye ilişkin her ne kadar bazı farklılıklar söz konusu olsa da, mektupla oy verme, oy hakkı sahibinin genel kurul toplantısına katılmaksızın, oy hakkını mektupla kullanabilmesine imkân sağlaması açısından bir sistem olarak

⁵¹³ Yalnız örneğin Fransız hukuku bakımından bülten (buna mektupla veya maille oy verme de denilmektedir) aracılığıyla oy verme de tıpkı genel kurula katılma suretiyle oy kullanma gibi kanuni sistem olup, ana mukavele ile aksine bir düzenleme öngörülemez (bkz. GUYON, s. 104; ÖÇAL, Mektupla Oy Kullanma, s. 379).

⁵¹⁴ Bunlara ABD (bkz. KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 362 vd; Fransa (bkz. dpn. 7'de anılanlar; İtalya (bkz. MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 170-171; Belçika (WYMEERSCH, s. 39-40; ve Portekiz (bkz. ANTUNES, s. 248) hukuklarını örnek olarak göstermek mümkün.

temelde birlik arz etmektedir. Zira, sistemin temelinde, pay sahiplerinin genel kurul toplantısının yapıldığı yere gelmeksizin gündemdeki konularla ilgili irade beyanlarını yazılı şekilde şirkete öngörülen süre zarfında ulaştırmakla oy kullanmalarına fırsat sağlanması düşüncesi yatmaktadır ki, bu açıdan mektupla oy kullanılmasına cevaz veren ülke hukuklarında bir farklılık bulunmamaktadır.

Mektupla oy vermeye ilişkin karşılaştırmalı hukuk bakımından bazı yabancı ülke hukuklarının gözden geçirilmesi, kanaatimizce, konun açıklanması bakımından aydınlatıcı olur.

aa. Yabancı Hukuklarda

aaa. Fransız Hukukunda

Fransa'da mektupla oy verme, ilk defa Ocak 1983 yılında getirilen yasal düzenlemeler ile anonim şirketlerde uygulanma imkânına kavuşturulmuştur⁵¹⁵. Getirilen bu düzenlemeler kapsamında artık genel kurulun toplantı ve karar yetersayısı bakımından sadece toplantıda bilfiil hazır bulununlar değil, genel kurula mektupla oy kullanma suretiyle katılanlar da dikkate alınmaktadır. Böylece, şirket genel kurulunda bir tane bile pay sahibi bilfiil hazır bulunmamasına rağmen, gündemdeki konularla ilgili irade beyanlarını, öngörülen süre zarfında yazılı şekilde şirkete ulaştırmış pay sahiplerinin oluşturduğu toplam oy oranı toplantı ve karar yetersayısı bakımından yeterli ise, hukuken genel kurul toplanmış ve usulünce karar alınmış addedilmektedir.

Burada son olarak şunu da belirtelim ki, Fransız hukukunda, mektupla oy kullanıldığında kullanılan oyun hangi yönde olduğunun anlaşılması veya oyun çekimser olarak kullanılması durumunda söz konusu oyların olumsuz oylar

⁵¹⁵ Fr.ŞK. m. 161-1 (konu ile ilgili geniş açıklama için bkz. ÖÇAL, Mektupla Oy Kullanma, s. 378 vd).

olarak kabul edileceği, emredici hukuk kuralına bağlanmış bulunmaktadır.

bbb. Belçika Hukukunda

Belçika hukukunda 1991 yılından itibaren genel kurula katılmaksızın mektupla oy verme imkânı yasal olarak kabul edilmektedir. Yalnız Fransız hukukundan farklı olarak, pay sahiplerinin mektupla oy hakkını kullanabilmeleri şirket ana mukavelesinde öngörülmüşse mümkün olabilmektedir. Ayrıca, mektupla oy kullanmanın usulü de kanunen değil, ana mukavele hükümlerince düzenlenmektedir⁵¹⁶. Mektupla oy kullanma oldukça sıkı şekil koşullarına tabi tutulmakta ve bu şekil koşullarından herhangi birinin yerine getirilmemiş olması, genelde geçersizliğe neden olmaktadır. Yalnız, Fransız hukukundan farklı olarak, şekil şartlarına uymayan her türlü mektupla oy kullanmalar, o cümleden çekimser veya hangi yönde oy kullanıldığıının anlaşılabilmesi durumlarında da, söz konusu oylar geçersiz addedilmekte ve alınan karar nisabında lehte veya aleyhte olarak değerlendirilmemektedir.

Bundan başka, Belçika hukukunda faks yolu ile oy kullanma da aynen mektupla oy kullanma olarak kabul edilmekte ve böylece hukuken geçerli sayılmaktadır. Ayrıca kapalı tipli anonim şirketlerde şartlı ve hatta müzakere veya mütalaalı diyebileceğimiz yöntemle de oy kullanılabileceği kabul edilmektedir.

Yalnız şu var ki, uygulamada mektupla oy kullanmaya çeşitli kısıtlamalar getirildiği veya genelde fazla kullanılmadığı gibi, mektupla oy kullanma dışında diğer yöntemlerle oy kullanılması da çok nadiren görülmektedir⁵¹⁷. Doktrinde, buna neden olarak, çoğunluk pay sahiplerinin mektupla oy kullanma gibi mürekkep usulü takip edeceğine (bu zaman toplantı ve

⁵¹⁶ Konu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. WYMEERSCH, s. 39-40.

⁵¹⁷ WYMEERSCH, s. 40 ve orada dpn. 59.

karar yetersayılarının sağlanıp sağlanmadığı gibi hususların belirli bir süre onlar için meçhul kalmasının getirdiği psikolojik olumsuzluğun da etkisi gözardı edilmemelidir), genel kurula katılmakla oy kullanmayı tercih etmesi ve gereğinde müzakereler sonucu şirketin kendi doğruları istikametinde kararın daha rahat ve güvenli şekilde alabilmeleri gösterilmektedir⁵¹⁸.

ccc. İtalyan Hukukunda

Aralık 1994 tarihi itibariyle borsaya kayıtlı bazı özellikli anonim şirketlerde mektupla oy kullanmaya imkân tanınmıştır. Mektupla oy kullanma imkânı tanınan borsaya kayıtlı anonim şirket çeşitleri şunlardır: yatırım ortaklıkları, bankalar, sigorta şirketleri ve kamu iktisadi kuruluşları. İtalyan hukukunda da Belçika hukukunda olduğu gibi, mektupla oy verme ancak şirket ana mukavelesinde öngörülmüşse mümkün olabilmektedir⁵¹⁹. Bu tür anonim şirketlerde mektupla oy kullanmak isteyen pay sahipleri şirketçe yapılan ilanda gösterilen aracı kuruluşlardan birine paylarını yatırmalıdır. Bunun üzerine aracı kuruluş, ilgili pay sahiplerine iki belge gönderir: a-) oy belgesi, hansı ki, oy sayımına kadar gizliliği sağlar ve b-) ilgili pay sahibinin ne kadar oy hakkı olduğunu tasdik eden belge (ki buna tasdik belgesi denilmektedir). Oy belgesi ilgili pay sahiplerince imzalanmalı ve toplantı ilanında gösterilen süre zarfında, fakat toplantının yapılacağı tarihten önceki üç iş gününden geç olmayarak şirkete ulaştırılmış olmalıdır.

Tasdik belgesi ve oy belgesi genel kurul toplantı başkanına bağlı özel hesaplama kurulunda toplanmaktadır

⁵¹⁸ WYMEERSCH, s. 40.

⁵¹⁹ MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 170.

Zamanında ulaşmayan veya önemli şekil eksikliği içeren oylar dikkate alınmamaktadır⁵²⁰.

Nihayet İtalyan uygulamasında da pay sahiplerince mektupla oy verme durumuna oldukça az oranda rastlanılmakta ve zaten az olan bu oran da gittikçe daha da azalmakta ve hatta artık çok nadiren kullanılmaktadır denilebilir. Doktrinde, buna gerekçe olarak, mektupla oy kullanmanın rahat ve etkin olmaması ve maliyetli olması gibi hususlar gösterilmektedir⁵²¹.

ddd. ABD Hukukunda

ABD hukukunda ve uygulamasında her ne kadar proxy sistemi halen egemen olsa da, mektupla oy verme de hukuken mümkündür ve bu husus teknolojinin gelişimine paralel olarak telekomünikasyonun sağladığı kolaylıkların eşliğinde gittikçe amerikan uygulamasında artma eğilimi göstermektedir. Yalnız şunu baştan ve özellikle belirtmek gerekir ki, ABD hukukunda kıta Avrupa'sında kabul edilen anlamda (sıkı şekil şartlarına ve özel hukuki rejime tabi tutulan) mektupla oy verme sistemi söz konusu değildir.

ABD'de anonim şirketler alanında en fazla uygulanma oranına sahip olan Delaware devleti Anonim Şirketler Kanunu § 211 (e) gereğince, aksine ana mukavelede hüküm öngörülmedikçe, genel kurul tarafından yönetim kurul başkanı yazılı oy kullanma suretiyle seçilir. Genel kurulda görüşülecek diğer hususlar hakkında kanun herhangi bir açıklık taşımasa da, genel olarak uygulamada diğer konularda da yazılı oy kullanma yöntemi kabul edilmektedir. Buradaki yazılı oy, hazır bulunan veya proxy yolu ile genel kurula katılan pay sahipleri açısından

⁵²⁰ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. D. FİCO, "Il Diritto di Voto per Corrispondenza Nella Società Quotate" Le società, 1998, s. 636 vd (MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 171 dpn. 30'dan naklen).

⁵²¹ MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 170.

olduğu kadar, mektupla oy kullanma suretiyle katılanlara da aittir⁵²².

1995 yılında ABD’de, bir nevi Sermaye Piyasası Kurulu olarak ifade edebileceğimiz Securities and Exchange Commission denilen resmi kurum tarafından, şirket ile pay sahipleri arasında elektronik rabitanın kurulması resmi olarak onaylanmıştır⁵²³. Bunun sonucunda hem bir nevi mektupla oy verme, hem de birazdan ele alınacak olan proxy, kağıda lüzum kalmaksızın elektronik yöntemle kullanılmaya başlamıştır. Böylece, bugün için ABD uygulamasında genel kurul toplantısına çağrı ve oylama audiotape (ses kuşağı) videotape (TV görüntülü mıknaşlı şerit), CD-ROM, elektronik posta, İnternet web sayfaları ve bilgisayar şebeke ağları (yerel şebeke ağları ve ticari on-line servisleri) vasıtasıyla hukuken mümkündür. Yalnız İnternet üzerinden oy kullanma daha yeni yeni anonim şirketler hukukuna dahil olmakta ve bu yüzden de ancak bazı birkaç anonim şirketler tarafından uygulandığı müşahede edilmektedir⁵²⁴.

Böylece sonuç olarak ABD hukukunda oy kullanma yöntemi bakımından çok geniş bir serbestinin olduğunu ve bu serbestinin özellikle elektronik telekomünikasyon alanında gelişmeğe meyilli olduğunu⁵²⁵ ve yakın gelecekte bir nevi

⁵²² KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 360 ve 364.

⁵²³ bkz. Securities and Exchange Commission, *Use of Electronic Media for Delivery Purposes*, Securities Act Release 33-7233, Exchange Act Release 34-36345, Release No. IC-21399, 1995 WL 588462 (6 October 1995), pp.1-2.

⁵²⁴ KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 362-363. Classen’den naklen olarak, *Kayıhan* (Ş. KAYIHAN, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet, C. XXII, S. 1, s. 91), ABD hukuku bakımından anonim şirket genel kurullarında oyların artık %25’nin e-mail yolu ile kullanıldığını bildirmektedir.

⁵²⁵ ABD uygulamasında oy kullanılması alanında elektronik telekomünikasyondan istifade usulü ile ilgili olarak bkz. www.domini.com/shareholder-advocacy/Proxy-Voting/index.htm; www.sec.gov/rules/submitcomments.htm.

mektupla oy kullanma olan elektronik posta yola ile (E-mail ile) oy kullanmanın da, bugünkü koşullar içerisinde yaygınlaşacağını rahatlıkla söylemek kehanet olmaz.

bb. Azerbaycan Hukukunda

Mart 2004'de yapılan yasal değişikliği ile Azerbaycan hukuku bakımından da mektupla oy verme imkânı kabul edilmiştir. Az.MK. m. 107-3.2 madde hükmü gereğince, “şirketin ana mukavelesinde öngörüldüğü taktirde pay sahibi, genel kurul gündeminde yer alan meseleler hakkında imzası mevzuatça belirtilen usul çerçevesinde (noterde ve sair) tasdik edilmiş yazılı belge vasıtasıyla reyini, dakik ve şartsız olarak (lehine, aleyhine, bitaraf) bildirmekle oylamada gıyabi şekilde iştirak edebilir”. “Gıyabi oylamanın yapılması ile ilgili usul, şirket ana mukavelesince düzenlenir” (Az.MK. m. 107-3.3).

İlgili kanun hükümleri gözden geçirildiğinde ilkin olarak şu hususları hemen tespit etmek mümkün: bir kere, mektupla oy verme ancak anonim şirket ana mukavelesinde öngörülmüşse söz konusu olabilir. İkincisi, kanunda mektupla oy verme açısından kapalı ve açık tipli anonim şirketler arasında herhangi bir fark öngörülmemiştir. Üçüncüsü, mektupla oy verme dakik ve şartsız olmalıdır.

Bu hususlar tespit edildikten sonra cevaplandırılması gereken bir takım sorularla doğal olarak karşılaşılmaktadır. Bu soruların bazılarını şöyle sıralamak mümkün: i) pay sahipleri veya yetkili temsilcileri fiziki olarak genel kurulda toplanmadan, sadece mektupla kullanılan oylar aracılığıyla şirket genel kurulu bakımından toplantı ve karar yetersayısı sağlanılabilir mi?; ii) mektupla oy verme dakik ve şartız olmadıkta bunun hukuki sonucu ne olacak?; iii) mektupla oy kullanma en geç ne zamana kadar mümkündür?; iv) “imzası mevzuatça belirtilen usul çerçevesinde (noterde ve sair) tasdik edilmiş yazılı belge” derken bundan ne kast edilmektedir?

Sorulara sırası ile açıklık kazandırmaya çalışalım. Sadece mektupla kullanılan oylar aracılığıyla şirket genel kurulu bakımından toplantı ve karar yetersayısının sağlanıp sağlanamayacağı ile ilgili yasal hükümleri gözden geçirdiğimizde olumlu cevap verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Gerçekten, “genel kurulda toplantı yetersayısı” başlıklı Az.MK’ m. 107-2 hükmüne göre, oy hakkı sağlayan payların % 60’na sahip olan pay sahipleri genel kurulda **iştirak ettikte** toplantı yetersayısı sağlanmış olur. Anonim şirket genel kuruluna **iştirak** denildiğinde ne anlaşılması gerektiği hususuna da Az.MK. m. 107-3 açıklık getirilmiştir. Az.MK’nın “ortağın genel kurula **iştirak usulü**” başlıklı. m. 107-3 hükmünde, pay sahiplerinin bizzat kendileri veya yetkili temsilcileri vasıtasıyla genel kurula **iştirak** edebileceğini öngören haller ile birlikte, mektupla oy verme sistemini de düzenlenmiş bulunmaktadır. Yani kanunda genel kurulun oy hakkı sağlayan payların % 60 sahip olan ortakların **iştiraki** ile toplanabileceği öngörülmüş, sonra ise, söz konusu **iştirakin** pay sahiplerinin bizzat kendileri veya yetkili temsilcileri ya da ki mektupla oy kullanma suretiyle gerçekleştirilebileceği yasal olarak belirtilmiş bulunmaktadır.

Böylece, sonuç olarak Azerbaycan hukukunda, şirket ana mukavelesinde öngörülmesi kaydıyla, pay sahipleri (veya onların yetkili temsilcileri) bizzat fiziki olarak genel kurulda toplanmadan da, sadece gündemde bulunan konular hakkında reylerini usulünce yazılı bir şekilde şirkete ulaştırmaları ve ulaşılan oyların oranı öngörülen yetersayıları sağladığı takdirde, bir şirket organı olarak genel kurul kendi işlevini görmüş (organ olarak toplanmış ve gereken kararı almış) sayılacaktır.

Oy hakkı sahipleri genel kurul gündemindeki meselelerle ilgili reyini dakik ve şartız olarak bildirmediği takdirde, bunun ne gibi bir hukuki sonuca neden olacağı hususunda mevzuatta henüz açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre de, yürürlükte mevcut olan genel hükümlerden hareketle bir

değerlendirme yapmak gerekmektedir. Daha önce de genel kurulda oy kullanmanın esasen (bünyesinin elverdiği ölçüde) hukuki işlemlerin muteberlik şartlarına tabi tutulduğunu ifade etmiştik⁵²⁶. Buna göre de mektupla oy vermenin muteberliği ile ilgili olan bu husus incelenirken de, genel olarak hukuki işlemler hakkındaki hükümler de müessesenin bünyesinin elverdiği ölçüde nazari dikkate alınmalıdır.

Az.MK. m. 107-3.2’de gıyabi şekilde iştiraki sağlayan yazılı reyın “dakik ve şartsız” olması emredici bir hükme bağlanmıştır. Bu durumda “dakik ve şartsız” olma, gıyabi şekilde iştiraki sağlayan mektupla oy vermenin kullanılma usulü ile ilgili uyulması zorunlu kılınan kanuni bir şarttır. Hukuki işlemlerin genel muteberlik şartları ile ilgili olan Az.MK. m. 348 uyarınca hukuku muamele, kanunda veya mukavelede öngörülmüş mecburi şekil şartına aykırı ise, geçersizdir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, mektupla oy verme bakımından zorunlu kılınan “dakik ve şartsız” olma kuralına aykırı olan oy kullanımı da geçersiz addedilmelidir. Gerçekten, Az.MK. m. 107-3.2’de öngörülen mektupla oy vermenin “dakik ve şartsız” olması gereğine yönelik kanun hükmü emredici mahiyette olduğundan, böyle bir kurala aykırı iş ve işlemin geçersiz sayılması, bir kuralın emredici nitelikte olmasının doğası gereğidir.

Dolayısıyla da, sonuç olarak, mektupla oy verme açısından zorunlu kılınan “dakik ve şartsız” olma koşuluna aykırı olan oy kullanımı, geçersiz addedilmeli ve genel kurul gündemindeki kararın alınması bakımından oylamanın hesaplanmasında “kullanılmamış” oylar olarak kabul edilmelidir. ‘Yalnız bu tür oylar, toplantı yetersayısı bakımından nazari dikkate alınmalıdır. Zira, pay sahipleri genel kurul gündemindeki bazı meseleler hakkında yazılı reylerini “dakik ve şartsız” olarak bildirmemiş olmalarına rağmen, diğer

⁵²⁶ Bkz. I. Bölüm, § 4, I, B başlığı altında yapılan açıklamalar.

konular hakkındaki reylerini kanuni koşulu yerine getirerek kullanmış olabilirler.

Bundan başka, genel kurul toplantısına bilfiil katılmış olan pay sahipleri, genel kurulda oy kullanmadıkları takdirde, bunun toplantı yetersayısına bir etkisi olmadığı gibi⁵²⁷, mektupla oy hakkının kullanılması halinde de yazılı reylerini “dakik ve şartsız” olma gereğine uymadan kullanan pay sahipleri de genel kurul toplantısına katılmış, ama oy haklarını kullanmamış sayılmalıdırlar. Yani, bu şekilde usulüne uygun olarak kullanılmamış olan yazılı oylar, genel kurulda yapılan oylama nisabında hiçbir şekilde (olumlu, olumsuz ve bitaraf olarak) dikkate alınmaz ama, kanaatimizce genel kurul toplantı yetersayısı bakımından dikkate alınmalıdır. Zira nasıl ki, şirket yönetim kurulunca hazırlanan hazırun cetvelini imzalayan bir pay sahibi, cetvelde gösterilen miktarda payla toplantıya (ve böylece toplantı yetersayısına) katılmış olduğu kabul edilir ve onun oylamaya katılmaması ve hatta sonradan toplantı salonunu terk etmesi, toplantı yetersayısının oluşumunu etkilemez⁵²⁸, aynı şekilde mektupla gıyabı şekilde oy kullanan pay sahibi de yazılı reyini şirkete göndermekle genel kurula (sahip olduğu pay adedi oranında) katılmış sayılacak, fakat gündemindeki meselelerin bir kısmı veya tamamı hakkındaki reyini müphem ve şartlı olarak bildirecek olursa (oyları geçersiz olduğundan) oylamaya katılmamış sayılacaktır.

Mektupla oy kullanmanın en geç ne zamana kadar mümkün olabileceği sorusu da kanaatimizce, burada açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur. Yukarıda Azerbaycan hukuku bakımından yer verilen ilgili hükümlerden de

⁵²⁷ Genel kurulun müzakerelere geçip karar alabilmesi için esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunması gerekmektedir ki, buna toplantı yetersayısı denilmektedir, bkz. **MOROĞLU** Hükümsüzlük, s. 94.

⁵²⁸ **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 131.

anlaşılacağı üzere, kanunda mektupla oy kullanmaya ilişkin usulî işlemlerin düzenlenmesi, şirket ana mukavelesine havale edilmiştir. Yalnız bu hususta şirket ana mukavelesine tam ve mutlak serbestinin verildiği iddia edilemez. Zira bir kere, şirket ana mukavelesi de diğer bütün mukaveleler bakımından söz konusu olan genel muteberlik şartlarına tabidir. Kaldı ki, bu hususla ilgili ana mukavele hükümleri müessesenin bünyesine ve öngörülme amacına aykırı olmamalıdır. Bu bakımından üzerinde durmaya çalıştığımız bu soruya cevap ararken tespit edilen bu hususların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Daha önce pay defterinin genel kurul toplantısı öncesinde kapatılması hususu incelenirken⁵²⁹ izah edildiği üzere, bu (yani ortaklık pay defterinin genel kurul toplantısı öncesinde kapatılması), şirket tarafından genel kurul toplantısına ancak yetkili kişilerin iştirak edebilmelerini ve oy hakkını kullanmalarının sağlanması ve kontrol edilebilmesi gibi fiili bir zorunluluktan ileri gelmektedir. İşte benzer bir fiili zorunluluk, mektupla oy kullanma bakımından da söz konusudur. Gerçekten, mesela toplantı sırasında ulaşılmış olan mektuplarda yer alan yazılı reyler dikkate alınacak olursa, genel kurulun sağlıklı bir şekilde işlevini görmesi - kimlerin pay sahibi ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi olup olmadığının tespiti ve giderek toplantı yetersayısının sağlanması ve gündemdeki konular hakkında ne gibi kararın (olumlu veya olumsuz) alındığının tespitinde karşılaşılabilecek olan ciddi sorunlar nedeniyle - oldukça zorlaşacak ve hatta imkânsızlaşacaktır. Durumu bir örnek ile açıklamaya çalışalım: X şirketine ait bin adet pay sahibi olan A, şirket genel kurul toplantısında görüşülecek olan meseleler hakkında, bu paylardan kaynaklanan oylarını mektupla göndermiş (diyelim 3.3.2003 tarihinde) ve söz konusu mektubun toplantı tarihinden

⁵²⁹ Bkz. II Bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

3 gün önce (diyelim 8.03.2003'te) şirkete ulaşmış olduğunu farz edelim. 'A, 5.03.2003 tarihinde bu paylardan üç yüzünü (300) B'ye, üç yüzünü (300) C'ye ve dört yüzünü de D'ye satıp devretmiştir. B, C ve D, sahip oldukları bu paylardan kaynaklanan oy haklarını mektupla kullanmışlar ve ilk ikisine (B ve C'ye) ait mektuplar toplantı günü (11.03.2003) sabahleyin, D'ye ait mektup ise, aynı gün öğleden sonra şirkete ulaşmıştır. A ve C, genel kurul gündemindeki bütün meseleler hakkında olumlu, B ve D ise, olumsuz oy kullanmış olduğunu varsayalım. Görüldüğü üzere, bu durumda söz konusu paylardan kaynaklanan toplam oy miktarı bin (1000) adet olmasına rağmen, ortada bu paylarla ilgili iki bin (2000) oy kullanılmış olacak ki, bunlardan bin üç yüzü (1300) olumlu, yedi yüzü (700) ise, olumsuz oy şeklindedir. Genel kurul toplantısında B, C ve D'nin iştirak edebileceğini ve devir konusu paylardan kaynaklanan oy haklarını kullanabilme hakkını haiz olacaklarını ve fakat A'nın artık genel kurul toplantısına iştirak hakkının ve dolayısıyla da oy hakkını haiz olmadığına şirketçe belirlenmesi ve en esas toplantı yetersayısının ve gündemindeki konular hakkında nasıl ve hangi oy oranında bir karar alındığının zamanında tespit edilebilmesi pek mümkün değildir.

Üstelik, mektupla oy kullanma olanağının tanınmış olması, arzu eden pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılmasına engel olmadığını, mektupla oy kullanmanın sırf ek bir imkân tanımak amacıyla öngörülmüş olduğunu düşünecek olursak, bu durumda genel kurul gündemindeki bir mesele hakkında karar verildikten ve diğer meseleler hakkında görüşmelere başlandıktan ve hatta onlardan da bir kısmı hakkında karar alındıktan sonra, mektupla ulaşılan yeni oyların dikkate alınması durumunda nasıl bir karışıklığın söz konusu olacağını tasavvur etmek zor olmasa gerek.

Bütün bunlardan dolayıdır ki, mektupla yazılı belge şeklinde oy kullanmanın kabul edildiği hukuk sistemlerinde,

mektupla gönderilmiş olan oyların değerlendirilmeye alınabilmesi için, onun genel kurul toplantı tarihinden belirli bir süre önce ulaştırılmış olması gereği açıkça hukuki düzenlemelerle zorunlu bir şart olarak aranmaktadır⁵³⁰. Bu sürenin ne kadar olacağı, doğal olarak kanun koyucunun taktirine bağlı olarak değişiklik arz edebilir, yalnız bu süre, müessesenin öngörülme amacına ve işlevine uymayacak kadar uzun veya kısa olmamalıdır⁵³¹.

Ayrıca, henüz ortaklık pay defterine kaydedilmemiş olan yeni pay sahipleri, mektupla oy kullanacak olursa, söz konusu mektup, pay defterine kayıt süresinden daha geç bir tarihte ulaşmamalıdır. Zira, pay defteri genel kurul toplantı sonrasında dek kapandıktan sonra, adını ortaklık pay defterine kaydettirmemiş yeni pay sahiplerinin şirkete karşı oy hakkı söz konusu olamayacağından, onların mektupla oy kullanabilmesi de doğal olarak, mümkün olmayacak.

Dolayısıyla da sonuç olarak, Azerbaycan hukukunda bütün hususlara ilişkin usuli düzenlemelerin şirket ana mukavelesine havale edilmiş olması, söz konusu meseleler hakkında şirketin tam bir irade serbestisi olduğu anlamına gelmez. Bu bakımdan da, bir kere mektupla kullanılan oylar genel kurul toplantısından makul bir süre önce ulaşmış olması şartı öngörülmelidir. Makul bir süre ile kast edilen, söz konusu

⁵³⁰ Örnek olarak bkz. Belçika CA § 4 (WYMEERSCH, s. 39); Fransız hukukunda D. m. 131 (şirketler hukuku ile ilgili 23 Mart 1967 tarihli kanun kast edilmektedir, bkz. GUYON, s. 104); İtalyan hukukunda TU m. 127 (TU, 1998 yılında yapılan reform mahiyetindeki Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria - Finans Hizmetleri Hakkında Birleşmiş Kurallar Metni – adlı kanunun kısaltılmış ifadesidir (bkz. MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 155-156, 171).

⁵³¹ Örneğin, Fransız (bkz. ÖÇAL, Mektupla Oy Kullanma, s. 381; ÇEKER, , s. 180) ve İtalyan (bkz. MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 170) hukuklarında oy mektupları, en geç genel kurul toplantı tarihinden üç gün önce ulaşmış olmalıdır.

sürenin, pay sahiplerinin oy haklarının özünü zedeleyecek şekilde uzun olmaması ve genel kurulun sağlıklı şekilde işlemlerini engelleyecek kadar da kısa bir süre olmaması gereğidir. Zira, aksine düzenleme (sürenin çok fazla olması halinde), pay sahiplerine mutlak olarak oy hakkı tanıyan ve pay senetlerinin serbestçe devrini emredici bir şekilde düzenleyen kanun hükümlerinin ruhuna aykırı olacağı, pay senetlerinin tedavülüne ciddi bir engel olması hasebiyle, menfaatler dengesi ve pratik ihtiyaçlar ile bağdaşmayacağı gibi, sürenin çok kısa olması da yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, genel kurulun işlevini görmesine engel olur. Buna göre de, ister kuruluş aşamasında, isterse de sonradan yapılan sözleşme değişikliklerinde söz konusu süreler makul değilse, tescil talebi ret edilmelidir. Her nasılsa tescil edilmiş olursa, ilgililer mahkemeye müracaat ederek makul bir sürenin tayin edilmesini mahkeme aracılığıyla temin edebilirler.

Nihayet, kanunda mektupla kullanılacak oyların yazıldıkları senet açısından “imzası mevzuatça belirtilen usul çerçevesinde (noterde ve sair) tasdik edilmiş yazılı belge” ibaresine yer verilmiştir. Ne var ki, kanunun bu hükmü gerçekten açık değildir. Zira dikkat edilirse, bu tür senetler bakımından imza yeterli görülmemiş, onun ayrıca tasdik edilmesi aranmış ve bunun ne şekilde ve kim tarafından tasdik edileceği hususunu mevzuata atıf yapmakla yetinilmiştir. Oysa ki, mevzuatta genel olarak belgelerin “tasdik” edilmesine ilişkin herhangi özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda benzer meseleler hakkında olan hükümleri gözden geçirmek gerekecektir, zira daha önceleri de çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, Az.MK. m. 11.1 gereğince kıyasen uygulama, Azerbaycan hukukunda zorunludur.

Az.MK. m. 334’te yazılı şekilde yapılmış hukuku muameleler, “noter aracılığıyla veya noter görev ve yetkisini haiz olan yetkili şahısların ilgili kaydı düşmesi suretiyle tasdiklenirler” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Az.MK.

362.2 madde hükmünde noterde tasdiklenmesi gereken işlemler ile ilgili temsil yetkisi (kanunda bu vekaletname olarak ifade edilmiş) de ancak noter aracılığıyla verilebilir denildikten hemen sonra (Az.MK. m. 362.3), temsil salahiyetinin tasdiklenmesi açısından notere denk sayılan yetkili şahıslar gösterilmiştir ki, bunların kapsamı, kanunun metnin bütün bir sayfasını alacak kadar geniş tutulmuştur Azerbaycan Medeni Usul Kanununda da, davalarda temsil olunmak üzere verilen temsil yetkisinin tasdiklenmesi bakımından notere denk tutulan şahıslar Az.MK. m. 362.3 hükmünde gösterilenler ile aynıyet arz etmektedir. . Gene Az.MK. m. 1181'de vasiyetnamenin tasdiklenmesi bakımından notere denk sayılan şahıslar gösterilmiştir ki, bunların da kapsamı geniş tutulmakla birlikte, hem temsil salahiyetinin tasdiklenmesi bakımından belirtilen şahısların kapsamından nispeten azdır, hem de söz konusu kişilerin noter işlevini görebilmeleri, notere gitme imkânın (o yerde noterin bulunmaması veya hapiste ya da hastanede olması hasebiyle notere gidememesi gibi çeşitli nedenler yüzünden) olmaması şartına bağlı kılınmıştır.

Şimdi hal böyleyken, örneğin bir gerçek kişi tarafından mektupla oy kullanılacak olursa, bu şahsın notere değil de, diyelim ki, Az.MK'nın 362.3 madde hükmünde gösterilen şahıslardan birine tasdik işlemini yaptırabilip yaptıramayacağı tereddüt doğurmaktadır. Çünkü ortada temsille ilgili her hangi bir işlem bulunmamaktadır. Buna göre de, kanaatimizce, mektupla oy verme bakımından tasdik işlemi, Az.MK. m. 1181'de öngörülen haller hariç, ancak noter vasıtasıyla mümkündür.

Kanaatimizce, mektupla oy kullanan kimse bakımından imzanın tasdiklenmesi gibi ek bir şartın aranmış olması, onsuzda - biraz yukarıda bazı yabancı ülke hukukları gözden geçirilirken görüldüğü üzere - ağır işleyişe sahip olan bu sistemin işlemlerini daha da ağırlaştırmaktadır ve buna göre de esasen aile tipili anonim şirketlerin söz konusu olduğu

Azerbaycan'da, mektupla oy kullanma sisteminin uygulama tarafından benimsenilmesi, oldukça uzak bir ihtimal olmadan öteye geçmemektedir.

Burada mektupla oy kullanma ile ilgili son olarak şunu da ifade edelim ki, mektupla oy vermede pay sahiplerinin ne kadar oy hakkını haiz oldukları mutlaka belirtilmelidir ki, pay sahibinin ne kadar oy kullanmış olduğu belli olsun. Zira, Azerbaycan hukukunda bir pay (asgari nominal değer hacminde) bir oy ilkesi geçerlidir (Az.MK. m. 107-3.5) ve kaldı ki, kimse haiz olduğu oy haklarının hepsini kullanmak zorunda değildir. Buna göre de, kanaatimizce, işin niteliği gereği şirket ana mukavelesi ile mektupla oy vermeye ilişkin usul düzenlenirken, bu hususa da özel olarak önem verilmeli ve örneğin oy pusulasında oy miktarının gösterilmesi zorunlu kılınmalıdır.

cc. Değerlendirme

Daha önce çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, genel kurula katılımın yüksek olması anonim şirketlerin daha başarılı ve verimli yönetilmesine ve sonuçta ticaret faaliyet alanında gelişmesine ve büyümesine olumlu etki yapmaktadır. İşte mektupla oy verme sisteminin varlık kazanmasında başlıca etken budur. Zira, mektupla oy verme sisteminin temelinde yatan başlıca amaç, ortaklarca genel kurula katılımın mümkün mertebe yüksek oranda olmasının sağlanmasıdır⁵³². Ancak ne var ki, bugüne dek mektupla oy verme sistemi ondan beklenen sonucu sağlamamıştır. Şöyle ki, mektupla oy verme sistemi gittikçe daha çok kanun koyucu tarafından kanuni düzenlemeler yolu yasal bir usul haline getirilmesine rağmen, bu sistem uygulama tarafından fazla rağbet görmediğinden pek uygulanmamaktadır. Uygulama tarafından rağbet gösterilememe nedenlerini kanaatimizce aşağıdaki gibi özetlemek mümkün:

⁵³² Genel olarak bu yönde bkz. DAVIS, s. 387; ÇEKER, s. 178.

1- esasen büyük miktarda pay sahipleri genel kurul toplantısına fazla ilgi gösterir ve onlar açısından genel kurulda adeti üzere yeterli çoğunluk sağlanmış olur. Bu yüzden bu tür pay sahipleri mektupla oy kullanma gibi mürekkep bir prosedürle genel kurulda gerekli toplantı ve karar yetersayısını sağlamaya yönelik bir ihtiyaç duymamaktadırlar. Bilakis, mektupla oy verme sisteminin tam işlerlik kazanması halinde, küçük pay sahiplerinin geniş bir şekilde katılımı, belki de onların (yani ayrı ayrılıkta münferit olarak götürüldüğünde diğer pay sahiplerinin her birinden çok daha fazla oranda hisse sahibi olanların) şirket üzerindeki sahip oldukları etkinliklerini kaybetmelerine neden olabileceğine yönelik bir risk taşımalarına neden olabilir. Bu yüzden de anonim şirketler (ki, bunların iradeleri esasen çoğunluk pay sahiplerinin iradeleri istikametinde şekillenmektedir) mektupla oy vermenin yaygınlaşmasında çok da istekli olmamaktadırlar.

2- Mektupla oy verme sistemi mürekkep olmakla birlikte, hamiline yazılı pay senetleri sahipleri açısından da hantal bir sistemdir. Şöyle ki, hamiline yazılı pay sahipleri, özellikle de yurt dışındaki hamiline yazılı pay sahipleri, zamanında bu tür paylara sahip olduklarını etkili bir şekilde ispat edebilmeleri zordur. Zira, mektupla oy kullanacak olan pay sahiplerinin ve aynı zamanda (eğer paylar depo kurumuna tevdi edilmişse) hem de depo kurumları imzalarının uygunluğu, genel kurul toplantısından önce, kısa bir süre zarfında tasdikletirilmesi gerektiği halde, bu hususların sağlıklı bir şekilde araştırılması işi uzunca zaman almaktadır. Bu da mektupla oy verme sisteminin,

özellikle de hamiline yazılı hisse senetler bakımından hantal bir sistem olmasına neder olmaktadır. Bunlara bir de depozite sisteminin⁵³³ dünyanın her tarafında aynı usul ve esasları çerçevesinde işlev görmediği ilave edilecek olursak, mektupla oy verme sisteminin işleyişindeki engellerin zorluğu hakkında tasavvur edinmek daha kolay olur.

3- Mektupla oy verme sistemi, suiistimal veya yasayı dolanmaya müsait bir zemin sağlamaya elverişlilik açısından da problemlere neden olabilmektedir. Gerçekten, genel kurul - ki bir toplantı yazıhanesi değildir - mektupla kullanılan oyları şekil ve içerik bakımından geçerli olup olmadığı hakkında da karar almaktadır ki, bu kararın (ister mektupla gönderilen oyların kabulüne, isterse de reddine yönelik olsun) geçerli olup olmaması da ayrı bir soruna neden olmaktadır⁵³⁴. Zira reddedilmemesi gereken oylar reddedilmiş veya tam tersine, reddedilmesi gereken oylar reddedilmemişse, bunun ne gibi karmaşıklığa neden olabileceği ortadadır. Ayrıca, mektupla yapılan oyların geçerliliği konusunda karar verecek olan sınırlı sayıda kişinin (ki, bunların da ekser hallerde şirketle ortaklık bağlarının ne derecede olduğu meçhuldür) bu durumda keyfi davranışlarının kontrolü de, kabul etmek gerekir ki, bir hayli zordur. Bu olasılık, genelde bütün pay sahipleri (ister büyük pay sahipleri, isterse de küçük pay sahipleri) açısından sıkıntıya neden olabilecek bir sorundur.

⁵³³ Sözü edilen sistemin ortaya çıkma nedenleri ve işlevleri hakkında bkz. **TEKİNALP**, 'Evraksız Kıymetli Evrak, s. 7 vd.

⁵³⁴ **WYMEERSCH**, s. 39.

4- Mektupla oy verme sistemi, bütün bu olumsuzluklarının ve şekilciliğinin yanı sıra, genel kurul gündemindeki konular hakkında karar alınmadan önce, bu konular hakkında müzakere ve tartışma ortamının oluşmasına engel olmakla (zira pay sahiplerinin mektupla oy kullanmada yapabilecekleri tek şey, “evet” veya “hayır” demektir), pay sahiplerinin daha bilinçli bir şekilde oy kullanmalarını da engellemektedir. Gerçi doktrinde, pay sahiplerinin daha bilinçli bir şekilde oy kullanmalarını sağlayabilecek tedbirlerin alınacağı taktirde bu eksikliğin giderilebileceği ifade edilirse de⁵³⁵, bu husustaki alınacak olan tedbirler, onsuзда mektupla oy vermenin diğer bir olumsuz yönünü teşkil eden maliyetli olma özelliğinin daha da artırmasına neden olacak⁵³⁶.

Bütün bunlardan dolayı olsa gerek ki, yapılan gözlemler sonucunda uygulamada mektupla oy verme sistemini benimseyen şirket sayısı gittikçe azalmaktadır⁵³⁷. Yalnız günlük hayatta İnternet’in daha fazla yer almasına paralel olarak, muhtemelen, yakın gelecekte mektupla oy verme sisteminden güdülen amaç, İnternet’in sağlayacağı olanaklar ile gerçekleştirilmiş olacak⁵³⁸.

⁵³⁵ **TEKİNALP**, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979, s. 78 vd; **ÇEKER**, s. 179.

⁵³⁶ Bu sistemin maliyetli bir sistem olması yönünde bkz. **MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ**, s. 170.

⁵³⁷ Bu hususta bkz. **WYMEERSCH**, s. 39; **GUYON**, s. 104; **MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ**, s. 170.

⁵³⁸ Genel kurula İnternet üzerinden katılma ve oy kullanmanın oldukça yaygınlaşacağı hususunda daha geniş bilgi için bkz. **KAYIHAN**, s. 84-85.

b. Proxy Sistemi

aa. Anlamı ve Özellikleri

Proxy sistemi, adından belli olacağı üzere⁵³⁹ haddizatında vekalet ilişkisine dayalı bir oy kullanma yöntemidir. Böyle çok genel anlamda (yani temsile dayalı) oy kullanma yöntemi, dünyanın belli başlı hukuk düzenlerinin hemen hepsinde kabul edilmekte ve uygulanmaktadır⁵⁴⁰. Ne var ki, anonim şirketler hukuku alanında temsilci aracılığıyla kullanılan oy yöntemleri ülkeden ülkeye az veya çok farklılıklar arz etmektedir.

Bizim burada bu başlık altında ele alıp açıklamaya çalışacağımız konu, bilinen normal temsil kurumundan önemli bazı farklılıkları bulunan ve bu açıdan da teknik olarak özel bir anlam taşıyan “proxy” sistemidir. Bu anlamdaki proxy sisteminin ana vatanı ABD’dir. Bununla birlikte, bugün için İngiliz⁵⁴¹, İrlanda⁵⁴² ve Portekiz⁵⁴³ hukuklarında da bu sistem (uygulamadaki teamüllerin farklılık arz edebilmesine rağmen) aşağı yukarı aynı yasal kurallar çerçevesinde benimsenmiş bulunmaktadır. Bu bakımından da aşağıda yer verilecek olan

⁵³⁹ “Proxy” İngilizce kelime olup, vekalet ve vekaletname anlamlarına gelmektedir.

⁵⁴⁰ İngiliz (CHARLESWORTH/MORSE, s. 226-227); Alman (BAUMS, s. 125 vd); Fransız (GUYON, s. 105 vd); İtalyan (MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 171 vd); ve Japon (www.japonlaw.co.jp/corp/attch4.htm; www.teijin.co.jp/english/investors/page/020530Reference/020530ReferenceMaterial.pdf.) hukuklarını bu bakımdan örnek olarak göstermek mümkündür.

⁵⁴¹ İngiliz hukuku bakımından konu ile ilgili açıklamalar için bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 226-227.

⁵⁴² İrlanda hukuku bakımından konu ile ilgili açıklamalar için bkz. D. MURPHY, “Shareholder Voting Rights and Practices in İrland”, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 152-153).

⁵⁴³ Portekiz hukuku bakımından konu ile ilgili açıklamalar için bkz. ANTUNES, s. 253 ve orada dpn. 141.

açıklamalar, esasen ABD hukuku gözönünde bulundurularak yapılacaktır.

Proxy sisteminin işleyişini genel olarak şöyle özetlemek mümkün: pay sahipleri, genel kurul gündemindeki konular hakkında kullanacakları oyların hangi yönde olacağını yazılı olarak gösteren bir belgeyi (ki, buna “proxy papier” denilir) kendilerinin tayin ettikleri bir vekile vermekte, onlar da (yani bu şekilde vekalet alan kişiler de) topladıkları bu tür temsil belgeleri ile pay sahipleri adına genel kurula katılmakta ve almış oldukları temsil belgelerini genel kurul divanına tevdi etmekle oy hakkının kullanılmasını sağlamaktadırlar⁵⁴⁴. Yalnız şunu hemen ifade edelim ki, pay sahipleri proxy verirken, illa da her zaman genel kurulda görüşülecek ve karara bağlanacak bütün meseleler hakkında oyunu temsil belgesinde belirtmek zorundadır diye bir kural ve uygulama söz konusu değildir⁵⁴⁵. Yani temsil belgesinde pay sahibi, genel kurul gündemindeki bir kısım meseleler hakkında reyini (“ret” veya “kabul” gibi) açıkça belirterek proxy alana (proxyholder) bu konularda taktir salahiyeti vermeyeceği gibi⁵⁴⁶, diğer bir kısmı hakkında ise, herhangi bir yazılı reyde bulunmayarak proxy alana bu konularda oy kullanmak bakımından bir serbesti de tanıyabilir

⁵⁴⁴ bkz. L. LOSS/J. SELİGMAN, Securities Regulation, Boston, Little, Brown 1990, s. 1965; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 645; KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 361 vd; TEKİNALP, Yönetime Katılma, s. 61 vd; YASAMAN, Menkul Kıymetler, s. 243 vd; ÇEKER, s. 181 vd.

⁵⁴⁵ Bu yönde bkz. ÇEKER, , s. 185 ve orada dñn. 23'te anılanlar. Ayrıca, şunu da önemle belirtelim ki, burada oy sözleşmeleri kapsamında proxy verilmesi durumu kast' edilmemektedir. Zira oy sözleşmeleri kapsamında proxy verilemesi proxy sisteminden çok, oy sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi ilgilendirdiğinden, burada konunun açıklanması bakımından kapsam dışında kalmaktadır (oy sözleşmeleri ileride ele alınacaktır).

⁵⁴⁶ Bu tür proxy, “özel vekalet” anlamındaki “special proxy”yi ifade etmekte ise de İngiliz hukukunda “two-way proxy” (“iki başlı vekalet” diye ifade edebileceğimiz anlamdaki) adı ile ün kazanmıştır.

ve hatta her konudaki oy seçeneklerinden hiçbirini işaretlemeyerek bütün konularda proxy alanın oy kullanmaması bakımından tam bir serbesti vermesi de mümkündür⁵⁴⁷. Zaten ABD hukukunda, genelde proxy alanlara, genel kurul gündeminde görüşülecek bütün meseleler hakkında oy kullanma yetkisinin verildiği görülmektedir⁵⁴⁸. Belçika hukukunda ise, esasen bu tür durumlar kapalı tipli anonim şirketler bakımından söz konusu olmakta, buna mukabil, açık tipli anonim ortaklıklar da ise, pay sahipleri tarafından genel kurul gündemindeki meseleler hakkında oy seçenekleri işaretlenmekle, proxy alanlara fazla taktir alanı bırakılmamakta ve böylece, haddizatında kendileri oy kullanmış olmaktadır⁵⁴⁹. Yalnız genel kurul gündemindeki meseleler hakkında oy seçenekleri pay sahiplerince işaretlendiği takdirde, proxy alanların şirket yönetimini etkilemeye yönelik amaçlarını sınırlanacağı zannedilmemelidir. Zira, proxy alanların şirket yönetimini ele geçirme veya muhafaza etmek için, ya da genel kurul gündemindeki kendileri için önem arz eden meseleler hakkında istedikleri kararın alınabilmesi için gerekli olan oyların bu istikamette kullanılmasını temin etmek uğrunda pay sahiplerine bilgi vererek onların oylarına yön vermesi

⁵⁴⁷ Bu tür proxy'ye umumi vekaletname anlamında "general proxy" denilmektedir. İngiliz hukukunda borsaya kayıtlı anonim şirketlerde "general proxy" şeklinde proxy verilemez, bu tür anonim şirketlerde yalnız "two-way proxy" şeklinde proxy verilebilir (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 226).

⁵⁴⁸ KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 361.

⁵⁴⁹ WYMEERSCH, s. 44. Halbuki, ABD hukukunda bir anonim şirket tarafından proxy toplanabilmesi için onun açık tipli olması gerekmektedir. Yani kapalı tipli anonim şirketler bakımından proxy sisteminin işletilmesi söz konusu olamaz. Zira, bir anonim şirkette proxy sisteminin geçerli olabilmesi için, onun asgari ortak sayısı 500 olması lazım (bkz. YASAMAN Menkul Kıymetler, s. 244).

mücadelesi içinde olduğu, uygulamada yaygın olarak karşılaşılan bir durumdur.

Pay sahibi henüz proxy beyannamesini (proxy statement) almadan, ondan proxy istenemez. Yani proxy, en erken pay sahibinin proxy beyannamesini alması ile eş zamanlı istenebilir, daha erken istenemez ama, daha sonra istenebilir⁵⁵⁰. Bunun temelinde şu düşünce yatmaktadır: pay sahibi, hiç değilse, hangi konuda ve ne gibi şartlar içerisinde vekalet verdiğini bilmiş olmalıdır. Gerçekten de aslında bakılacak olursa, proxy sisteminin işleyişi bakımından, pay sahibinin proxy beyannamesinin içeriğinin bilmesi büyük önem arz etmektedir⁵⁵¹.

Pay sahibi, proxy'yi ancak bir olağan genel kurul toplantısı için verebileceği gibi, vermiş olduğu proxy'yi değiştire veya ilga da edebilir⁵⁵². Geri alma, proxy alanı değiştirme (yani önce vekalet verdiği kimseden vekaleti alıp bir başkasına verme) tarzında olabileceği gibi, proxy alanın temsil salahiyyetinde (örneğin, ilk proxy alana verdiği temsil belgesinde genel kurul gündemindeki bir mesele hakkında olumlu rey bildirdiği halde, sonradan aynı genel kurul bakımından verdiği temsil belgesinde - bu ilk temsil belgesi alana verilebileceği gibi, genellikle yapıldığı üzere, bir başkasına verilmekle - aynı mesele hakkında olumsuz rey bildirerek) değişiklik tarzında da vuku bulabilir. Buna göre de, bir pay sahibi tarafından şirkete birden çok proxy belgesi ulaşıp olursa, son tarihli proxy belgesi esas alınacaktır⁵⁵³.

⁵⁵⁰ www.state.ct.us/ott/proxyvoting/globalvotingpolicieessummary.PDF; KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 361;

⁵⁵¹ Proxy beyannamesinde hangi hususların yer alması gerektiği hakkında bkz. KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 361 ve orada dñn. 36.

⁵⁵² bkz. LOSS/SELİGMAN, s. 1964-65; KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 361.

⁵⁵³ Bu hususta geniş açıklama için bkz. LOSS/SELİGMAN, s. 1964 vd.

Kural olarak, muhalefet oylarını içermeyen proxy masraflarını anonim şirket öder. Buna mukabil, örneğin Delaware hukukunda, itiraz oylarını içeren proxy masrafları ancak itiraz başarı ile sonuçlanmışsa şirket tarafından karşılanmaktadır⁵⁵⁴.

Burada son olarak, proxy'nin hukuki niteliğine de değinmekte fayda mülahaza ediyoruz.

Bilindiği üzere temsil, bir kimsenin bir başkası adına hareket (ki, bu esasen hukuki muameleler şeklinde olur) etmel suretiyle meydana getirdiği hukuki sonuçların ona (temsil olunan) ait olmasını sağlama yetkisini ifade eder. Böyle bir yetki, temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile tesisi edilmişse, buna rızâ temsil yetkisi denilir⁵⁵⁵. Şayet, bir kimsenin kendi iradesini açıklamaksızın, bir başkasına ait irade beyanını ulaştırmakla yetinilmesi durumu söz konusu ise demek ki, temsilcilik değil, habercilik durumu söz konusudur. Böylece, bir işin (esasen hukuki işlemlerin) yapılması için taraflardan birine ait irade beyanını, karşı tarafa ulaştırarak kimseye haberci denir⁵⁵⁶.

Şimdi bunları gözönünde bulundurduğumuzda, proxy'nin hukuki niteliği hakkında önceden genelleme yaparak kesin bir şekilde fikir söylemek kanaatimizce doğru olmasa gerek. Çünkü, bilindiği üzere, pay sahibi, proxy verirken bütün gündem maddeleri ile ilgili oy seçeneklerini işaretleyerek verebileceği gibi, hiçbirini veya bir kısmını işaretlemeyen de verebilir. İşte, şayet birinci durum söz konusu ise, yani pay sahibi, genel kurul gündemindeki bütün meseleler hakkında oy seçeneklerini işaretleyerek oyunu kullanacak olursa, ortada proxy alan (proxyholder) bakımından habercilik durumunu

⁵⁵⁴ KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 361.

⁵⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 160.

⁵⁵⁶ TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 170.

bahis mevzu olacağı açıktır. Zira, bu durumda proxy alanın genel kurulda oylama sırasında herhangi bir irade beyanında bulunması değil, sadece pay sahibinin proxy belgesi üzerinde açıklamış olduğu irade beyanını şirket genel kurul başkanlığına ulaştırması söz konusu olacak⁵⁵⁷. Şayet pay sahibi, genel kurul gündemindeki bütün meseleler hakkında veya onların bir kısmı hakkında proxy alana oy kullanması bakımından yetki vermesi durumu söz konusu ise, o zaman ortada temsil ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Gerçi, genel kurul gündemindeki bütün meseleler hakkında değil de, sadece bir kısmı hakkında proxy alana yetki tanındığı durumda, yetki verilmeyen konular bakımından bir temsil değil, habercilik durumunun söz konusu olacağı düşünülebilirse de, proxy alan ile pay sahibi arasında ilişki bir bütün olarak ele alındığında, kanaatimizce, aralarındaki ilişkinin temsil ilişkisi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü, temsil ilişkisinin varlığı bakımından önemli olan, bir kimsenin bir başkası (temsil olunan) adına hareket etmek suretiyle meydana getirdiği hukuki sonuçların ona (temsil olunana) ait olmasını sağlama yetkisinin (böyle bir yetkinin hangi oranda olması değil) olup olmadığıdır. Ele alınan bu son ihtimalde, proxy alan bakımından da böyle bir yetki söz konusu olduğundan, onunla proxy veren pay sahibi arasında ilişkinin temsil ilişkisi olduğu sonucuna varılır.

bb. Proxy Sisteminin Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Azerbaycan Hukuku Bakımından Yerindeliği

Proxy sistemi, hisse senetleri oldukça fazla kişiler arasında yayılmış anonim şirketlerdeki güç boşluğunu giderme ve böylece pay sahiplerinin genel kurula iştirakini, kendine has bir şekilde gerçekleştirmekle onların şirket yönetimine katılımını sağlamak açısından faydalı bir sistemdir. Özellikle pay sahibinin genel kurul gündemindeki konular hakkında temsil belgesindeki oy seçeneklerini işaretlediği taktirde, proxy

⁵⁵⁷ Aynı yönde bkz. ÇEKER, , s. 185.

alan, pay sahibinin iradesini (aslında oylarını) olduğu gibi genel kurula ulaştırma durumunda kalmaktadır ki, bu da proxy sisteminin, pay sahibini genel kurula katılımını sağlamadaki cazip yönünü ve özelliğini teşkil etmektedir⁵⁵⁸. Çünkü, hem bu şekilde tek başına şirket genel kurulunda hiçbir etki olmayacağını ve belki de bu yüzden genel kurula katılmayacak olan pay sahiplerinin şirket genel kuruluna iştirak sağlanılmakta ve hem de, belki de en önemlisi, küçük pay sahiplerinin oylarının proxy sayesinde belirli bir istikamete yönlendirilmesi suretiyle onlara (küçük pay sahiplerinin oylarına etkinlik kazandırılmaktadır. Zira, küçük pay sahipleri bizzat genel kurulda iştirak edecek olurlarsa, onlar kendi aralarında örgütlenerek oylarını belirli bir istikamete bu şekilde yönlendirmek suretiyle etkinlik kazandırmaları oldukça güç bir olasılık olmadan öteye geçmez⁵⁵⁹.

Proxy sisteminin zararlı yönlerine gelince, proxy toplamak için şirketi olumsuz etkileme pahasına da olsa, çeşitli tavizlerin verilmesi, proxy'nin etkisi ile genel kurul öncesi ve sonrasında hisse senetlerinin borsa değerinin hızla yükselmesi ve düşmesi (ki, bunun sonucunda piyasanın istikrarını olumsuz etkilenmesi), şirket yönetiminin aslında şirket yabancı olan kimselerin eline geçmesi veya ehil olmaya kişilerin eline geçmesi ihtimali gibi hususları göstermektedir⁵⁶⁰.

Azerbaycan hukukunda, proxy yasal düzenlemeleri kapsamı içerisine alınmamıştır. Yukarıda proxy sistemi ile ilgili yapılan açıklamalardan sonra, bu sistemin Azerbaycan hukuku bakımından olması gereken hukuk (de lege ferenda

⁵⁵⁸ ÇEKER, s. 184 ve orada dñn. 22'de anılanlar.

⁵⁵⁹ LOSS/SELİGMAN, s. 1960; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 645.

⁵⁶⁰ LOSS/SELİGMAN, s. 1961; TEKİNALP, Yönetime Katılma, s. 63 ve ÇEKER, s. 181.

açısından, tavsiyeye şayan olup olmadığına kısaca da olsa değinmek, kanaatimizce yerinde olur.

Azerbaycan'da şirketleşmenin mevcut durumu, normalin çok aşağısında olduğundan ve anonim şirketlerin çok büyük çoğunluğu aslında (resmi olarak "açık tipli" anonim şirket statüsünde olsa da, haddizatında fiili olarak) aile tipli olduğundan, zaten oy hakkının kullanımı bakımından herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır⁵⁶¹. Dolayısıyla da, esasen çok ortaklı anonim şirketlerde karşılaşılan ortakların genel kurula ilgisizliği ve ona katılmamasını değerlendirme ve aynı zamanda bir nevi bu durumu giderme işlevini gören proxy sistemine Azerbaycan'ın mevcut şartları bakımından herhangi bir ihtiyaç duyulmamaktadır ve bunun yakın istikbal bakımından da söz konusu olacağı pek söylenemez. Buna göre de kanun koyucunun bu husustaki yaklaşımı kanaatimizce, yerinde olmuştur.

B. OY HAKKI, KURAL OLARAK ESAS SERMAYEYE KATILMA ORANINA GÖRE KULLANILABİLİR

Daha önce, oy hakkı ile itibari değer arasındaki ilişki ele alınırken bu konu ile ilgili açıklama yapılmıştır⁵⁶². İşte pay sahibi, sermayeye katılma oranında haiz olduğu bu oy hakkının tamamını kural olarak kullanabilir. Kural olarak diyoruz, çünkü ileride oy hakkına getirilen sınırlamalar konusu ayrı olarak ele alındığında görüleceği üzere, bu ilkeye sınırlamaların getirilmesi mümkündür⁵⁶³.

⁵⁶¹ Tesadüfi değil ki, bugüne değin bir tane de olsun oy hakkının kullanımı ile ilgili mahkeme kararı söz konusu olmamıştır.

⁵⁶² Bkz. I. Bölüm, § 4, II, A, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁶³ Bkz. II. Bölüm, § 13, II başlığı altında yapılan açıklamalar.

C. OY HAKKININ SERBESTÇE KULLANILABİLMESİ

Paydan doğan hakların o cümleden oy hakkını kullanılması bakımından serbestlik ilkesi geçerlidir. Bu ilke, oy hakkı bakımından pay sahibinin, oy hakkını bizzat vey temsilci aracılığıyla kullanıp kullanmamakta ve hatta o hakkını kullanıp kullanmamakta ve nihayet kullandığı taktird hangi yönde ve nasıl kullanacağı bakımından serbest olduğu anlamını ifade etmektedir⁵⁶⁴. Her bir durumu özet olarak ayrı ayrılıkta ele alalım:

1. Pay Sahibi Oy Hakkını Kullanmak Zorunda Değildir

Gerçekten, pay sahibinin genel kurulda oy kullanmasının onun bakımından bir hak olup, bir görev değildir. Bir hak olduğuna göre de, hak sahibinin hakkını kullanma mecburiyeti de mantık gereği söz konusu olamaz. Şirket an mukavelesinde, pay sahibi bakımından oy hakkını kullanılması bir zorunluluk olarak öngörülmekle ve böylece paydan kaynaklanan oyların kullanılmasını hem bir yetki, her de bir görev hüviyetine getirilmesinin mümkün olamayacağı akla gelebilir. Doktrinde bu soru, anonim şirketlerin yapısı gereği, pay sahibinin tek borcunun taahhüt ettiği pay bedellerinin ödenmesinden ibaret olduğu, anonim şirketlerde bu ilkeye aykırı olarak pay sahiplerine ikinci bir as borcun yüklenemeyeceği gerekçesi ileri sürülerek, bu soru haklı olarak, olumsuz bir şekilde cevaplandırılmaktadır⁵⁶⁵.

Dolayısıyla da, sonuç olarak bu ilke gereğince, pay sahibi isterse, genel kurul toplantılarına katılmasına rağmen, o

⁵⁶⁴ Genel olarak bu yönde bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk , s. 10-1
TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 960; DAĞ, s. 29 vd; ÇEKER, ,
193.

⁵⁶⁵ Bu hususta bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 960; DAĞ, s. 33.

hakkını kullanmayabilir, isterse genel kurul toplantılarının bir kısmına katılarak, sadece iştirak ettiği kısmında görüşülen meseleler hakkında oy hakkını kullanır, isterse de genel kurul toplantısına bütünüyle katılmayarak, oy hakkını hiç kullanmaz⁵⁶⁶.

2. Pay Sahibi Oy Hakkını Şahsen Kullanmak Zorunda Değildir

Bu kuralın temel anlamı, pay sahibinin oy hakkını bir başkası, daha doğrusu temsilci aracılığıyla da kullanabileceği şeklindedir. Bu husus, esasen hemen bütün ülke hukuklarında kabul edilmektedir. Gerçekten, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, hemen hemen bütün ülke hukuklarında oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılabilmesinin yasal düzenlemelerce öngörüldüğüne şahit olmaktayız⁵⁶⁷. Keza, bu kuralın kapsamına, oyun temsilci aracılığıyla kullanmasının, ana mukavele veya örneğin şirket genel kurulunca yasaklanmasının mümkün olamayacağını yanı sıra, oyun temsilci aracılığıyla kullanılmasına getirilen sınırlamaların bazı paylara bağlı oy hakkının kullanılmamasına veya fazla zorlaştırılmasına neden olamaması gerektiği de dahildir. Yani oyun temsilci vasıtasıyla kullanılması, ortadan kaldırılmayacağı gibi, aşırı sınırlandırılmaz da⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ DAĞ, s. 30 ve orada dñn. 103'de anılanlar.

⁵⁶⁷ Avusturya POK § 114 (KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 13 vd); Almanya POK § 129 (BAUMS, s. 125 vd), Belçika Şirketler Kanunu § 74 (WYMEERSCH, s. 42 dñn. 60); İngiliz Şirketler Kanunu m. 372 (CHARLESWORTH/MORSE, s. 226); Fransız Şirketler Kanunu (L) m. 161 (GUYON, s. 105); İtalyan Medeni Knunu m. 2372 (MARCHETTİ/CARCANO/GHEZZİ, s. 171); Japon Ticaret Kanunu m. 705 (www.japanlaw.co.jp/gov/attach2.html).

⁵⁶⁸ TEOMAN, Oydan Yoksunluk , s. 11; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 960.

3. Pay Sahibi Oy Hakkını Hangi Yönde ve Nasıl Kullanacağı Hususunda Özgürdür

Pay sahibinin birden fazla paya sahip olması halinde, l paylardan kaynaklanan oy haklarının bir kısmını kullanıp, b kısmını kullanmayabilmesi de oy kullanma serbestisi ilkesin uygulama kapsamına dahildir. Bu, anonim şirketlerde paylar bağımsız birer ortaklık mevkiini teşkil etmesinin bir sonucudu. Zira her bir pay, sahibine birbirinden bağımsız olarak oy hak verdiğinden, birden fazla paya sahip olan kişi, mülkiyetine bulunan paylardan kaynaklanan oy haklarının bir kısmını kullanıp, bir kısmını kullanmayabilir⁵⁶⁹.

Yalnız burada birden fazla paya sahip olan ortağın, gen kurul gündemindeki bir öneri hakkında haiz olduğu oyların b kısmını ile olumlu, diğer kısmını ile de olumsuz oy kullanabil kullanamayacağı sorusu ile karşılaşmaktadır. Doktrinc (ağırlık çeşitli yönde oy kullanılabilceği şeklinde olsa da), h iki yönde de görüşler bulunmaktadır⁵⁷⁰. Bu görüşler tafsilatına girmeden sadece şunu belirtelim ki, anonim şirketli hukukundaki tatbikatta, piyasa ekonomisi gelişmiş ülkelerde (kolaylık sağlaması hasebiyle) pay sahiplerinin bir tek belğ üzerinden haiz oldukları oylarını kullanma usulü, oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla da, söz konusu usul, diğer ülkelerde de yaygın bir şekilde uygulanmay başlarsa, bu tartışma teorik olmadan öteye geçemeyecek⁵⁷¹.

Nihayet, pay sahibinin oy hakkını kullanırken, anoni şirketin menfaatini gözetme zorunluluğunda olup olmama sorusu da burada önem arz eden bir sorun olara

⁵⁶⁹ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 11.

⁵⁷⁰ Bu görüşler hakkında bkz. DAĞ, s. 31 vd.

⁵⁷¹ Bu hususta örnek olarak, İngiliz ve ABD hukukları bakımından bk CHARLESWORTH/MORSE, s. 191 vd; JENTZ/ MİLLER/ CROS CLARSON, ş. 653.

görülmektedir. Doktrinde bu husus, anonim şirket ortaklarının sadakat yükümlülüğünün olup olmaması bakımından değerlendirilmekte ve sadakat yükümlülüğünün olmadığı görüşünde olanlar⁵⁷² – ki, bu görüşte olanlar çoğunluk teşkil etmektedirler - soruyu olumsuz cevaplandırmakta, sadakat yükümlülüğünün olduğu görüşünde olanlar⁵⁷³ ise, pay sahibinin az veya çok derecede böyle bir gözetme yükümlülüğünün varlığını iddia etmektedirler. İlk görüşün gerekçesini, bir sermaye ortaklığı olan anonim şirkette pay sahiplerinin tek borcunun taahhüt ettiği pay bedellerinin ödenmesinden ibaret olduğu, dahası, anonim şirket, ortaklarının (hisse senedine bağlanmak suretiyle bir tedavül aracı haline getirilmesi suretiyle sık sık alınıp satılmasının, pay sahipleri arasında sürekli bir değişime neden olduğundan) değişimi üzerine kurulu bir şirket tipi olduğu ve bu bakımından da anonim şirketlerin yapısı gereği, pay sahiplerinin bağlılığından, daha doğrusu sadakat yükümlülüğünden söz edilmesinin , mümkün olamayacağı şeklinde özetlemek mümkün⁵⁷⁴ .

⁵⁷² **ARSLANLI, AŞ II-III**, s. 52; **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk , s. 11; **DAĞ**, s. 23; **ÇEKER**, , s. 194; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1091 (yazar, esasen bütün Kara Avrupası ülkelerinde bu görüşün hakim olduğunu kesin bir dille ifade etmektedir). Keza, İsviçre hukuku doktrininde de bu görüşün kesin olarak kabul edildiği ile ilgili olarak bkz. **M.Y. AKIN**, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 163-164. *Druey*, kendisi bu hususta görüşünü açıkça ortaya koymasa da, anonim ortaklıklar hukukundaki genel eğilimin ve uygulamanın, pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün olmadığı yönünde şekillenmiş olduğunu ifade etmektedir, bkz. **DRUEY**, s. 380-381.

⁵⁷³ **F. NOMER**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 78 ve 106; **AKIN**, s. 166 vd. Alman hukukunda (aksi görüşte olanlar olsa da) da bu görüşün çoğunluk tarafından kabul edildiği yönünde bkz. **NOMER**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 104; **AKIN**, s. 164.

⁵⁷⁴ Bkz. yukarıda dpn. 572'de anılan eserler.

Özet olarak bu görüşte olan yazarlarca, pay sahiplerinin oy kullanırken, anonim şirketin ve/veya diğer ortakların menfaatini gözetme borcu ve sorumluluğu söz konusu olamaz ama, bu durum onların, sadece şirketin veya diğer ortakların zararına hareket etmelerini haklı çıkarmaz.

Buna mukabil, azınlıkta kalan ikinci görüş taraftarlarınca, ister ortaklar ile şirket arasında (dikey olarak), isterse de ortakların kendi aralarında (yatay olarak) bir sadakat borcu olduğu ve bu borcun da asli bir borç olduğu ileri sürülmektedir. Bunun hukuki gerekçesi çeşitli bazı yasal hükümlere dayandırılrsa da, temelde hareket noktası şirket mukavelesine dayandırılmaktadır. Şöyle ki, her bir şirkette, ortakların şirket amacının gerçekleştirilmesi doğrultusunda çaba gösterme borçları vardır ki, buna hukuk literatüründe affectio societatis denilmektedir. Bu bağlamda affectio societatis unsuru, anonim şirketler bakımından da geçerlidir, çünkü bütün diğer şirket ortakları bakımından olduğu gibi, anonim şirket ortakları bakımından da şirket amacının gerçekleşmesine engel olan hususları yapmama veya bunlardan kaçınmayı gerektirmektedir. Keza, pay sahipleri arasında bir ekonomik kader birliği olduğu ve şirket içerisinde sahip oldukları payın oranına bakılmaksızın ortaksal haklarını kullanmak suretiyle birbirlerinin ortaksal haklarını etkileyebilmektedirler ki, bu da birbirlerine karşı üçüncü kişi konumunda olmadıklarını, yani aralarında özel bir hukuki bağ varlığının kabulünü zorunlu kılmaktadır. İşte bu hukuki bağ, pay sahiplerine birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü yüklemektedir⁵⁷⁵.

Bu görüş ile ilgili özet olarak, anonim şirket ortakları oy kullanırken, hakkın kötüye kullanılması yasağı dışında, sadakat yükümlülüğü ile de bağlıdırlar. Yani pay sahiplerinin kullanmış oldukları oylar, icabında hakkın kötüye kullanılması olarak

⁵⁷⁵ Bu konudaki görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. NÖMER, Sadaka Yükümlülüğü, s. 31 vd; AKIN, s. 109 vd.

nitelendirilemese dahi, sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilebilecek ki, bu da onların çeşitli şekilde sorumluluğuna⁵⁷⁶ ve hatta tazminatla yükümlü tutulmasına neden olabilecektir⁵⁷⁷.

*Nomer*⁵⁷⁸, oy hakkı kullanımının hakkın kötüye kullanılması dışında sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilmesini, a) pay sahibine mali bir külfet gelmemesi, b) şirketin geleceği bakımından çok önem taşıyan bir genel kurul kararının varlığı ve c) pay sahibinin bunun önemini bilecek durumda olması gibi üç önemli önkoşullara bağlı tutmakta (ve böylece aslında ortağın oy hakkını kullandığı zaman diğer pay sahiplerinin ve/veya şirketin menfaatini gözetmek zorunda olmadığını⁵⁷⁹) ancak çok istisnai olarak bu şartların hepsinin birarada gerçekleşmiş olması hallerinde bu durumun söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir.

Fakat anonim şirket ortağının sadakat yükümlülüğünü mümkün olduğunca en geniş şekilde uygulanmasını katı bir şekilde savunan *Akın*'a göre ise⁵⁸⁰, *Nomer*'in ileri sürdüğü kıstaslardan birincisi, zaten az hallerde söz konusu olabilecek pay sahibinin oy hakkına olan müdahalenin (ki, esasen bu belli bir yönde oy kullanma yükümü şeklinde tezahür edecek) mali külfetsizlik şartına bağlanması halinde (bu tür istisnadan vuku bulan müdahale sonucu alınan kararın uygulanmaya konulması, hemen her zaman pay sahibi açısından az veya çok

⁵⁷⁶ **NOMER**, Sadakat Yükümlülüğü, s.118 vd; **AKIN**, s. 202 vd.

⁵⁷⁷ **AKIN**, s. 247, ve orada dñn. 981'de anılanlar.

⁵⁷⁸ **NOMER**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 106.

⁵⁷⁹ Yazar aynen, "genel bir ifade ile, pay sahibinden, sadakat yükümlülüğüne dayanarak genel bir sınırlandırma şeklinde oy hakkını şirket menfaatleri doğrultusunda kullanması veya diğer pay sahiplerinin menfaatlerini dikkate alması beklenemez" demekle bu görüşünü açıkça ortaya koymuştur, bkz. **NOMER**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 105.

⁵⁸⁰ **AKIN**, s. 167-168.

bir mali külfeti beraberinde getireceğinden) uygulama kabiliyetini haiz olmayacağı gerekçesiyle, ikincisi ise, pay sahibi açısından “önceden bilme” şartının arama, haddizatında şirketin zararına olabilecek bir davranışta bulunma anlamına gelmektedir ki, bu da zaten BK.m. 41/2’nin uygulanma nedeni olacağından bir işleve sahip olmadığı gerekçesiyle isabetli değildir⁵⁸¹. Yazar, çok daha ileri giderek, sadakat yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle mesuliyetin söz konusu olabilmesi için:

- a) şirketin geleceği bakımından çok önem taşıyan bir genel kurul kararının varlığının yanısıra,
- b) kararla alınan tedbirin, amaca ulaşmak bakımından ilgililerin haklarını en az oranda etkileyecek bir araç olması ve
- c) müdahale şeklinde ortaya çıkabilecek alınması gerekli tedbirlerin şirket için getirmesi hedeflenen yararın, bundan ilk planda (yazarın “ilk planda” demesinin nedeni, şirketin gelecekte kazanç elde etmesi sonucunda pay sahibinin de kazanacak

⁵⁸¹ Yazar, ileri sürdüğü ve çok sık uygulanma imkânına sahip olan şartların gerçekleşmesi halinde, açıkça ve kesin olarak pay sahiplerinin genel kurula gelerek belirli bir yönde oy kullanmaları gerektiğini ifade ettiği gibi, hatta nisap oluşmasını diye toplantıya gelmeyen pay sahiplerinin (velev ki, küçük pay sahipleri olsun) haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olacakları görüşünü de benimsemiş gözükmektedir (bkz. AKIN, s. 168 dñn. 659 Aynı konuda *Nomer*, anacak büyük pay sahiplerinin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir, bkz. *NOMER Sadakat Yükümlülüğü*, s. 106-107).

Ayrıca, *Nomer*, bir taraftan pay sahibinin genel kurula gelmesinin kesinlikle zorunlu olmadığını (ama gelecek olurlarsa, belirli bir yönde oy kullanmalarının gerekeceğini) defalarca söylemekte (örnek olarak bkz. *NOMER*, Sadakat Yükümlülüğü, s. 105 ve 106), diğer taraftan da büyük pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılmamakla toplantı nisabının oluşmamasına neden olmaları halinde ise, haksız fiil hükümler çerçevesinde sorumlu olacaklarını söylemektedir.

elde etmiş olacağını kast etmesidir) olumsuz etkilenecek olan pay sahiplerinin zararından, netice itibariyle orta ve uzun vadede daha fazla olması muhtemel olmasına rağmen, pay sahib(ler)i böyle bir tedbire yönelik kararın alınmasına gereğince katılmamış olmalıdır,

şeklinde kıstaslara yer verilmesi gerektiği ileri sürmüştür⁵⁸².

Kanaatimizce, burada konumuz ile ilgili kısmını özetlemeye çalıştığımız bu görüşlere ve özellikle de *Akın*'nın görüş ve gerekçelerine (sadakat yükümlülüğünün sonuçta pay sahiplerinin oy haklarının kullanılması serbestisini hemen hemen ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek derecede aşırı bir kısıtlamaya neden olabilmesi hasebiyle), katılmak mümkün değildir. Şöyle ki :

Evvela yazar, pay sahibinin oy hakkının kullanılması bakımından, hem yatay, hem de dikey bağlamda sadakat borcu ile bağlıdır demektedir⁵⁸³, ama koymuş olduğu kıstaslar, esasen dikey anlamdaki sadakat borcuna yöneliktir. En azı bu açıdan kanaatimizce, görüş kendi içerisinde tutarlı değildir.

İkincisi, pay sahibinin sadakat borcunun genelde kabul edildiği alman hukukunda bile, bu görüşü en katı şekilde savunan yazarlar dahi, oy hakkının kullanılması bakımından yatay anlamda bir sadakat yükümlülüğünü kabul etmedikleri gibi, dikey anlamdaki sadakat yükümlülüğünü de bu denli geniş kapsamlı tutmamaktadırlar⁵⁸⁴.

⁵⁸² AKIN, s. 169-170.

⁵⁸³ AKIN, s. 166.

⁵⁸⁴ Alman hukukunda sadakat yükümlülüğünün kapsamı hususunda bkz. NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s. 104; AKIN, s. 164-166. Ayrıca karşı. TEKİNALPPOROY/ÇAMOĞLU, N. 1091.

Üçüncüsü, anonim şirket ortağının oy hakkını kullanırken diğer pay sahiplerine karşı bu denli bir sadakat borcunun olduğunun kabulü, çok ortaklı anonim şirketlerin yapısına uygun düşmemektedir. Zira, buradaki pay sahiplerinin menfaatleri çok çeşitlilik arz etmekte, birine karşı sadakatli olarak nitelendirilebilecek olan hareket, diğerine karşı pek ala sadakatsiz olarak nitelendirilebilir⁵⁸⁵. Adaletsiz sonuçlara neden olan kararlardan (oylarda değil), şirket tüzel kişiliği ve diğer pay sahipleri, yasanın açık hükümleri ile birlikte, eşit işlem ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması (burada hakların sakınılarak veya en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesine aykırı hareketlerin “afaki iyi niyet esaslarına” uymayacağından hakkın kötüye kullanılması yasağının aslında kapsamı içerisinde olduğunu belirtmiş olalım) yasağı ile yeterince korunma imkânına sahiptirler.

Bundan başka, yazar, kısa vadenin ölçü olarak götürülmesine karşı çıkmakta⁵⁸⁶, bunun yerine orta ve uzun vadeyi esas almakta ve bunun pay sahibi bakımından öyle bir zararının söz konusu olamayacağını, zira sonuçta şirketin kazanç elde etmesi ile birlikte pay sahibinin de kazançlı çıkacağını ifade etmektedir⁵⁸⁷. Oysaki, ortakları bakımından değişken bir özelliği olan ve bunu hisse senetlerine bağlamak suretiyle ortaklık paylarına tedavül derecesinde el değiştirme (ve böylece ortak değişikliğini) kolaylığının sağlanmış olmasıyla tartışma ve tereddüde yer bırakmayacak derecede açık ve kesin bir şekilde yasa koyucular tarafından getirilen düzenlemelerle ortaya konulan anonim şirketlerde, söz konusu tedbirlerin alındığı anda mevcut olan ve bundan olumsuz etkilenen ortakların, orta ve hatta uzun vade gibi ne kadar bir

⁵⁸⁵ Anonim şirketlerde sadakat yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, bu hususta aynı istikamette bkz. **NOMER**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 105.

⁵⁸⁶ **AKIN**, s. 167.

⁵⁸⁷ **AKIN**, s. 169-170.

zaman alacağı kesin olarak belirlenemeyen bir dönem için sabit kalacağı ihtimaline dayandırılan bu görüş, gerçekten iknaedici nitelikte olmaktan uzaktır. Üstelik “şirket menfaati” gibi çok geniş yorumlanabilecek (ve böylece hakim pay sahiplerince çok rahatlıkla kötüye kullanılabilir) muallak bir mefhum esas getirilerek, pay sahibinin oy hakkına müdahale edilmesi ve böyle bir müdahale sonucunda uygulamaya konulan tedbirden veya tedbirlerden pay sahibinin peşinen zarar görmesi mukabilinde, orta ve hatta uzun vadede (şayet bu süre zarfında ölmeyecek olursa) ortak sıfatını korumakla, şirketin söz konusu tedbirlerden güttüğü amacın gerçekleşmeye-
bileceğini de gözününde bulunduracak olursak, ileri sürülen görüşün ikna edici olmadan çok uzak olduğu, menfaatler dengesi ve gerçekle bağdaşmadığı, sanırım daha açık bir şekilde belli olmaktadır.

Dördüncü olarak, madem ki, ileri sürülen koşulların gerçekleşmesi halinde, genel kurula katılmak ve belli bir yönde oy kullanmak zorunludur, o zaman genel kurul toplantısında oylama yapılmasının anlamı pek kalmaz. Nasıl olsa, aksi yöndeki oy kullanılması hukuka aykırı olup, tazminat da dahil çeşitli yaptırım ve müeyyidelere tabi tutulmaktadır.

Nihayet beşincisi, yazarların vermiş oldukları örnekler (mesela, yasal olarak taban sermayenin yükseltilmesi ve yeni getirilen taban sermayenin altında belli bir süre kalacak olan anonim şirketlerin münfesih sayılacak olmasına rağmen, pay sahibinin olumlu oy kullanmaması gibi)⁵⁸⁸, aslında hakkın kötüye kullanılması bakımından bariz örnekler olup⁵⁸⁹, söz

⁵⁸⁸ Diğer örnekler için bkz. NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s. 108 vd; AKIN, s. 170 vd.

⁵⁸⁹ Bu şekilde (yani hakkın kullanılmasının karşı tarafa zarar vereceği esas getirilerek) bir hakkın kötüye kullanılmasının kabul edilebilmesi için, hakkın kullanılması ile hak sahibinin elde edeceği menfaat, diğer tarafın buna karşılık uğrayacağı zararla mukayese edildiğinde, oldukça önemsiz kalmalıdır. Yoksa, ilke olarak hiç kimse, sahip olduğu hakkını kullanırken

konusu yasağın uygulama kapsamı içerisinde. Bu bakımından da, hakkın kötüye kullanılması dışında, iddia edildiği gibi, oy hakkının kullanılması hususunda pay sahibinin serbestiyetine sadakat yükümlüğünün etkisiyle kısıtlama getirilmesinin ne hukuki, ne de ki pratik faydası ve nedeni bulunmamaktadır.

Bu bağlamda sonuç olarak, yasal düzenlemeler, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve eşit işlem ilkesi dışında, pay sahiplerinin (üstelik büyük-küçük pay sahipleri ayırımına da gitmeksizin) haiz oldukları oy haklarını kullanma bakımından özgürlüklerine, şirket menfaati ve diğer pay sahiplerinin menfaati gibi çok geniş yorumlanabilecek ve istenildiğinde kolayca kötüye kullanılabilir (ki, bu esasen büyük pay sahipleri tarafından yapılabilecek ve bu bakımından da böyle bir yorumlama, aynı zamanda günümüz anonim şirketler hukukunda azınlık ve azınlık teşkil etmeyen azlık pay sahiplerini korumaya yönelik olan genel eğilime sonuç olarak ters bir mahiyet arz etmektedir) çetrefilli bir esas getirmekle müdahale edilmesi, bırakın küçük tasarruf sahiplerinin, hatta nispeten büyük tasarruf sahiplerinin de anonim şirket çatısı altında örgütlenmeye yönelik istek ve teşebbüslerinin olumsuz etkilenmesine pek ala neden olabilir.

bundan başkalarının ve hatta karşı tarafın zarar görüp görmeyeceğini ve zarara maruz kalacak olan olursa, onun uğrayacağı zarar ile hakkını kullanmadan kendisinin elde edeceği menfaati mukayese etmek zorunda değildir, aksi halde, hakların kullanılmasında adeta hakları anlamsızlaştıracak kadar ciddi ve yersiz zorluklarla karşılaşılacağı esasen herkesçe kabul edilmektedir (örnek olarak bkz. OĞUZMAN, Temel Kavramlar, s. 142 ve orada dpn. 26'da anılanlar). Hal böyleyken, var olup olmadığı hakkında ciddi tereddüt ve fikir ayrılığı olan anonim şirket ortakları arasındaki özel hukuki bağı ve bu bağdan ileri gelen sadakat borcunu esas götürerek, pay sahiplerinin haiz oldukları oy haklarının kullanımına bu denli bir kısıtlamanın getirilmesinin kabulü, gerçekten anonim şirketlerin işleyiş bakımından ciddi sakinlerin ortaya çıkmasına neden olur.

Dolayısıyla da, anonim şirketlerde var olduğu dahi oldukça tartışmalı olan⁵⁹⁰ sadakat yükümlülüğünün, pay sahiplerinin oy hakkını bağımsız bir biçimde kullanılmasını hemen hemen ortadan kaldıracak şekilde kabul edilmesi, pay sahiplerinin şirket içi faaliyetlerinin işlevi ile bağdaşmayacağı gibi, mahiyeti itibariyle anonim şirketin bünyesine yabancı olmakta ve onun yapısı bakımından da tahrip edici bir etkiyi de bünyesinde taşımaktadır.

Anonim şirket ortağının sahip olduğu paylardan kaynaklanan oy hakkı, gene pay sahibinin kendisine aittir ve bunun sonucu olarak da, oy hakkını kendi çıkarlarına uygun bir şekilde kullanma, pay sahibinin bu konudaki en doğal hakkıdır. Zira bu, pay sahibine oy hakkı tanınmasının esas varlık nedenidir. Buradan hareketle, pay sahibi, genel kurulda oy hakkını kullanırken, anonim şirketin çıkarlarını değil de, kendi çıkarlarını gözetmiş olduğundan dolayı, kural olarak, sorumlu tutulamaz. Yalnız burada şunu da ifade edelim ki, diğer bütün haklar gibi, oy hakkı da, hakkın kötüye kullanılması yasağına tabidir. Ne var ki, oy hakkının kullanılması bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı, ancak bu şekilde kullanılan oylar istikametinde karar alındığında bir anlam ve işleve sahip olacaktır⁵⁹¹. İşte oy

⁵⁹⁰ Doktrinde hakim görüş anonim şirketlerdeki pay sahipleri bakımından sadakat borcunun olmadığı şeklindedir, örnek olarak bkz. **TEKİNALPPOROY/ÇAMOĞLU**, N. 1091; **MOROĞLU**, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 2. bası, Ankara 1996, s. 20 dph. 54 ve orada anılan yazarlar; **DRUEY**, s. 380 vd; **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 224; **ANTUNES**, s. 247. Pay sahiplerinin borçları içerisinde sadakat borcuna yer vermemekle dolaylı olarak **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 281 vd; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 294 vd.

⁵⁹¹ Hatta ABD hukukunda, çoğunluk pay sahiplerinin - ki, normal şartlarda anonim şirketin kontrolü bunların elinde bulunur - oy haklarını kullanırken, şirket menfaatini ve hatta azınlığın menfaatini gereğince gözetmemiş oldukları tespit edilirse, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle ilgili genel

hakkının bu şekilde hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacağı hususunda da zaten doktrinde herhangi bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır⁵⁹².

§ 13 OY HAKKININ KULLANILMASI USULÜ

Oy hakkı sahiplerince oy hakkının kullanılması usulü ve oy hakkının kullanılmasına ilişkin getirilebilecek sınırlamalar bu paragraf kapsamında ayrıca olarak ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır. Bütün bunlar yapılırken de, genel olarak anonim şirketler hukuku alanında karşılaştırmalı hukuktaki düzenleme ve uygulamalara da belli bir çerçevede yer verilecek ve sonra da bunların ışığında yeri geldiğinde her bir konu ile ilgili Azerbaycan hukuku bakımından değerlendirmede bulunulmaya çalışılacaktır..

Yalnız aşağıda, sözü edilen konulara ilişkin incelemelere geçmeden önce, özel bir oy kullanma tekniği olan birikimli oy kullanma (cumulative voting) sistemine ayrıca değinmeden geçmek istemiyoruz.

I. BİRİKİMLİ OY (Cumulative Voting)

Bilindiği üzere, anonim şirketlerde kabul edilen en temel ilkelerden biri demokrasi ilkesidir, yani anonim şirketlerde çoğunluğun iradesi esas alınmaktadır. Fakat demokratik yapılanmalarda azınlığı koruyucu müesseseler de öngörülmektedir ki, aynı durum anonim şirketler bakımından da söz konusu olmaktadır. İşte anonim şirketlerde azlığı koruyan önlemlerden bir tanesi de birikimli oy kullanma

kurul kararı iptal edilebileceği gibi, bu yüzden ilgili pay sahiplerinin kişisel sorumluluğuna dahi gidilebilmektedir, bkz. JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 658.

⁵⁹² Örnek olarak bkz. DRUEY, s. 380 vd; CHARLESWORTH/MORSE, s. 224; ANTUNES, s. 247 ve orada dpn. 99; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, 13 vd; DAĞ, s. 23 vd; ÇEKER, s. 194.

yöntemidir. Bu yöntemin bizzat açıklamasına geçmeden önce şunu belirtelim ki, sözü edilen yöntem esasen ABD hukukunda ve şirket yönetiminin seçilmesi ile ilgili olarak uygulanmaktadır⁵⁹³.

Anonim şirket iradesi, çoğunluğun iradesi yönünde teşekkül eder derken, kural olarak bütün meselelerde sadece çoğunluğun reyinin esas alınacağı kast edilmektedir. Hal böyle olunca, bir anonim şirkette, örneğin iki pay sahibi (A ve B) bulunuyorsa ve (A) şirket paylarının %51'ne, (B) ise, % 49'na sahip olduğu takdirde, şirket yönetiminin seçimi ile ilgili yapılan bütün oylamalarda (A), (B)'nin oylarını etkisiz bırakabilecektir. Bu durumda (A) ile (B) arasında sermayeye katılma bakımından haddizatında çok fazla bir fark olmadığı halde, şirket yönetiminin kontrolü tamamen (A)'nın elinde bulunacak, (B) ise, pasif bir yatırımcı konumda kalacak. İşte birikimli oy kullanma yöntemi, demokrasi ilkesini zedelemeyen azınlığın çıkarlarının korunmasını ve onların şirket yönetim organlarında temsilini kolaylaştırmayı amaçlayan bir yöntemdir⁵⁹⁴.

Birikimli oy sisteminin mahiyeti şundan ibarettir: *kurul üyelerinin seçiminde iştirak eden her bir pay sahibinin normalde haiz olduğu oy miktarı çarpılır kurul üye sayısına. Sonra bu pay sahiplerinden her biri bu şekilde elde ettikleri oyların ya hepsini bir adayda toplayarak kullanır, ya da herhangi bir sayıdaki adaylar arasında paylaştırarak kullanabilir.* Doğal olarak bu durumda % 50 +1 oy oranı bütün üyelerin seçimini sağlayamaz ve kurul üye sayısı arttıkça kurul

⁵⁹³ Bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 959a; Del. Gen. Corp. L. § 214; **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 645. Keza, bu sistem, Türk Sermaye Piyasası Kanununda (m. 22 v) da halka açık anonim şirketler bakımından öngörülmüş bulunmaktadır.

⁵⁹⁴ Bu hususla ilgili olarak bkz. **TEKİNALP**, Yönetime Katılma, s. 51 vd; **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 645.

üyelerinin bütünü seçebilmek için gerekli oy oranı da artacaktır. Şimdi durumu karşılaştırmalı bir misal üzerinden açıklayalım. Bir anonim şirketin esas sermayesi yüz otuz (130) paya bölünmekte, bunlardan yetmişi (A)'ya, altmışı ise (B)'ye aittir. Yönetim kuruluna üç üye seçilecek. (A)'nın yönetim kuruluna adaylarının X1, X2 ve X3, (B)'nin ise, Y1, Y2 ve Y3 olduğunu farz edelim. Bu durumda yaygın etkili oy sistemi uygulandığında sonuç aşağıdaki gibi olacak:

	X1	Y1	X2	Y2	X3	Y3
A'nın oyları	70		70		70	
B'nin oyları		60		60		60
	seçildi		seçildi		seçildi	

Böylece (A), çok kolay bir şekilde şirket yönetim kurulundaki bütün mevkilerin kontrolünü kendi elinde tutma imkânını kazanabilmektedir.

Aynı örneği birikimli oy kullanma sistemi bakımından ele alacak olursak durum aşağıdaki gibi olacak: A'nın sahip olduğu (70) oy sayısı ve (B)'nin sahip olduğu (60) oy sayısı çarpılacak yönetim kurulu üye sayısının toplam miktarına, yani üçe (3'e). Böylece, yönetim kurulu üye seçiminde (A) 210 oya, (B) ise, 180 oya sahip bulunacak ve oylama sonucu aşağıdaki gibi olacak:

	X1	Y1	X2	Y2	X3	Y3
A'nın oyu	95		95		20	
B'nin oyu		95		85		0
	seçildi	seçildi	seçildi			

Görüldüğü gibi, bu tür bir oylama sonucunda (B) yönetim kurulu üyeliği yerlerinden birini elde etme imkânını kazanabilmektedir. Zira, (A)'nın bütün üyeleri tekbaşına seçebilmesi için 295 oya veya diğer bir ifade ile bütün oyların % 75,76 oranında oya sahip olması lazım. Şayet kurul üye sayısı 3 (üç) değil de 5 (beş) olursa, o zaman yukarıdaki kural gereğince (A) 350 oya, (B) ise, 300 oya sahip bulunacak ve oylama sonucu aşağıdaki gibi olacak:

	X1	Y1	X2	Y2	X3	Y3	X4	Y4	X5	Y5
A'nın oyu	109		109		109	23	0		0	
B'nin oyu		109		109		82		0		0
	seçil di	seçil di	seçil di	seçil di	seçil di					

Görüldüğü gibi, bu tür bir oylama sonucunda (B) yönetim kurulu üyeliği yerlerinden ikisini elde etme imkânını kazanabilmektedir. Zira, yönetim kurulu üye sayısı arttıkça (A)'nın bütün yönetim kurulu üyelerini tekbaşına seçebilmesi için çok daha yüksek bir miktarda, yani 545 oya sahip olması lazım ki, bu da bütün oyların yaklaşık % 84'ne tekabül etmektedir.

Böylece, sözü edilen sistemin uygulanması sonucu anonim şirketlerin demokratik yapısına fazla müdahale yapılmadan (zira bu sistemde, hem bir taraftan seçim gene de oy çoğunluğu esasında gerçekleştirilmekte, hem de sadece belirli bir konu – şirket yönetiminin seçimi – hakkında uygulanmaktadır), azlığın şirket yönetiminde temsil olunmasına kolaylık sağlanmaktadır.

II. OY HAKKI İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

Daha önce, anonim şirketlerde pay sahiplerinin kural olarak esas sermayeye katılım oranında oy haklarını haiz olduklarını ve bu bağlamda her payın asgari itibari değer hacminde sahibine en az bir oy hakkı sağladığını⁵⁹⁵, pay sahibinin oy hakkından mahrum edilemeyeceğini⁵⁹⁶ ve pay sahibinin oy hakkını serbestçe kullanabileceğini⁵⁹⁷ çeşitli vesilelerle belirtmiş bulunuyoruz. Ne var ki, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, anonim şirketler hukukunda oy hakkının kullanılmasına ilişkin çeşitli sınırlamaların hem bizzat yasal düzenlemelerce öngörüldüğü, hem de oy hakkının kullanımına ilişkin şirket ana mukavelesi ve hatta pay sahiplerinin kendi aralarında bağladıkları oy sözleşmeleri ile de sınırlandırma getirilebileceğine hukuken cevaz verildiğine şahit olmaktayız. Söz konusu sınırlamaları ayrı ayrılıkta grup çatısı altında ele alalım.

A. OY HAKKININ ÖZÜNE YÖNELİK SINIRLAMALAR

Bilindiği üzere, anonim şirketlerde pay, bir ortaklık mevki olup ortaksal hakların kaynağını teşkil etmektedir⁵⁹⁸. Bu bağlamda, birer ortaksal hak olan oy hakkının kaynağı da paydır. İşte getirilen sınırlandırmalar, sonuçta bazı payların oydan yoksunluğuna neden olabilmekte ise, ortada oy hakkının özüne yönelik bir sınırlandırma var demektir. Aşağıda bu tür oy hakkının özüne yönelik bilinen belli başlı sınırlandırma yöntemlerine yer verilecektir.

⁵⁹⁵ Bkz. I. Bölüm, § 4, II, A, 1 başlığı altında açıklamalar.

⁵⁹⁶ Bkz. I. Bölüm, § 4, II, B, 3 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁹⁷ Bkz. yukarıda C. başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁹⁸ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 760-761; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 864; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 282-283.

1. Oy Hakkına Üst Sınır Getirilmesi

Belki de oy hakkının özüne yönelik sınırlandırmalar içerisinde en fazla bilinen ve hukuki düzenlemelere konu olan yöntem budur. Böyle bir sınırlama ile, bir pay sahibinin şirket genel kurulunda kullanabileceği oy miktarına bir üst sınır getirilerek, herhangi bir ortağın bunun üzerinde oy kullanmasını önleme amacı güdülmektedir. Ne var ki, bu tür bir sınırlandırma, esasen kanuni bir sistem şeklinde değil, sadece şirket ana mukavelesi ile getirilebilecek bir sınırlandırma yöntemi olarak yasal düzenlemelere konu olmaktadır⁵⁹⁹.

Anonim şirket ana mukavelesinde yer alan böyle bir sınırlamanın geçerli olabilmesi için kanunda buna cevaz verilmiş olması lazım, yoksa ana mukavele ile veya şirket organlarının kararları ile paydan kaynaklanan oy hakkının ortadan kaldırılması hukuken mümkün olmaz. Gerçekten, bu şekilde bir sınırlama, yani örneğin bir pay sahibinin (malik

⁵⁹⁹ Örnek olarak bkz. Alman POK § 134/I (TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 141. Yalnız Alman hukukunda bu tür bir sınırlama, Mayıs 1998 tarihinde yürürlüğe konulan yasa değişikliği ile ancak borsaya kayıtlı olmayan anonim şirketlerde söz konusu olabilir, bkz. BAUMS, s. 125); Fransız ŞK.m. 177 (GUYON, s. 104); İsviçre BK. m. 692/II (ÇEKER, s. 214); Portekiz ŞK.m. 384 (ANTUNES, s. 246) ve İspanya Anonim ŞK. m. 105.2 (HERMIDA, s. 272). Aynı şekilde, İtalyan hukukunda da bu tür bir sınırlamanın şirket ana mukavelesi ile getirilebileceği kabul edilmekte ve uygulanmaktadır (bkz. MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 167). Keza, ABD (JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 656) ve İngiliz hukukları (bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 225) bakımından da söz konusudur (hukuken mümkün olsa da, uygulamada böyle bir sınırlamaya pek rastlanılmamaktadır, bkz. C. ARNOLD, s. 397). Buna mukabil, örneğin İsveç ŞK 9. fasıl m. 3'te, aksine ana mukavele hükmü olmadığı sürece, ortaklardan hiçbirisi, anonim şirket genel kurulunda kullanılacak bütün oyların 1/10'dan fazlasına sahip olamaz denilmekte (bkz. SKOG, s. 305) ve böylece İsveç hukuku bakımından söz konusu sınırlama, kanuni bir sistem haline getirilmiş bulunmaktadır.

olduğu pay adedi 50'nin ne kadar üzerinde olursa olsun) en fazla 50 oy kullanabileceği veya en fazla bütün oyların % 20'i oranında oy kullanabileceği şirket ana mukavelesinde öngörülmüşse, bu zaman 50'den fazla veya oy hakkı sağlayan bütün payların % 20'den fazlasına sahip olan ortakların, bu sınırın üzerindeki paylardan doğan oy hakları bir nevi ortadan kaldırılmış olur ki, bu da sonuçta anonim şirketin sermaye yapısına, yönetim usulüne ve bütün ortaksal haklarda olduğu gibi, oy hakkı ile sermaye payı arasındaki bağlantıya ilişkin genel kuralların dışına çıkma demektir. Anonim şirketlerle ilgili böyle ilke niteliğindeki kuralların dışına çıkılması, yani bunlara istisna getirilmesi, ancak kanunen öngörüldüğü takdirde muteber sayılabilir.

Burada şöyle bir soru ile doğal olarak karşılaşılmaktadır: böyle bir sınırlamaya izin verilen sistemlerde⁶⁰⁰, sonradan yapılan ana mukavele değişikliği ile bu tür bir sınırlamanın getirilmesi mümkün mü? Sorunun ilişkin olduğu hususa ikili bir ayrıma gidilerek yaklaşmak mümkün: (a) sınırlamanın getirilmesi ile ilgili şirket ana mukavelesi değiştirilirken, anonim şirket ortaklarından hiçbirisinin öngörülen üst sınırın üzerinde paya sahip bulunmadığı durumlarda ve (b) şirket ana mukavelesi değiştirilirken, anonim şirket ortaklarından bazılarının öngörülen üst sınırın üzerinde paya sahip bulunması durumunda.

Birinci ihtimal bakımından pay sahiplerinin değişiklik yapılırken zaten yeni getirilen üst sınırın üzerinde bir oy miktarına yönelik kazanılmış haklarının söz konusu olmayacağı, dolayısıyla da böyle bir sınırlamanın kanunun verdiği yetkiye dayanarak sözleşme değişikliği yolu ile rahatlıkla getirilebileceği düşünülebilirse de, aslında bu o kadar da basit ve sakıncası olmayan bir işlem değildir. Gerçekten,

⁶⁰⁰ Az.MK. m. 103.6 hükmü gereğince, ana mukavelede öngörülmek şartıyla bir pay sahibine ait oylara azami üst sınır getirilebilir.

evvela yukarıda da kaydedildiği gibi, böyle bir sınırlama payla oy arasındaki anonim şirketin yapısı gereği söz konusu olan doğal bağı zedeleyeceğinden, pay sahiplerinin menfaatlerini etkilememesi mümkün değildir. Zira, söz konusu mukavele değişikliği öncesi ortak sıfatını (kuruluşla birlikte veya kuruluş sonrası anonim şirket paylarını iktisap ederek) haiz olanlar, bu ortak sıfatını kazanırken, ana mukavele hükümleri gereğince böyle bir sınırlayıcı kayda tabi değillerdi (böylece, örneğin, oy hakkından oransallık ilkesi çerçevesinde yararlanma imkân ve fırsatını tam olarak haiz idiler). Hal böyleyken, şimdi birden bire, durup dururken, kanunda buna cevaz verilmiş deyip, anonim şirketlerdeki önemli bazı ilkelere (ki, bu ilkeler anonim şirketin işleyiş felsefesi içerisinde hem de ortaklara belli bir sermaye güvencesi sağlamaktadır) uymayan bir kuralın, ana mukavele değişikliği yolu ile bütün ortaklara uygulanmasını kabul etmek, hukukun temel işlevlerinden olan güven sağlama işlevine pek de uymaz.

Bundan başka ve en önemlisi, anonim şirket esas mukavelesinin birer özel hukuk mukavelesi olduğu şüphesizdir⁶⁰¹. Normalde, özel hukuk mukavelelerini, mukavele tarafının razılığı olmadan (hele hele onun zararına olarak) değiştirmek, mukaveleler hukukunda hakim ilkelere olan tarafların eşitliği ve serbestliği ilkesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, mümkün değildir. Yalnız birer tüzel kişi olan anonim şirketlerde, ortaklığın bekasını ve ticari hayatın suretle değişen ve gelişen koşullarına hızlı bir şekilde ve sorunsuz olarak ayak uydurmasını sağlamak, bir sözle, ondan beklenen faydanın sağlanması amacı ve düşüncesiyle, bu ilkelere ortaklık esas mukavelesi bakımından önemli bazı istisnalar getirilmiştir. Böylece aslında, ortaklık esas mukavelesinin, bazı ortakların aksi yönde iradesine rağmen değiştirilebilmesine

⁶⁰¹ Aynı yönde bkz. **MOROĞLU**, Anasözleşme ve Hukuki Niteliği, s. 522; **BAHTİYAR**, Anasözleşme, s. 31.

hukuken olarak tanınmasının temelinde, anonim şirket (diğer bir ifade ile, sermayelerinden daha fazla yararlanma amacıyla anonim şirket çatısı altında örgütlenen tasarruf sahiplerinin, bu amaca ulaşmaları için kullanmış oldukları vasıtanın) menfaatin gerçekleştirme düşüncesi yatmaktadır. Bütün bunlardan dolayı da, sonradan yapılacak olan böyle bir ana mukavele değişikliği ancak dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirildiğinde bunun ancak anonim şirket menfaatlerinin önemli ölçüde gerektirdiği sonucuna varılırsa, pay sahiplerinin eşit işleme tabii tutulması ilkesine⁶⁰² ve hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması esasına uyulması suretiyle mümkün olabileceği düşünülebilir⁶⁰³.

Fakat kanaatimizce, anonim şirket hayatında bir takım pay sahiplerinin sahip oldukları mevcut oy hakkına sonradan bir kısıtlama getirilmesini şirket menfaati bakımından önemli ölçüde gerektirecek hallerin esasen söz konusu olamayacağı, böyle olması pek ihtimal edilmeyen bir durumun her nasılsa vukubulması halinde, bunun eşit işlem ve hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi pek mümkün olmaz.

Kaldı ki, ana mukavele değişikliği ile oy hakkına üst sınır getirilmesi sonucunda, bir kısım pay sahiplerinin (değişiklik yapılmazdan önce, yeni getirilen üst sınırın üzerinde oy miktarına sahip olduklarından) oy hakkı sınırlandırılmış olacaksa, böyle bir ana mukavele değişikliği kural olarak geçersiz addedilmelidir. Bunu gerekçelerini aşağıdaki gibi sıralamak mümkün:

Ana mukavele değişikliği öncesi, getirilmek istenen üst sınırın üzerinde oy miktarına sahip olan ortaklar lehine, söz

⁶⁰² Anonim şirketler hukukunda eşit işlem ilkesinin amacı, kapsamı ve sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ş. YILDIZ, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s. 57 vd.

⁶⁰³ WYMEERSCH, s. 38.

konusu üst sınırın üzerinde bir oranda oy kullanabilmeğe yönelik bir kazanılmış hak söz konusu olmaktadır ki, buna doktrinde *esas sözleşmesel olumsuz müktesep haklar* denilmektedir⁶⁰⁴. Zira, bilindiği üzere, şirket ana mukavelesi ile bazı ortaksal hakların sınırlandırabilmesi mümkün olduğu halde, bu yapılmamışsa, yani aslında böyle bir imkândan feragat edilmişse, söz konusu ortaksal haklar bakımından pay sahipleri lehine ana sözleşme ile olumsuz bir düzenleme tarzında müktesep hakkın tanınmış olduğu kabul edilmekte ve bu durumda da *esas sözleşmesel olumsuz müktesep haklardan* söz edilmektedir⁶⁰⁵.

Şimdi, başlangıçta pay sahiplerinin ortaksal nitelikteki hakları olan oy hakkının kullanılmasına yönelik bir üst sınır getirilmesi ana mukavele ile mümkünken, bu yapılmayarak böyle bir sınırlamadan en azından mevcut bazı pay sahipleri bakımından bundan fiilen feragat edilmişse, hiç değilse getirilmek istenen üst sınırın üzerindeki bir oranda oy hakkına sahip olanlar bakımından bu hususta bir kazanılmış hakkın olduğunu kabul etmek mümkün. Hatta bu durumda, kesinlikle müktesep hakkın oluşmadığı ve bu şekilde bir sözleşme değişikliğinin, ancak şirket menfaatlerinin korunmasına mutlak şekilde hizmet ettiği takdirde mümkün olabileceği düşünülebilirse⁶⁰⁶ de, yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere, iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirildiğinde, sonradan şirket menfaatlerinin korunması bakımından bu tür bir sınırlandırmanı mutlak bir şekilde haklı kılacak durumun söz konusu olabileceği, kanaatimizce pek mümkün değildir.

⁶⁰⁴ Müktesep hakların çeşitleri ile ilgili olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 867 vd. Keza, Anonim ortaklıkta müktesep hak kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. **İMREGÜN**, *Menfaat İhtilafları*, s. 106 vd; **KARAHAN**, *İmtiyazlı Paylar ve Korunması*, s. 30 vd.

⁶⁰⁵ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 869a.

⁶⁰⁶ **ÇEKER**, s. 215 ve orada dpn. 142.

Sonradan oy hakkına üst sınır getirilmesi sonucunda, bir kısım pay sahiplerinin (değişiklik yapılmazdan önce, yeni getirilen üst sınırın üzerinde oy miktarına sahip olduklarından) oy hakkı sınırlandırılmış olacaksa, oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik ana mukavele değişikliği, bu tür pay sahipleri haricindeki ortaklara ait edilebileceği ve dolayısıyla da onlar bakımından geçerli sayılabileceği akla gelebilirse de, kanaatimizce, bu eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden kolay kolay kabul edilmemesi gerekir⁶⁰⁷.

Bundan başka, umumiyet itibariyle oy hakkına üst sınır getirilmesi, anonim şirketin menfaatine hizmet etmez, bilakis, olsa olsa ona zarar verir. Hatta, alman hukukunda buna yasal olarak izin verilmesine rağmen⁶⁰⁸, böyle bir sınırlamanın geçerliliği, daima tartışmalara konu olmaktadır⁶⁰⁹. Zaten, anonim şirket menfaatleri bakımından uygun olmadığından olsa gerek ki, şirket ana mukavelesi ile böyle bir sınırlamanın getirilmesinin mümkün ve hatta İsveç gibi, kanuni sisteminin (aksine mukavele hükmü olmadığı sürece) oy hakkına üst sınır getirdiği ülkelerde bile, uygulamada bu tür sınırlamalara yer

⁶⁰⁷ Bu husus, doktrinde açıkça kabul edildiği gibi, çeşitli ülke hukuklarında, örneğin (bkz. ÇEKER, , s. 215 ve orada dñn. 143'de anılanlar), Alman (POK § 134/I, bkz. BAUMS, s. 125) Fransız (ŞK.m. 177, bkz. GUYON, s. 104) ve Portekiz (ŞK.m. 384, bkz. ANTUNES, s. 246) hukuklarında açıkça yasal olarak da düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁰⁸ Mukavele değişikliği yolu ile sonradan oy hakkına bir üst sınırlama getirilebileceği hakkında Federal Mahkeme kararı da bulunmaktadır (bkz. BAUMS, s. 125 dñn. 67). Ayrıca bkz. TEOMAN, Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Oy Hakkının Sonradan Bir Anasözleşme Değişikliği ile Sınırlandırılmasının Anayasaya Aykırı Olmadığı Konusunda Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesinin Bir kararı, İkt.Mal., C. 23, s. 418 vd.

⁶⁰⁹ BAUMS, s. 125 dñn. 68.

veren şirketlere çok seyrek olarak rastlanabilmektedir⁶¹⁰. Kaldı ki, böyle bir sınırlamanın uygulamada çok kolayca aşılabileceği de bilinen bir gerçektir⁶¹¹.

Sonuç olarak, anonim şirketin sermaye yapısına ve bu bağlamada sermaye ile risk arasındaki doğal bağa ve oransallık ilkesine uymayan ve buna göre de anonim şirketler uygulamasında zaten fazla rağbet görmeyen ve hatta olması gereken hukuk açısından önlenilmesi tavsiye edilen⁶¹² böyle bir sınırlamanın, özellikle bazı pay sahiplerinin aleyhine olarak ana mukavele değişikliği yolu ile getirilmesi, kabul edilemez.

Burada son olarak, başlangıçta ana mukavele ile oy kullanımına yönelik üst sınırın öngörülmüş olduğu halde, sonradan mukavele değişikliği yolu ile böyle bir sınırlandırmanın ortadan kaldırılması durumunda, oy hakkı sınırlandırılmamış pay sahipleri açısından bir müktesep hakkın ihlali gerekçesiyle yapılan mukavele değişikliğinin hukuka aykırılığının ileri sürülebilip sürülemeyeceği sorusu da akla gelebilir. Zira böyle bir mukavele değişikliği sonucunda (öngörülen sınırın üzerinde oy hakkı sağlayacak kadar paya malik olmadıklarından dolayı) oy hakkı sınırlandırılmamış olan pay sahiplerinin oy gücünde bir azalma olacağı açıktır. Söz konusu durumda küçük pay sahiplerinin payları lehine bir ayrıcalık tanınmadığı ve bu yüzden de sırf bu nedenle yapılan mukavele değişikliğinin hukuka aykırı olmayacağı ileri

⁶¹⁰ Alman (bkz. BAUMS, s. 125), Belçika (WYMEERSCH, s. 38), ve İsveç (SKOG, s. 305) anonim şirketler hukukundaki uygulamalar buna örnek gösterilebilir.

⁶¹¹ Genel olarak bu hususta bkz. WYMEERSCH, s. 38; DRUEY, s. 377; TİMMERMAN, s. 223; KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 15; BAUMS, s. 126.

⁶¹² ARNOLD, s. 397.

sürülmüştür⁶¹³. Kanaatimizce, “yaşayan bir organizma” olan anonim şirketin ondan beklenen faydayı sağlayabilmes bakımından ana mukavelenin değiştirilebilirliği zaruri ve zorunlu olduğundan ve böyle bir zorunluluk söz konusu olduğu sürece, ana mukavelenin değiştirilebileceği kaçınılmazdır. İşte ele alınan bu son durum açısından anonim şirketin menfaat doğrultusunda, azami oy sınırının ortadan kaldırılması gereği oy hakkının anonim şirketlerde önemi ve sağladığı faydaları da gözönünde bulundurduğumuzda, kural olarak vuku bulması her zaman muhtemel olan bir durumdur. Dolayısıyla da böyle bir sözleşme değişikliği, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmediği sürece, hukuka uygun olacaktır.

2. Oy Hakkının Kademeli Olarak Sınırlandırılması

Oy hakkına getirilen sınırlamalarda bir diğer yöntem de, oy hakkının kademeli olarak da sınırlandırılması yöntemidir⁶¹⁴. Böyle bir yöntemin, ancak borsaya kayıtlı olmayan (tıpkı oy hakkına üst sınır getirilmesinde olduğu gibi) anonim şirketler bakımından geçerli olabileceği Alman POK'da (§ 134/I, c. 2 uyarınca) açıkça öngörülmüş bulunmaktadır⁶¹⁵. Söz konusu yöntemde, belirli bir tutardan sonra ortağın sahip olduğu payların kademeli olarak daha az oy hakkı vereceği öngörülmektedir. Yani bu yöntemde belirli bir sınıra ulaştıktan sonra, birden bire sınırın üzerinde kalan paylarla ilgili oy hakları bütünüyle ortadan kaldırılmamakta, fakat toplu bir sınırlandırılmaya gidilmektedir. Örneğin, ortağın 50 mln.

⁶¹³ Bkz. A. SIEVEKING, Stimmrechtsbeschränkung-Sonderrecht für die begünstigten Kleinaktionäre, MDR. Jhg. 22 Heft 2 (1968), s. 114-115 (TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 140 dñn. 17'den naklen).

⁶¹⁴ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 143 ve orada dñn. 32'de anılanlar; ÇEKER, s. 217 ve orada dñn. 151'de anılanlar.

⁶¹⁵ Bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 143; ÇEKER, s. 217 ve orada dñn. 153'de anılanlar.

TL.sına tekabül eden oranda paya sahip olması durumunda her payın bir oy hakkı, 50 mln TL. ile 100 mln. TL.sına tekabül eden paylar ile ilgili olarak her 3 payın bir oy, bundan sonraki mikdara tekabül eden paylar ile ilgili olarak ise, her 10 payın ancak bir oy hakkı vereceği ana mukavele ile öngörülmüşse, ortada kademeli bir oy sınırlandırılması durumu vardır.

Kademeli oy sınırlandırılması durumunda da aslında bir kısım paylardan kaynaklanan oy hakkının bütünüyle kullanılamaması durumu, sonuç itibariyle söz konusu olmaktadır. Bu yönü ile (yani bir kısım paylardan kaynaklanan oy hakkının bir nevi dondurulması suretiyle özüne dokunulması bakımından), oy hakkının kademeli olarak sınırlandırılması ile oy hakkına üst sınır getirilmesi usulü arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Farklılık, oy hakkına üst sınır getirilmesi halinde, söz konusu sınırın üstündeki payların bütününe oydan yoksun hale gelmesine mukabil, kademeli olarak sınırlandırma halinde, hem öngörülen belirli sınırların üzerindeki payların bütününe oydan yoksun hale gelmemesinde, hem de sınırlamanın sahip olunan tutara göre değişik ölçülerde olabilmesinde kendisi göstermektedir.

Yukarıda oy hakkına üst sınır getirilmesi usulünün geçerliliği ve yerindeliği hakkında yapılan açıklamalar, esasen aynen, oy hakkının kademeli olarak da sınırlandırılması bakımından da geçerli olduğundan⁶¹⁶ burada söz konusu hususlar üzerinde (tekrardan kaçınmak amacıyla) durulmayacak.

⁶¹⁶ Yalnız şunu ifade etmek gerekir ki, doktrinde, oy hakkının kademeli olarak sınırlandırılmasının pay sahiplerine eşit işlemde bulunma ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle kuruluşta olsa bile, bu tür ana mukavele hükümlerinin geçersiz sayılabileceği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir, bkz. **BAUMS**, s. 125 dpn. 68'de anılanlar; **ÇEKER**, , s. 217 dpn. 155'de anılanlar.

3. Her Pay Sahibine Bir Oy Hakkı Tanınması

Oy hakkının en fazla sınırlandırılması, bu yöntemle gerçekleştirilebilmektedir. Dikkat edilirse, bu durumda en düşük itibari değerli pay kategorisine ait olan tek bir payın itibari değeri, oy hakkının tavanı olarak öngörülmekte ve böylece ortak sayısı ile şirket genel kurulunda kullanılabilen azami oy sayısı eşit olmaktadır. Böyle bir sınırlandırmanın esasında, anonim şirketi şekillendiren, ona düzen veren ve sonra da bu düzeninin işleyişini sağlayan temel kavram, ilke ve kuralların doğasına aykırı olduğu ortadadır. Böyle bir sınırlandırmanın sadece anonim şirketlerdeki pay kavramı ile bağdaşmadığını göstermek, söz konusu sınırlandırma yönteminin anonim şirketlerin yapısına ne denli yabancı olduğunu tasavvur etmek bakımından kanaatimizce, yeterli olur. Bununla birlikte, çeşitli bazı ülke⁶¹⁷ hukuklarında oy hakkına böyle bir sınırlandırmanın getirilebileceği, sözü edilen ülkelere ilişkin doktrindeki bir kısım yazarlarca, ileri sürülmektedir. Yalnız şu kadarını ifade edelim ki, çok daha yaygın bir yöntem olan ve hatta açıkça yasal düzenlemelere

⁶¹⁷ Bu açıdan Alman (bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 144 dnp. 37'de anılanlar), ve İsviçre (bkz. ÇEKER, , s. 218 dnp. 158'de anılanlar) hukuklarını örnek olarak göstermek mümkün. Ne var ki, özellikle Alman hukuku bakımından bu görüşü anlamak kanaatimizce, çok zordur. Zira bu ülke hukukunda oyda imtiyaz yasaklanmıştır, üstelik bu yasağın resmî gerekçesi, "oyda imtiyazın, sermayeye katılım ile oy arasında dengesizliği neden olması ve bu yüzden de piyasanın ihtiyaçlarına cevap vermemesi ve pay sahiplerinin de işletme üzerindeki kontrolünü zayıflatması" şeklindedir (bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 78 ve orada dnp. 154) Halbuki, adam başına bir oy kuralı benimsenilecek olursa, hem oyda imtiyaz kaçınılmaz olacak, hem de ortağın sermayeye katılım oranı ne kadar az olursa, oyda imtiyazının oranı bir o kadar yüksek olacak ki, bu da pay sahiplerinin işletme üzerindeki kontrolünü zayıflatma açısından belki de düşünülebilecek en kötü yöntemdir. Zira, bu yöntem sonucunda, sermayeye katılım oranı arttıkça, sermayeye katılım oranları düşük olanların oyda imtiyazı bir o kadar artmış olur ki, bu da aslında anonim şirket sermayesinin bir nevi sahipsizleştirilmesi demektir.

konu olan oy hakkına üst sınır getirilmesi yöntemi bile, uygulamada pek rağbet görmediği halde, oy hakkını neredeyse hiçe indiren bir sınırlandırma yöntemi olan “adam başına bir oy” yönteminin uygulamada anonim şirketler tarafından benimsenilmesi, pek olası bir vakıa değildir.

4. Oy Hakkının Donması

Anonim şirketler hukukunda öyle bir takım durumlar söz konusu olabilmektedir ki, bu zaman hal icabı, bir kısım paylardan ileri gelen ortaksal haklar esasen dondurulmaktadır. İşte bu tür durumlarda, söz konusu paylarla ilgili diğer ortaksal haklar gibi oy hakkı da donar. Oy hakkının donması demek, aslında donan paylarla ilgili oy haklarının, donma süresince sürekli ve genel bir şekilde (yani bütün meseleler bakımından) kullanılamaması, daha doğrusu ortadan kaldırılması demektir⁶¹⁸.

Anonim şirket paylarının donmasına neden olan haller, genelde yasal olarak açıkça düzenlenmeye tabi tutulurlar. Donmayı gerekli kılan halleri ayrı ayrılıkta ele alalım.

a. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi Halinde

Şunu baştan belirtelim ki, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi, kural olarak yasaktır⁶¹⁹. Yasağın

⁶¹⁸ Oy hakkının donması kavramı ile ilgili olarak bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 58 vd; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 988; ÇEKER, s. 209.

⁶¹⁹ Yalnız şunu ifade edelim ki, Anglo-Amerikan hukukunda genel olarak açıkça böyle bir yasak olmasa da kapalı tipli anonim şirketler bakımından böyle bir yasak ABD hukuku bakımından da söz konusudur, bkz. Del.Gen.Corp. L § 342(a)(1). Burada esasında konumuz bakımından asıl önem arz eden husus, Anglo- Amerikan hukukunda anonim şirket tarafından kendi payları iktisap edildiğinde bu paylar bakımından oy hakkının kullanılabiliyor kullanılamayacağı hususudur. ABD’de, her federe devletin esasen ayrı bir hukuku olmasına rağmen, bu tür payların (ki buna “treasury shares” denilmektedir) şirket tarafından devredilmediği sürece, genel kurulda temsil edilemeyeceği kesin bir şekilde kabul edilmektedir. Keza aynı durum

gerekçesi hakkında doktrinde çeşitli esaslar gösterilmektedir. Şöyle ki, yaygın olan bir görüşe⁶²⁰ göre, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, sermayeden geri ödeme niteliğindedir ki, bu da anonim şirket tüzel kişiliği, pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının zarara uğramasına neden olabilir.

Bundan başka, yasağın gerekçesinin sermayenin geri ödenmesini önlemeden ziyade, pay sahiplerini korumak olduğu⁶²¹ veya anonim şirketin kendi payları ile çeşitli bors oyunlarına girmesini önleme, rizikonun pay sahiplerini sırtından alınıp anonim şirkete yüklenmesine imkân vermemek ve rizikosuz hakimiyet sağlamak yollarını tıkamak olduğu⁶² yönünde de görüşler⁶²³ bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, yasağın gerekçesi hususunda doktrinde tam bir fikir birliği olmasa da, genel olarak denilebilir ki ortaklık malvarlığını koruma amacının güdüldüğü hususundaki görüşler birleşmektedirler. Gerçekten, yasağın gerekçeleri hakkında verilen izahatlardan da anlaşılacağı üzere amaç anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan (örneğin payların piyasa değerinin düşmesi halinde olduğu gibi) zarar görmesini

İngiliz hukuk bakımından da geçerlidir, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 142 ve özellikle 162. Bu hususta v ayrıca söz konusu payların şirketçe devralınması durumu ile ilgili bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 656, 659; Ayrıca bkz. Del.Gen.Corp. L § 251 (f) ve **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 140 vd.

⁶²⁰ **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 55 dnp.6 ve 59, dnp. 24 ve 25; **CH GREYERZ**, Die Aktiengesellschaft, intifa hakkı: Schweizerische Privatrecht, Basel 1982, s. 138 (**TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N 833'ten naklen); **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 275; **ÇEKER**, s. 210

⁶²¹ Bu yöndeki görüş için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 55.

⁶²² **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 833.

⁶²³ Başkaca görüşler için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 56 ve orada dnp 12'de belirtilen kaynak.

önlmek ve bununla da pay sahiplerinin (kâr payının azalması ve/veya haiz oldukları payların değerinin azalması şeklinde) ve şirket alacaklılarının (örneğin, bu yüzden payın gerçek değeri hakkında yanlışlığa düşerek anonim şirkete 3. kişilerce kredi verilmesi şeklinde) aleyhine bu yüzden doğabilecek zararlara meydan verilmemesidir⁶²⁴. Bütün bunlara rağmen, istisnaen, bazı hallerde anonim şirkete kendi paylarını geçici olarak iktisap etmesine hukuken imkân tanınmaktadır⁶²⁵. İşte böyle bir durumda anonim şirketin iktisap ettiği paylar bakımından oy hakkı donmaktadır.

Donma durumunda, bunun ne gibi hukuki sonuçlara neden olacağı hususunda hukuki düzenlemeler arasında farklılıklar söz konusu olabilirse de⁶²⁶, oy hakkı ve buna bağlı hakların donacağı hususunda düzenlemeler arasında farklılıklar görülmektedir. Oy hakkının donması bakımından böyle tekdüze kuralların bulunmasının doğal sebebi, genel kuruldaki oy gücü oranının şirket organları tarafından suni yolla etkilenmesini önlemektir. Aksi halde, şirket yöneticilerine bu

⁶²⁴ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 56 ve orada dpn. 13.

⁶²⁵ Söz konusu hallerle ilgili olarak bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 58 vd.

⁶²⁶ Örneğin Türk Hukukunda anonim şirketçe iktisap edilen payların genel kurulda temsili ile ilgili ortaksal haklar dışındaki diğer ortaksal haklar donmaz, buna mukabil, örneğin Azerbaycan hukukunda (Az.MK. m. 105-1.5) bunlara ilaveten iktisap edilen paylarla ilgili kâr payının da söz konusu olamayacağı, Alman (POK § 71/VI, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 60) ve İngiliz (CHARLESWORTH/MORSE, s. 162; www.companylawclub.co.uk/members/topics/faq053) hukuklarında ise, her türlü hakların donacağı öngörülmektedir. Keza, İngiliz hukukunda anonim şirketlerin borsada kendi paylarının alım satım işlemlerine girişmesi de yasaktır, CHARLESWORTH/MORSE, s. 142. Bundan başka, İsviçre hukukunda anonim şirket, yeterli kaynağa sahip olması kaydıyla esas sermayenin %10'na kadar kendi paylarını iktisap edebilir ama, iktisap edilen paylarla ilgili oy hakkı ve buna bağlı haklar donar, bkz. NOBEL, s. 316; ÇEKER, s. 210.

paylarla ilgili oyları kendi inisiyatifleri doğrultusunda rahatlıkla kullanabilmelerine cevaz verilmiş olacak ki, bunu da adaletsiz olacağı ortadadır. Çünkü, evvela anonim şirketlerde hakim ilkelerden olan “konulan sermayeye göre his sahibi olma ilkesi”ne aykırı olarak, şirket yöneticileri bizzat karşılığını ödemedikleri halde bu paylarla ilgili oyları (görünürde şirket adına olsa bile) kullanma hakkını el geçirmiş olacaklar. İkincisi de ki, böyle bir donma hal öngörülmezse, hakim sermaye çoğunluğunun gücüne azınlık aleyhine haklı bir neden olmadan ilave güç eklenmiş olacak ki (zira, anonim şirketlerin sermaye yapısı gereği, şirket yönetim hakim sermaye çoğunluğunun elinde bulunur), bunun da hakkaniyetle bağdaşmadığını ilaveten şerh etmeye ihtiyaç dahil bulunmadığı açıktır.

b. Bağlı İşletmelerde

İki anonim şirket arasında ana ortaklık - yavru ortaklık ilişkisi olduğunda, yavru ortaklığın ana ortaklığa ait payları iktisap etmesi halinde, biraz yukarıda bahsi geçen anlamda şirketçi kendi paylarının iktisabı durumu, özellikle de iktisap konusu paylarla ilgili oy hakkının donup donmayacağı sorusu, şirketçi hukuku alanında cevaplandırılması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Azerbaycan hukukunda bu tür bağlı şirketlerle ilgili iki özel hüküm bulunmasına rağmen, burada ele alınan hususla ilgili herhangi bir düzenlemenin⁶²⁷ olmaması, sorunun Azerbaycan hukuku bakımından önemin daha da artırmaktadır.

Az.MK. m. 67'ye göre, yavru-ana ortaklık ilişkisi mevcut zaman söz konusu olabilir ki, bir ortaklık (ana ortaklık), diğer ortaklığın (yavru ortaklığın) esas sermayesine ya üstün katılım

⁶²⁷ İlginçtir ki, Az.MK'da işletmeler arasında bağlılık düzeyi esas alınarak tanımlayıcı düzenlemelere yer verilmiş olduğu halde, işletmeler arasında bağlılık durumu olunca bunun ne gibi hukuki sonuçlara neden olacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

nedeniyle, ya da aralarında bağlamış oldukları mukavele gereğince, onun (yavru ortaklığın) adına karar alma imkân ve yetkisini haiz bulunmaktadır⁶²⁸. Az.MK. m. 68'e göre ise, bir şirketin (Limited ve veya anonim) esas sermayesinin %20'den fazlası bir başka şirkete ait ise, o şirket (paylarının %20'den fazlası başka şirkete ait olan) bir bağlı işletme durumundadır.

Görüldüğü üzere, ortada bir yavru-ana ortaklık ilişkisi söz konusu olduğunda, şekli olarak birbirinden ayrı iki hukuki kişiliğin varlığından söz edilebilirse de, bu durumda haddizatında, yavru ortaklığın bağımsız bir iradesinden ve bağımsız bir yönetime sahip olmasından söz edilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla da yavru ortaklığa ait paylar üzerinde, ana ortaklık yönetim yetkisini haiz bulunmaktadır. Özellikle, ana ortaklık, yavru ortaklığın esas sermayesine üstün bir şekilde katıldığında, yavru ortaklığın paylarının, aslında ana ortaklığın kendi payları olduğu, çok açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Hal böyle olunca, ister bir anlaşma gereği, isterse de, esas sermayeye üstün katılım nedeniyle olsun, yavru-ana ortaklık ilişkisi bulunduğu durumlarda, yavru ortaklık ana ortaklığa ait payları iktisap ederse, bu paylarla ilgili oylar donar, yani söz konusu paylar ana ortaklık genel kurulunda temsil edilemez. Aksi halde, ana ortaklığın yönetimini elinde bulunduranlar, ana ortaklık paylarını, yavru ortaklık aracılığıyla alıp, ana ortaklık genel kurulunda kendi yönetimlerinin etkinliğini rahatlıkla güçlendirmelerine imkân sağlanmış olur ki, bunun da anonim ortaklıklar hukukunda söz konusu olan oy hakkının dondurulmasına yönelik kuralların öngörülme amacına aykırı olduğu ortadadır. İsviçre Federal Mahkemesinin konu ile ilgili daha 1943 tarihinde vermiş olduğu bir kararında⁶²⁹ da isabetle

⁶²⁸ İngiliz hukukunda yavru-ana ortaklık ilişkisinin söz konusu olabileceği haller ile ilgili etraflı açıklama için bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 137-138.

⁶²⁹ Bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 63 ve orada dpn. 36.

belirtildiği gibi, böyle bir durumda donma hali kabul edilmezse, yavru ortaklık sadece ana ortaklığın paylarını elinde tutmak ve ona (ana ortaklık yönetimine) genel kurulda istediği oy gücünü sağlamak amacıyla ile de kurulabilecek ve bu durumda sonuçta oy hakkının donmasına ilişkin kuralların önemi yitirmesine ve oy hakkının dondurulması ile önlenmesi istene zararlıdır. Şirket, şirket alacaklılarının ve pay sahiplerini korumasız bırakılmasına neden olabilir.

İşte bütün bunları göz önünde bulundurduğumuzda yukarıda ifade edilen anlamda yavru-ana ortaklık ilişkisi söz konusu ise, yavru ortaklık tarafından ana ortaklığa ait payların iktisap edilmesi, bu paylarla ilgili oy hakkının, ister kanunda açıkça bu hususta özel bir hüküm bulunsun⁶³⁰, isterse de bulunmasın⁶³¹, donmasına neden olacağı yönünde bir sonuç varılmasının kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır⁶³².

Ayrıca, burada bir hususu da ifade etmede fayda mülâhaza ediyoruz, şöyle ki, esas sermayeye üstün katılımla nedeniyle yavru-ana ortaklık ilişkisi meydana gelmişse, bu zaman anonim ortaklığın kendi payını iktisap yasağı yavru ortaklığın ana ortaklığa ait payları almasına da ait olacak. Zira bu durumda, yavru ortaklıkça alınan paylar, ekonomik bağımlılı nedeniyle gerçekte ana ortaklığın kendi payları niteliğindedir. Kaldı ki bu durum, genel kurulda kullanılacak hakları

⁶³⁰ Örneğin, Alman (POK § 136/II. Bu hükmün şerhi ve resmi gerekçesi ile ilgili olarak bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 65 ve orada dpn. 43-44 İsviçre (İsv. BK. m. 659b, bkz. ÇEKER, s. 211-212 ve orada dpn. 126 Hollanda (B.W. section 2: 118/228, bkz. TİMMERMAN, s. 223), İngiltere (ŞK. m. 129, bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 162 ve orada dpn. 31 ve ABD [bkz. Del. Gen. Corp. L. § 160(c)] hukuklarında olduğu gibi.

⁶³¹ Örneğin, Türk ve Azerbaycan hukuklarında olduğu gibi.

⁶³² Aynı yönde bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 64 dpn. 39 ve s. 6 TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 843a ve orada anılanlar; ÇEKER s. 212.

adaletsizliğe neden olmakla birlikte, sınırlı sorumluluk ilkesinin güvencesi olan sermayenin, köpükleştirilmesine ve 3. kişilerinin yanıtılmasına da neden olabilmektedir. Bütün bunlar da, bu şekilde pay alımının, anonim şirketin kendi paylarını edinme yasağının kapsamına girdiğini gösterir⁶³³.

Fakat, mukavele gereğince yavru-ana ortaklık ilişkisi, esas sermayeye katılma sonucunda değil de, bir mukavele sonucu ortaya çıkmış bulunuyorsa, (örneğin kredi kurumunun vermiş olduğu krediyi güvence altına almak amacıyla kredi alanla bu konuda - yani kredi verenin kredi alanın yönetiminde söz hakkı olması hususunda - bir mukavele bağlaması halinde olduğu gibi), yavru ortaklıkça (örneğin. kredi alanın) ana ortaklığa (kredi verene) ait payları alması, “anonim şirketin kendi paylarını edinme yasağının” kapsamına girmeyeceği, kabul edilmelidir. Zira bu son halde, yavru ortaklığın ana ortaklıkla birlikte bir ekonomik varlık oluşturduğunu ve böylece, yavru ortaklığa ait paylar üzerinde ana ortaklığın mülkiyet hakkının olduğu ileri sürülemez. Ancak, bu son halde de, yavru ortaklıkça iktisap edilen payların yönetimi ana ortaklık yönetiminin iradesi etkisinde olduğundan, söz konusu paylarla ilgili'oy haklarının ana ortaklık genel kurulunda temsil olunamayacağı, yani donacağı doğal olarak kabul edilmektedir⁶³⁴.

⁶³³ Bu hususta bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 137-138. Ayrıca bkz. d.pn. 632'de anılan eserler.

⁶³⁴ Aynı husus, İsviçre de açıkça yasa hükmüne bağlanmadan önce de doktrinde kabul edilmekte idi (bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 64), sonradan 1991 yılında yapılan yasa değişikliği ile bu husus Alman hukukunda olduğu gibi, açık kanun hükmüne bağlanmıştır, bkz. ÇEKER, s. 210 vd. Keza Türk hukukunda da açık bir kanun hükmü bulunmasa da, söz konusu durumda oy hakkının donacağı hususunda fikir birliği vardır, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 65; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 843a; ÇEKER, s. 212. keza, Örneğin, Alman (POK § 136/II. Bu hükmün şerhi ve resmi gerekçesi ile ilgili olarak bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 65 ve orada d.pn. 43-44), Avusturya (bkz. KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 12),

Burada son olarak, yavru-ana ortaklık durumunun ortaya çıkmasına neden olmayacak boyutta bir katılma halinin varlığı halinde ne gibi bir sonuca varılacağı hususu üzerinde de durma gerekmektedir.

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, “bağlı işletme kavramına açıklık getirmeğe yönelik olan Az.MK. m. 68’de bir şirketin (Limited ve veya anonim) esas sermayesini %20’den fazlası bir başka şirkete ait ise, o şirket (paylarını %20’den fazlası başka şirkete ait olan) bir bağlı işletme durumundadır denilmekle, aslında yavru-ana ortaklık durumunu ortaya çıkarmayacak boyutta (çünkü, katılımlar sayesinde bağlı işletmenin kararını belirleme imkânı elç edilmiş olursa, ortada yavru-ana ortaklık ilişkisi söz konusu olacak ki, bu da zaten ilgili kanunun bir önceki maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır) tek taraflı bir katılma, düzenleme konusu yapılmıştır. Ayrıca, ilgili madde hükmünde, başka şirkete ait sermayenin % 20’den fazlasına sahip olan işletme bu durumu, derhal yazılı olarak duyurmakla yükümlü kılınmıştır⁶³⁵.

Bu durumda bağlı işletmeler bakımından oy hakkını donup donmayacağı sorusuna, kural olarak “donmaz” diye cevap vermemiz gerekecek. Zira ortada yavru-ana ortaklık durumunu intaç edecek derecede bir bağımlılık söz konusu değildir. Yalnız kural olarak diyoruz, çünkü ilgili kanun maddesi, yazılı duyuru yükümlülüğünü yerine getirmemeni

İsviçre (İsv. BK. m. 659b, bkz. ÇEKER, , s. 211-212 ve orada dph. 12) Hollanda (B.W. section 2: 118/228, bkz. TİMMERMAN, s. 223), Portekiz (ŞK. m. 381 (bkz. ANTUNES, s. 250), İngiliz (ŞK. m. 129, bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 137 ve 162 orada dph. 30)) ve AB [bkz. Del. Gen. Corp. L. § 160(c)] hukuklarında bu yönde açık kanun hükümleri bulunmaktadır.

⁶³⁵ Bağlı işletme kavramı bakımından ölçüler ülkeden ülkeye değişikli arzedebilir, örneğin, Alman hukukunda bu oran % 25, Portekiz hukukunda ise % 10 olarak öngörülmüştür (bkz. ANTUNES, s. 245 dph. 91).

hukuki sonuçlarını düzenlemiş değildir. Halbuki, hükme kaynaklık eden Alman hukukunda söz konusu işletmelerin böyle bir yükümlülüğü yerine getirmemeleri halinde, sahip oldukları paylarla ilgili oy hakkının donacağı açıkça yasal olarak belirtilmiştir⁶³⁶.

Karşılıklı katılma durumu ve bunun ne gibi hukuki neticelere neden olabileceği ile hususu ile ilgili, Azerbaycan mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mevcut hukuki durumda, karşılaşılabilecek konu ile ilgili muhtemel sorunlara ancak kıyas yönteminin uygulanması ile çözüm aranabilir.

B. OY HAKKININ KULLANIMINA YÖNELİK SINIRLAMALAR

Bu başlık altında ele alınacak olan sınırlamalar, esasen oy hakkının özüne yönelik değil, onun kullanılmasına yöneliktir. Karşılaştırmalı hukukta, söz konusu sınırlamaların yasal düzenlemelerde bir zorunluluk olarak öngörüldüğüne rastlanılabileceği gibi, yasalarda yer almadığı halde, şirket ana mukavelesi ile ihtiyari olarak da (aksine emredici hukuk kuralı olmayan ülke hukuklarında) öngörülebildiğine rastlamak mümkündür.

Oy hakkının kullanılmasına yönelik sınırlamaların bir kısmı, belirli gündem konularına ilişkin olduğu halde, diğer bir kısmı her türlü gündem maddeleri bakımından söz konusu olabilmektedir. Aşağıda konuya ilişkin açıklama, bu ayırım göz önünde bulundurularak yapılamaya çalışılacaktır.

⁶³⁶ Az.MK. m. 67 ve 68'de yer alan hükümler, esasen Alman POK § 20'de düzenlenmiştir, konu ile ilgili açıklamalar için bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 67 ve orada dpn. 49-50.

1. Oy Hakkının Belirli Gündem Maddelerine İlişkin Olarak Kullanılamaması

Oy hakkının kullanılmasına yönelik getirilen bu tür kısıtlamalar, esasen oy hakkı sahibi ile anonim şirket menfaatinin karşı karşıya gelebileceği durumlarda söz konusu olmaktadır. Yani, oy hakkı sahibinin kendi oyunu kullanması durumunda, kişisel menfaatini anonim şirket menfaatine tercih etmesini önlemek için, bu tür sınırlamalara gidilmektedir. İşte oy hakkı sahibi ile anonim şirket menfaatinin karşı karşıya gelebileceği başlıca durumlar şunlardır:

a. Para Dışında Konulan Sermayeye Değer Biçilmesinde

Bilindiği üzere, anonim şirketler kural olarak 3. kişilere karşı olan borçlarından, ancak kendi malvarlığı ile sorumludurlar. Keza, anonim şirket ortaklarının da asli borcu, taahhüt ettikleri sermaye payları bedellerini ödemektir. Böylece, en azından anonim şirketler hukukunda ortaklığın ve ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesi (“en azından” diyoruz, çünkü anonim şirket mamelekinin korunması sadece bu sebeple değil, başka sebeplerle de, örneğin anonim şirketlerin ülkenin ekonomik hayatında önemli rol oynaması gibi diğer nedenler de söz konusu olabilmektedir) geçerli olduğundan, anonim şirket sermayesinin özel olarak korunması zarureti vardır⁶³⁷.

Pay sahipleri, taahhüt ettikleri pay bedelini para şeklinde ödeyebilecekleri gibi, para dışındaki malvarlığı değerleri ile de ödeyebilirler (Az.MK. m. 64.8; 98.11.1; 103.1). Ortaklarca verilen bu aynı sermayeye para üzerinden değer biçilerek, taahhüt edilen pay bedellerini karşılayıp karşılamadığı tespit edilir. Böylece, aynı sermaye değeri de tıpkı nakdi sermaye tutarı gibi esas sermayenin bir parçasını teşkil etmekte ve

⁶³⁷ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 24.

dolayısıyla da pay sahipleri ve şirket alacaklıları bakımından teminat işlevini haiz olmaktadır. Hal böyle olunca, taahhüt edilen payların bedellerinin ödenilmesi için verilen aynı sermayeye para üzerinden değer biçilirken, gerçek değerinin üzerinde bir değer biçilecek olursa, haddizatında bir kısım paylar karşılıksız kalmış olacaktır ki, bu da esas sermayenin natamam kalması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir sonuç ise, hem kuruluşta taahhüt ettikleri pay bedellerini tam ödeyen ortakların sahip oldukları payların değerinin azalmasına, hem şirket alacaklılarının yanılmasına ve teminatlarının azalmasına, hem de şirketin fiilen ödenmeyen bir sermayeye (karşılıksız kalan payların sahiplerine) faiz vermek ve tasfiye sırasında da karşılıksız payların bedellerini ödemek zorunda kalması demektir⁶³⁸.

İşte, söz konusu olabilecek bu tür sakıncaların önlenmesi için anonim şirketler hukukunda çeşitli tedbirler öngörülmektedir. Şöyle ki, örneğin aynı sermayeye değer biçilmesi hususunda genel kurulca karar alınması durumu söz konusu olduğunda, aynı sermaye getiren ortaklar bu konuda alınacak karara iştirak edemeyecekleri, diğer bir ifade ile söz konusu mesele ile ilgili kararların alınmasında oy haklarını kullanamayacakları şeklinde bir sınırlama, bazen emredici bir kanun hükmü ile de öngörülebilmektedir⁶³⁹.

⁶³⁸ Bu hususla ilgili geniş açıklama için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 26 vd.

⁶³⁹ Örneğin Türk (bkz. TTK. m. 291) ve Fransız (**GUYON**, s. 103) hukuklarında olduğu gibi. Doktrinde, bir ortağın hem aynı sermaye hem de nakdi sermaye getirmesi halinde oy hakkından yoksunluğun sadece aynı sermaye karışılığı paylar bakımından mı, yoksa hem aynı, hem de nakdi sermaye karışılığı olan paylarının bütünü bakımından söz konusu olup olmayacağı üzerinde durulmuştur (konu ile ilgili İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 44-45). *Teoman*, oydan yoksunluğun sadece aynı sermaye karışılığı olan paylar bakımından söz

Böyle bir sınırlamanın söz konusu olmadığı hallerde ise, aynı sermayenin değerlendirilmesi (sadece pay sahiplerinin inisiyatifine bırakılmamakta), ayrıca özel bir resmi usul çerçevesinde gerçekleştirilmektedir⁶⁴⁰.

Söz konusu tedbirlerle ilgili olarak Azerbaycan hukukunda yürürlükte olan düzenlemeler kapsamında ne gibi bir durumun geçerli olacağını burada tespit etmede fayda vardır. Bu hususla ilgili düzenlemelerin ilki, Az.MK. m. 64.9'da yer almaktadır. Sermaye şirketleri ile ilgili yer alan genel nitelikteki söz konusu düzenleme, aynen şöyledir: "ortakların getirdikleri sermayeye para ile değer biçilmesi, şirketin kurucuları (ortakları) arasındaki razılaşma esasında ve bağımsız yeminli muhasiplerin denetimi ile gerçekleştirilir". Keza, gene Az.MK. m. 98.11.1'e göre, kuruluş genel kurulu pay bedellerinin ödenilmesine yönelik para dışındaki malvarlığı haklarının değerini tasdik eder ve aynı kanunun 98.12 madde hükmü gereğince, böyle bir tasdik oybirliği ile

konusu olacağını, zira hile halinde ilgili pay sahibinin sorumlu tutulmasının bu hususta yeterli bir güvence sağladığı, hile olmasa bile iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle iptal davası açma imkânının da gözardı edilemeyeceği, ayrıca aksi durumun kabulünün eşitlik ilkesine aykırı olacağını ileri sürmektedir (bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 45-46). Buna karşılık, **Çeker**, oydan yoksunluğa ilişkin kuralın amacının aynı sermaye taahhüdünde bulunan ortağın, bu sermayeye değer biçilmesine ilişkin kararla rda genel kurulun objektif bir değerlendirme yapmasını ve bu husustaki genel kurul kararının diğer pay sahiplerince alınmasını sağlamak olduğu, bu nedenle de söz konusu ortağın bütün paylardan doğan oy haklarını kullanmayacağını ifade etmektedir (bkz. **ÇEKER**, , s. 200). Kanaatimizce, Çeker'in görüşü, mevcut yasal düzenleme ile daha çok uyum içerisindedir.

⁶⁴⁰ Örneğin, İsviçre hukukunda (bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 35) ani kuruluş bakımından Türk hukukunda (TTK.m. 291) ve ABD hukukunda ekseriyet itibarıyla (bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 625) böyle bir usul uygulanmaktadır.

gerçekleştirilir⁶⁴¹. Nihayet, Az.MK. m. 103.1’de ise, “anonim şirketin kuruluşu sırasında aynı sermayenin değeri, kuruluş genel kurul kararı ile, anonim şirket kurulduktan sonra ise, anonim şirketin genel kurul kararı ile belirlenir” denilmektedir.

Görüldüğü üzere, genel olarak sermaye ortaklıkları ile ilgili 64.9 madde hükmünde, aynı sermayeye değer biçilmesi bakımından bir taraftan kurucular ve ortakların mutabakatı aranmış, diğer taraftan ise, söz konusu değerlendirmenin ayrıca bağımsız yeminli muhasepler tarafından da yapılması aranmıştır. Halbuki, anonim şirketler ile ilgili özel hükümlerde bir taraftan aynı sermayenin değerinin belirlenmesi bakımından sadece kuruluşta kuruluş genel kurulunun, kuruluşta sonra (yani sermaye artırımında) ise, şirket genel kurulunun kararından söz edilmiş, bağımsız yeminli muhaseplerin denetiminden ise hiç söz edilmemiş, diğer taraftan ise, sermaye artırımında aynı sermayenin değerinin belirlenmesine ilişkin genel kurulun hangi nisapla karar alacağı özel olarak belirtilmemiştir. Bu durumda akla şu iki soru gelebilir: birincisi, anonim şirketler bakımından aynı sermayeye değer biçilirken, ayrıca bağımsız yeminli muhaseplerin denetimi de bir şart olarak aranır mı, ikinci olarak da, sermaye artırımı sırasında aynı sermayenin değerinin belirlenmesini şirket genel kurulu hangi nisapla gerçekleştirecek?

Birinci sorunun cevabı ile ilgili olarak diyebiliriz ki, sermaye şirketleri hakkındaki Az.MK. m. 64.9 hükmü, en katı sermaye şirketi olan anonim şirketlere de doğal olarak uygulanacak. Anonim şirketler ile ilgili hükümlerde bağımsız muhaseplerden söz edilmemesi olumsuz bir düzenleme olarak kabul etmek, hem kanunun sistematığına, hem de menfaatler dengesine aykırı olur. Kanunun sistematığına aykırı olur,

⁶⁴¹ Az.MK. m. 98.10 hükmü gereğince, kuruluş genel kurulu, ancak bütün kurucuların veya yetkili temsilcilerinin hazır bulunması halinde toplanmış sayılır.

çünkü bir diğer sermaye şirketi olan limited şirketlerle ilgili özel hükümler içerisinde (Az.MK. m. 87.5.1 ve 90.7) de bağımsız muhasip denetiminden söz edilmediğine göre, böyle bir yorum kabul edilecek olursa, Az.MK. m. 64.9 hükmü adeta anlamsızlaşacak. Ayrıca, bu şekilde bir yorumlama kabul edildiğinde, yukarıda dile getirilen sakıncalara karşı doğru dürüst önlem de alınmamış olacak ki, bunun hem sermaye şirketleri ve özellikle de anonim şirketler hakkında geçerli olan ve açık kanun hükmüne bağlanan (Az.MK. m. 98.3 ve 103.2-4) sınırlı sorumluluk ilkesine, hem de menfaatler dengesine uymadığı açıktır. Zaten uygulamada da, ister kuruluştaki, isterse de sermaye artırımlarında aynı sermaye söz konusu olduğunda, bağımsız muhasip raporu, tescil organlarınca bir ön şart olarak aranmaktadır.

İkinci sorunun cevabı bakımından ise, konunun ayrıntılarına girmeden, mevcut durumu genel hatları ile aşağıdaki gibi tespit edebiliriz.

Az.MK. m. 64.9'da, "ortakların getirdikleri sermayeye para ile değer biçilmesi, şirketin kurucuları (ortakları) arasındaki razılaşma esasında ... gerçekleştirilir" denilmekle konu ile ilgili kararın bütün pay sahiplerinin oybirliğine varması ile alınabileceği, diğer bir ifade ile, söz konusu meselede her bir pay sahibinin veto hakkı bulunduğu, bunu şirket genel kurulundaki karar yetersayıları ile ilgili Az.MK. m. 107-5.1 hükmünde "kanunda veya şirket ana mukavelesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, genel kurulda karar basit oy çoğunluğu ile alınır" şeklindeki düzenleme ile de teyit edildiği düşünülebilirse de, kanaatimizce, böyle bir yaklaşım, amacı aşan bir yorumlama olup, kabul edilemez. Zira bir kere, aynı sermayeye değer biçilmesi ile ilgili koruyucu bir tedbir olarak genel kurul kararından başka, bağımsız profesyonel muhasipler tarafından aynı sermayeye değer biçilmesi, yasal bir zorunluluk olarak öngörülmüş bulunmaktadır.

Ayrıca, ilgili genel kurul kararı hakkında her bir pay sahibinin mahkemede dava açma hakkı da bulunmaktadır. Bütün bunlara rağmen, bir de her bir ortağa, sahip olduğu pay sayısı ve sermayeye katılma oranından asılı olmayarak, veto hakkını tanımak, tamamen gereksiz bir şekilde aynı sermaye yatırımını (ve böylece aynı zamanda hem de aynı sermaye yatırımını öngören yasa hükümlerinin uygulanmasını) neredeyse, imkânsız kılmak demektir. Bunun ise, hem şirketleşmenin teşvikine yönelik genel politikaya, hem menfaatler dengesine, hem de aynı sermaye yatırımını öngören yasa hükümlerinin ruhuna ve anonim şirketlerdeki çoğunluk ilkesi ile sermayeye göre hak ilkesine uymadığı açıktır.

Kaldı ki, Az.MK. m. 64.9'da, "şirketin kurucuları (ortakları) arasındaki razılaşma" ibaresine, illa da bütün şirket ortaklarının aynı istikamette oy kullanmaları gerektiği şeklinde anlam vermek mecburiyeti de söz konusu değildir. Zira, genel kurul kararı, aslında şirket tüzelkişiliği çerçevesinde pay sahiplerinin belirli bir konuda "razılığa" geldiklerinin ifadesidir.

Dolayısıyla da sonuç olarak, sermaye artırımı sırasında aynı sermaye değerinin belirlenmesine ilişkin şirket genel kurulu kararı, aksine ana mukavele hükmü bulunmadığı sürece, basit oy çoğunluğu ile alınabilir.

Doktrinde, kurucular tarafından kuruluş veya sermaye artırımı sırasında aynı sermayenin koyulması düşünüldüğü halde, aynı sermayenin konulması ile ilgili usul ve tedbirlerden yayılmak için nakdi sermaye kuruluşunun seçilerek tescili kolayca sağladıktan kısa bir süre sonra, ortakların pay bedelleri olarak ödedikleri nakdi katılma tutarlarının şirket tarafından kendilerine iade edilip bunun karşılığında ayınların gerçek değerlerinin üzerinde bir değerle alınması gibi dolambaçlı yollara başvurulduğu ve başvurulabileceği hususu üzerinde,

haklı olarak, durulmuştur⁶⁴². Konu Azerbaycan hukuku bakımından da büyük önemi haizdir. Şöyle ki, bu bir gerçek ki, yeni kurulmuş bir anonim şirkette yönetim organı ya kuruculardan, ya da kurucular tarafından tayin edilen ve kuruculara tabi olan kimselerden oluşmakta ve dolayısıyla da söz konusu hileli yöntem hakkında ilgili taraflarca anlaşmanın sağlanması ve uygulanması çok kolaydır. Durumun bu merkezde olmasına rağmen, Azerbaycan hukukunda bu hususta yasal olarak açık bir önlem öngörülmüş değildir. Bu durumda, yani mevsuf kuruluşa ilişkin hükümlerden bu şekilde yayınılması halinde, nasıl bir hukuki çözüme varılması gerektiği sorusu ile karşılaşılmaktadır. Tarafların daha baştan, tescil gerçekleşmeden önce, mevsuf kuruluşa ilişkin hükümlerden yayınma niyeti taşımış oldukları tespit olunabilirse, ortada bir muvazaa durumunun tespiti söz konusu olduğundan, mantiken muvazaa hükümleri uygulanacaktır.

Ne var ki, doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi⁶⁴³ tarafların daha baştan, tescil gerçekleşmeden önce, mevsuf kuruluşa ilişkin hükümlerden yayınma niyeti taşımış olduklarının ispatı çok zordur. Şayet bu ispat edilemezse veya gerçekten nakdi kuruluş istenmiş olmasına rağmen, sonradan ortaklarca pay bedelleri olarak ödenen nakdi katılma tutarlarının şirket tarafından kendilerine iade edilip bunun karşılığında ayınların gerçek değerlerinin üzerinde bir değerle alınması durumu söz konusu olursa, ilgililerin genel hükümler çerçevesinde sorumluluğuna gitmeden başka, hukuken yapılabilecek bir şey yoktur⁶⁴⁴. Kanaatimizce, olması gereken

⁶⁴² TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 35 ve orada dpn. 44'de anılanlar.

⁶⁴³ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 35 dpn. 46.

⁶⁴⁴ ABD hukukunda karşılıksız pay durumu söz konusu olduğunda, ilgililer hem şirkete, hem de koşulların gerçekleşmesi halinde, şirket alacaklılarına karşı sınırsız sorumluluk taşımaktadırlar (bkz. JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 658-659). Ayrıca, aynı sermaye konusu değerler, kural

hukuk bakımından söz konusu durumlar ile ilgili açık ve özel yasal hükümler öngörülmesi ve bu yasal hükümlerde ilgililerin sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ile birlikte, kuruluştan itibaren belirli bir süre zarfında devir alma ve aynı sermaye olarak getirilenlerin devredilmesi, ya makul bir süre içerisinde mümkün olmamalı, ya da resmi ödenetim yapıldıktan sonra mümkün olabilmelidir.

Nihayet, şuna da değinelim ki, doktrinde bazı yazarlar⁶⁴⁵, bu tür durumlarda oydan yoksunluğun hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığı, zira bu durumda ortaklığa ileride önemli bir söz hakkına sahip olmayacak azınlığın hakim kılındığı, zaten ortaklığı kuracak kişi ya da kişilerin bu yoksunluğu dolanabileceğini, buna mukabil böyle bir sınırlamanın, ciddi ve gerçek mevsuf kuruluşları engelleyeceğini ileri sürmüşler.

İleri sürülen bu olumsuzlukların doğruluğuna büyük oranda katılmakla birlikte, kanaatimizce, bu durumda ilgili pay sahiplerine oy hakkının tanınması kesinlikle çözüm değildir. Bu hususta çözüm, belki de etkili ve aynı zamanda hızlı bir resmi denetimin gerçekleştirilmesini sağlayacak bir mekanizmanın öngörülmesi şeklinde olabilir.

b. Oy Hakkı Sahibi ile Anonim Şirket Menfaatinin Karşı Karşıya Gelebileceği Diğer Durumlarda

Genelde münferit pay sahiplerinin menfaatlerini ilgilendiren hususlar ile ilgili şirket genel kurulunda karar alınması durumu söz konusu olduğunda, anonim şirketle ilgili pay sahiplerinin menfaatlerinin çatışacağı kabul edilmektedir. Bu tür durumlarda alınacak olan kararda objektifliğin

olarak, kuruluşu izleyen 6 ay içerisinde devredilemezler, bkz. Model Business Corporation Act m. 17.

⁶⁴⁵ Genel olarak bu yönde bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 51-52 ve orada dnp. 107 ve 109'da anılan yazarlar.

sağlanması ve özellikle şirketin zararına karar alınmasını önlemek için, ilgili kimselerin söz konusu mesele hakkında şirket genel kurulunda oy kullanmayacakları öngörülmektedir. İlgili kimseler kapsamına ekser hallerde şirket ortağı sıfatını taşıyanlar ait olsalar da, sadece bunlardan ibaret değildir. Gerçekten, örneğin pay sahibi sıfatını taşımayıp da şirketin yönetim işlerine karışmış olan bir kimsenin, yönetim kurulunun ibrasında başkasını temsilen de oy kullanamayacağı öngörülebilmektedir⁶⁴⁶.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, bazı ülke hukuklarında bu tür sınırlamaların hangi durumlarda söz konusu olacağı açıkça ve özel olarak düzenlenmiş olduğunu⁶⁴⁷, bazı ülke hukuklarında ise, çok genel bir şekilde menfaat ihtilafı söz konusu olduğunda böyle bir sınırlamanın geçerli olacağını düzenlenmiş olduğunu⁶⁴⁸ görmek mümkündür. Yalnız aşağıda böyle bir menfaat çatışmasının söz konusu

⁶⁴⁶ Örneğin, böyle bir kısıtlama Alman hukukunda (POK § 136/I, bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 120) açıkça yasal olarak ifade edilmiştir. İlginçtir ki, İsviçre (İsv.BK. m. 695) ve Türk (TTK. m. 374/II) hukuklarında da yönetim işlerine karışmış olan kimselerin, genel kurulda ibra kararı bakımından oy kullanmayacakları öngörülmüş olsa da, İsviçre hukukunda söz konusu kimselerin başkalarını temsilen bu tür ibra niteliği taşıyan kararlar bakımından oy kullanamayacağı doktrin ve uygulama tarafından kabul edildiği halde, Türk hukukunda doktrinde bir kısım yazarlar ve uygulama tarafından yönetim kurulu üyelerinin bile, bu tür meseleler hakkında başkalarını temsilen oy kullanabileceği kabul edilmektedir, bkz. **ÇEKER**, s. 208-209 ve orada dñn. 117-118.

⁶⁴⁷ Örneğin Türk (TTK.m. 291 ve 374, konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 23 vd), Alman (POK § 136/I, bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 84 vd), Avusturya (POK § 114 ve 118, bkz. **KOPPENSTEİNER/RÜFFLER**, s. 12 ve 14) ve İspanya (**HERMİDA**, s. 265) hukuklarında. İspanya hukukunda Oydan Yoksunluk ile ilgili olarak ayrıca bkz. <http://www.bvca.co.uk/publications/europeinvesting/BVCA%20Spain.pdf>.

⁶⁴⁸ Örneğin, Finlandiya (**TOIVIAINEN**, s. 90) ve Portekiz (**ANTUNES**, s. 246) hukuklarında.

olabileceği somut halleri ayrı ayrılıkta ele almadan önce, burada hemen şunu belirtelim ki, sınırlamayı gerektirecek hallerin kapsamı, karşılaştırmalı hukukta farklılık arz etmektedir. Yani bu hallerden bazıları, bir kısım ülke hukukunda oydan yoksunluğa neden olduğu halde, diğerlerinde böyle bir yoksunluğa neden olmayabilir. Ama, burada şunu da belirtelim ki, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, menfaat çatışmasının, genelde şöyle veya böyle az veya geniş bir şekilde oy hakkının kullanılmasında bir takım sınırlamalara neden olduğu görülmektedir⁶⁴⁹.

Azerbaycan hukukunda ise, sözü edilen konu ile ilgili herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Aşağıda, Azerbaycan hukuku bakımından hazırda cari olan mevzuat açısından konu ile ilgili bu açık kanun boşluğunun doldurulması veya muhtemel yasa değişikliği açısından göz önünde tutulması gereken hususların neler olabileceği ele alınacak ve bu yapılırken de karşılaştırmalı hukukta konu ile ilgili kabul edilen çözümlere yer verilmeye çalışılacak ve gerektiğinde kişisel düşünce ve yaklaşımımızı da ifade etmeye çalışacağız.

aa. Pay Sahibi ile Şirket Arasındaki İşlerde

Münferit bazı pay sahipleri ile şirket arasındaki şahsi mahiyetteki (yani pay sahibi bakımından ortaksal bir ilişkiden doğacak hukuki muameleler değil de, özel bir menfaat ile ilgili hukuki işlemler) her türlü hukuki muamelelerde pay sahipleri

⁶⁴⁹ Bkz. yukarıda dpn. 646-648. Keza ayrıca bkz. Avrupa Topluluğu Beşinci Yönerge Önerisi madde 34. Bundan başka ABD hukukunda da çıkar çatışması nedeniyle yasal olarak birtakım kısıtlamalar öngörülmektedir, bkz. Del. Gen. Corp. L. § 144 ve § 203; **CHINMOY GHOSH /C. F. SIRMANS**, Board Composition, Control of Shareholder Voting Rights and Performance of Real Estate Investment Trusts, For presentation at the Cambridge-Maastricht Conference, Second draft, June 21, 2001, s. 2-3.

ile şirket arasında bir menfaat çatışmasının söz konusu olacağı ve bu yüzden de ilgili pay sahiplerinin sözü edilen mesele hakkında (anonim şirketin iradesini yansıtacak olan ve pay sahiplerince belirli bir istikamette kullanılacak olan çoğunluk oyları sayesinde oluşan) genel kurul kararının alınmasına katkıda bulunmamaları, daha doğrusu oy kullanamamaları gerektiği birçok hukuk sistemlerince kabul edilmektedir. Konunun özel olarak düzenlendiği Türk hukukunda, kendisinin yanısıra, kârı/kocası, usul ve fîruu ile şirket arasındaki bu tür hukuki muameleler de ilgili pay sahibi bakımından “şahsi” mahiyet taşıyan bir hukuki işlem kapsamında kabul edilmekte ve dolayısıyla da oydan yoksunluk nedeni sayılmaktadır⁶⁵⁰ (TTK.m. 374/I).

Ayrıca, yoksunluğun amacı, sözü edilen mesele hakkında anonim şirketin iradesini yansıtacak olan ve aynı yönde kullanılacak olan belirli bir orandaki oylar sayesinde oluşan genel kurul kararının alınmasına ilgililerin katkıda bulunmasını önlemek ve böylece alınacak olan karar(lar)da objektifliğin sağlanması ve özellikle şirketin zararına karar alınmasını önlemek olduğuna göre, pay sahibi olmamasına rağmen, oy hakkı sahibi olan kimselerin (örneğin intifa hakkı sahiplerinin) de şirketle aralarındaki “şahsi” mahiyetteki işlemleri ile ilgili genel kurulda karar alınırken oylamaya katılmayacakları, yani oydan yoksun olacakları doğal olarak kabul edilmektedir. Zira, pay sahipleri bakımından söz konusu olabilen sakınca, aynen diğer oy hakkı sahibi olan kimseler bakımından da geçerlidir.

Fakat, münferit bazı pay sahipleri ile şirket arasındaki şahsi mahiyetteki işlemler hakkında alınan genel kurul kararında, ilgili pay sahiplerinin oydan yoksun olacakları şeklinde bir sınırlama, örneğin, İsviçre, Belçika, ve Hollanda

⁶⁵⁰ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 79 vd.

gibi ülke hukuklarında öngörülmüş değildir⁶⁵¹. Ne var ki, bu tür bir yoksunluğun öngörülmediği ülke hukuklarında pay sahipleri, özellikle de çoğunluk pay sahipleri - ki, bunlar normal şartlar altında şirketin kontrolünü de ellerinde bulundurmaktadırlar - söz konusu hallerde kendi çıkarları doğrultusunda diledikleri gibi oy kullanma özgürlüğüne sahip olduğu zannedilmemelidir. Gerçekten, sözü edilen durumlarda, ilgili pay sahiplerinin şirket menfaatinin ve hatta azınlık menfaatinin yeterince gözetmemiş olmaları, alınan genel kurul

⁶⁵¹ İsviçre hukuku ile ilgili olarak bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 82 vd; Belçika Hukuku ile ilgili olarak bkz. **WYMEERSCH**, s. 38 ve orada dpn. 56; Hollanda Hukuku ile ilgili olarak bkz. **TİMMERMAN**, s. 224. İngiliz ve ABD hukuklarında ise, bu tür meseleler hakkında kararlar, esasen genel kurul tarafından değil, şirket yönetimi tarafından alındığından, çoğu zaman ilgili pay sahiplerinin oy hakları öyle bir önem taşımaz. Sözü edilen mesele ile ilgili yapılan usulstüzlükler, şirket yönetim organının sorumluluğu kapsamında düzenlenmektedir, İngiliz Hukuk ile ilgili olarak bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 249 vd; ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 652-653 ve 659. Yalnız burada şunu da ifade edelim ki, ABD hukukunda böyle bir durum çoğunluk pay sahipleri ile ilgili olduğunda, iş genel kurul gündemine alınır ve bu zaman azınlık pay sahiplerinin oyu çok büyük önem kazanır. Ayrıca, şayet söz konusu durumda egemen pay sahibi, aynı zamanda şirket yönetiminde temsil olunmaktaysa, ne kendisi adına, ne de bir başkasını temsilen oy kullanmaz (bkz. **KLAUSNER/ELFENBEİN**, s. 354; **L. A. CUNNINGHAM**, The Modern Sensibility of New York's New Corporate Law, Aspen Law&Business, New York, February 1998, s. 2. Ayrıca bkz. Del. Gen. Corp. L. § 144). Keza, İngiliz Hukukunda, şirket yönetimin temsil eden kimse veya yakınları, şirketle önemli ölçüde bir işlem (ki, bu şirket aktifli ile pasifi arasındaki müspet farkın %10'na tekabül eder, yalnız bu oranın değeri 2000 paundan az ise, işlem "önemli" sayılmayacağı gibi, söz konusu oran ne kadar fazla olursa olsun, yapılacak işlemin değeri 10000 paundan fazla ise, "önemli" işlem sayılır) yaptığında şirket genel kurulunca onaylanmalıdır, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 257 ve (şirket yöneticisinin "yakınları"nın kapsamına kimlerin ait olduğu ile ilgili) orada dpn. 28.

kararının (“afaki iyi niyet kurallarına aykırı” sayıldığından) iptal nedeni olarak kabul edilmektedir⁶⁵².

Şimdi, bütün bunlardan sonra, münferit bazı pay sahipleri ile şirket arasındaki şahsi mahiyetteki her türlü hukuki muamelelerde pay sahipleri ile şirket arasında bir menfaat çatışmasının söz konusu olduğu veya olabileceği gerçeği karşısında, olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) hakkın kötüye kullanılması yasağının yeterli olduğu kabul edilmeli mi, yoksa ayrıca böyle bir oydan yoksunluk müessesesinin öngörülmesi mi tercih edilmelidir?

Her şeyden önce şunu ifade edelim ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, anonim şirketler hukuku alanında her iki yönde de uygulanma bulunmaktadır, birinin diğerinden her yönü ile mutlak bir üstünlüğü bahis mevzu değildir. Her iki yaklaşımın da kendine göre olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. İşte aşağıda, her iki yaklaşımın da olumlu ve olumsuz yönleri ele alınarak açıklanmaya çalışılacak, sonra da Azerbaycan hukuku bakımından durum değerlendirilmesi yapılacaktır.

aaa. Soruna iptal ve sorumluluk davalarının yeterli olduğu görüşü açısından bakıldığında

Soruna bu açıdan yaklaşanlar, oydan yoksunluk bakımından, menfaat çatışması olgusunun tipik bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklar açısından elverişsiz bir ölçüt olduğu, zira bu tür bir oydan yoksunluk nedenin, örneğin, sermayeye göre hak ilkesi (burada özellikle sermayeye göre oy hakkı esasen kast edilmektedir) ve çoğunluk ilkesi gibi anonim şirketlerde egemen olan bir takım ilkeleri lüzumsuz yere

⁶⁵² İsviçre Hukuku bakımından bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 84; Belçika Hukuku bakımından bkz. WYMEERSCH, s. 38; Hollanda Hukuku bakımından bkz. TİMMERMAN, s. 224; İngiliz Hukuku ile ilgili olarak bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 224; ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 354; JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, s. 658.

zedeleğiği ve buna bağlı olarak da sonuçta bir bakıma, anonim Şirketi sahiplsizleŐtirme gibi olumsuzluklara neden olduğu ve bu tőr olumsuzlukların da gözardı edilmemesi gerektiği ileri sürölmektedir⁶⁵³.

Gerçekten de, oydan yoksunluğun en önemli sakıncalarından biri, Şirketteki çoğunluk pay sahiplerinin devre dışı bırakılması sonucuna neden olabilmesidir. Duruma bir örnekle açıklık kazandırmaya çalışalım: örneğin X anonim Şirketinde “Şahsi” işlem nedeniyle oydan yoksun duruma dıŐen ve Şirket paylarının % 90’nı elinde bulunduran 3 kişinin genel kurul toplantısında ilgili mesele hakkında devre dışında kaldığını farz edelim. Söz konusu durumda, mesele ile ilgili karar almaya yetkili kişiler, geriye kalan %10 oranındaki Şirket paylarının sahibi bulunan ortaklar olacak. İŞte geriye kalan %10 pay sahiplerinin de diyelim %3’nün genel kurula katılmaması – ki, bu oldukça olağan bir durumdur -, ve genel kurula katılan küçük tasarruf sahipleri olan ortakların bir kısmının, mesela % 3’nün mesele hakkında lehte oy vermiş olmasına rağmen, % 4’nün aleyhte oy vermesi gibi ufak bir oy fazlalığı ile olumsuz karar alındığını dıŐünelim. Bu durumda genel kurul gündemindeki ilgili mesele hakkında sermayenin oldukça az bir kısmını teşkil edenler tarafından alınan genel kurul kararının, Şirket iradesini yansıttığını ileri sürmek, gerçekten pek tatminkar değildir.

Halbuki, menfaat atıŐması yüzünden Şirketin, diğer pay sahiplerinin ve Şirket alacaklılarının zarar görebileceği endiŐesiyle, pay sahiplerinin oy hakkına, bir takım temel ilkelerin zedelenmesi pahasına da olsa, müdahale edilmesine pek lüzum bulunmamaktadır. Bunun gerekçelerini Şöyle sıralamak mümöktün:

⁶⁵³ Genel olarak bu yöndeki görüşler için bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 83-84 ve 86-87. Ayrıca, bkz. İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 32; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 138-139.

1- Menfaat çatışmaları durumunda, oy hakkı kötüye kullanılmaya da bilir, zira söz konusu durumda ilgili pay sahiplerinin mutlaka oy haklarını kötüye kullanacaklar diye bir kural ve fiili zorunluluk bulunmamaktadır.

2- Pay sahipleri böyle bir oydan yoksunluk yaşağını kolayca dolanabilirler.

3- İlgili pay sahibi tarafından oy hakkı kötüye kullanılmış olsa bile, bunun sonuç itibariyle genel kurul kararına bir etkisi olmamışsa, ortada bu yüzden endişe edilebilecek bir durum da zaten bulunmaz. Yani menfaat çatışmaları yüzünden ilgili pay sahiplerinin oy haklarını kötüye kullanmaları, her zaman zararlı sonuçların doğmasına neden olamamakta, diğer bir ifade ile bu tür kötüye kullanılan oylar, yönelmiş oldukları sonuç doğrultusunda genel kurulca karar alınmasını sağlama açısından her zaman yeterli olmaz.

4- Oy hakkının kötüye kullanılması suretiyle genel kurulda endişe edilen mahiyette bir karar alınmış olsa bile, ilgili genel kurul karar(lar)ı, afaki iyi niyet kurallarına aykırılık nedeniyle iptal edilebilir. Ayrıca, zaten yönetim organının da, sözü edilen durumda (alınan genel kurul kararı, şirket menfaatlerine uygun değilse) iptal davası açması gerekir, bunu yapmadığı takdirde, yönetim organı üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁵⁴.

Bütün bunlar da, bu tür çıkar çatışmalarının neden olabileceği olumsuzlukları esas getirerek, pay sahiplerinin en temel haklarından olan oy haklarına sınırlama getirilmesinin

⁶⁵⁴ ÇAMOĞLU, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, s. 54 vd; ÇAMOĞLU /POROY/ TEKİNALP, N. 569; MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 219; ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 217.

doğru olmadığını göstermektedir. Zira, en kötü ihtimalle, bu yüzden kötüye kullanılmış oylar sayesinde genel kurulda karar alınacak olursa, iptal ve sorumluluk davaları ile yeterli korunma sağlanılabilecektir.

bbb. Soruna oydan yoksunluk sistemi açısından bakıldığında

Meseleye bu açıdan bakıldığında ise, iptal ve sorumluluk davaları, sorunun çözümü bakımından yetersiz kalmakta, bu yüzden de pay sahiplerinin oy haklarına sınırlama getirilmesi, durumun özelliği icabı kaçınılmaz olmaktadır. Zira, anonim şirket iradesini tecessüm ettiren genel kurul kararı, esasen şirket yönetimini elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda alınmakta ve dolayısıyla da bu tür durumlarda söz konusu mesele ile ilgili asıl tehlike arz eden, çoğunluk pay sahiplerinin oylarıdır. Ayrıca, şirket yönetim organları da bu tür egemen pay sahiplerine bağlı bulunacaklarından, söz konusu meseleler hakkında çoğunluk pay sahiplerince alınan bu tür genel kurul karar(lar)ı aleyhine, ilgili yönetim organları tarafından her zaman için gerektiği şekilde iptal davası açılacağı da, ciddi şüphe doğurmaktadır.

Küçük tasarruf sahipleri olan azlıkta kalan pay sahiplerinin ise, zaten şirketin veya diğer bir ifade ile şirket yönetimini elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerinin zararına, genel kurulda kullanacakları oylar sayesinde karar çıkartabilmeleri, neredeyse yok denecek kadar gerçekleşme ihtimali oldukça az olan bir olasılıktır. Üstelik, söz konusu azlıkta kalan küçük pay sahiplerinin, kural olarak genel kuruldaki bu kabilden olan (yani kâr dağıtımı vs. gibi şahsi menfaatini doğrudan ve yakinen ilgilendiren meseleler dışındaki) meselelere ve hatta bütünüyle genel kurul toplantılarına kayıtsız kaldığı, genel kurul toplantılarına katılsalar dahi, belki de çoğu zaman bu kabilden olan durumların pek farkına varmayacakları, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir gerçek olduğu herkesçe bilinmektedir.

Bundan başka, genel kurul toplantılarına katılıp da alınan karar(lar)ın haddizatında şirketin zararına olduğunun, sözü edilen pay sahipleri tarafından fark edilmesi hallerinde dahi, sistemin işleyişini sağlayacak düzeyde muntazam olarak bu tür karar(lar)ın mahkemelerde iptalini sağlamak için ve şartları gerçekleşmişse, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davaları açarak bunları sonuçlandırmak için uğraşı vereceklerini beklemek, gerçekten fazla iyimserlik olur. Çünkü, bu tür küçük pay sahipleri, bir taraftan şirketin egemen pay sahiplerine ait olduğunu düşünmekte, diğer taraftan da, içinde buldukları psikolojik durum itibarıyla bu dava sonucunda elde edecekleri menfaat, çoğu zaman onlar bakımından oldukça mücerret kalmaktadır. Bunlara bir de davaların kaybedilmesi halinde, masraflara katlanma riskini ilave edecek olursak, bu tür davaları takip edip sonuçlandırmak gibi ciddi uğraşı gerektiren bir işin, bu tür pay sahipleri açısından yeterince cazip olmadığı kolayca anlaşılır.

İşte bütün bu nedenlerden dolayı, iptal davasının ve giderek sorumluluk davalarının bu sorun açısından yeterli bir korunma imkânı sağladığı yönündeki görüşler, gerçeği yansıtmamaktadırlar.

ccc. Konu ile ilgili genel değerlendirme ve kişisel kanaatimiz

Biz, genel kurulda bu tür meselelerin gündem konusu olması halinde, oydan yoksunluk sisteminin daha tercihe şayan olduğu görüşündeyiz. Bunun nedenlerini aşağıdaki gibi açıklayabiliriz.

Evvela, baştan şunu hemen belirtelim ki biz, menfaat çatışmasının, anonim şirketlerin tipik sermaye ortaklığı olmalarından dolayı oydan yoksunluk nedeni olamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Çünkü böyle bir yoksunluk nedeni, olsa olsa ele anonim şirketler gibi sermayeye dayalı şirketler bakımından söz konusu olabilir. Zira, şahıs şirketlerinde ortakların sınırsız şahsi sorumluluğu da icabında söz konusu

olduğundan (yani şahıs şirketlerinin kendine özgü etkili güvenceler öngördüğünden) böyle bir sınırlamaya gitmeyi gerektirecek haklı nedenler ve ciddi sakıncalar da zaten bulunmamaktadır.

Bundan başka, sermaye azınlığının sadece genel kurul gündemindeki meselelerden biri hakkında verilecek olan karar bakımından söz sahibi olması, hiç de büyütülecek bir sorun değildir. Bunun gerekçelerini aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

1- Sermaye azınlığı tarafından alınacak olan karar, hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde ise bunun iptalini sağlamak daha kolaydır. Zira, sermaye çoğunluğu bu meseleyi takip etme bakımından hem daha geniş imkâna, hem de isteye sahip olacaklar.

2- Yönetim organının da ilgili kararın (hakikaten iptal nedeni varsa) iptali davasını açmada daha hassas ve istekli davranacağı kuşkusuzdur. Çünkü bir kere, yönetim organı çoğu zaman sermaye çoğunluğunca temsil edilmekte, böyle olmayan hallerde bile, sermaye çoğunluğuna tabi olmakta ve icabında sermaye çoğunluğu tarafından üyelerinin azli gerçekleştirilebilmekte, artı hem de çoğunluk pay sahipleri tarafından, aleyhlerine şartlar gerçekleşir gerçekleşmez sorumluluk davasının açılması olanağı çok daha yüksek bulunmaktadır.

3- Bazı istisnai durumlarda, sermaye azınlığına haklı nedenlerle özel imkânların tanınması olanağı, anonim şirketler hukukuna hiç de yabancı olan bir durum değildir. Bu bağlamda azınlık haklarını ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararını gerekli kılan buyurucu yasal hükümlerini hatırlatmak, kanaatimizce fazlasıyla yeterlidir.

Şayet çoğunluk pay sahipleri değil de, azınlık pay sahipleri bakımından “şahsi” mahiyetteki bir işlem genel kurulda gündem konusu ise, yukarıda da dile getirildiği üzere, zaten ciddi bir zararlı sonucun ortaya çıkması ihtimali çok düşüktür. Böyle gerçekleşme ihtimali çok düşük olan bir durum, her nasılsa özel koşullar gereği, gerçekleştirme olanağına kavuşma imkânına sahip olursa, o zaman da oydan yoksunluk kurumu bunu daha ihtimaller planında önlemiş olacak.

Burada ayrıca, sermaye azlığınca verilen kararın olumsuz olacağı⁶⁵⁵ ve bunun iptalinin de tam olarak arzu edilen sonucu sağlayamayacağı da ileri sürülebilir. Bu gerekçenin haklılık payı olsa da, tek başına oydan yoksunluk sisteminin reddini gerektirecek kadar önemli ve aşılabilir bir gerekçe teşkil etmediği ortadadır. Zira, söz konusu durumda, genel kurulda karar vermeğe yetkili bulunan pay sahipleri, bu yetkilerini esasen ilgili pay sahiplerine zarar verme amaç ve kastıyla kötüye kullandıkları tespit olunursa, bu bir haksız fiil niteliği taşıyacağından, haksız fiil hükümleri kapsamında tazminatla sorumlu tutulacaklar. Şayet böyle bir zarar amaç ve kastı tespit olunmamakla birlikte, ilgili genel kurul kararı, hakkın kötüye kullanılması nedeniyle iptal edilmişse, bundan sonra genel kurulda karar vermeğe yetkili bulunan pay sahipleri, ilgili konuda gerekli yönde karar almamakla bu tutumlarını sürdürecektir olurlarsa, artık “kast” unsurunun varlığının karine olarak kabulü, kaçınılmaz olacaktır.

Dolayısıyla, böyle bir durumda da hakkını kötüye kullanan pay sahipleri aleyhine, haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat davası açılması pekala mümkün

⁶⁵⁵ Olumsuz genel kurul kararlarının iptali sonuçları ile ilgili olarak bkz. Ü. **TEKİNALP.**: Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir mi?, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXIX, S. 7-8-9, s. 249 vd; **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 151 vd;; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 729.

olabilecektir. Bu tür konularda karar almaya yetkili bulunan pay sahipleri bakımından tazminat davası, önemli bir caydırıcı etken olmakta ve böylece ileri sürülen sakıncadan korunmayı sağlamada önemli ve etkili bir vasıta işlevini haiz bulunmaktadır. Şöyle ki, çoğunluk pay sahipleri karşısında onsuzda zayıf bir konumda olan küçük pay sahiplerinin sözü edilen mesele hakkında böyle bir maceraya atılması pek beklenen bir durum değildir, üstelik bunu yapacakları taktirde, ellerinde bulundurdukları küçük sermayeyi de tazminat ödemek yolu ile kaybetme riskini de taşıyacaklarını gözönünde bulundurmaları gerekir ki, bunun da ele alınan sorun açısından önemli bir caydırıcı etken olduğu şüphesizdir. Kaldı ki, yukarıda da değinildiği üzere, olumsuz karar bakımından aynı sakınca, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca verilen karar açısından da söz konusu olabilmektedir⁶⁵⁶ ama, sırf bu yüzden imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu müessesesinden vazgeçmeyi kimse aklına dahi getirmemektedir.

Böylece sonuç olarak, pay sahibi ile anonim şirket arasındaki şahsi mahiyetteki işler bakımından, ilgili pay sahibinin oydan yoksunluğunun kabulü halinde, hem ilgili pay sahiplerinin oy haklarını kötüye kullanmalarına karşı daha etkili önlem alınmış olur, hem de adaletsiz sonuçlara karşı, azınlıkta kalan pay sahiplerinin konumu daha da güçlendirilmiş olur.

Bütün bunlar netice itibariyle bizi, söz konusu hallerde oydan yoksunluk sisteminin daha tercihe şayan bir sistem olduğu sonucuna götürmektedir. Zaten bu yüzden olsa gerek ki, genel olarak menfaat çatışması (dolayısıyla hem de özelde menfaat çatışmasına somut bir örnek olarak pay sahibi ile

⁶⁵⁶ Bu hususla ilgili olarak bkz. **KARAHAN**, İmtiyazlı Paylar ve Korunması, s. 150 vd; **KARAYALÇIN**, İmtiyazlı Pay Sahipleri, s. 88 vd; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 729.

şirket arasındaki şahsi işlemlerde), çoğu sistemlerde oyda yoksunluk nedeni olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁷.

ddd. Konunun Azerbaycan hukuku bakımından değerlendirilmesi

Azerbaycan hukukunda ele aldığımız konu ile ilgili mevcut hukuki durum, maalesef arzu edilenin çok uzağında. Bunun nedenlerinin şöyle sıralayabiliriz:

1- Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere menfaat çatışması nedeniyle oydan yoksunluk kurumu ile ilgili Azerbaycan hukukunda herhangi bir hukuk düzenleme bulunmamaktadır. Durum böyle olunca mevcut yasal düzenlemeler kapsamında pay sahibinin şirketle aralarındaki “şahsi” mahiyetteki hukuk işlemleri hakkında oydan yoksunluğu da söz konusu olamaz. Halbuki yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında da görüldüğü üzere, bu sorun açısından oydan yoksunluk kurumu, daha tercihe şayandır.

2- Hazırda yürürlükte olan mevzuatta, nı genel kurul kararının iptal nedenleri ile ilgili, ne de kuruluşun sonraki döneme ilişkin sorumluluk davaları ile ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

3- Ayrıca, Azerbaycan hukukunda anonim şirket ortaklarının genel kurul kararı aleyhine dava açabilecekleri yasal olarak belirtilmiştir (Az.MK. m

⁶⁵⁷ Örneğin, Alman (POK § 136/I, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 84 ve ayrıca s. 121), Fransız (bkz. GUYON, s. 103), Finlandiya (TOIVIAINEN, s. 90), Portekiz (ANTUNES, s. 246), İspanya (HERMIDA, s. 265 <http://www.bvca.co.uk/publications/europeinvesting/BVCA%20Spain.pdf>) ve Türk hukuklarında (TTK. m. 374/1) menfaat çatışmaları, anonim şirketlerde oydan yoksunluk nedenidir. Keza, Topluluk Hukuku bakımından da esasen aynı durum geçerlidir, bkz. Beşinci Yönerge Önerisi m. 34 Ayrıca, bkz. yukarıda dpn. 647.

107-5.4) ama, hangi koşullar altında, ne kadar bir süre zarfında ve hangi davaların hangi nedenlerle açabileceğine ilişkin herhangi bir açıklayıcı düzenlemeğe yer verilmemiştir.

4- Burada ele alınan sorun açısından yapılabilecek tek şey, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin genel hükümlere (Az.MK. m. 16.1 ve m. 560)⁶⁵⁸ dayanılarak ilgili genel kurul kararının iptali yoluna gitmektir. Fakat, hakkın kötüye kullanılmasına dayanılarak kimseden tazminat istenemez. Zira Azerbaycan mevzuatında, kasten ahlaka mugayir hareket ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme, bir haksız fiil olarak düzenlenmemiş olduğundan, söz konusu durumda hakkın kötüye kullanılması yüzünden uğranılmış zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminini istemek de, pek kolay değildir.

Böylece, hakkın kötüye kullanılmasına karşı iptal ve sorumluluk davalarının yeterli olmamasına rağmen, Azerbaycan hukukunda mevcut düzenlemeler kapsamında (genel hükümlerden hareketle de olsa), ele alınan sorun açısından oy hakkının kötüye kullanılmasına karşı sadece iptal davasının açılacağı mümkünken, iptal davasının hangi pay sahipleri tarafından, hangi koşullar altında, ne kadar bir süre zarfında açabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, sorumluluk davasının da açılmasına olanak sağlayan herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır.

Bütün bunlar da, Azerbaycan hukukunda mevcut yasal düzenlemelerin menfaat çatışması nedeniyle meydana

⁶⁵⁸ Az.MK. m. 16.1 “gerçek ve tüzel kişilerin yalnız başkalarına zarar vurmak niyeti ile ve (veya olacaktı) diğer şekilde hakkın sui istimaline cevaz verilmez”. Az.MK. m. 560.2 “hakkın sui istifadesi kabul edilemez, bu esas üzere yapılan anlaşmalar ve gerçekleştirilen hareketler geçersizdir”.

çıkabilecek olumsuzluklardan korumayı sağlamada oldukça yetersiz olduğunu, konu ile ilgili büyük kanun boşluklarının söz konusu olduğunu açıkça ortaya koymaktadırlar.

bb.Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasında

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda bu tür bir oydar yoksunluk halinin oldukça yaygın bir şekilde kabul edildiğine şahit olmaktayız⁶⁵⁹. Oy hakkının kullanılmasına yönelik bu tür bir sınırlamanın mahiyeti şundan ibarettir: genel kurulda yönetim kurulunun ibrasını sağlayan karar alındığında, şirket yönetimine katılmış olan kişiler böyle bir kararın alınmasında oy kullanmamaları gerekir. Böyle bir oydan yoksunluk durumunun hangi amaçla öngörüldüğü hususunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre⁶⁶⁰, böyle bir yoksunluğun nedeni, menfaat çatışması değildir, şayet böyle olsaydı, menfaat çatışmasını oydan yoksunluk nedeni olarak kabul etmeyen İsviçre hukukunda ibra, bir oydan yoksunluk nedeni olarak öngörülmezdi. Zira, pay sahibinin tam anlamıyla bir üçüncü kişi gibi davranarak mesela, şirkete bir taşınmaz satması halinde, bu konu hakkında genel kurulda karar alınırken bile, menfaat çatışmasını esas getirerek, ilgili pay sahibini oydan yoksun bırakmayan bir yasanın, sadece ibra kararı bakımından menfaat çatışmasını bir oydan yoksunluk nedeni olarak kabul etmesi, pek mümkün değildir.

⁶⁵⁹ Örneğin, Alman (POK § 136/I, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 120 vd; ÇEKER, , s. 204-205), İsviçre (İsv. BK. m. 695, bkz. NOBEL, s. 325), Türk (TTK. m. 374/II), Fransız (GUYON, s. 103), Finlandiya (TOIVAINEN, s. 90), Portekiz (ANTUNES, s. 246), İspanya (HERMIDA, s. 265 ve 273); İtalya (MK. m. 2372/IV, bkz. MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 173) hukuklarında.

⁶⁶⁰ Bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 121-122 ve orada dpn. 16 ve 17'de anılanlar.

Bu görüş uyarınca, ibranın bir oydan yoksunluk nedeni olması, onun niteliğinden ileri gelmektedir. Şöyle ki, ibra her zaman için bir güven açıklaması mahiyeti arz etmektedir. İşte böyle bir oydan yoksunluk nedenini öngören yasal düzenlemenin temelinde yatan düşünce de, bir kimsenin kendi kendini ibra ederek, kendisine karşı güven duyduğunu açıklamasının mantıksal bir çelişki oluşturacağı düşüncesidir.

Fakat hakim kanaat, bu durumda oydan yoksunluğun nedeninin menfaat çatışması olduğu yönündedir⁶⁶¹. Bize göre de, doğru olan görüş budur. Bu bağlamda, kanaatimizce, yukarıda İsviçre hukukundaki düzenlemeye de aslında anlama vermek mümkün. Şöyle ki, sözü edilen ülke hukukunda normal şartlar altında çıkar çatışması yüzünden pay sahiplerince oy hakkının kötüye kullanılmasına karşı iptal ve sorumluluk davalarının yeterli korunmayı sağlayacağı ve dolayısıyla da kural olarak pay sahibinin oy hakkına müdahale etmeye fazla gerek kalmayacağı, fakat yönetim işlerine karışmış kişiler açısından ise, işlevlerinin niteliği gereği, söz konusu koruma tedbirlerinin arzu edilen sonuçların sağlanması bakımından yeterli olmayabileceği ve bu nedenle de adı geçen kişilerin söz konusu mesele ile ilgili olarak oydan yoksun bulunmaları gerektiği düşünülmüş olabilir.

Yoksunluğun söz konusu olabileceği ibra kararı açık, örtülü, genel ve özel olarak çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Şöyle ki, genel kurul gündeminde yönetim kurulu üyelerinin

⁶⁶¹ Bu yönde örnek olarak bkz. **İ. POSTACIOĞLU.**: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti ile ilgili Bazı Meseleler, Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 479 vd; **İMREGÜN**, Menfaat İhtilafları, s. 33; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 137; **GUYON**, s. 103-104 ve orada dpn. 9; **TOIVIAINEN**, s. 90; **ANTUNES**, s. 246; **HERMIDA**, s. 265. Keza, Belçika hukukunda böyle bir Oydan Yoksunluk nedeni bulunmasa da, menfaat çatışması nedeniyle yönetim kurulunun ibrası bakımından yasada oydan yoksunluğun öngörülmemesi, doktrinde eleştirilmektedir, bkz. **WYMEERSCH**, s. 38, dpn. 56.

ibrası ile ilgili özel bir madde bulunduğunda, alınan ibra karar açık ibra kararı, böyle bir açık gündem maddesi bulunmaması birlikte, şirket bilançosu genel kurul tarafından onaylandığına ise, örtülü ibra kararı ve nihayet, ibra kararı hiçbir sınırlama yapılmadan alınmışsa, genel nitelikte ibra, sınırlama (yönetim kurulu üyeleri bakımından veya bazı işlemler bakımından ya da belirli bir dönemdeki faaliyetler bakımından olmak üzere yapılarak alınmışsa, özel ibra kararından söz edilmektedir⁶⁶².

Buraya kadar, bu başlık altında ele aldığımız oylar yoksunluğun yönetim işlerine karışmış olan kişiler kapsamını, çeşitli vesilelerle ifade etmeye çalıştık ama, oylar yoksunluğun kapsamı üzerinde de ayrıca durmak gerekmektedir.

Şunu hemen baştan belirtelim ki, kısıtlama nedeniyle oy hakkını bizzat kullanmayan bir pay sahibinin, aynı sonuç temsilcisi aracılığıyla ulaşmayacağı da doğal olarak genellikle kabul edilmektedir⁶⁶³. Zira madem ki, ortağın malik olduğu paylardan ileri gelen oy hakkının kullanılmasına kısıtlama getirilmiştir, demek ki, sözü edilen kısıtlama, oy hakkının kullanılmasını sağlayan (ve hatta bir bakıma kolaylaştırarak kullanılmasını sağlayan) temsilci aracılığıyla kullanmayı da kapsamaktadır. Aksi halde kısıtlamanın hiçbir anlam ve işlevi olmazdı.

⁶⁶² İbra kararlarının çeşitleri ile ilgili olarak bkz. **Z. AYTAÇ**, Anonim Ortaklıkta İbra, Ankara 1982, s. 136 vd; **ÇAMOĞLU**, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, s. 201; **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 123-124.

⁶⁶³ Bu hususta doktrinde hiçbir tereddüt ve görüş ayrılığı bulunmamaktadır, örnek olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 992b; **İMREGÜN**, Menfaat İhtilafları, s. 36; **ÇAMOĞLU**, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, s. 204; **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 167-168 ve orada dñn. 7'de anılanlar; **ÇEKER**, , s. 208 ve orada dñn. 116'da anılanlar.

Keza aynı durum, oy sözleşmeleri bakımından da söz konusudur. Şöyle ki, çıkar çatışması nedeniyle belirli bir konuda verilecek kararda oydan yoksun bulunan pay sahipleri lehine yapılan oy sözleşmeleri de doğal olarak geçersiz sayılmalıdır⁶⁶⁴. Zira, aksi halin kabulü, hem bir taraftan çıkar çatışması nedeniyle emredici bir şekilde oydan yoksunluğa ilişkin düzenleme getirmek, hem de diğer taraftan çıkar çatışmasının ilişkin olduğu meselede oydan yoksun bulunan pay sahipleri lehine oy kullanma mecburiyeti getiren oy sözleşmelerini geçerli olarak kabul etmek, açıkça ilgili yasal düzenlemelere aykırı olduğu kadar, mantığa da aykırı olurdu.

Fakat, böyle bir kısıtlamanın söz konusu olduğu durumlarda, şirket yönetimine karışmış bulunan kişilerin, diğer pay sahiplerini temsilen ilgili genel kurul kararında oy kullanabilip kullanmayacağı Türk hukukunda tereddüt ve fikir ayrılığına neden olmuştur⁶⁶⁵. Diğer ülke hukuklarında⁶⁶⁶ ve

⁶⁶⁴ Nitekim, Beşinci Yönerge Önerisi'nin 35. maddesinde, çıkar çatışması nedeniyle oydan yoksun bulunan pay sahipleri lehine yapılan oy sözleşmelerinin geçersiz sayılacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁶⁶⁵ Doktrinde çoğunluk (bkz. ÇAMOĞLU, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, s. 204; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 137; AYTAÇ, Anonim Ortaklıkta İbra, s. 121; POSTACIOĞLU, s. 506; DOMANIÇ, Anonim Şirketler, İstanbul 1979, s. 541), ilgili kimselerin başkalarını da temsilen bu tür kararlarda oy kullanmayacağı görüşünde olsa da, diğer bir grup yazar (T. KALPSÜZ, Bilanço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Nedeniyle Genel Kurul Kararlarının İptali, Batider, C. X, S. 1, s. 45 vd; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 171-172; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 992b; ÇEKER, s. 208-209) ise, bu şekilde temsilen oy kullanabileceklerini görüşündedirler. Keza Türk uygulamasında, yönetime karışmış kimselerin başkalarını temsilen oy kullanabileceği yerleşmiş bir şekilde kabul edilmektedir (bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 137 dpn. 64).

⁶⁶⁶ Örneğin Avusturya (bkz. KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 14), Fransa (bkz. GUYON, s. 103, 105-106) ve Portekiz (bkz. ANTUNES, s.246) hukuklarında. İtalyan hukukunda ise, kural olarak yönetim kurulu üyelerinin

özellikle de Türk hukuku bakımından kaynak olma özelliği taşıyan İsviçre⁶⁶⁷ ve Alman⁶⁶⁸ hukuklarında ise, bu hususta bir tereddüt bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere, pay sahipleri ile şirket arasında çıkar çatışması söz konusu olduğunda, ilgili pay sahiplerinin şirket menfaatinden çok, kendi kişisel menfaatini tercih edeceğine hiç değilse, tarafsız kalmayacağı düşünülmekte ve bu yüzden de söz konusu durumlarda çeşitli kısıtlamalar öngörülmektedir⁶⁶⁹. İşte pay sahiplerinin kural olarak genel kuruldaki bazı gündem maddeleri bakımından oydan yoksun bırakılmalarının temelinde bu düşünce yatmaktadır. O halde oydan yoksunluk müessesesinin bu nedeni göz önünde bulundurulduğunda, ilgili kişilerin kendi adlarına olduğu kadar başka pay sahiplerinin temsilcisi olarak da oy kullanmaması gerekeceği açıktır. Özellikle bu husus, yönetim kurulu üyelerinin ibrası ile ilgili oydan yoksunluk halinde çok daha bariz bir şekilde kendisini hissettirmektedir⁶⁷⁰. Zira, şirket

zaten üçüncü kişileri temsilen oy kullanma hakkı bulunmamaktadır, bununla birlikte 1998 yılında yapılan yasa değişikliği ile söz konusu kişilere (pay sahibi olmaları şartıyla) çok kısıtlı olarak temsil hakkı tanınmıştır, bkz. **MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, s. 174.

⁶⁶⁷ İsviçre hukukunda bu görüş için bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 16' ve orada dnp. 17; **ÇEKER**, , s. 209 dnp. 117'de anılan yazarlar.

⁶⁶⁸ Alman hukukunda ise, bu husus açıkça emredici bir yasa hükmüne bağlanmış bulunmaktadır (POK § 136/I, **ÇEKER**, , s. 204-205. Ayrıca bkz. **TEOMAN**, Oydan Yoksunluk, s. 120, 126).

⁶⁶⁹ **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 257; **GUYON**, s. 103; **İMREGÜN** Anonim Ortaklıklar, s. 137. Hatta ilgili kısıtlamanın nedeni, çıkar çatışması değil de, kendi kendine olan güven açıklamasının mantıki çelişki olduğu görüşü kabul edilecek olursa bile, aynı mantıksal çelişki, yönetim kurulu üyesinin başkasını temsilen kendi ibrasında oy kullanması halinde de söz konusu olacaktır.

⁶⁷⁰ Zaten bu yüzden olsa gerek ki, Arslanlı, kural olarak oydan yoksun bulunan kişilerin başkalarını temsilen oy kullanabileceğini kabul ettiği halde, ibra

yönetiminde bulunanların, başkalarını temsilen oy kullanma imkânı çok geniştir ve nitekim anonim şirketler uygulamasında bu duruma oldukça sık rastlanmaktadır. Bir kimsenin bu şekilde sözgelimi, yönetim kurulu üyesine temsilcisi olarak oy kullanması hususunda yetki verip de, “al sen bunu kendi aleyhine kullan” demesi, hayatın olağan akışında pek ihtimal verilebilecek bir vakıa değil. Kaldı ki, böyle bir temsil verilse dahi, temsilci yönetim kurulu üyesinin bu talimata uymaması, alınan kararın muteberliğine etki etmeyeceği gibi⁶⁷¹, talimata uyup uyumadığının tespiti de pek kolay bir iş değildir.

Dolayısıyla da, yönetim işlerine karışmış olan kimselerin, diğer pay sahiplerini temsilen oy kullanmalarına cevaz vermek, haddizatında kısıtlamayı öngören düzenlemenin ruhuna uymadığı gibi, böyle bir kısıtlamanın dolanılmasına imkân sağlamak ve onun uygulama alanını etkisiz bırakmak demektir. Hal böyle olunca, söz konusu durumda yönetim kurulu üyelerinin başkalarını temsilen oy kullanabileceğinin kabulü, kanaatimizce, ilgili düzenlemenin amacını ve işlevini gözardı ederek, katı bir lafzi yorumlamaya dayanmaktadır. Bu şekilde katı bir lafzi yorumlamanın ortaya çıkmasında, Alman POK § 136/I'de yönetime karışmış olan kimselerin başkalarını temsilen de olsa oy kullanmayacağına açıkça düzenlenmiş olması, başlıca gerekçe olarak gösterilmektedir⁶⁷².

kararlarındaki Oydan Yoksunluk açısından ise, böyle bir temsilen oy kullanmayı kabul etmemiştir, bkz. ARSLANLI, Anonim Şirketler II-III, s. 55.

⁶⁷¹ Bu hususta bkz. TEKİNALP, Yönetime Katılma, s. 62-63; YASAMAN, Menkul Kıymetler, s. 246; ÇEKER, , s. 184.

⁶⁷² Bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 171; ÇEKER, , s. 209 ve konuya ilişkin Yargıtay kararı (TTD. 2.6.1959, E. 1959/507, K. 1637; TTD. 16.5.1963, E. 5566, K. 2167, bkz. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 137 dpn. 64).

Oysaki, ilgili kanun hükmü (TTK.m. 374) bu şekilde sıfır bir olumsuz düzenleme eğiliminde yorumlanacak olursa, zaman zaman yönetim kurulu üyelerinin kendi paylarından ileri geleceği haklarını, temsilcileri aracılığıyla kullanabilmelerinin de kabulü gerekir. Çünkü, Alman POK § 136/I'de bu husus açıkça ifade edildiği halde, TTK. m. 374/II'de açıkça ifade edilmiş değildir.

Ayrıca, anonim şirkette pay sahibi sıfatını haiz olan tüzel kişilerin yönetim kuruluna gönderdikleri temsilcilerini ibrazında oy kullanabilip kullanamayacağı da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, yönetim kurul üyesi olan temsilci, bu makama ilgili tüzel kişinin adını seçilmiş olup onun talimatı ile bağlıdır. Bu nedenle de oyda yoksunluğa ilişkin düzenleme, gerçek kişi pay sahipleri bakımından olduğu kadar, tüzel kişi pay sahipleri bakımında da geçerlidir (zira, kanunu düzenleme genel nitelikte olup tüzel kişi-gerçek kişi ayrımı gözetmemiştir) ve buna göre de tüzel kişi pay sahibinin oydan yoksunluğunun kabulü gerekir⁶⁷³.

Diğer bir görüşe göre ise, bu durumda temsilci ile tüzel kişi arasında organik bağ olmadığından, temsilcinin işlemlerinden tüzel kişinin sorumlu olmayacağı ve bu yüzden de kısıtlamaya ilişkin hüküm, pay sahibi tüzel kişinin o hakkını etkilemez⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Ü. TEKİNALP, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 138-139 ve orada dph. 3'de anılanlar ÇEKER, , s. 208 ve orada dph. 113'de anılanlar.

⁶⁷⁴ Bu yönde örnek olarak bkz. H. TANDOĞAN, Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider, C. I, S. 1, s. 32-34; ÇAMOĞLU Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, s. 208; Z. AYTAÇ, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1980, s. 130; R. POROY, Holdingler, III. Ticare ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1964, s. 440-441. Ayrıca, Tür uygulaması tarafından da bu görüş yerleşmiş bir şekilde kabul edilmektedir bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. ÇEKER, , s. 208 dph. 115.

Kanaatimizce, oydan yoksunluğa ilişkin hükümün amacına bakıldığında, söz konusu kısıtlamanın tüzel kişi pay sahibinin oy hakkını etkilememesini kabul etmek gerekir. Çünkü, tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisinin ibra edilmiş olması, kural olarak tüzel kişiyi müspet manada etkilemez. Yalnız kötü bir yönetim sergilemiş olan temsilcinin ibra edilmesi, sonuç olarak pay sahibi tüzel kişiyi olumsuz yönde etkiler.

Oydan yoksunluğun amacı, menfaat çatışması durumunda pay sahibinin kişisel menfaatinin şirket menfaatinin üzerinde tutacağı, en azından tarafsız kalamayacağı endişesidir, oysaki, ele aldığımız bu son durumda pay sahibi tüzel kişi açısından böyle bir (yani anonim ortaklığın menfaatine ters düşen bir) kişisel menfaatin söz konusu olmadığı açıktır. Dolayısıyla da, kısıtlamaya ilişkin düzenlemenin uygulama kapsamına tüzel kişi pay sahibinin girmemesi gerekir⁶⁷⁵. Yalnız, ibra kararı alınırken, pay sahibi tüzel kişi adına onun anonim şirket yönetim kurulundaki temsilcisinin oy kullanamayacağı, bu durumda ilgili tüzel kişi adına, ibrası söz konusu olan temsilci yönetim kurulu üyesinin dışında kalan bir kişi, temsilci olarak oy kullanabilir⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Kanaatimizce, hiç lafzi yorumla da, TTK. m. 374/II'in uygulama alanına, yönetim kurulunda temsilci bulunduran tüzel kişileri ait etmek mümkün değildir. Çünkü, şirket işlerinin görülmesine katılan ve gereğinde sorumluluk taşıyacak olan ve alınacak olan kararlar da ibra edilecek olan fiilen ve hukuken tüzel kişi değil, temsilcisi bulunan yönetim organı üyesidir. Yalnız, temsilci yönetim kurulu üyesi, tüzel kişinin iradesi üzerinde etkili ise (örneğin, pay sahibi tüzel kişinin sermaye çoğunluğu ona ait veya onun yönetiminde ise), o zaman kendi kendini ibra durumu söz konusu olacak ki, bunun da yasaya aykırı olduğu ortadadır. Fakat bu durumda oydan yoksunluk, tüzel kişinin yönetim kurulunda temsilci bulundurması sebebiyle değil, sözü edilen yönetim kurulu üyesinin haddizatında temsilci aracılığıyla kerhdisinin ibra kararında oy kullanması sebebiyle söz konusu olmaktadır.

⁶⁷⁶ İlginçtir ki, Türk doktrininde, başkalarını temsilen yönetim kurulu üyelerinin oy kullanabileceğini kabul eden yazarlar, ele aldığımız bu husus hakkında

Yukarıda pay sahibi ile şirket arasındaki işlerde ilgili pa sahiplerinin oy hakkından yoksunluğu ile ilgili ifade ettiğimi kişisel görüşümüz ve Azerbaycan hukuku bakımından yapıla değerlendirmeler, aynen yönetim işlerine karışmış kişileri oydan yoksunluğu bakımından da geçerli olduğunda tekrardan kaçınmak için, ayrıca burada bununla ilgi açılımlara yer verilmeyecektir.

2. Pay Bedelinin Ödenmiş Olması Şartı

Böyle bir şartın öngörülebildiği hukuk sistemlerinde, pa sahipleri açısından oy hakkının doğumu, üstelenmiş oldukla sermaye borçlarını ödemiş olmaları şartına bağlıdır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, böyle bir yoksunlu durumunun çeşitli şekilde uygulandığını görmek mümkün. Örneğin, Alman ve Lüksemburg hukuklarında payın oy hakkı sağlayabilmesi için, bedellerinin tamamen ödenmiş olma lazım⁶⁷⁷. Buna mukabil, örneğin İspanya hukukunda payın o hakkını sağlaması, bedelinin tamamen ödenmiş olması şartı bağlı değildir ama, ödemede gecikme olunca, ödemele geciktiren ortak, ilgili paylar (bedellerinin ödenmesinc gecikme olan paylar) bakımından oy hakkını kaybeder (İspanya ŞK. m. 44)⁶⁷⁸. Keza benzer bir düzenleme Az.AOF m. 12,b. 3’de de yer almaktaydı. Söz konusu kanun hükmür göre, ortak, pay bedellerinin ödenilmesinde borca aykırı hareket ettiğinde oy hakkını kaybeder. Yalnız sonrada yürürlüğe konulan Az.MK. m. 103.3’de, “anonim şirketin es sermayesi tamamen ödenmedikçe tescil edilemez” şeklinde b düzenlemeye yer verilmekle, Az.AOK.nun ilgili madde

yönetim kurulu üyesinin pay sahibi tüzel kişi adına kendi ibrasında c kullanmayacağını kabul etmektedir, bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, 133; TEKİNALP, Tüzel kişilerin Temsili s. 139 dñn. 3.

⁶⁷⁷ Alman hukuku bakımından bkz. TEOMAN, Arslanlı Armağanı, s. 600 v Lüksemburg hukuku bakımından bkz. PRÜM/CORBİSİER, s. 195.

⁶⁷⁸ HERMİDA, s. 272.

hükümünde yer alan söz konusu düzenleme bugün artık terk edilmiş bulunmaktadır.

Oy hakkı bakımından getirilen böyle bir sınırlama hakkında daha önce açıklama yapılmış olduğundan⁶⁷⁹, tekrardan kaçınmak amacıyla burada yeniden üzerinde durulmayacak ve sadece ilgili kısma atıf yapmakla yetineceğiz.

3. Belirli Bir Miktarda Paya Sahip Olma Şartı

Anonim ortaklıklar hukukunda, ortağın şirket genel kurulunda oy kullanabilmesini, asgari belirli bir oranda paya sahip olma şeklinde bir ön şarta bağlanması suretiyle de, pay sahibinin oy hakkına sınırlama getirildiğini bazı ülke hukuklarında görmek mümkün⁶⁸⁰. Bu sınırlamanın mahiyeti şundan ibarettir ki, şirket esas mukavelesi ile öngörülen asgari sınırın üzerindeki bir oranda paya sahip bulunan ortaklar şirket genel kurulunda kullanacakları oylar sayesinde karar alabilmekte, bu sınırın altında kalan pay sahipleri ise, genel kurula katılma ve oy kullanma hakkını haiz bulunmamaktadırlar. Böyle bir sınırlama getirmenin temelinde esasen şu düşünceler bulunmaktadır: a) güç boşluğu önlenmiş olacak, b) şirket işlerine ilgi duymayacak veya şirket çıkarlarına önem vermeyecek olan küçük tasarruf sahiplerinin genel kurulda toplanması için lüzumsuz para ve zaman harcamasından tasarruf edilmiş olacak, c) şirket çıkarlarına önem vermeyecek olan küçük tasarruf sahiplerinin şirket yönetimine katılmaları ve dolayısıyla da tesadüfi kişilerin şirket üzerinde etkili olabilmeleri önlenmiş olacak.

Bu tür sınırlamalar kanunen değil, şirket ana mukavelesi ile getirilmektedir. Ancak böyle bir sınırlamaya izin veren

⁶⁷⁹ Bkz. I. Bölüm, § 2, II, A, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸⁰ Örneğin Fransız (Fr.ŞK. m. 165, bkz. GUYON, s. 98), Portekiz (Ticari ŞK. m. 379, 384, bkz. ANTUNES, s. 242) ve İspanya (ŞK. m. 105.1, bkz. HERMIDA, s. 264) hukuklarında.

sistemlerde, oy hakkının kullanılabilmesi için şirket ana mukavelesince getirilecek asgari bir sınırın belirli bir oranı aşamayacağı, kanunen emredici bir şekilde öngörülmekte ve böylece söz konusu sınırlamaya da bir sınır getirilmektedir⁶⁸¹. Ayrıca, bu tür küçük pay sahiplerinin bir araya gelerek, şirket genel kurulunda kendilerinin ortak bir temsilci aracılığıyla temsilini sağlayabilecekleri, kabul edilmektedir⁶⁸².

Azerbaycan hukuku bakımından şirket ana mukavelesince böyle bir sınırlamanın öngörülemeyeceği açıktır. Zira böyle bir sınırlamanın, hem Az.MK'nın "her payın oy hakkını sağlayacağı"nı (m. 107-3.5), hem de bir paya birden fazla kişi sahip oldukça oyun temsilci aracılığıyla verilebileceğini (m. 107-3.4) öngören hükümlerine aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir.

Böyle bir oy sınırlaması kanaatimizce, de lege ferenda olarak da kesinlikle tercihe şayan değildir. Gerçekten bir kere, bu tür bir sınırlama aslında anonim şirketler hukukunda en temel kavram olan "pay" kavramına uymamaktadır. Zira bilindiği üzere pay, sahibine çeşitli haklar sağlamaktadır, diğer bir ifade ile, anonim şirketlerde ortaksal haklar paya bağlıdır. İşte payın sağladığı bu hakların içerisinde en önemlisi ve en esaslısı iki tanedir: biri kâr payı hakkı, diğeri ise, oy hakkıdır⁶⁸³. Hâlbuki böyle bir sınırlama, tabir yerinde ise,

⁶⁸¹ Bu sınırın kapsamı, ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Şöyle ki, örneğin Fransız hukukunda bu sınır 10 pay olarak öngörülmekte (yani esas mukavele ile 10 payın üzerinde asgari sınır belirlenemez), Portekiz Hukukunda ise, bu sınırın esas sermayenin yüz binde birini (1/100,000) aşamayacağı öngörüldüğü halde, böyle bir sınırlamanın çok yaygın olarak uygulandığı İspanya' da ise, getirilebilecek asgari pay sınırının esas sermayenin binde birini (1/1000) aşamayacağı öngörülmektedir, bkz. DRUEY, s. 371-372 ve orada dpn. 32 ve 33'de anılanlar; HERMIDA, s. 264 ve orada dpn 24.

⁶⁸² Bu hususta bkz. GUYON, s. 98; ANTUNES, s. 242 dpn. 65.

⁶⁸³ R. W. HAMILTON, s. 301.

“pay” kavramını tahrip ederek oy hakkını söküp, bir bakıma ondan almaktadır.

Bundan başka, oy hakkına getirilen böyle bir sınırlama, kıymetli evrak niteliğini haiz bulunan hisse senetlerinin el değiştirmesine uyum sağlayabilmesi bakımından da (özellikle de hamiline yazılı hisse senetleri bakımından bu çok daha bariz bir şekilde kendisi hissettirmektedir), oldukça hantal kalmaya mahkumdur ve dolayısıyla da anonim şirketlerin işleyişine, oy hakkının öngörülme amacına ve işlevine engel teşkil edecek sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir.

Kaldı ki, böyle bir sınırlama, hem gittikçe önem kazanan ve uygulamada anonim şirketler bakımından faydaları fiilen görülen⁶⁸⁴ ve bu yüzden de hararetle tavsiye ve teşvik edilen şirket yönetimine pay sahiplerinin katılımını sağlamaya yönelik eğilime⁶⁸⁵, hem de küçük tasarruf sahiplerinin korunmasına yönelik genel eğilime tersidir. Zaten bu yüzden olsa gerek ki, yukarıda örnek olarak gösterilen ülkeler dışında kalan diğer belli başlı bütün sistemlerde bu tür bir sınırlama, hukuken mürkün değildir⁶⁸⁶.

C. OY SÖZLEŞMELERİ

Gelişen anonim şirketler hukukunda, oy hakkının bir bakıma, bizzat kendi sahibince sınırlandırılması sonucuna neden olan oy sözleşmeleri, oy hakkının kullanılması ile ilgili gittikçe ayrı bir önem ve ivme kazanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, oy sözleşmelerinin Azerbaycan hukuku bakımından kelimenin tam anlamıyla yeni olması bir tarafa, böyle bir sözleşmenin mevcut yasal düzenlemeler

⁶⁸⁴ C. ARNOLD, s. 391 vd.

⁶⁸⁵ Bu hususta bkz. DAVİS, s. 383 vd.

⁶⁸⁶ Hatta şu kadarını da ifade edelim ki, genelde oldukça geniş bir serbestinin tanıdığı İngiliz hukukunda bile, bu tür sınırlama getirilememektedir, bkz. DAVİS, s. 349.

kapsamında yapılabilip yapılmayacağı ve yapıldığı takdirde ne gibi hukuki sonuçlara neden olabileceği de, üzerinde özel olarak durmayı gerektiren bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte esasen bu nedenlerden dolayı, oy hakkının sınırlandırılmasına neden olan hallerden biri olarak, oy sözleşmelerini kısa ve fakat “yoğun” bir şekilde ayrı bir başlık altında ele almayı uygun bulduk.

1. Oy Sözleşmelerinin Anlamı ve İşlevleri

a. Oy Sözleşmelerinin Anlamı

Hemen baştan belirtmek gerekir ki, oy sözleşmeleri, mukavele serbestisi çerçevesinde, sadece anonim şirketler bakımından değil, diğer ticaret ortaklıkları ve hatta diğer her türlü ortaklıklar ile dernekler gibi özel şahıs birliklerinin karar organlarında kullanılacak oy hakları bakımından da söz konusu olabilmektedir⁶⁸⁷. Böylece, oy sözleşmeleri, sırf anonim şirketlere özgü bir anlaşma niteliği arz etmez. Fakat şunu da ifade etmek gerekir ki, ABD hariç, diğer ülkelerde oy sözleşmeleri, esasen anonim şirketler bakımından söz konusu olmaktadır.

Oy sözleşmelerinin mahiyetine gelince, oy hakkı sahipleri, bağlanmış oldukları mukaveleler gereğince, haiz oldukları oy haklarının ilgili karar organlarında belirli bir yönde kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınmasına ilişkin üzerlerine bir uhdelik götürdüklerinde, söz konusu olabilen sözleşmelerdir. Buradan hareketle, anonim şirketler bakımından oy sözleşmeleri denilince, kast edilen, oy hakkı sahiplerinin (ki, bunlar kural olarak pay sahipleri olacak) şirket genel kurulunda (yani oy hakkının kullanılabilceği ilgili karar organında) oy hakkının

⁶⁸⁷ MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 8.

belirli bir şekilde kullanılmasına ilişkin taahhüdün yer aldığı sözleşmelerdir⁶⁸⁸.

Oy sözleşmesi, pay sahipleri arasında yapılabileceği gibi, pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında da yapılabilir. Konusu itibariyle şirket genel kurulunda oy hakkının belirli bir şekilde kullanılmasına ilişkin taahhüdü içeren ve böylece borç doğuran bir mukavele⁶⁸⁹ olan oy sözleşmelerini, hatta henüz pay sahibi olmayan bir kimsenin de bağlayabileceği ve bununla da geçerli olarak oy kullanma uhdeliği altına girebileceği kabul edilmektedir⁶⁹⁰. Yalnız şunu önemle belirtmek gerekir ki, oy sözleşmesi ile oy hakkı, paydan ayrılarak bir başkasına devredilmediği gibi, böyle bir amaç da güdülmemektedir. Zira oy sözleşmelerinin amacı, oy hakkının bir başkasına devrini sağlamaya yönelik olmayıp, şirket genel kurulunda oyun kullanılma şeklini belirlemeğe yöneliktir⁶⁹¹.

b. Oy Sözleşmelerinin İşlevleri

Oy sözleşmeleri, uygulamada karşılaşılan bir takım ihtiyaçları karşılamak için, gene bizzat uygulamanın ortaya çıkarmış olduğu bir sözleşme türüdür. İşte oy sözleşmelerinin belli bir ölçüde bu ihtiyaçları gidermesi özelliğine, oy sözleşmelerinin işlevleri denilmektedir. Özet olarak oy

⁶⁸⁸ Oy sözleşmelerinin tanımları için bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 4; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 998; **TEKİL**, s. 215; **ÇEKER**, , s. 234-235; Del. Gen. Corp. L. § 218(a).

⁶⁸⁹ Fakat burada şunu da ifade edelim ki, oy sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında doktrinde fikir birliğine varılmış değildir. bu hususla ilgili olarak bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1001; **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 7; **ÇEKER**, , s. 238 vd.

⁶⁹⁰ Bu yöndeki Alman Yüksek mahkeme kararı için bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 7 dpn. 14.

⁶⁹¹ **MOROĞLU**; Oy Sözleşmeleri, s. 4; **ÇEKER**, , s. 233.

sözleşmelerinin işlevleri doktrinde aşağıdaki gibi sıralanmaktadır⁶⁹²:

1- Lehine oy sözleşmesi yapılan kimseye, başkalarının sermaye paylarından (gerçi, oyda imtiyaz tanınması durumunda oy hakkı ile sermaye payı orantılı olmaz ama, gene de oy hakkının kaynağı sonuçta sermayeye katılmadan ileri gelmektedir) ileri gelen oy haklarından yararlanarak,- anonim şirketin yönetiminde etkinlik kazanmayı, haiz olunan etkinliği artırmayı ve bunları güvence altına almayı sağlayabilmektedir;

2- Anonim şirket paylarının oldukça çok kişiler arasında dağılmış olması, şirket yönetiminin Moroğlu'nun ifadesiyle⁶⁹³, gezen ve yüzen oylara dayalı hale gelmesine neden olabilir ki, böyle bir durum şirket yönetiminin istikrarını olumsuz etkiler. İşte böyle bir durumda oy sözleşmeleri sayesinde, şirket yönetimini gezen ve yüzen oylara dayalı olmaktan kurtarmak, ona istikrarlı bir yönetim sağlamak mümkün olabilmektedir;

3- Keza oy sözleşmeleri ile küçük pay sahipleri, azınlık haklarından yararlanabilme imkânına kovaşabilmektedirler;

4- Oy sözleşmeleri, mali kurumlardan kredinin alınmasını ve yeniden yapılanmada üçüncü kişilerin sermaye ve becerilerinden yararlanmayı sağlama bakımından da önemli bir vasıtaadır. Zira, oy sözleşmeleri, mali kurumlardan sağlanan kredinin

⁶⁹² Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 9 vd. Ayrıca bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 999.

⁶⁹³ **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 10.

geri ödenebilmesinin ek güvencesi olarak da yapılmaktadır. Böylece, örneğin önemli oranda şirkete kredi vermiş olan banka, şirketin kötü yönetilmesi yüzünden zarara uğramamak için, oy sözleşmesi yolu ile şirket yönetiminde etkinliği elinde bulundurabilir. Aynı durum, başkalarının sermaye ve becerilerinden yararlanılarak yeniden yapılanmaya gidildiğinde de söz konusu olabilir ve hatta bu gibi durumlarda oy sözleşmesinin yapılması, bir zorunluluk haline gelebilir.

5- Ana mukavele ile sağlanılabildiği mümkün olmayan kişi ortaklıklarındaki birtakım iç düzenlemelerin, oy sözleşmeleri aracılığıyla anonim şirketler bakımından da uygulanması sağlanabilmektedir.

2. Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Çeşitleri

a. Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu

Oy sözleşmeleri hakkında, çoğu sistemler bakımından henüz özel bir şekilde yasal düzenlemeler bulunmamaktadır⁶⁹⁴. Buna göre de, bu tür ülke hukuklarında hem oy sözleşmelerinin geçerliliği, hem hukuki niteliği, hem de bunlara uygulanacak hükümler hakkında bir takım tereddütler bulunmaktadır⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Örneğin, Almanya, İsviçre, Lüksemburg, Fransa, İtalya ve Türkiye gibi ülke hukuklarında. Buna mukabil, ABD (bkz. Del. Gen. Corp. L § 218), İngiltere (bkz. www.companylawclub.co.uk/members/topics/faq125.htm); Belçika (ŞK. m. 74, bkz. WYMEERSCH, s. 43, dnp. 64) ve Portekiz (bkz. ANTUNES, s. 247) gibi ülke hukuklarında oy sözleşmelerinin geçerliliği, yasal olarak açık bir şekilde kabul edilmektedir.

⁶⁹⁵ Örneğin Fransız ve İtalyan hukuklarında hakim görüş ve uygulama, oy sözleşmelerinin geçersizliği yönündedir. Keza azınlıkta kalmakla birlikte, Alman ve İsviçre hukuklarında da oy sözleşmelerinin geçersiz sayılmaları gerektiğini savunan yazarlar vardır (bu hususta bkz. MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 18 ve orada dnp. 49-50; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 41, dnp. 118; ÇEKER, s. 240, dnp. 240. Keza, 1986 yılında oy

Fakat anonim şirketler hukukunun gelmiş olduğu hazırki durum itibariyle hakim görüş, oy sözleşmelerinin geçerli olduğu yönündedir⁶⁹⁶.

Oy sözleşmelerinin geçerliliğine itiraz eden yazarlar⁶⁹⁷, oy sözleşmelerinin anonim şirket genel kurulunda oy hakkının özgürce kullanılması ilkesine ve hatta bu bağlamda oy hakkının öngörülme nedenine aykırı olduğunu ileri sürmekte ve böyle bir mukavele ile belirli bir şekilde oy kullanma yükümü altına girmiş olan ve bu yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinde cezai şart da dahil olmakla çeşitli hukuki müeyyidelerle karşılaşacak olan oy hakkı sahiplerinin, genel kurulda yapılacak olan açıklama ve tartışmaların ışığında hangi yönde oy kullanılmasının gerektiğini belirleme özgürlüğü önceden ellerinden alınmış olacağını, bunun da genel kurulda yapılacak olan açıklama ve tartışmaların sonuçta anlamsızlaştırılmasına neden olacağını belirtmektedirler.

sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin açık bir yasal düzenlemenin getirilmesinden önceki dönemde, Portekiz hukuk doktrininde de, oy sözleşmelerinin geçerliliği hususunda ciddi fikir ayrılıkları bulunmaktaydı, bkz. ANTUNES, s. 247 dñn. 101).

⁶⁹⁶ Bu yönde bkz. MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 19 vd; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 140; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 42 dñn. 126; . TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 1002; TEKİL, s. 215-216; ÇEKER, s. 241, dñn. 241'de anılanlar; PRÜM/CORBİSİER, s. 198-199; GEORGAKOPOULOS, s. 136; ANTUNES, s. 247; JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON, s. 645; STAPLEDON, s. 17. Keza karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, oy sözleşmelerini geçerli olarak kabul etmeyen sistemlerin çok istisna teşkil ettiği, buna mukabil, oy sözleşmelerini geçerli olarak kabul eden sistemler burada adları yazılmayacak kadar fazla olduğu ve dolayısıyla da, sözü edilen mukavelelerin anonim şirketler hukuku alanında umumen çok yaygın bir şekilde kabul edildiği ve uygulandığı görülmektedir.

⁶⁹⁷ Bu yazarların görüşleri ile ilgili bkz. PRÜM/CORBİSİER, s. 198; MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 18-19; ÇEKER, s. 240-241.

Bundan başka, oy sözleşmelerinin şirket menfaatleri yerine daha çok diğer menfaatlere hizmet edecek kararların alınmasına ve ayrıca, iddia edildiği gibi azınlık pay sahiplerinin daha etkin olmasına değil, çoğunluk pay sahiplerinin tahakkümünün oluşmasına ve artmasına neden olacağı hususu da bu görüş taraftarlarınca dile getirilmektedir.

Bunun mukabilinde, oy sözleşmelerinin geçerliliğini kabul edenler⁶⁹⁸ ise, oy kullanma özgürlüğünün, pay sahiplerinin oy haklarını her türlü etkilenmeden uzak olarak kalması gerektiği anlamına gelmediğini, pay sahibinin haiz olduğu oyunun istikametini bir sözleşme ile belirleyebilmesi aslında oy kullanma özgürlüğünün doğal bir sonucu ve uygulanması demek olduğu ileri sürmektedirler. Bu görüş uyarınca, önemli olan oy sözleşmeleri sayesinde oluşan genel kurul kararının şirket menfaatlerini ve diğer ortakların meşru haklarını ihlal edip etmemesidir⁶⁹⁹. Eğer böyle bir ihlal mevcut değilse ve bu şekilde alınan karar veya kararlar yasaya, ana mukavele hükümlerine ve iyi niyet kurallarına uygunsa, sözü edilen karar(lar)ın iptal edilmesinde kimsenin meşru menfaati söz konusu olamaz.

Kaldı ki, oy sözleşmelerinin, şirket ortaklarının genel kurul kararına katılımını olumsuz yönde etkilemediği ve şirket çıkarlarını çiğnenmesine mümbit zemin hazırlamadığı, bizzat anonim şirketler alanındaki uygulama tarafından da fiilen tasdik edilmektedir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ Aynı yönde bkz. **MOROĞLU**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 19 vd; **İMREGÜN**, *Anonim Ortaklıklar*, s. 140; **ÇEKER**, s. 241; **PRÜM/CORBİSİER**, s. 198-199.

⁶⁹⁹ Oy sözleşmelerinin sadakat yükümlülüğü kapsamında genel kurul kararlarına etkisi hakkında geniş malumat için bkz. **M. AKIN**, s. 182 vd.

⁷⁰⁰ **J. DELVAUX**, *La société anonyme*, 1998, s. 147 (**PRÜM/CORBİSİER**, s. 198'den naklen).

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, bugün için hakim görüş ve uygulama ve genel eğilim, oy sözleşmelerinin geçerliliği yönündedir. Bunu hem, daha önceleri oy sözleşmelerine yasal düzenlemelerinde açıkça yer vermeyen bir kısım ülkelerde sonradan bu hususta yasal düzenlemelerin öngörülmesi (örneğin, 1986'da Portekiz'de ve 1991'de Belçika'da⁷⁰¹), hem de böyle bir açık yasal düzenlemelerin yer olmadığı ülke hukuklarında doktrin ve uygulama tarafından oy sözleşmelerinin genelde geçerli olarak kabul edilmesi, tasdiklemektedir. Hatta Fransız hukukunda bile, oy sözleşmelerinin geçerli olduğu fikri, doktrinde gittikçe daha fazla kişi tarafından kabul edilmektedir⁷⁰².

b. Oy Sözleşmelerinin Çeşitleri

Bütün sözleşmeler gibi oy sözleşmeleri de çeşitli açılardan (borç altına taraf sayısı bakımından, mukavele ilişkisinin süresi bakımından, sözleşme taraflarının sıfatları bakımından) sınıflandırılmaya tabi tutulabilmektedir⁷⁰³. Burada çalışma konumuzun sınırlarını aşar düşüncesiyle, oy sözleşmelerinin sadece en yaygın ve inceleme konumuz ile en yakından bağlantısı olan borç altına giren taraf sayısı bakımından yapılan sınıflandırmaya ilişkin açıklamalara yer vermeğe çalışacağız.

⁷⁰¹ 1991 senesinden önceki dönemde Belçika hukukunda oy sözleşmelerinin geçerliliği doktrinde fikir ayrılıklarına neden olsa da (önceleri aleyhte olanlar çoğunluk teşkil etse de, sonradan oy sözleşmelerinin geçerli olacağı görüşü üstünlük kazanmıştır), uygulamada baştan beri genel eğilim, belirli şartlar dahilinde oy sözleşmelerinin geçerli olacağı yönünde olmuştur, bkz. **PRÜM/CORBİSİER**, s. 198-199. Karş. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 18; **İMREGÜN**, Menfaat İhtilafları, s. 41-42.

⁷⁰² **GUYON**, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 2nd ed., Paris, L.G.D.J., 1995, no. 290; **M.C. MONSALLER**, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonymme*, Paris, L.G.D.J., 1998, s. 215 (**PRÜM/CORBİSİER**, s. 199'dan naklen).

⁷⁰³ Bu yöndeki sınıflandırmalar hakkında geniş malumat için bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 27 vd.

aa. Tek Taraflı Oy Sözleşmeleri

Yapılan oy sözleşmesine göre, taraflardan ancak biri, oy hakkını belirli bir şekilde kullanma taahhüdü altına girmişse, o zaman yapılmış olan oy sözleşmesine, tek taraflı oy sözleşmesi denilir⁷⁰⁴. Bu tür oy sözleşmeleri, bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, ekseriyet itibariyle çok kısa süreli olup, belirli bir gündem maddesi veya bir genel kurul toplantısında kullanılmak üzere yapılmaktadır. Diğer her türlü oy sözleşmelerinde olduğu gibi, tek taraflı oy sözleşmelerinin de belirli bir bedel veya özel bir çıkar karşılığında yapılması kural olarak onun geçersizlik nedeni sayılmaktadır⁷⁰⁵. Çünkü, böyle bir özel çıkar karşılığında yapılan oy kullanma sözleşmesi, ortaklık dışında ve ortaklığın zararına olarak çıkar elde etme sayılmakta ve buna göre de iyi niyet kurallarına ve ahlaka aykırı olarak kabul edilmektedir⁷⁰⁶. Burada “özel çıkar” ile kast edilen genel veya özel kurullardaki oylama sonucu hasıl olanlar dışındaki her türlü çıkarlardır⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 28; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1000; **ÇEKER**, s. 236.

⁷⁰⁵ Bu yöndeki görüşler ve Alman hukukundaki söz konusu yasağa ilişkin yasal düzenleme hakkında bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 56 vd; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1002; **ÇEKER**, s. 236.

⁷⁰⁶ Buna mukabil *İmregün*, oy satın almayı yasaklayan özel bir hüküm bulunmadığı sürece, oy sözleşmelerini sırf bu nedenle geçersiz saymanın haklı bir nedeni bulunmayacağını, önemli olan alınan genel kurul kararlarının yasaya, ana mukaveleye, dürüstlük kurallarına ve şirket menfaatlerine aykırı olup olmamasıdır şeklinde bir görüşü savunmaktadır (ABD hukukunda da bu tür anlaşmalar kural olarak muteber sayılmaktadır, bkz. **JENTZ/ MİLLER/ CROSS/ CLARSON**, s. 645, **İMREGÜN**, Menfaat İhtilafı, s. 41-42; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 140.

⁷⁰⁷ **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 58 ve orada dpn. 177'de anılanlar.

bb. İki taraflı (Karşılıklı) Oy Sözleşmeleri

Bir oy sözleşmesi ile, her iki taraf da haiz oldukları oy haklarını belirli bir şekilde kullanma taahhüdü altına girmiş bulunuyorlarsa, ortada karşılıklı bir oy kullanma sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁰⁸. Bu tür bir oy sözleşmesi yapmış olan pay sahiplerinin oy kullanımına yönelik taahhüdünün aynı konuya ilişkin olması zorunlu değildir. Yani böyle bir oy sözleşmesi yapmış olan pay sahiplerinin ikisinin de taahhüdü aynı konuda (örneğin yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmemesi yönünde) olabileceği gibi, farklı konularda da (örneğin, bir tarafın taahhüdü yönetim kurulu üyeliğinin seçimine ilişkin, diğer tarafın ise, sermaye artırımına ilişkin) olabilir⁷⁰⁹.

Bir yönetim kurulu üyesinin pay sahibi sıfatıyla kendi yararına oy kullanabileceği esasen doğal olarak kabul edilmektedir⁷¹⁰. Ne var ki, karşılıklı oy sözleşmesi yolu ile bunun hukuken gerçekleştirilebilip gerçekleştirilemeyeceği tereddüt doğurmaktadır. Zira bir yönetim kurulu üyesinin talimatı veya önerisi doğrultusunda oy kullanılması taahhüdünü içeren sözleşmelerin, hem şirketçe iktisap edilen paylarla ilgili oy hakkının kullanılmasını yasaklayan hükme aykırı sayıldığından, hem de şirket organları arasındaki yetki ve kuvvetler ayrımı kuralının dolaylı bir şekilde ihlali sonucuna neden olacağından geçersiz sayılacağı görüşü, doktrinde

⁷⁰⁸ **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 28; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 100.

⁷⁰⁹ **ÇEKER**, s. 237 ve orada dpn. 224'de anılanlar.

⁷¹⁰ Bu hususta örnek olarak bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 51 ve orada dpn. 154'de anılanlar; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1002.

önemle savunulduğu gibi⁷¹¹, yasal düzenlemelere⁷¹² de çeşitli şekillerde konu olabilmektedir.

Doktrinde *Tekinalp*⁷¹³, karşılıklı oy kullanma halinde bile, bir pay sahibinin, oy gücünü, kendisinin şirket organına seçilmesini sağlamak gibi ortaksal bir imkânın temin edilmesi mukabilinde oy kullanma taahhüdünde bulunduğu, bunu “özel çıkar” mukabilinde yapılmış bir oy taahhüdü olarak kabul edilmemesi gerektiğini haklı olarak ileri sürmektedir. Zira bu durumda da, bir pay sahibinin haiz olduğu oy gücünü, kendisinin bir organa seçilmesini temin için kullanmasının “özel çıkar” değil, genel kurulda oylama sonucu hasıl olacak bir hususa ilişkin olduğu açıktır.

cc. Çok Taraflı Oy Sözleşmeleri

Birçok pay sahibinin muayyen bir amaca ulaşmak için oy haklarını sözleşmede belirledikleri veya sonradan yapmış oldukları anlaşma gereğince kendi aralarında belirleyecekleri yönde topluca oy kullanmayı taahhüt ettiklerinde, çok taraflı oy sözleşmelerinden söz edilir⁷¹⁴.

Dikkat edilirse, çok taraflı oy sözleşmelerinde, diğer bütün çok taraflı sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların taahhütleri aynı istikamete, diğer bir ifade ile ortak istikamete yöneliktir. Zira, ancak aynı yönde oy kullanılacağı takdirde sözleşme tarafları, ferdi olarak oy kullanmaları halinde ulaşamayacakları hedeflere varma ve

⁷¹¹ Bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 50-51 ve orada dpn. 151, 153 ve 155’de anılanlar; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1002; **ÇEKER**, s. 242 ve orada dpn. 245’de anılanlar.

⁷¹² Örnek olarak, Alman POK § 136/III; Türk SPK Seri IV, No. 8 Tebliği m. 11/A.

⁷¹³ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1002.

⁷¹⁴ **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 28; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1000.

grup etkisini kazanma imkânını elde edilebilmeleri mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla da böyle bir oy sözleşmesi, oy haklarını ancak aynı yönde kullanmakla ortak çıkar ve amaçlarının gerçekleşmesini sağlayabilen pay sahipleri tarafından yapıldığından, bu tür sözleşmeye taraf olan herkes, sahip olduğu oy haklarını aynı yönde kullanma yükümlülüğü altına girmiş olur. İşte karşılıklı oy sözleşmeleri ile çok taraflı oy sözleşmelerinin en önemli farkı bu noktadır. Gelişen anonim şirketler hukukunda halihazır dönem itibariyle en yaygın olan oy sözleşmesi çeşidi çok taraflı oy sözleşmeleridir⁷¹⁵.

3. Oy Sözleşmelerine Uyulmamasının Sonuçları

Oy sözleşmesine uyulmadığı takdirde, daha doğrusu taraflardan biri, söz konusu mukaveleden ileri gelen genel kurulda oy hakkını belli bir şekilde kullanma borcunu ihlal ederse, bunun alınan kararın muteberliğine hiçbir etkisi olmaz. Zira, bütün diğer mukavelelerde olduğu gibi, oy sözleşmeleri de ancak onun taraflarını bağlar, yoksa bu mukavele bakımından tamamen üçüncü kişi konumunda olan anonim şirket açısından, herhangi bir borç meydana getiremez. Dolayısıyla da, oy sözleşmesinden doğan talep hakkı, oy hakkının kullanılacağı anonim şirkete karşı ileri sürülemez. Yani gerek genel kurul toplantısında karar alınırken, gerekse de genel kurul kararından sonra oy sözleşmesine aykırı olarak oy kullanılması gerekçe gösterilerek, kararın alınmasına veya alınmış olan kararın uygulanmasına engel olunamaz. Genel kurulda belirli bir gündem maddesi ile ilgili hangi yönde karar alındığı saptanırken, oyların varlığı bilinen oy sözleşmelerine göre değil, nasıl verilmişse o şekliyle değerlendirilmeye

⁷¹⁵ Bu hususta genel olarak bkz. T. BAUMS/R. BUXBAUM/K. HOPT (eds), *Institutional Investors and Corporate Governance*, Berlin 1994; G. P. STAPLEDON, *Institutional Investors and Corporate Governance*, Oxford 1996.

alınması zorunludur. Bütün bunlar da, oy sözleşmesine aykırı olarak oy kullanılmış olduğunu ileri sürerek ne genel kurul kararının, ne de oy sözleşmesine aykırı olarak kullanılan oyların iptali veya hükümsüzlüğünün dava edilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır⁷¹⁶.

Oy sözleşmelerinin hiç veya gereğince yerine getirilmediği takdirde, bunun borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde borca aykırı davranış sayılacağı ve bu kapsamda uğranılan zararın tazmininin istenebileceği genellikle kabul edilmektedir⁷¹⁷. Bu durumda lehine oy taahhüdü yapılanın, temerrüt hükümleri kapsamında oy sözleşmesindeki taahhüdüne aykırı davranana karşı taleplerde bulunabileceği kabul edilmektedir⁷¹⁸. İşte bu bağlamda oy sözleşmelerinin cebren icrasının mümkün olup olmayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Zira, temerrüde düşen borçluya karşı kural olarak alacaklının başvuracağı yollardan biri de aynen ifanın sağlanması talebidir⁷¹⁹. Bu sorunun cevabı bakımından doktrinde görüşler esasen ikiye ayrılmaktadır: bir grup yazarlar⁷²⁰ oy sözleşmelerinin cebren icrasının mümkün

⁷¹⁶ Bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 68 ve orada dpn. 200'de anılanlar; **A. HİRSCH/P. HENRY** (çev. A. Öcal), Ortaklar Arasındaki Sözleşmelerin İcrasında En Emin yol: Hisse Senetlerinin İştirak Halinde Mülkiyeti, Batider, C. XII, S. 2-3, s. 125; **ÇEKER**, s. 243; **GEORGAKOPOULOS**, s. 136.

⁷¹⁷ Bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 86; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1003; **ÇEKER**, s. 243; **A. HİRSCH/P. HENRY** (çev. A. Öcal), s. 125; **STAPLEDON**, s. 17; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 645; **PRÜM/CORBİSİER**, s. 198-199 ve orada dpn. 103-104'de anılanlar.

⁷¹⁸ Bu hususta bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri (yazar manevi zararların da tazmininin istenebileceğini ifade etmektedir), s. 86.

⁷¹⁹ Bu husus ile ilgili geniş bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 371 vd.

⁷²⁰ **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 90 vd; **HİRSCH/HENRY** (çev. A. Öcal), s. 126 dpn. 7'de anılan yazarlar; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 645.

olduğu görüşünü savunmakta, diğer bir grup yazarlar⁷²¹ ise, bir taraftan böyle bir görüşün oy hakkının mahiyeti işle bağdaşmadığını, diğer taraftan ise, cebren icra görüşü kabul edilse bile, bunun hiçbir pratik faydasının olmayacağı, en iyi ihtimalde ise, son derece kısıtlı bir faydasının olabileceğini ileri sürerek söz konusu soruyu olumsuz olarak cevaplamaktadırlar.

Yukarıda, oy sözleşmesi ihlal edildiğinde ne sözü edilen mukaveleye aykırı kullanılan oyların, ne de alınan genel kurul kararının iptal ve hükümsüzlüğünün dava edilemeyeceğini ve hatta genel kurulda oylama yapılırken kullanılmakta olan oyların mezkur sözleşmeye aykırı olarak kullanılmak istendiğinin bilinmesi halinde bile, bunun önlenemeyeceğinin doktrinde genellikle kabul edildiğini belirtmiştik. Kanaatimizce, madem ki hukuki durum böyledir, o zaman oy sözleşmesinin ihlal edilmesi ile birlikte oy sözleşmesinin ifası da hukuki nedenlerle imkânsızlaşmış olacaktır⁷²². Zira oy sözleşmesi ihlal edildiği andan sonra, değil alacaklı, hatta belirli bir şekilde oy kullanma taahhüdünde bulunan borçlu tarafından da, ne taahhüde aykırı olarak kullanılan veya kullanılmayan oyların (oy sözleşmesi gerekçe gösterilerek) taahhüde uygun olarak kullanılmasının, ne de sırf bu nedenle alınan kararın geçersizliğinin sağlanması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla da borca aykırı davranış,

⁷²¹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1003a.; **HİRSCH/HENRY** (çev. A. Öcal), s. 125; **GEORGAKOPOULOS**, s. 136.

⁷²² Doktrinde bir görüş, ifanın mümkün olup olmadığına alacaklı bakımından bir değerlendirme yapılarak tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmekte ve eğer her ne sebeple olursa olsun, alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği bütün durumlarda ifa imkânsızlığının söz konusu olacağını ileri sürmektedir. Baskın görüş ise, ifanın mümkün olup olmadığına borçlu açısından yanaşmakta, şayet borçlu istese de objektif olarak ifayı gerçekleştiremeyecekse, ifa imkânsızlığını kabul etmekte, buna mukabil borçlu dilerse ifayı gerçekleştirebilecek durumda ise, alacaklı bunu sağlayamayacak olsa bile, ifa imkânsızlığını kabul etmemektedir, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 294 ve orada dpn. 82'de anılanlar; **TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP**, s. 906-907.

oy sözleşmelerinden doğan taahhüdün aynen ifasını imkânsızlaştırdığına göre, oy sözleşmesinin aynen ifasının cebri icra yolu ile sağlanması da doğal olarak imkânsızdır.

Sürekli .oy sözleşmeleri bakımından da, aynen ifanın mümkün olmadığı görüşü, kanaatimizce, daha makuldür. Gerçekten *bir kere*, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, bir defa, genel kurulda oy sözleşmesine aykırı olarak oy kullanma, sözleşme süresince oy hakkının pay sahibinin kendisi tarafından kullanılamaması sonucuna haklı neden teşkil edemez⁷²³. Zira, bir taraftan pay sahibinin oy sözleşmesine dayanılarak haiz olduğu oy haklarının bizzat kendisi tarafından kullanılmasını sözleşme süresince men etmek, oy haklarının varlık nedenine ve mahiyetine uymaz, diğer taraftan ise, ilgili pay sahibinin gelecekteki genel kurul toplantılarında da oy hakkını sözleşmeye aykırı olarak kullanıp kullanmayacağı da önceden kesin olarak belli olmaz. Bu durumda gelecekte yapılacak genel kurul toplantılarında kullanılacak oylar için aşağıda ifade edilecek ek güvence önlemlerinin yanı sıra teminat talebinde de bulunulabilir.

Kaldı ki, oy sözleşmesinin aynen ifasının cebri icra yolu ile sağlanılabileceğini ileri süren yazarlar bile, böyle bir tedbirin genellikle nazari bir değer taşıdığını açıkça itiraf etmektedirler⁷²⁴.

Fakat ne var ki, oy sözleşmelerinin ihlal edilmesi nedeniyle uğranılan zararların ispatı çok zor olduğu gibi, sadece borca aykırılık kapsamında başvurulacak bir müeyyide olarak tazminat da yalnız başına oy sözleşmesinin ihlalinin neden olduğu sonuçların ortadan kaldırılmasını, çoğu zaman

⁷²³ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1003a.

⁷²⁴ Bu hususta bkz. **HİRSCH/HENRY** (çev. A. Öcal), s. 126, dpn. 9. Nitekim oy sözleşmelerinin kesinlikle cebren icrasının mümkün olduğu görüşünde olmasına rağmen, Moroğlu da benzeri bir itirafa bulunmaktadır, bkz. **MOROĞLU**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 71.

sağlayamamakta ve dolayısıyla da oy sözleşmelerinin gereğince yerine getirilmesi bakımından yeterli bir güvence konumunda bulunmamaktadır⁷²⁵. Buna göre de, uygulamada oy kullanımına ilişkin taahhüdün gereğince yerine getirilmesini sağlamak amacıyla (her birinin kendine göre az veya çok derecede yetersiz yönleri olmasına rağmen) bir takım ek güvence yollarına başvurulmaktadır.

Uygulamada en çok başvuru bu ek güvencelerden biri, oy kullanımına ilişkin taahhüdün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumu için borçlu aleyhine cezai şart olarak “ihlal bedeli”nin öngörülmesi önlemidir⁷²⁶. Bilindiği üzere, önceden kararlaştırılmış maktu bir tazminat olan cezai şartın en önemli özelliği, borcun ihlali halinde, alacaklının zarara uğramış olup olmamasına veya uğramış olduğu zararın hangi oranda olmasına bakılmaksızın ödenmesinin zorunlu bulunmasıdır⁷²⁷. Bu yüzden de cezai şart, tazminat isteminden daha etkili ve koruyucu olmakla kalmamakta, aynı zamanda önleyici bir işlevi de haiz bulunmaktadır. Zira, cezai şartın bu özelliği, borçluyu sözleşmeye uygun bir şekilde ifaya mecbur etmekle, onu borca aykırı davranıştan kaçındırmaktadır. Zaten cezai şart, mahiyeti itibarıyla esasen önceden tespiti imkânsız olan bir zararı karşılamayı değil, mukavelenin ifasını sağlamayı hedeflemektedir. Buna göre de borca aykırı davranışı önleme ve böylece mukavelenin icrasını

⁷²⁵ Aynı yönde bkz. yukarıda dñn. 717’de anılan yazarlar.

⁷²⁶ **MOROĞLU**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 72, 86 vd; **HİRSCH/HENRY** (çev. A. Öcal), s. 126, dñn. 11.

⁷²⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 868; **TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP**, s. 342; **EREN**, *Borçlar Hukuku*, C. III, s. 365; **MOROĞLU**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 86-87.

sağlama, cezai şartın en önemli işlevi olarak kabul edilmektedir⁷²⁸.

Fakat bütün bu etkili koruma ve önleme işlevlerine rağmen, oy sözleşmeleri bakımından cezai şartın da kimi zaman yeterli olmadığı ve olamayacağı ileri sürülmektedir. Şöyle ki, cezai şartın yeterli derecede önleyici olabilmesi için önceden kararlaştırılmış meblağın yüksek olması gerekir, halbuki, bir kimsenin böyle ağır şartlar altında kolay kolay oy sözleşmesini yapacağını düşünmek, pek gerçekçi değildir.

Bundan başka, cezai şart miktarının mutlak olmaması, yani gerektiğinde (tarafarca ileri sürülme bile⁷²⁹) mahkemece indirilebileceği hususu da, söz konusu önlemin oy sözleşmeleri bakımından her zaman için yeterli bir önlem olmayacağı yönündeki endişenin bir diğer gerekçesini teşkil etmektedir.

Nihayet, oy sözleşmesi bakımından borca aykırı davranış imkânsızlığa neden olduğundan, cezai şartın çok yüksek olması ve indirilmemiş olması da sonuçta ihlalin vuku bulması halinde, söz konusu mukavelenin icrasına uygun bir durumu sağlayamayacağı da açıktır⁷³⁰.

İşte bu gibi nedenlerden dolayı, oy sözleşmelerinin gereğince yerine getirilmesini sağlamak için diğer önlemlere de uygulamada başvurulmaktadır. Örneğin, sözleşme tarafları,

⁷²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 868; TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 342; EREN, s. Borçlar Hukuku, C. III, s. 365; ; HİRSCH/HENRY (çev. A. Öcal), s. 126, dpn. 12.

⁷²⁹ Doktrinde cezai şartın mahkemece resen indirilip indirilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, hakim gerektiğinde resen indirim gitmelidir, diğer görüşe göre ise, ancak borçlunun talebi üzerine hakim indirim yapabilir (bkz. TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 354; OĞUZMAN/ÖZ, s. 882 dpn. 432-433; MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 87, dpn. 253).

⁷³⁰ HİRSCH/HENRY (çev. A. Öcal), s. 127.

haiz oldukları oy haklarının kullanımını lehine oy taahhüdünde bulunulana (tek taraflı oy sözleşmelerinde) veya tayin edecekleri müşterek temsilciye (daha çok karşılıklı veya çok taraflı oy sözleşmelerinde) bırakırlar. Fakat, temsil olunan her zaman temsilcisini azledebilir ve onun bu yetkisi vazgeçilemez bir yetkidir, yani örneğin müşterek temsilci tayin edilirken ilgili tarafların önceden bu yetkilerinden vazgeçmesi hukuken mümkün değildir. Bu da, temsil kurumunun oy sözleşmelerinin icrasını sağlama bakımından tek başına yeterli bir güvenceyi sağlayamayacağını açıkça ortaya koymaktadır⁷³¹.

Ayrıca uygulamada, oy sözleşmelerine yönelik taahhüdün yerine getirilmesi ile ilgili hisse senetlerinin bloke edilmesi, payların inançlı işlemle devredilmesi, paylar üzerinde iştirak halinde mülkiyet kurulması vs. gibi çeşitli güvence önlemlerine başvurulduğunu da görmek mümkündür⁷³². Yalnız şunu da belirtelim ki, söz konusu önlemlerden her birinin kendine göre az veya çok derecede güvence işlevi vardır, fakat hiçbiri tek başına her yönüyle tam tatminkar değildir. Zaten bundan dolayı da oy sözleşmeleri ile ilgili önlemler uygulamada çok çeşitlilik arz etmektedir.

4. Azerbaycan Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Az.MK. m. 6.1.5 hükmüne göre, özel hukuka hakim olan ilkelere biri de mukavele serbestisi ilkesidir. Mukavele serbestisi derken bununla esasen neyin kast edildiği, Az.MK'nın 390.1 madde hükmünde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Sözü edilen ilgili 390.1 madde hükmüne göre, akit serbestisi derken, 1) tarafların mukaveleyi yapıp

⁷³¹ MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 73; HIRSCH/HENRY (çev. A. Öcal), s. 127.

⁷³² Bu konularla ilgili geniş bilgi için bkz. MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 76 vd.; HIRSCH/HENRY (çev. A. Öcal), s. 128 vd.

yapmamada özgür olduğu, ve 2) sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenlemede (emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla) serbest oldukları kast edilmektedir⁷³³.

İşte bu bağlamda oy sözleşmelerinin Azerbaycan hukuku bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bir kere, Azerbaycan mevzuatında oy sözleşmelerini açıkça yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oy sözleşmelerinin oy haklarının özgürce kullanılması ilkesine, paya bağlı hakların bölünmezliği ilkesine ve sermaye riski ile oy dengesi ilkesine aykırı olduğu yönündeki düşünce ve görüşler bugün için anonim şirketler hukuku alanında hem doktrin, hem de uygulama tarafından artık terkedilmiş bulunmaktadır⁷³⁴. Buna göre de, oy sözleşmelerinin mezkur ilke ve kurallara aykırı olduğu ve dolayısıyla da oy sözleşmelerinin geçersiz olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Bundan başka, Az.MK. m. 68'de açıkça sermayeye katılmadan, sırf yapılmış olan bir mukaveleye dayanılarak anonim şirket adına alınan kararı belirleme imkânından söz edilmektedir ki, böyle bir imkânı sağlayabilecek mukavele olarak ilk akla gelen sözleşme oy sözleşmeleridir. Gerçekten, baştan beri oyun anonim şirketlerde önemi ve işlevi ile ilgili olarak yapılan açıklamalardan da kolayca anlaşılacağı üzere, yasal düzenlemede sözü edilen imkânı sağlama açısından etkili ve elverişli mukavele, doğal olarak oy mukaveleleridir. Böylece, aslında Azerbaycan hukuku bakımından oy sözleşmelerinin dolaylı yolla da olsa, yasal olarak kabul edildiğini söylemek, kanaatimizce mümkündür.

⁷³³ Mukavele serbestisi konusu ile ilgili genel olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 19 vd; TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 362 vd.

⁷³⁴ Bkz. hemen yukarıda C, 2, a. başlığı altında yapılan açıklamalar.

Dolayısıyla da, Azerbaycan hukuku bakımından da oy sözleşmelerinin, mukavele serbestisi ilkesi kapsamında geçerli olduğundan şüphe edilmemelidir. Yalnız oy sözleşmelerinin bütünüyle zararsız ve sakıncasız olmadığı da bir gerçektir. Zira, bu sayede çoğunluk pay sahiplerinin azınlık üzerinde ve hatta şirket yönetimini elinde bulunduran ve fakat çoğunlu oluşturmeyen etkili bir “yöneten pay sahib(ler)i”nin diğerleri üzerinde tahakkümünün oluşmasına ve artmasına da neden olabileceği şüphesizdir. Çünkü, esasen oy sözleşmeleri yolu ile küçük pay sahibi konumunda olan ortaklar şirket üzerinde etkinliği ele geçirme veya haiz olunan bu etkinliğini sürdürme imkânına fiilen fazla sahip olmadıkları halde, çoğunluk pay sahipleri veya büyük pay sahibi konumunda olan ve hususiyle de şirket yönetimini elinde bulunduran pay sahipleri bu imkâna (hem haiz oldukları konum, hem de sayılarının az olması hasebiyle) çok daha fazlasıyla sahip olmaktadırlar. Özellikle, önemli bir oranda paya sahip bulunan birkaç ortağın oy sözleşmesi yolu ile bir araya gelip ortaklık paylarının büyük bir çoğunluğunu temsil eden küçük pay sahipleri üzerinde tahakküm oluşturması veya zaten oluşmuş bulunan tahakkümün artan bir şekilde sürdürülmesine imkân da sağlayabilir.

Bundan başka, örneğin piyasa ve rekabet koşullarının sözleşme tarafları veya bunlardan biri veya bir bölümü lehine değiştirmek ve/veya piyasada rekabeti zayıflatmak ya da ortadan kaldırmakla da, hakim konuma gelmek için oy sözleşmeleri yapılabilir ve yapılmaktadır. Keza, oy sözleşmeleri, böyle bu derecede içtimai düzeni ilgilendirmemekle birlikte, şirket içi münasebetler açısından da örneğin, kötü yönetime rağmen ortaklık yönetiminin kişiselleştirilmesi yüzünden değişikliğe gidilememesi gibi zararlı sonuçlara neden olabilir.

Nihayet, oy sözleşmeleri oydan yoksunluğa ilişkin hükümleri dolanmak amacıyla da yapılabilir ki, bu da

had dizatında yoksunluğa ilişkin emredici yasa hükümlerinin amacına aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

İşte bütün bunlar, kendine özgü⁷³⁵ bir mukavele olan oy sözleşmelerinin geçerlilik denetiminin çok daha geniş bir açıdan yapılması gerektiği sonucuna bizi götürmektedir. Bu bağlamda şunları özellikle belirtmek gerekir ki; 1) oy sözleşmeleri rekabet hukuku bakımından yasal olarak özel bir denetime tabidir⁷³⁶ ve dolayısıyla da geçerliliği ve doğuracağı sonuçlar bu açıdan da değerlendirilme kapsamında ele alınmalıdır. 2) Oy sözleşmelerinin, dürüstlük kuralı bakımından çok daha kapsamlı bir şekilde geçerlilik kıstasına tabi tutulması gerekmektedir.

III. GENEL KURULDA OY HAKKININ KULLANILMASI USULÜ

Anonim şirket genel kurulunda oy kullanmanın bir irade açıklaması olduğunu daha önce belirtmiş bulunuyoruz⁷³⁷. Bu başlık altında oy hakkı sahiplerinin oy kullanımına ilişkin iradelerinin genel kurulda hangi yöntemlerle açıklandığını ele almaya çalışacağız.

Fakat ilgili yöntemler hakkında açıklamalara geçmeden önce, burada çok özet olarak anonim şirket genel kurulunda müzakerelerin ne şekilde yapılacağı, pay sahiplerinin müzakerelere katılma ve konuşama süresi ve usulü (ki, bu tür prosedür kurallarını belirlenmesi, yaygın bir uygulama olarak,

⁷³⁵ Oy sözleşmelerinin hukuki niteliği ilgili olarak bkz. **MOROĞLU**, Oy Sözleşmeleri, s. 35 vd; **ÇEKER**, s. 238 vd.

⁷³⁶ **Az. Antiinhisar Hakkında Kanununda** bu hususla ilgili özel bir düzenleme (m. 13-1.1,f/son) bulunmaktadır. Sözü edilen düzenlemeye göre, hukuki muamele sonucu bir işletmenini diğer işletme adına alınan kararları etkileme imkânı elde edilecek olursa, bu hususun derhal Rekabet Kuruluna bildirilmesi zorunludur.

⁷³⁷ Bu hususla ilgili bkz. I. Bölüm § 4, II, B başlığı altında yapılan açıklamalar.

şirketin kendi inisiyatifine bırakılmaktadır) ile ilgili dikka edilmesi gereken bazı hususlara da değinmekte fayda mülahaza edilir. Bu bağlamda şu iki hususu özellikle belirtmek gerekir 1) şirket genel kurulunda karar alınırken, oy hakkı sahiplerini müzakerelere katılma imkânı sağlanmalıdır. Halin gereklerini uygun müzakere açılmaksızın, adeta bir oldu-bittiye getirilerel alınan karar, usulünce alınmış karar sayılmadığından, iptal edilebilirler⁷³⁸. 2) Toplantının huzurlu ve saydam bir şekilde sürdürülmesini sağlayacak prosedür kuralları uygulanmalıdır. Özellikle, yapılan diğer her türlü önlemlere rağmen, toplantının sağlıklı bir şekilde sürdürülmesini fiilen (örneğin, konuşma ve müzakerelere katılma hakkını kötüye kullananları ve diğer bu şekilde toplantı havasını bozanları) engelleyenleri, genel kuruldan dışarı çıkarılması gerekir⁷³⁹.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, oy hakkı sahiplerinin oy kullanımına ilişkin iradelerini genel kurulda hangi yöntemlerle açıkladığına ilişkin anonim şirketler hukuku alanında çok geniş bir serbestinin bulunduğu görülmektedir⁷⁴⁰. Zira çoğu ülke hukuklarında⁷⁴¹ bu hususta

⁷³⁸ Bu hususla ilgili olarak bkz. **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 99 **WYMEERSCH**, s. 30 vd; **COMARD**, s. 67; **GUYON**, s. 101-102 **MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, s. 165.

⁷³⁹ Bu hususla ilgili geniş açıklama için bkz. **TEOMAN**, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Genel Kuruldan Çıkarılması, İkt.Mal., C. 19, s. 417 vd.

⁷⁴⁰ Fakat, kullanılan yöntem, oylama sonucunun kesin olarak belirlenebilmesinin ve denetiminin yapılmasını çok zorlaştırmayacak bir yöntem olmalıdır. Aksi halde, uygulanan yöntem, oylamanın sonucunun şüpheli kalmasına ve yapılan oylamanın denetimi gereğince yapılmasına imkân sağlamıyorsa alınan genel kurul kararları sırf bu yüzden iptal edilebilirler, bkz. **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 102. **MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, s. 165; **ANTUNES**, s. 247.

⁷⁴¹ Örneğin, Alman (bkz. **MOROĞLU**, Hükümsüzlük, s. 100, dnp. 60), İsviçre (**NOBEL**, s. 325), Lüksemburg (bkz. **PRÜM/CORBİSİER**, s. 196-197), Belçika (**WYMEERSCH**, s. 42), İtalya (**MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI**, s. 169-170) Türk ve Azerbaycan hukuklarında.

zaten herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususla ilgili yasal düzenlemelerin bulunduğu ülke⁷⁴² hukuklarında ise, esasen gene şirkete bu konuda geniş taktir yetkisi bırakıldığını ve sonuçta da uygulamada kabul edilen ve uygulanan yöntemler bakımından, ülke hukukları arasında büyük oranda ayniyet olduğu da bir gerçektir. Yalnız şunu da belirtelim ki, İnternet'in günlük yaşamda artan bir şekilde yerleşmekte olması, anonim şirketler hukukunu da etkilemekte ve bu açıdan oy kullanma usulü bakımından tamamen yepyeni bir yöntemin ortaya çıkmasına neden olmaktadır ki, bu da şimdiki aşamada sistemler arasında bir ölçüde farklılığa neden olsa da, gelecekte belki de sözü edilen meselede yeknesaklığı sağlayacak bir araç ve yöntem olacaktır.

Azerbaycan mevzuatında, şirket genel kurulunda oylamanın hangi usulde yapılacağını açıkça düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda genel kurulda oy kullanma usulü, diğer bir ifade ile oy hakkı sahiplerinin oy hakkının kullanımına ilişkin iradelerinin genel kurul toplantı başkanlığına hangi şekilde ulaştırabilecekleri hususu, doğal olarak şirket ana mukavelesince serbestçe düzenlenebilir. Fakat, ana mukavelece düzenlenmemiş olduğu taktirde (ki, kanunen ana mukavelede bulunması zorunlu olan hususlar arasında oy kullanma yöntemi yer almamaktadır), genel kurulda oy kullanma usulü, şirket yönetim kurulu tarafından belirlenmelidir. Zira, Az.MK. m. 107.4 uyarınca, kanunen veya şirket ana mukavelesince diğer şirket organlarının müstesna salahiyetine ait edilmemiş her mesele hakkında şirket yönetim organı yetkili ve görevli bulunmaktadır. Genel kurulda oy hakkı sahiplerinin

⁷⁴² Örneğin, Fransız (GUYON, s. 104-105), İngiliz (CHARLESWORTH/MORSE, s. 224-225) ve ABD [Del. Gen. Corp. L. § 211(b) ve (e)] hukuklarında. Yalnız Hollanda hukukunda oy kullanma yöntemi hususunda şirketlere esasen serbesti tanınmamaktadır (bkz. TİMMERMAN, s. 224).

kullanacağı oyların hangi yöntemle açıklayacaklarına ilişkin kanunen diğer organlardan herhangi birine yetki verilmemi olduğundan (ve bu hususta da ana mukavelede diğer şirket organlarına yetki verilmediği takdirde), doğal olarak ilgili mesele hakkında yetkili organ, şirket yönetim organıdır. İşte aşağıda, oy hakkı sahiplerinin kullanacağı oyların hangi şekilde genel kurul toplantı başkanlığına açıklayacaklarına ilişkin belli başlı yöntemler üzerinde, teferruatına inmeden, durulmaya çalışılacaktır.

A. EL KALDIRMAK SURETİYLE OY KULLANMA

En eski oy kullanma yöntemi, hiç kuşkusuz el kaldırma (show of hands) suretiyle oy kullanma yöntemidir⁷⁴³. Bu durumda oy kullanan her pay sahibinin hangi yönde oy kullandığı açıkça belli olduğundan, bu oy kullanma yöntemi aynı zamanda açık oylama yöntemi olarak kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir oylama çabuk gerçekleştirilebilirse de, hangi yönde karar alındığını belirleme açısından sağlam bir yöntem vasfını haiz bulunmamaktadır⁷⁴⁴. Zira, anonim şirketlerde ortak sayısı ile oy (pay) sayısı aynı olmadığından,

⁷⁴³ İngiliz hukukunda (daha doğrusu common law hukukunda) aksine ana mukavele hükmü olmadığı sürece, genel kurulda oylamanın ilkin olarak el kaldırmak (show of hands) yapılacağı ve bu şekilde yapılan oylamada proxy'lerin dikkate alınmayacağı öngörülmektedir. Fakat şirket ana mukavelelerinde hemen her zaman (ortakların haiz oldukları) oy sayısına göre oylama yapılacağı öngörülmektedir, bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 224. Ayrıca, bu oy kullanma yöntemi Hollanda (bkz. **TİMMERMAN**, s. 224) ve Fransız (Fr.ŞK. m. 147, bkz. **GUYON**, s. 104) hukuklarında da açıkça yasal düzenlemeler ile öngörülmüş bulunduğu gibi, Türk hukukunda da mevzuata konu olmuştur. Şöyle ki, Türk hukukuna göre, oy kullanma yöntemi şirket ana mukavelesi veya ortaklık genel kurulunca belirlenmediği takdirde, genel kurulda oylama el kaldırma suretiyle yapılır (Bakanlık Komiserleri Yönetmeliği m. 22).

⁷⁴⁴ Benzer durum, sözlü oylama bakımından da söz konusu olabilmektedir, bkz. **TİMMERMAN**, s. 224.

bu şekilde bir oylama şirket iradesini gerçek olarak yansıtmamaktadır⁷⁴⁵.

Uygulamada bu tür bir oylama usulünü, fazla karşılaşılmamakla birlikte, küçük ve az ortaklı anonim şirketler tarafından yapıldığını görmek mümkündür⁷⁴⁶. Yalnız şunu da önemle belirtelim ki, büyük ve çok ortaklı halka açık anonim şirketlerde bu tür bir oylamanın yapılmasına herhangi açık bir hukuki bir engel bulunmamaktadır. Sadece olarak, bu tür büyük ve çok ortaklı anonim şirketlerde fiili zorunluluklar nedeniyle sözü edilen yöntem uygulanamamaktadır. Çünkü bir kere, ortak sayısı fazla olunca, hangi öneri hakkında ne kadar elin kaldırıldığını tespit etmek, gerçekten çok güçtür. Kaldı ki, bu şekilde kaldırılan el sayısını tespit etmek mümkün olsa bile, bu defa tespit edilen el sayısının kim tarafından kaldırıldığını ve bunların her birinin ne kadar oy hakkına sahip olduğunu tayin edip hesaplamak gerekecektir ki, bunun da hem bir taraftan neredeyse imkânsız olduğu, diğer taraftan da yapılan işin sıhhatine olan güvenin azalmasına neden olabileceği açıktır.

B. YAZILI ŞEKİLDE OY KULLANMA

Hemen baştan belirtelim ki, yazılı şekilde oy kullanma yöntemi çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Gerçekten sözü edilen oy kullanımına ilişkin irade açıklaması mektupla, genel kurulda oy pusulasını toplantı başkanlığına teslim veya oy sandığına atmakla, elektronik oylama yöntemi ile vs. şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Yazılı şekilde oy kullanması, her zaman illa gizli şekilde oy kullanma anlamına gelmemektedir. Yani yazılı oy verme, gizli oy verme şeklinde olabileceği gibi açık şekilde de yapılabilir⁷⁴⁷. Doktrinde⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ GUYON, s. 104; CHARLESWORTH/MORSE, s. 225.

⁷⁴⁶ GUYON, s. 104.

⁷⁴⁷ TİMMERMAN, s. 224.

yazılı oy vermeyi gizli oy verme ile eş anlam taşıdığı ve sanki yazılı oy vermenin açık oylama vasfını haiz olamayacağı yönünde ve anlamında açıklamalara yer veriliyorsa da, aslında bu gerçeği yansıtmamaktadır. Gerçekten, örneğin oy pusulasına ortağın haiz olduğu oy sayısı, adının, soyadının ve hatta unvanın ve imzasının yazılması suretiyle oy kullanılması halinde, ortada açık oy kullanılması söz konusu olacak⁷⁴⁹. Gizli oy kullanma o zaman söz konusu olur ki, kimin hangi yönde oy kullandığı gizli kalıyor, yani tespit olunamıyor. Mesela, usulünce tespit yapıldıktan sonra, ortaklara sadece ne kadar oy hakkını ihtiva ettiği yazılan oy pusulaları verildiğinde, sözü edilen ortaklar tarafından oy pusulalarındaki rey haneleri işaretlenerek oy sandığına atılması durumunda, gizli oy verme durumu söz konusu olacaktır⁷⁵⁰.

IV. OY HAKKININ PAY SAHİBİ TARAFINDAN KULLANILMASI

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklarda oy hakkının doğal olarak asıl sahibi, pay sahipleridir. Gerçi, birçok sistemlerde pay sahiplerinin yanı sıra, paylar üzerinde intifa veya rehin haklarının tesis edilmesi durumlarında intifa ve rehin hakkı sahiplerine de oy hakkı tanınabilmektedir⁷⁵¹. Fakat Azerbaycan hukuku bakımından pay sahipleri dışında başkaca bir sıfatla, anonim şirket genel kurulunda alınacak olan kararda oy hakkına sahip olma durumu söz konusu olamayacağından, bu

⁷⁴⁸ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 987b; **ÇEKER**, s. 189.

⁷⁴⁹ Nitekim Belçika hukukunda bu tür bir oylama çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır ve bunun doğal olarak açık bir oy kullanma olduğu hiçbir tereddüt edilmeden kabul edilmektedir, bkz. **WYMEERSCH**, s. 40.

⁷⁵⁰ Örneğin, Danimarka hukukunda bu yöntem yaygın bir şekilde kullanılmaktadır, bkz. **COMARD**, s. 71.

⁷⁵¹ Bkz. II. Bölüm, § 7 ve § 8 başlığı altında yapılan açıklamalar.

bölüm kapsamında sadece pay sahipleri ve onların temsilcileri tarafından oy hakkının kullanılması konusu ele alınacaktır. Burada bu başlık altında oy hakkının bizzat pay sahibinin kendisi tarafından kullanılması konusu üzerinde durulacak ve bu yapılırken de, II. bölümde oy hakkının sahibi konusu ele alınırken takip edilen usul gereğince, ortakların haiz oldukları payların senede bağlanmış olup olmadıkları ve senede bağlanmaları durumunda payı temsilen çıkarılan senetlerin türü bakımından bir ayrıma gidilerek açıklamada bulunmaya çalışılacaktır.

B. SENEDE BAĞLANMAMIŞ PAYLARDA

Bu başlık altında konu iki ayrı açıdan ele alınacaktır: 1) pay sahipleri defterinin kayıt kurumu tarafından tutulması halinde; 2) pay sahipleri defteri, anonim şirketin bizzat kendisi tarafından tutulması halinde, oy hakkının pay sahiplerince kullanılması. Her bir durumu ayrı ayrılıkta ele alalım:

1. Pay Sahipleri Defterinin Kayıt Kurumu Tarafından Tutulması Halinde

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, Azerbaycan hukukunda bu başlık altında ele alınan konu ile ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat, daha önce senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahibi konusu ele alınırken de belirtildiği üzere⁷⁵², bu durumda kimlerin pay sahibi ve dolayısıyla da anonim şirket ortağı olduğu ve ne kadar miktarda paya malik oldukları, en azından tescil aşamasında şirketçe bilinmesi gerekmektedir. Zira, tescil için yapılacak başvuruda ibraz edilmesi gereken belgelerden biri de bu hususa ilişkindir (Az.MK. m. 130.3). Bunun yapılabilmesi için pay sahipleri defterinin anonim şirket tarafından tutulması gerekir. Keza, Az.MK. m. 107-1.4 gereğince, şirket tarafından genel kurul toplantısının 45 gün öncesinden, nama yazılı pay

⁷⁵² Bkz. II. Bölüm, § 6, I başlığı altında yapılan açıklamalar.

sahiplerine yönelik çağrının, yazılı olarak ulaştırılmış olması gerekir⁷⁵³.

Ayrıca, tescilden sonra, söz konusu olabilecek pay devirlerinde de, devralanların adının pay sahipleri defterine kaydı gerekir. Zira, daha önce de görüldüğü üzere, devralan pay devir konusu paylar üzerinde mülkiyet hakkını iktisabı, adını pay sahipleri defterine kaydedilmesi şartına bağlıdır⁷⁵⁴. Bu açıdan, devir konusu senede bağlanmamış payın hamiline veya nama yazılı olması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ha böyle olunca, payları hisse senedine bağlanmamış anonim şirketler bakımından pay defterinin tutulmasının zorunlu olduğunun kabulü gerekir.

Böylece sonuç olarak, adı pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimse, ortak sıfatını haizdir ve dolayısıyla da paya bağlı bulunan en önemli haklardan biri olan oy hakkını da, şirket genel kurulunda kullanma yetkisini haiz bulunmaktadır.

Yalnız, Az.MK. m. 1078-34.6 uyarınca, nama yazılı pay sahipleri sayısı yirmiden fazla olduğunda, pay defterinin kayıt kurumunca tutulması gerekmektedir. Sözü edilen kanun hükmü, senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar bakımından geçerli değildir. Zira, bir kere, böyle bir düzenleme menfaatler dengesine uymamaktadır ve dolayısıyla da kıyasen uygulanmasında da bir fayda yoktur⁷⁵⁵. Kaldı ki, kayıt

⁷⁵³ İlgili kanun hükmünde, her ne kadar umumi olarak “pay sahiplerine” ifadesi yer almaktaysa da, burada nama yazılı pay sahiplerinin kast edildiği açıktır. Zira, hamiline yazılı pay sahiplerinin kim olduğu şirketçe önceden bilinemez. Nitekim, özel şekilde davetin, nama yazılı pay sahipleri bakımından söz konusu olacağı hususu, yürürlükten kaldırılmış bulunan AOK'nun 21.b. 2 madde hükmünde açıkça ifade edilmekteydi.

⁷⁵⁴ Bkz. II. Bölüm, § 6, I, B başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁵⁵ İlgili düzenlemenin eleştirisi için bkz. II. Bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb. başlığı altında yapılan açıklamalar.

kurumunca pay defterinin tutulması hususunu düzenleyen Az.MK'nın 1078-34 madde hükmünde, açıkça "hamiline yazılı pay sahiplerinin kaydı tutulmaz" denilmektedir. Dolayısıyla da, senede bağlanmamış hamiline yazılı pay sahipleri sayısı ne kadar fazla olursa olsun, bunlara yönelik pay sahipleri defteri, anonim şirketin bizzat kendisi tarafından tutulacaktır.

Az.MK'nın "kıymetli evraktan ileri gelen hakların kullanımı" başlıklı 1078-22.2 madde hükmünde aynen şöyle bir düzenleme yer almaktadır: "senede bağlanmamış kıymetli evraktan ileri gelen haklar, kıymetli evrak hakkında kayıt veya "depo" hesaplarında malik yahut nominal sahip hakkında olan malumatlarla kayıt kurumunda kayıtlı bulunan şahıs hakkında malumatların,aynılığının sağlanması suretiyle gerçekleştirilir".

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, burada kayıt kurumunca pay defterinin tutulması halinde pay sahipliği haklarının, dolayısıyla ve özellikle de oy hakkı kullanımının düzenleme kapsamına alındığı görülmektedir. Çünkü, ilgili kanun maddesinden açıkça anlaşılmaktadır ki, senede bağlanmamış paylardan ileri gelen hakkın ve konumuz bakımından somut olarak oy hakkının kullanılabilmesi için, oy hakkı sahibinin adının, kayıt kurumunda pay sahibi olarak kayıtlı bulunması gerekmektedir. Senede bağlanmamış payların kayıt kurumunca tutulması ise, ancak nama yazılı paylar bakımından söz konusu olabilmektedir ki, kayıt kurumunca bu tür pay sahiplerinin kaydının tutulması, ancak nama yazılı pay sahipleri sayısı 20'i (yirmiyi) aştığı takdirde zorunlu hale gelmektedir. Nama yazılı pay sahipleri sayısı yirmiyi aşmadığı sürece, anonim şirketin bizzat kendisi tarafından da pay sahipleri defteri tutulabilmektedir (Az.MK. m. 1078-34.6).

Dolayısıyla da, ancak nama yazılı senede bağlanmamış payların kaydı değer haline getirilmesi durumunda, ortaksal hakların (konumuz açısından da özellikle oy hakkının) kullanılması bakımından Az.MK. m. 1078-22.2 hükmü uygulama alanına sahiptir. Bu hususları tespit ettikten sonra,

şimdi söz konusu durumda oy hakkının kullanılması konusunun ele alabiliriz.

Az.MK. m. 1078-22.2'de, "kıymetli evrak hakkında kay veya "depo" hesaplarında mülkiyetçi, yahut nominal sahi hakkında malumat" ile kast edilen, pay sahibinin hangi oranda ve hangi kategori paylara malik olduğuna ilişkin (kıymetli evra niteliği bulunmayan) sicil veya kayıt belgesi (ki, uygulamada v hatta yürürlükten kaldırılmış bulunan MKK'da buna "sertifika denilirdi) kast edilmektedir. Dolayısıyla da, bu durumda genel kurulda oy hakkını kullanmak isteyen ortak, söz konusu kayıt belgesini ibraz edecek ve bu ibraz edilen sertifikadaki malumatlarla kayıt kurumundaki pay sahipleri listesini karşılaştırılarak bunların üst-üste düşüp düşmediği kontrol edilecek ve üst-üste düştüğü tespit olduğunda, genel kurul toplantısında oy kullanılabilir. Burada, pay sahipleri defteri anonim şirketin bizzat kendisi tarafından tutulmadığından, pay sahipleri listesi kayıt kurumunca anonim şirkete ibraz edilmelidir. Zira, yürürlükte olan mevcut sistem gereğince, anonim şirket tüzel kişiliğinin, kimlerin onun ortakları olduğunu başka türlü tespit edebilmesi mümkün değildir. Ne var ki, mevzuatta böyle kayıt değer haline getirilmiş paylar bakımından, sözü edilen mesele ile ilgili herhangi bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Dolayısıyla da, kayıt kurumunca ne zaman pay sahipleri listesini anonim şirkete takdim edileceği/edilebileceği hususu düzenlenmiş değildir.

Fakat bir kere, kayıt kurumunun, genel kurul toplantı tarihinin en az 45 gün öncesinden, pay sahipleri listesini anonim şirkete göndermiş olması lazım. Zira, Az.MK. m. 1078-1.4 gereğince, genel kurul toplantısına çağrı, nama yazılı pay sahiplerine toplantı tarihinden 45 gün kala yazılı olarak gönderilmesi gerekmektedir. Bunun yapılabilmesi için, doğrudan olarak, kimlerin nama yazılı pay sahibi olduğu ve adreslerini anonim şirkete bilinmesi zaruridir. Pay sahipleri defteri şirketi kendisi tarafından tutulmadığından dolayı, şirket nama yazılı

pay sahipleri hakkındaki söz konusu malumatları ancak ilgili kayıt kurumu aracılığıyla elde edebilir.

Bundan başka, işin mahiyeti icabı, genel kurul toplantı tarihinden belli bir süre önce, diğer bir ifade ile pay defterinin kayda kapanmasından⁷⁵⁶ hemen sonra da, ilgili kayıt kurumu tarafından anonim şirkete pay sahipleri listesinin ayrıca, gönderilmesi gerekmektedir. Çünkü, genel kurula çağrı yapıldıktan sonra, nama yazılı paylar üzerinde mülkiyet hakkı değişiklikleri söz konusu olabilir ki, bu durumda da çağrı öncesinde elde edilmiş pay sahipleri listesi, gerçeği yansıtmayacaktır.

Burada haklı olarak, şöyle bir soru akla gelebilir: genel kurula çağrının yapıldığı tarihten itibaren pay defterinin kayda kapanması gerekmez mi? Gerçekten, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, genel kurul toplantısına çağrının yapıldığı tarihten genel kurul toplantısının bitimine kadar pay sahipleri defterinin kayda kapandığına ilişkin uygulanmanın oldukça yaygın bir hal aldığı görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, Alman hukukunda genel kurul toplantısına çağrı, 12 gün süreyle iki hafta öncesinden yapılmakta (POK § 125) ve bu zaman anonim şirket pay sahipleri defterinde adı kayıtlı bulunan nama yazılı pay sahiplerine yönelik çağrı (eğer sonuncu genel kurul toplantısına temsilci aracılığıyla katılmamışsa), sadece Federal Bültende yapılan ilanla değil, ayrıca yazılı tebliğ vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir (POK § 125/II). İşte bu andan itibaren de, genel kurul toplantı sonrasında, pay sahipleri defteri kayda kapalı tutulmaktadır. Bu süre zarfında paylar devredilebilir ama, bu şirkete karşı ileri sürülemez. Yani devralan, devir konusu paylardan ileri gelen oy hakkının sahibi sıfatıyla şirket genel kurulunda iştirak ede ve oy kullanamaz. Söz konusu süre zarfında pay temlik edildiğinde, temlik eden, şirket genel kuruluna giriş iznini tasdik eden belgeyi

756 Pay defterinin kayda bağlanması kavramı ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, § 4, II, A, 2, b, bb, aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

de devralana teslim eder. Bu durumda, devir konusu paylardan ileri gelen oy hak(lar)ı “kayda kapalılık” nedeni ile kullanılamaz. Fakat taraflar, sözü edilen giriş belgesinin devredende kalması hususunda anlaşıklarında, devreden şirket genel kurul toplantısında pay sahibi sıfatıyla oy kullanabilir. Ne var ki, devreden bu durumda devralanın temsilcisi konumunda olacak ve oy hakkını gerçek pay sahibi olan devralanın çıkarları ve talimatı doğrultusunda kullanmak zorundadır⁷⁵⁷.

İngiliz hukukunda da kural olarak genel kurul toplantısına çağrı, toplantı tarihinden 21 gün öncesinden⁷⁵⁸ ve her bir pay sahibine özel tebliğ göndermek suretiyle yapılmaktadır ve böyle bir çağrı yapıldıktan sonra, pay defteri, genel kurul toplantı sonrasına dek kayda kapalı tutulur. Bu süre zarfında paylar devredilebilir ama, bu şirkete karşı ileri sürülemez. Fakat, devreden bu durumda devralanın temsilcisi konumunda olacak ve oy hakkını gerçek pay sahibi olan devralanın çıkarları ve talimatı doğrultusunda kullanmak zorundadır⁷⁵⁹.

ABD hukukunda genel kurul toplantısına çağrı, toplantı tarihinden belli bir süre önceden yapılmaktadır ve bu süre, 60 günden fazla ve 10 günden de az olamaz⁷⁶⁰. İşte, söz konusu

⁷⁵⁷ Alman hukukunda konu ile ilgili geniş açıklama için bkz. BAUMS, s. 117 vd.

⁷⁵⁸ Olağan genel kurul toplantısı niteliğinde olmayan toplantılarda ise, bu süre kural olarak 14 gündür. Fakat, olağanüstü toplantı gündeminde özel gündem maddeleri varsa, o zaman bu tür olağanüstü genel kurul toplantılarına yapılacak olan çağrı, genel kurul toplantı tarihinden en az 21 gün öncesinden yapılması gerekir (İngiliz ŞK.m. 378), bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 217 vd.

⁷⁵⁹ Bu kural, bedelleri tam olarak ödenmemiş payların devri halinde, bazı çok nadiren karşılaşılabilecek koşullar altında uygulanmamaktadır, bu hususla ilgili bkz. CHARLESWORTH/MORSE, s. 189; EASTERBROOK/FISCHEL, s. 92.

⁷⁶⁰ Bkz. Del.Gen. Corp. L. § 213(a).

süre zarfında (ki, buna “record date” denilmektedir) pay defteri kayda kapanır ama, pay devirleri kesinlikle engellenmez. Pay defterinin kayda kapalı olduğu süre zarfında yapılan temlikler geçerli olduğundan, bu süre zarfında payı devralan kimse, pay üzerinde mülkiyet hakkını ve dolayısıyla da paya bağlı olan hakları iktisap etmiş olur. Hatta, genel kurul toplantısı sırasında da, ilgili şirket payları New York Borsasında işlem görerek el değiştirebilir. Fakat ne var ki, bu payı iktisap eden kimsenin adı pay sahipleri defterine kaydedilmeyeceğinden, onun temlik konusu paylardan ileri gelen her türlü ortaksal hakları, o cümleden oy hakkını da şirkete karşı ileri sürmesi veya diğer bir ifade ile kullanması, söz konusu olamaz⁷⁶¹.

Son olarak Fransız hukukuna gelince, bu ülke hukukunda genel kurul toplantısına çağrı, toplantı tarihinden 15 gün öncesinden ve nama yazılı her bir pay sahibine özel tebliğ göndermek suretiyle yapılmaktadır (Fr.ŞK.m. 126)⁷⁶². Fakat ne var ki, Fransız hukukunda pay defteri, genel kurul toplantısına çağrının yapıldığı tarihten değil, toplantı tarihinin 5 gün öncesinden kayda kapalı tutulmaktadır. Bu süre zarfında ilgili şirket payları borsada işlem göremez. Ayrıca, pay defterinin kayda kapalı olduğu süre zarfında gerçekleştirilebilen temlikler, bu süre zarfında kesinlikle hiçbir şekilde şirkete karşı hak ileri sürülmesine neden olamaz⁷⁶³.

Görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukuktan örnek olarak ele alınan bu ülke hukuklarının tamamında, pay defteri anonim şirketin bizzat kendisi tarafından tutulduğu gibi, pay defterinin kayda kapalı olduğu süre zarfında yapılan temlikler de geçerlidir. Yani, devir konusu paylar üzerinde mülkiyet değişikliği söz konusu olmakta ve devralan, sözü edilen paylar üzerinde mülkiyet

⁷⁶¹ KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 356.

⁷⁶² Borsaya kayıtlı şirketlerde ise bu süre bir aydır, bkz. GUYON, s. 97.

⁷⁶³ GUYON, s. 97-98.

hakkını iktisap etmekle paya bağlı bulunan her türlü hakları (o cümleden oy hakkını da) da iktisap etmiş olur. Hatta o kadar ki, örneğin paya bağlı oy hakkı, devreden tarafından kullanıldığında, devralanın talimatına bağlı bulunduğu da hukuken kabul edilmektedir. Burada özellik arz eden husus, devralanın pay üzerinde mülkiyet hakkını iktisap etmiş olmasına rağmen, paya bağlı ortaksal hakları (pay defterine kaydedilemeyeceğinden dolayı), toplantı sonrasına dek şirkete karşı bizzat ileri sürememesidir.

Böylece, bütün bunlar açıkça onu göstermektedir ki, karşılaştırmalı hukukta da, pay üzerinde mülkiyetin intikali açısından pay defterine kayıt, kurucu değil, açıklayıcı mahiyettedir.

Azerbaycan hukukunda, hali hazırda yürürlükte bulunan sistem açısından meseleye bakıldığında farklı bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir. Şöyle ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, genel kurul toplantısına çağrı, onun yapılacağı tarihten 45 önceden yapılmalıdır⁷⁶⁴. Fakat, kayıt kurumu 45 gün değil, daha önceden anonim şirkete pay sahipleri listesini vermelidir ki, anonim şirket de genel kurula çağrıyı, toplantı tarihinin 45 gün öncesinden söz konusu pay sahiplerinin adreslerine yazılı tebliğ şeklinde gönderebilsin⁷⁶⁵. Bu durumda, pay defterinin kayda kapanması, anonim şirket tarafından çağrının yapıldığı tarihten değil, kayıt kurumunun anonim şirkete pay sahipleri listesini gönderdiği andan itibaren söz konusu olacak.

⁷⁶⁴ İlgili kanun hükmünün düzenleniş tarzından, bu sürenin şirket ana mukavelesi ile daha da kısaltılmayacağını kabul etmek mümkündür (nitekim uygulamada da, böyle algılanmaktadır), fakat bu sürenin şirket ana mukavelesi ile daha da uzatılıp uzatılmayacağı hususu açık değildir.

⁷⁶⁵ Qanunda (AzMK. m. 107-1.4) bu tür bir yazılı tebliğin, her ne kadar hiçbir ayrıntı gözetilmeden bütün pay sahiplerini kapsayacak şekilde genel bir ifade ile "ortaklara" yapılacağı belirtilmişse de, burada esasen nama yazılı pay sahiplerinin kast edilmesi gerektiği açıktır.

Hal böyleyken, daha önceleri çok çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, Azerbaycan hukukunda pay defterine kayıt, kurucu nitelikte olduğundan, yani pay defterine kayıt yapılmadan, pay üzerinde mülkiyet hakkının iradi olarak devri hukuken mümkün bulunmadığından, eğer genel kurul toplantısına çağrı yapılırken, pay defteri kayda kapalı tutulacak olursa, o zaman pay sahipleri epeyce bir süre, payları üzerindeki mülkiyet hakkını devredemeyecekler demektir. Bunun ise, şirket ortaklarının pay üzerindeki mülkiyet haklarına haklı bir neden olmadan önemli bir müdahale olduğu, bu bağlamda, anayasa ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının korunması anlayışına ve halka açık anonim şirketlerde pay devrine tam serbesti tanıyan kanuni sistematığe uymadığı açıktır.

Halbuki, yukarıda karşılaştırmalı hukuktan verilen örneklerden de görüldüğü üzere, anonim şirketler hukukunda, pay defterinin kayda bağlı olduğu süre zarfında, pay sahipleri haiz oldukları payları, mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak devredebilmektedirler. Sadece olarak yapılan bu temlikler, söz konusu süre zarfında fiili bir zorunluluk olarak⁷⁶⁶, şirkete karşı ileri sürülememektedir. Buna göre de, örneğin ABD hukukunda olduğu gibi, pay defteri, genel kurul toplantısının 60 gün öncesinden kayda kapalı hale getirilse bile, bu durumda payın devri mümkün olduğundan (ve hatta bu nedenle pay devrinin kısıtlanmasının kural olarak kesinlikle mümkün olamayacağından⁷⁶⁷), bu pay sahiplerinin mülkiyet haklarına müdahale olarak kabul edilmemektedir.

Dolayısıyla da sonuç olarak, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında Azerbaycan hukuku bakımından pay defterinin kayda kapanması, genel kurul toplantısına çağrının yapıldığı

⁷⁶⁶ Bu hususla ilgili açıklamalar için bkz. II. Bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁶⁷ KLAUSNER/ELFENBEİN, s. 356.

tarihten değil, genel kurul toplantı tarihinden makul bir süre⁷⁶⁸ önce gerçekleştirilmesi gerekmekte. pay defteri de kayda kapanınca pay üzerinde mülkiyet hakkının devredilebileceği, aslında mevcut düzenlemeler kapsamında mümkün olamamaktadır. Bunun ise, baştan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kesinlikle amaca uygun olmadığı açıktır. Buna göre de, biran önce ilgili konuda özel bir düzenlemeye gidilerek, meselenin yukarıda yapılan açıklamaların ışığında makul bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, genel kurul toplantı öncesi, kayıt kurumu tarafından şirkete depo hesabı hakkında malumat verildikten sonra, yani pay defterinin kayda bağlı olduğu süre zarfında, depo hesabında bir değişiklik olursa, oy hakkının kim tarafından kullanılabilceği sorunudur?

Daha önce de belirtildiği üzere, bu durumda, usulüne uygun yapılmış bir devir beyanı ve başvuru üzerine pay sahipleri defterine yapılan tescil, hukuken geçerli sayılacaktır⁷⁶⁹. Hal böyle olunca, hisse senedi üzerinde, dolayısıyla da pay üzerinde mülkiyet hakkının iktisabı ile birlikte, doğal olarak, oy hakkı da iktisap edilmiş olacak. Fakat, sözü edilen durumda, adı bu şekilde pay sahipleri defterine yazılmış olan kimsenin, ilgili genel kurul toplantısında oy hakkını kullanabilmesi için, pay defteri kayda kapandıktan sonra, pay sahipleri listesinin anonim şirkete gönderilmemiş olması lazım. Yoksa, örneğin böyle bir liste gönderilmiş ve hatta şirket genel kurulunda bir takım karar alınmış olmasına rağmen, kayıt kurumunun kurala aykırı olarak bazı yeni senet hamillerini pay sahipleri defterine kaydederek, kaydı yapılan

768 Bu süre ile ilgili açıklamalar için bkz. II. Bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

769 Bu hususla ilgili olarak bkz. II. Bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., bbb. başlığı altında yapılan açıklamalar.

yeni pay sahiplerinin ilgili genel kurul toplantısında oy kullanmalarını sağlayamaz, aksi takdirde, genel kurul toplantısı kaosa itilmiş olur ki, bunun da kabul edilmesi mümkün değildir.

Sözü edilen bu gibi durumlarda, ancak anonim şirket tarafından genel kurul toplantısı için alınmış olan pay sahipleri listesinde yer alan kişiler (artık genel kurul toplantısı sırasında pay sahibi sıfatını taşımasalar bile) ve onların temsilcileri genel kurul toplantısında oy kullanmaya yetkilidirler.

Yalnız, pay defterinin kayda bağlı olduğu süre zarfında kayıt gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, pay sahipleri listesi bundan sonra gönderilecek olursa, bu şekilde kaydı yapılan pay sahipleri, şirket genel kurulunda oy kullanabilirler. Zira, bu durumda, pay defterinin kayda kapanmasına neden olan sakıncalar artık söz konusu olmamakta ve bu nedenle de, ilgili yeni pay sahiplerinin şirket genel kurulunda oy kullanmalarına engel olunamaz. Bu durumda, yapılan kaydın hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla da şirket genel kurulunda oy hakkını kullanmayacakları, kullandıkları takdirde alınan genel kurul kararının (bu şekilde kullanılan oyların kararın alınmasında etkisi olmuşsa) iptal edilebilir olacakları da ileri sürülemez. Bunun nedenini aşağıdaki gibi açıklamak mümkün:

Burada üzerinde durulan soruna çözüm ararken, bir taraftan pay defterinin kayda kapanmasının temelinde yatan düşünceyi, diğer taraftan ise, mevzuatta konuya ilişkin düzenlemelerin ele alınış tarzı göz önünde bulundurulmalıdır. Azerbaycan hukuku bakımından, pay defterinin kayda kapanmasının temelinde yatan yegane düşünce, sadece kimlerin ortak olduğunun şirketçe tespit edilebilmesini sağlamaktır⁷⁷⁰. Mesela, genel kurula kimlerin iştirak ve oy

⁷⁷⁰ Zira daha önceleri çeşitli vesilelerle de belirtildiği gibi, Azerbaycan hukukunda anonim ortaklık tescil edilene dek esas sermayesinin tamamı

kullanma hakkını haiz olacağının şirketçe tespit edilebilmesi bakımından hazırun cetvelinin hazırlanması, esasen kayıt kurumu tarafından zamanında gönderilecek pay sahipleri listesi sayesinde mümkün olabilmektedir. Böylece kısacası, söz konusu pay sahipleri listesi, şirket tarafından pay sahiplerinin tespit edilmesini sağlamak amacıyla hizmet etmektedir.

Şimdi meseleye bu açıdan bakacak olursak, pay sahibinin şirkete karşı ortaksal hakları kullanabilmesini, adının pay sahipleri listesinde kayıtlı bulunmasına bağlı tutan kuralın temelinde yatan düşünce, ortaklığa karşı pay sahipliğinden doğan hakları kullanan kimselerin, gerçek pay sahibi olup olmadığının şirketçe tespit edilmesinin mümkünsüzlüğüdür (çünkü, pay defteri bizzat anonim şirket tarafından değil, kayıt kurumu tarafından tutulmaktadır). Zira, kimlerin ortaklık haklarını kullanabileceğinin şirketçe tespit edilememesi halinde, şirket adına yetkisiz kimselerin karar alması ve hatta yetkisiz kimselerce yönetilmesi (mesela böyle yetkisiz kimseler tarafından kendi içlerinden veya gene tamamen şirkete yabancı olan kimseler içerisinden – zira Azerbaycan hukukunda yönetim organını temsil eden kimselerin ortak olmasının zorunlu olmadığı söylenebilir⁷⁷¹ - yönetim organının seçilmesi halinde), diğer bir ifade ile, şirketin idare olunamaması rizikosu kaçınılmaz olacaktır.

kurucular tarafından ödenilmiş olmalıdır (Az.MK. m. 103.3). Dolayısıyla da pay sahiplerinin şirkete karşı sermaye borcu söz konusu olamayacağından, pay defterinin Azerbaycan hukuku bakımından ortaklık borçlarının takibi bakımından bir işlevinin olması olanaksızdır.

⁷⁷¹ Yönetim organına ortak olmayan kimselerin de seçilebileceği, açıkça Az.MK'da öngörülmüş (oysaki, bu husus, açıkça AOK. m. 23,b. 1'de hükme bağlanmış bulunmaktaydı) değildir. Yalnız Az.MK'da, yönetim organına üye olmayı zorunlu kılan herhangi bir düzenleme de hakeza bulunmamaktadır. Özel hukukta esasen irade serbestisi geçerli olduğundan, bugün cari olan mevzuat açısından da yönetim organına ortak olmayan kimselerin seçilebileceğinin kabulü gerekir.

Fakat ne var ki, böyle bir riziko, ancak gerçek pay sahibinin şirketçe zamanında bilinmemesi hallerinde söz konusu olabilir. Oysa ki, gerçek pay sahibinin zamanında gönderilen pay sahipleri listesinde adının yazılması durumunda, şirket tarafından ilgili payların malikinin kim olduğu ve dolayısıyla da söz konusu paylardan doğan ortaklık haklarını kimin kullanmaya yetkili bulunduğu pekâla bilinmektedir. Dolayısıyla da, bu tür durumlarda, elinde “kayda kapanma süresi” içerisinde verilmiş pay sahipliğine ilişkin tevsik belgesi bulunan devralan yeni pay sahibi, adı pay sahipleri listesinde yer almayan ve fakat elinde, pay defteri kapanmadan önce verilmiş pay sahipliğine ilişkin tevsik belgesi bulduran devreden eski pay sahibine kesinlikle tercih edilmelidir. Bu husus, zaten Az.MK'nın “senede bağlanmamış kıymetli evraktan ileri gelen haklar, kıymetli evrak hakkında kayıt veya “depo” hesaplarında malik yahut nominal sahip hakkında olan malumatlarla kayıt kurumunda kayıtlı bulunan şahıs hakkında malumatların aynılığının sağlanması suretiyle gerçekleştirilir” şeklindeki 1078-22.2 madde hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır.

Şayet, kayda kapanma süresi içerisinde pay defterine ismi yazılan devralan yeni pay sahibi ile birlikte, her nasılsa devreden eski pay sahibinin de adı, kayıt kurumunca, devir konusu payların maliki olarak pay sahipleri listesinde gösterilmişse, gene de devralan yeni pay sahibi tercih edilmelidir⁷⁷². Zira, adı pay defterinde temlik konusu payların maliki olarak gözüken devreden, artık devir konusu payların maliki olmadığından, bu paylardan doğan pay sahipliği sıfatı da bulunmamakta ve böylece, aslında şirkete karşı ortaklık

⁷⁷² Bütün bu hallerde, söz konusu kayıt kurumu ve onun ilgili elemanlarının sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. II. bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., ccc. başlığı altında yapılan açıklamalar.

haklarının kullanılması bakımından yetkisiz bir kimse konumundadır.

Eğer böyle bir durumda, şirketçe bilinen gerçek pay sahibine değil de, adı pay defterinde devir konusu payların gerçeğe aykırı bir şekilde maliki olarak gözüken, fakat haddi zatında şirket tarafından da pay sahibi olmadığı bilinen bir kimseye, pay sahipliği haklarını kullandıracak olursa, şirket, gayet doğal olarak, bundan sorumlu olacaktır. Şöyle ki, bu durumda ilgili pay sahibi, alınan genel kurul kararının iptalini dava edebileceği gibi, ilaveten, uğramış olduğu doğrudan ve dolaylı zararların tazminini de yönetim organı üyelerinden dava yolu ile talep edebilir⁷⁷³.

Bu konuda son olarak, pay defterinin kayda bağlı olduğu dönemde, ilgili kayıt kurumu tarafından devralan yeni senet hamilleri pay defterine kaydedilmediği halde, bir kısım yeni senet hamilleri kaydedilerek ortaklık haklarını (ve özellikle konumuz açısından, şirket genel kurul toplantısında oy hakkını) kullanmalarına imkân sağlanmışsa, bu durum, ilgili kayıt kurumu ve onun yetkili elemanlarının, usule aykırı kayıt yüzünden meydana gelebilecek olan her türlü zararlardan müteselsilen sorumlu tutulmalarına neden olacağı gibi, söz konusu somut olay açısından, kaydı yapılmayan yeni senet hamillerine karşı (eşit işlem ilkesine aykırı muamele mahiyeti arz edeceğinden) da sorumlu tutulmalarına neden olacaktır. Yalnız, pay defterine kayıt yapılmadığı sürece, pay üzerinde mülkiyet hakkı ve dolayısıyla da pay sahibi sıfatı kazanılmamış olacağından, bu durumda alınan genel kurul kararı eşit işlem ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilemez⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Yönetim kurulu üyelerinin doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumluluğu konusuna ilişkin olarak bkz. d.pn. 482.

⁷⁷⁴ Karşılaştırınız, hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen oy haklarının tevdi süresine uyulmadan kullanılması, bkz. aşağıda IV, C, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

2. Pay Defterinin Anonim Şirketin Kendisi Tarafından Tutulması Halinde

Yukarıda çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, nama yazılı pay sahipleri sayısı 20'yi geçmediği sürece, pay sahipleri defteri, anonim şirketin bizzat kendisi tarafından da tutulabilir (Az.MK. m. 1078-34.6). Gene, biraz yukarıda hamiline yazılı paylar bakımından, bu tür paylar senede bağlanmadıkları sürece, işin niteliği icabı, pay defterinin tutulması gerektiğini belirtmiştik⁷⁷⁵. Gerçi, mevzuattaki ilgili düzenlemelerin genel sistematığına bakıldığında, ancak senede bağlanmış hamiline yazılı payların nazarı itibara alındığı rahatlıkla söylenebilirse de, daha önce de izah edilmeye çalışıldığı üzere, hukuken senede bağlanmamış hamiline yazılı payların kabulü, en azından Azerbaycan hukuku bakımından zorunludur⁷⁷⁶.

Keza, bu bağlamda, Az.MK. m. 1078-34.5'de, hamiline yazılı pay sahiplerinin kaydı tutulmaz hükmünü, ancak senede bağlanmış hamiline yazılı paylarla ilgili olduğunu ve böylece sözü edilen yasal düzenleme ile, senede bağlanmış hamiline yazılı pay sahiplerine yönelik (nama yazılı hisse senedi sahiplerinden farklı olarak) pay defterinin tutulamayacağına kast edildiğini kabul etmek gerekir. Gerçekten, Az.MK. m. 1078-34.5 hükmü, fiili bir zorunluluktan ileri gelmektedir. Şöyle ki, hamiline yazılı hisse senedi, sadece bu senedin teslim ile devredilebildiğinden, bu tür senetlere kimlerin malik olduğunu deftere kayıt yapmak suretiyle tespit ve takip etmek mümkün değildir. Böylece, hamiline yazılı hisse senedi sahiplerine yönelik pay defterinin tutulamamasının nedeni, sözü edilen hisse senedinin devir şekilden ileri gelmektedir. Buna göre de, daha henüz senede bağlanmamış hamiline yazılı

⁷⁷⁵ Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. DAĞ, s. 67-68.

⁷⁷⁶ Bu hususla ilgili açıklamalar için bkz. II. bölüm, § 6, I, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

paylar açısından bu şekilde bir devir (ortada teslim edilebilecek bir senet olmadığından) söz konusu olamayacağından, senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar, Az.MK. m. 1078-34.5 hükümünün uygulama kapsamına girmez.

Bundan başka, kanaatimizce, senede bağlanmamış hamiline yazılı pay sahiplerine yönelik çağrı da, nama yazılı pay sahiplerine yönelik uygulanan çağrı usulü çerçevesinde yapılması gerekir. Zira, nama yazılı pay sahiplerine yönelik çağrının, pay sahiplerinin adresine yazılı tebliği şeklinde yapılmasının yasal olarak öngörülme nedeni, bu tür pay sahiplerinin anonim şirketçe biliniyor olmasıdır. İşte, senede bağlanmamış hamiline yazılı payların sahipleri de anonim şirketçe bilineceğinden, bu tür pay sahiplerine yazılı tebliğ gönderilmemesinin hiçbir haklı nedeni olamaz. Kaldı ki, senede bağlanmamış hamiline yazılı pay sahiplerinin bile, eğer örnek olarak bir miktar hamiline yazılı payı, kendi adreslerini de göstermek suretiyle, şirkete tevdi etmeleri durumunda, söz konusu pay sahiplerine çağrının yazılı tebliğ şeklinde gönderilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁷.

Dolayısıyla da sonuç olarak, hamiline yazılı olsun, nama yazılı olsun, bütün senede bağlanmamış paylardan ileri gelen oy hakları, adı pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimse veya onun yetkili temsilcisi tarafından kullanılabilir. Bu durumda ilgili pay sahibinin (pay defterinde yer alan ad ile karşılaştırılarak) ve varsa onun temsilcisinin kimlik tespiti yapıldıktan sonra genel kurul toplantısında oy hakkının kullanılması gerçekleştirilebilmektedir.

Nihayet, son olarak şunu da belirtelim ki, pay defterinin kayda kapanması ile ilgili olarak yukarıda, pay defterinin kayıt kurumu tarafından tutulması halinde oy hakkının kullanımı başlığı altında yapılan açıklamalar, esasen burada da aynen geçerlidir.

⁷⁷⁷ Bkz. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 671; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 117; **İMREGÜN**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, s. 300; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 211.

Çünkü, her iki durumda da pay defterinin hukuki niteliği aynıdır ve dolayısıyla da orada yapılan izahat ve ileri sürülen gerekçeler ve bunlardan hareketle varılan sonuç, aynen burada da mantık icabı geçerlidir.

C. SENEDE BAĞLANMIŞ PAYLARDA

1. Nama Yazılı Pay Senetlerinde

Konuya ilişkin incelemelerde bulunmadan önce, bu başlık altında ele alınan mesele ile ilgili mevzuatta yer alan yasal düzenlemeleri tespit etmemiz gerekir. Bu bağlamda, konu ile ilgili düzenlemeler esasen, Az.MK'nın "kıymetli evraktan ileri gelen hakların kullanımı" başlıklı 1078-22 madde hükmünde yer aldığı görülmektedir. Söz konusu Az.MK'nın 1078-22 madde hükmünün 1. bendine göre, "senede bağlanmış kıymetli evrakta ihtiva olunan haklar, kıymetli evrak sahibi tarafından senet ibraz edilmekle kullanılır". Az.MK. m. 1078-22 maddesinin 3. bendinde ise, "senede bağlanmış kıymetli evrak, toplu saklama kurumunda bulundurulduğunda, hak sahibinin talimatı üzerine toplu saklama kurumu tarafından kıymetli evraka ilişkin senedin (sahiplerin listesi ilave olunmakla) ibraz edilmesi yolu ile kullanılır" şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir.

Görüldüğü üzere, Az.MK'nın 1078-22.1 madde hükmünde açıkça, kıymetli evraktan ileri gelen hakların kullanımı için söz konusu kıymetli evrakın, ibrazının zorunlu olduğu öngörülmüştür. Bu durumda, birer kıymetli evrak olan nama yazılı hisse senedinden ileri gelen hakların ve konumuz açısından somut olarak genel kurulda oy hakkının kullanılabilmesi için, pay sahibinin hisse senedini ibraz etmesi gerekir. Bu kuralı mutlak olarak aynen senede bağlanmış paylar bakımından uygulayacak olursak, hisse senetlerinde yer alan haktan, yani ortaklık haklarından yararlanmak için, pay sahibinin her defasında senedi ibraz etmesi gerekecek. Fakat, bilindiği üzere, kıymetli evrak hukukunda hakim ilkelerden biri

oları ve hatta kıymetli evrakın en belirgin bir özelliğini teşkil eden “hakkın senetsiz ileri sürülememesi” yönündeki genel kurala, hisse senetleri ve özellikle de nama yazılı hisse senetle bakımından bir ölçüde istisna getirilerek, bu tür kıymetli evrakta ihtiva olunan hakkın, genel kurul toplantısında senet olmaksızın ileri sürülebilmesine olanak tanınmaktadır. Anonim şirketler hukuku alanında, birer kıymetli evrak olan hisse senetleri bakımından böyle bir istisna, bir zorunluluk icabı olarak öngörülmektedir. Pay defterinin tutulması, daha önceleri çok çeşitli vesilelerle de ifade edildiği gibi⁷⁷⁸, anonim ortaklıkların faaliyetinden doğan bir zaruretten ileri gelmekte ve ortaklar malik oldukları paylardan kaynaklanan haklarını, özellikle de oy haklarını şirkete karşı kullanabilmeleri, adlarının ortaklık pay defterine yazılı bulunması şartına bağlıdır. Yani, pay sahipleri sadece haiz oldukları hisse senedi veya senetlerini ibraz etmekle oy haklarını kullanamazlar.

Diğer taraftan, aşağıda hamiline yazılı pay senetleri ele alınırken de görüleceği üzere, pay defterinin tutulması zorunlu olmasa (ki, hamiline yazılı pay senetleri bakımından pay defteri zaten tutulamaz) ve hatta pay defteri bulunmasa dahi, kıymetli evrak niteliğini haiz bulunan hisse senetlerinden ileri gelen oy hakkının kullanımı, gene de mutlak olarak ibraz şartına bağlı tutulamaz. Yani, anonim şirket ortaklıkları, haiz oldukları hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarını kullanabilmeleri, mutlak olarak ibraz şartına bağlı değildir. Durumu biraz daha açacak olursak, pay sahibinin paya bağlı hakları, örneğin, genel kurulda çeşitli meselelerle ilgili oy hakkını kullandığında veya bunlarla ilgili görüş bildirmek istediğinde, her defasında malik olduğu hisse senedini (ve özellikle oy hakkının kullanılması bakımından haiz olduğu bütün hisse senetlerini) ibraz etmesi gerektiği sonucuna

⁷⁷⁸ Bu husus ile ilgili özellikle bkz. II.bölüm, § 4, II, A, 2, b, bb. başlığı altında yapılan açıklamalar.

varılacak ki, bunun da amacı aşan bir sonuç olacağı açıktır. Çünkü, bu durumda pay sahibi, her defasında oy hakkını kullanırken, sahip olduğu her bir payı ayrı ayrılıkta ibraz etmeli ve toplantı başkanlığınca ibraz edilen bu payların ona ait olup olmadığının (özellikle nama yazılı pay senetlerinde ibraz edenin adının pay defterinde ibraz konusu payların maliki olarak adının yazılıp yazılmadığını) kontrol edilmesi gerekecek ki, bunun da esas sermayesi yüzlerce, binlerce ve hatta on binlerce paya bölünmüş anonim şirketler bakımından uygulanması (üstelik çok sayıda anonim şirket ortağının örneğin, yüzlerce ve hatta binlerce paya sahip olabileceği dikkate alındığında, bu tür pay sahiplerinin malik oldukları bu kadar hisse senedini - ki, bunların değerleri çoğu zaman çok büyük rakamlara tekabül edeceğinden ve dolayısıyla da güvenlik açısından da ayrı bir sakınca doğuracağından, pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılma isteklerinin de kesinlikle olumsuz etkilenmesine neden olacaktır -, genel kurul toplantı salonuna getirmesi, burada yanında hazır bulundurması ve sonra bunları her defasında oy kullanırken tek-tek karıştırmadan ibraz etmesi) imkânsız olmakla birlikte, genel kurulunun bir anonim şirket organı olarak faaliyetini de felce uğratar. Böyle bir uygulama, anonim şirketler hukuku alanında fiili imkânsızlık nedeniyle kesinlikle söz konusu olamamaktadır.

Dolayısıyla da sonuç olarak, nama yazılı hisse senedi, birer kıymetli evrak olmasına rağmen, ondan ileri gelen oy hakkının, senet ibraz edilmeksizin (yani kıymetli evrakta mündemiç olan hak, ancak senet ile birlikte ileri sürülebilir ilkesine istisna getirilerek), sadece pay defterindeki kayda dayanarak şirkete karşı kullanılabilmesine imkânı tanınmaktadır.

Kanunda, toplu saklama kurumunda bulundurulan hisse senetlerinden ileri gelen hakların kullanılmasına ilişkin düzenleme (Az.MK. m. 1078-22.3) de, birçok düzenlemelerde

olduğu gibi, tercüme edilirken anlatım bozukluğu ile malul olan bir düzenleme şeklinde kaleme alınmıştır. Gerçekten, ilgili madde hükmünde, ne kast edildiği tam açık değildir. Şöyle ki, kıymetli evrakta mündemiç olan hak, “sahibinin talimatı üzerine toplu saklama kurumu tarafından kıymetli evraka ilişkin senedin (sahiplerin listesi ilave olunmakla) ibraz edilmesi yolu ile kullanılır” şeklindeki ifade, birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. Bunların bazılarını burada sıralayalım: toplu saklama kurumu tarafından kıymetli evrakın kime ve nasıl, hangi sıfatla ibraz edileceği, daha somut olarak, örneğin, nama yazılı hisse senetlerinden ileri gelen oy hakkının kullanılması için toplu saklama kurumu tarafından, bu tür senetlerin ilişkin buldukları anonim şirkete bizzat ibraz edilmeleri mi gerekecek, yoksa, genel kurula organ üyeleri aracılığıyla katılmaları mı gerek? Toplu saklama kurumunca, “kıymetli evraka ilişkin senedi”n ibrazının, söz konusu senetlerden ileri gelen haklarının (özellikle oy hakkı ve buna bağlı olan hakların) kullanılması bakımından zorunluluk öngörülmesi, hisse senetlerinin doğrudan anonim şirkete veya onun öngöreceği bir yere taşınmasını mı gerektirecek? Bundan başka, toplu saklama kurumu, yasal bir zorunluluk olarak, pay sahiplerinin temsilcisi mi olacak, diğer bir ifade ile, bu durumda nama yazılı hisse senedi sahiplerinin bizzat kendileri tarafından veya tayin edecekleri bir başka temsilci aracılığıyla, söz konusu hisse senetlerinden ileri gelen oy hakkını genel kurul toplantısında kullanamayacaklar mı? Yasal düzenlemede “sahiplerin listesini ilave olunma”sı öngörülmele ne murat edilmiştir?

Kanaatimizce, yukarıda örnek olarak sıralanan bu sorulara cevap ararken, ilgili düzenlemenin oldukça kötü kaleme alındığı ve biran önce değiştirilmesi gerektiği açıkça belli olmaktadır. Şöyle ki, toplu saklama kurumu tarafından kıymetli evrakın, konumuz açısından somut olarak hisse senetlerinden ileri gelen hakların (ve özellikle de oy hakkının)

kullanılması bakımından hisse senedinin ibrazının öngörölmüş olması, toplu saklama kurumunun işlev ve faaliyet konusu ile bağdaşmadığı gibi, kanunun sistematığı ile de bağdaşmamaktadır. Zira, toplu saklama kurumunun varlık sebebi, menkul kıymetlerin milyarlar ve hatta yüz milyarlaraya varan sayıda ihracı karşısında bunlarla günlük hareketlerin başa çıkılmaz sayıya ulaşmasından ortaya çıkan soruna çözüm getirmedir. Bu bağlamda, menkul kıymetler bakımından toplu saklama kurumunun işlevi, sadece onların saklanması değil, aynı zamanda ve hem de en başlıcası olarak, menkul kıymetlerin temlikinin ve bunlardan ileri gelen hakların dermeyeranın ibraz olmaksızın gerçekleşmesini sağlamaktır.⁷⁷⁹ Nitekim bu husus, Az.MK'nın toplu saklama faaliyetinin tanımını veren 992-1.11 madde hükmünden⁷⁸⁰ açıkça anlaşıldığı gibi, “kıymetli kağıtlarda ihtiva olunan hakların devri” başlıklı 1078-21 madde hükmünden de çok açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bütün bunlara rağmen, menkul kıymetlerden ileri gelen hakların, örneğin, bu tür haklar üzerinde rehin veya intifa hakkının tesis edilmesinde veya hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarının kullanımında söz konusu senetlerin toplu saklama kurumu tarafından ibrazının zorunlu tutulması, müessesenin yapısına ve doğasına ters olduğu gibi, menfaatler dengesine de aykırıdır.

Ayrıca, Az.MK. m. 1078-22'de öngörölen düzenlemelerde sözü edilen “ibraz”dan, aynı zamanda nama yazılı hisse senetlerinin de kastedildiği kabul edilecek olursa, gene bir takım sorunları ek olarak beraberinde getirecektir.

⁷⁷⁹ Konu ile ilgili geniş açıklama için bkz. **TEKİNALP**, Evraksız Kıymetli Evrak, s. 1 vd ve özellikle s. 5-6 ve 9.

⁷⁸⁰ Az.MK. m. 992-1.11'göre, “Toplu saklama faaliyeti, kıymetli evrakın saklanması ve onlara bağlı hak ve/veya borçların kaydiyatının yapılması ve bunların tasdik edilmesi üzere hizmetlerin verilmesine yönelik yürütölen faaliyetir.”

Şöyle ki, nama yazılı hisse senedi sahibi yirmiden fazla olan anonim ortaklıklarda, pay sahipleri defteri şirket tarafından değil, toplu saklama veya kayıt kurumunca tutulması gerektiğinden, söz konusu hallerde kimlerin pay sahibi sıfatını taşıdığını bizzat anonim şirketin kendisi de muayyenleştirememektedir. Bu durumda, devralanın sadece nama yazılı hisse senedini anonim şirkete ibraz etmesi, onun gerçekten hisse senedine malik olmasına, diğer bir ifade ile pay sahibi sıfatıyla oy hakkını haiz olduğuna delil teşkil edemeyeceğinden, sırf buna dayanılarak oy kullanılması da hukuka aykırı olacaktır. Zira, Az.MK. m. 1078-21.5'e göre, nama yazılı hisse senedi üzerinde mülkiyet hakkı, pay sahipleri defterine bu yönde kaydın düşürülmesi ile devredilir. Dolayısıyla da ilgili madde hükmünde, sadece toplu saklama kurumunca mücerret olarak ibrazdan söz edilmiş olması, konu ile ilgili düzenlemenin eksikliğine kendi başına bir delil teşkil ettiği gibi, sanki bu durumda toplu saklama kurumuna tevdi edilen senetlerden ileri gelen hakları, bizzat pay sahibinin kendisinin de kullanmayacağı gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir anlamın ortaya çıkabilmesine neden olmaktadır.

Keza, sözü edilen halde (yani nama yazılı pay sahipleri sayısı yirmiden fazla oldukça), devralanın ilgili kayıt kurumundan, lehine kaydın düşürüldüğünü gösteren belgeyi göstermesi de, Az.MK. m. 1078-22.1 ve 3'de, **senede bağlı kıymetli evrakta ihtiva olunan haklar**, onun sahibi tarafından veya toplu saklama kurumu tarafından ibraz edilmekle kullanılabilir şeklinde düzenlemelere yer verilmiş olduğundan, kural olarak pay sahipliği sıfatından ileri gelen hakları ve dolayısıyla da oy haklarının kullanılmasına **tek başına** hukuken imkân sağlayamayacak. Zira, bu durumda, hakkın bağlı bulunduğu kıymetli evrak ibraz edilmiş olmayacak.

Böylece, Az.MK. m. 1078-22'de "ibraz" ile ilgili öngörülen düzenlemeler, pay senedinden ileri gelen hakların kullanımını düzensiz ve karışık bir duruma getirmekle birlikte,

aynı zamanda paya bağlı bulunan hakların ve özellikle de oy hakkının ileri sürülmesini, yersiz ve lüzumsuz bir şekilde oldukça zorlaştırılmasına neden olabilecek bir şekilde kaleme alınmıştır ki, bunun da, payın kıymetli evrak niteliğindeki senede bağlanmasındaki düşüncenin temelinde yatan işlem kolaylığının sağlanması amacına tamamen aykırı olduğu/olacağı ortadadır.

Temsil ile ilgili ortaya çıkan sorulara gelince, şunu rahatlıkla ve kesin olarak ifade edebiliriz ki, bu şekilde pay sahiplerinin genel kurula katılması ve oy kullanması hakkı sınırlandırılmayacağı gibi (Az.MK. m. 106-1.3.5), temsilciyi tayin hakkı da ifade edilen tarzda sınırlandırılmaz (107-3.1)⁷⁸¹.

Bütün bunlar, ilgili 1078-22 madde hükmünde yer alan düzenlemelerde, nama yazılı paylar bakımından “ibraz” edilmesi gereken belge ile, haddizatında payı cisimlendirerek onu kıymetli evrak haline getiren hisse senedinin kast edilmediğini⁷⁸², göstermektedir. Zira aksi halin kabulü, baştan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, içinden çıkılmaz sorunlara neden olacak. Buna göre de, söz konusu madde hükmündeki düzenlemelerin neden olabileceği sakıncalar, nama yazılı paylar bakımından, ancak ilgili 1078-22 madde hükmünde yer alan “ibraz” edilmesi gereken belge ile, daha önce açıklaması yapılan ve eski MKK.m. 8,b.3’de açıkça

⁷⁸¹ Ayrıca, bkz. yukarıda § 12, II, C, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁸² Oysaki, daha önce de görüldüğü üzere (bkz. II.bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar), hemen bir madde öncesinde “kıymetli evrakın devri” başlıklı 1078-21 madde hükmünde ise, “sertifika” ibaresi ile (konumuz açısından) hisse senedi kast edilmektedir. Böylece, kanunda peş peşe gelen iki madde hükmünde aynı ibare, farklı kavramları ifade etmektedir ki, bu da, kanun kabul edilirken, kavramlara ne denli özensiz ve hatta laubali yaklaşıldığına bariz ve hazin bir örnek teşkil etmektedir.

öngörülen anlamda bir “sertifika”nın⁷⁸³ kastedildiğinin kabulü durumunda, kısmen bertaraf edilebilir⁷⁸⁴. Dolayısıyla da, söz konusu ilgili madde hükmünü, bütün anlam karışıklığına rağmen, adı pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimselerin, bu hususu tevsik eden “sertifikayı” ibraz etmekle genel kurula katıla ve oy hakkını kullanabilecekleri şeklinde yorumlamak gerekmektedir.

Ayrıca, yukarıda çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere, nama yazılı pay sahipleri sayısı 20’den fazla olduğunda, pay defteri, yasal bir zorunluluk olarak, kayıt kurumunca tutulmalıdır. Az.MK. m. 1078-33.8’de toplu saklama kurumunun aynı zamanda kayıt kurumu gibi de faaliyet gösterebileceği ifade edilmektedir. Yalnız bunlar faaliyet konuları farklı olan kurumlar olduğundan, toplu saklama kurumunun illa da kayıt kurumu gibi faaliyet gösterecek diye bir kural kesinlikle söz konusu olmamaktadır ve bu husus zaten Az.MK’nın ilgili 1078-33.8 madde hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, “sahiplerin listesi ilave olunmakla” ibaresinden toplu saklama kurumu tarafından anonim şirketin bütün pay sahiplerinin listesinin ibraz edilmesi gerektiği hususunun kast edildiğini de ileri sürmek, mümkün olamaz. Çünkü, toplu saklama kurumunda her zaman için böyle bir malumat ve liste bulunmaz.

Kaldı ki, toplu saklama kurumunun özel izin (ki, buna Azerbaycan hukukunda “lisenziya” denilmektedir) alınarak aynı zamanda kayıt kurumu gibi faaliyet gösterdiği durumlarda bile, her pay sahibine ait hisse senedi ile birlikte, diğer pay sahiplerinin listesinin (böylece, örneğin bir anonim şirkete ait 200 tane ortağın her birine ait sertifika ibraz edilirken, bunlara ilave olarak, toplam pay sahiplerinin listesinin de) ibraz

⁷⁸³ Bu kavram ile ilgili açıklamalar için bkz. II.bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa.

⁷⁸⁴ Bu konu üzerinde aşağıda, hamiline yazılı pay senetlerinde oy hakkının kullanılması ile ilgili açıklama yapılırken tekrar durulacak.

edilmesi demek, 200 tane pay sahipleri listesinin ibrazı demek olacak ki, aynı hususa ilişkin bu kadar belgenin ibrazının hiçbir anlamı ve işlevi olmayacağı da ortadadır. Dolayısıyla da, 1078-21 madde hükmünde yer alan bu ibare de, amaca uygun bir şekilde kaleme alınmamıştır.

Şimdi bütün bu hususların tespitinden sonra, nama yazılı hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarının kullanımı, adı (pay defterinin kayıt kurumu veya anonim şirket tarafından tutulmasına bağlı olarak) pay sahipleri listesinde veya pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı bulunan kimse veya onun yetkili temsilcisi tarafından kullanılabilceğini belirtebiliriz (Az.MK. m. 106-1.3.5 ve 107-3.1). Bu durumda ilgili pay sahibinin (pay sahipleri listesinde veya pay defterinde yer alan ad ile karşılaştırılarak) ve varsa onun temsilcisinin kimlik tespiti yapıldıktan sonra, ibraz edilen “sertifika” üzerine genel kurula katılması ve orada oy hakkının kullanılması gerçekleştirilebilecektir. Nitekim bu husus, MKK.m. 17,b. 7’de toplu saklama kurumunda bulundurulmuş hamiline yazılı menkul kıymetlerden ileri gelen hakların kullanımı açısından yasal olarak açıkça ifade edilmekteydi. Burada “sertifika”nın işlevi, genel kurula bizzat veya temsilci aracılığıyla katılacak olan ortakların her birinin hangi oranda sermaye payına ve özellikle de ne kadar bir miktarda oy hakkına haiz bulunduğunu tespit etme kolaylığı sağlamasıdır. Sadece MKK da yürürlükten kaldırılırken, bu husus, Az.MK’ya yapılan değişiklikle gereğince özen gösterilmeden kaleme alınmıştır.

Pay defterinin kayda kapanması ve hukuki sonuçları ile ilgili yukarıda senede bağlanmamış paylarda oy hakkı konusu ele alınırken yapılan açıklamalar aynen senede bağlanmış nama yazılı paylar bakımından da geçerli olduğundan, burada (tekrardan kaçınmak amacıyla), sözü edilen açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

2. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinde

Kıymetli evrak olarak hamiline yazılı hisse senetleri iki tür hakkı – ortaklık hakkını ve bu hakkın bağlı bulunduğu (ve böylece hem de söz konusu hakkı bir nevi cisimlendiren) menkul bir eşya vasfını taşıyan kıymetli evrak niteliğindeki senedin bizzat kendisi üzerindeki aynı hakkı – bünyesinde barındırmaktadır⁷⁸⁵. Birer kıymetli evrak olarak hisse senetleri de , “ibraz senedi” niteliği taşıdıkları için⁷⁸⁶, hak sahipliğinin ispatı ve hakkın kullanılması kural olarak senedin ibrazına bağlıdır (Az.MK. m. 987.1).

Bu kuralın aynen hamiline yazılı hisse senetleri bakımından uygulanması, hemen yukarıda nama yazılı hisse senetleri bakımından ibraz ile ilgili ifade edilen sakıncaları beraberinde getireceği kuşkusuzdur. İşte bu sakıncalardan dolayı, kanun koyucular ilke olarak hamiline yazılı hisse senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarının (dolayısıyla da oy hakkının kullanımını da) kullanılabilmesi için, söz konusu hisse senetlerinin veya bunlara mutasarrıf olduğunu gösteren vesikaların genel kurul toplantısından belli bir süre önce şirkete tevdi edilmesi gerektiğini öngörmektedirler⁷⁸⁷.

Şimdi konuyu Azerbaycan hukuku bakımından ele alalım. Azerbaycan mevzuatında cari durum itibariyle, hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarının (ve konumuz açısından somut olarak oy hakkının) şirkete karşı kullanılmasına ilişkin düzenleme, her türlü menkul kıymetli

⁷⁸⁵ DAĞ, s. 219; POROY/TEKİNALP, N. 16.

⁷⁸⁶ “İbraz senedi” kavramı ile ilgili geniş açıklama için bkz. POROY/TEKİNALP, N. 16 ve 33e.

⁷⁸⁷ Çeşitli ülke hukuklarından örnek vermek gerekirse, Belçika hukuku bakımında bkz. WYMEERSCH, s. 24; Danimarka hukuku bakımından bkz. GOMARD, s. 63; Fransız hukuku bakımından bkz. GUYON, s. 98; Alman hukuku bakımından bkz. BAUMS, s. 116 vd.; İtalyan hukuku bakımından bkz. MARCHETTI/ CARCANO/GHEZZI, s. 159.

evraktan ileri gelen hakların kullanımına ilişkin bulunan ve biraz yukarıda üzerinde durulan Az.MK'nın 1078-22 madde hükmüdür. Yukarıda nama yazılı hisse senetleri bakımından konuya ilişkin açıklamalarda bulunurken, söz konusu bu yasa hükmü üzerinde durulmuştur. Buna göre de, burada söz konusu yasa hükmü ilgili yukarıda yapılan açıklamaların ışığında hamiline yazılı pay senetleri bakımından durum tesbitinde bulunmaya çalışacağız.

Şimdi baştan şunu belirtelim ki, yürürlükten kaldırılan MKK.m. 17,b.5 hükmünde “hamiline yazılı menkul kıymetlerden ileri gelen haklar, bizzat pay sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından senedin ibrazı suretiyle kullanılır” şeklinde bir düzenlemeye yer almaktaydı. MKK'nın ilgili 17,b.5 madde hükmünün yukarıda aynen aktarılan Az.MK'nın 1078-22 madde hükmü ile bir arada uygulanmasını imkânsız kılacak hiçbir tarafı bulunmadığı gibi, genel nitelikteki Az.MK. m. 1078-22 madde hükmünün amacının eski MKK.m. 17,b.5 hükmüne paralellik arz ettiğini kolayca söylemek mümkündür. Aynı durum, MKK'nın “kayı değer haline getirilmiş senede bağlı⁷⁸⁸ hamiline yazılı paylardan ileri gelen haklar, pay sahipleri listesinde adları gösterilen kişiler tarafından toplu saklama kurumunca verilen sertifikanın takdimi üzerine kullanılabilir” şeklindeki düzenlemeye yer veren 17,b.7 madde hükmü bakımından da söz konusudur. Yani, her ne kadar MKK yürürlükten kaldırılmışsa da, mevcut durumdaki kısmi yasal boşluk, MKK'da öngörülen tarzda doldurulabilir. Zira böyle bir çözüme engel teşkil edecek herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, aksini haklı kılacak herhangi bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki, hem Az.MK. m. ,1078-22 hükmünün düzenleme tarzına bakıl-

⁷⁸⁸ Hamiline yazılı payların senede bağlanmadan kaydı değer haline getirilmesi, hususu ile ilgili olarak bkz. II.bölüm, § 6, I, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

dığında, hem de karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, hamiline yazılı paylardan ileri gelen hakların (bilhassa da oy hakkı ve buna bağlı bulunan diğer ortaksal hakların) bu şekilde kullanıldığını görmekteyiz.

Azerbaycan hukuku bakımından da sende bağlanmış hamile yazılı paylardan ileri gelen hakkın ve özellikle konumuz bakımından somut olarak oy hakkının kullanılabilmesi için, söz konusu hisse senetlerinin veya (toplu saklama kurumunda bulundurulurken kaydı değer haline getirilmesi veya rehin konusu olmaları gibi durumlarda) bunlara mutasarrıf olduğunu tasdik eden vesikanın (sertifikanın)⁷⁸⁹ ibraz edilmesi gerekir (Az.MK. m. 1078-22). Fakat ne var ki, mevzuatta, hamiline yazılı hisse senetlerinin veya bunlara mutasarrıf olduğunu tasdik eden vesikanın (sertifikanın), ne zaman tevdi edileceği, daha doğrusu genel kurul toplantısından önce mi (önce ise, ne kadar müddet önce ve bu müddet kim tarafından ve ne şekilde belirlenecek türünden konulara ilişkin hususlar), yoksa genel kurul toplantısının yapıldığı sıralarda da mı tevdi edilebileceği hususu açıkça belirtilmemiştir.

Mevzuatta yer alan ilgili düzenlemeler gözden geçirildiğinde, ilk bakışta hamiline yazılı hisse senetlerinin ne zaman (daha doğrusu genel kurul toplantısının yapıldığı tarihlerde de) el değiştirmesinden asılı olmayarak bunlardan ileri gelen ortaklık haklarının ilgili senetleri ibraz etmekle her zaman şirkete karşı kullanılabilmesi ve giderek söz konusu hakların kullanılabilmesi için her defasında hamiline yazılı pay senetlerinin ibrazının gerekli olduğu kanaati hasıl olabilir. Gerçekten, böyle bir kanaat, hem eski MKK'nın "hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen haklar, bizzat pay sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından senedin ibrazı suretiyle

⁷⁸⁹ Ne var ki, Azerbaycan anonim şirketler uygulamasında hamiline yazılı pay senetlerine (anonim şirketler tarafından henüz ihraç edilmediklerinde dolayı) henüz rastlanılmamaktadır.

kullanılır” şeklindeki düzenlemesinden, hem de Az.MK. m. 1078.22.1 hükmünde “sende bağlanmış kıymetli evraktan ileri gelen haklar, sahibinin bu senedi ibrazı ile kullanılabilir” hükmünden kuvvet alabilir. Keza, gene Az.MK'nın 990.1 madde hükmünde de, hamiline yazılı kıymetli evrakta ihtiva olunan hakkın borçlusu, ancak herhangi bir kimsenin bu senedi ibrazı etmesi halinde borcunu ifa edebileceği (yani hamiline yazılı senede kim zilyet bulunursa, onun bu senedin maliki sayılacağı ve borçlunun da ancak böyle bir kimseye borcunu ifa ederse borçtan kurtulabileceği) öngörülmektedir.

Fakat belirtilen kanun hükümlerini sırf lafzı açıdan değil, amaca göre yorumlanması halinde, tamamen farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, mevzuatta senedin ibrazı suretiyle hisse senetlerinden ileri gelen hakların kullanılabilmesi belirtilmişse de, daha önce nama yazılı hisse senetleri ile ilgili belirtilenlere paralel olarak⁷⁹⁰, bunun hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarının her kullanımında bir zorunluluk olduğu ve pay sahibinin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın, dilediği her zaman söz konusu hisse senedini şirkete ibraz etmek suretiyle ortaklık haklarını kullanabileceği, açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş değildir. İşte kanunda açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş bu hususlara açıklık getirilmesi lazım ama, açıklık getirilirken, müessesenin yapısı ve işleyiş mekanizmasının da göz önünde bulundurulması zorunludur. Aksi halde, yanlış ve uygulanması mümkün olmayan sonuçlara varılabilir.

Kanaatimizce, hamiline yazılı hisse senetlerinin veya bunlara mutasarrıf bulunduğunu tevsik eden vesikaların genel kurul toplantısından makul bir süre önce tevdi edilmeleri gerektiği için niteliğinden doğan bir zorunluluktur. Çünkü

⁷⁹⁰ Bu hususlarla ilgili olarak bkz. için bkz. II.bölüm, § 6, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar ve IV bölüm, §13, IV, C, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

genel kurul toplantısının yapıldığı sırada, hamiline yazılı hisse senedi sahibi, bu paylardan kaynaklanan ortaklık hakların (mesela, oy kullanma, müzakereye katılma, öneride bulunma vs.) her defasında senedin ibrazı suretiyle kullanabilmesi özellikle halka açık anonim şirketlerde (ki, Azerbaycan'da henüz şimdiye dek ancak bu tip anonim ortaklıklar tarafında hisse senedi ihraç edilmiş durumdadır) sadece olarak imkânsızdır⁷⁹¹.

Bundan başka, daha önce nama yazılı hisse senetler bakımından da ifade edildiği üzere⁷⁹², genel kurul toplantısına kimlerin iştirak edebileceğinin şirketçe tespit edilebilmesi şirketin faaliyet gösterebilmesi veya faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından hayati önem arz eder. Böyle bir tespit yapılabilmesi ise, günümüz koşullarında ancak pay sahipliğinin genel kurul toplantısından belli bir süre önce şirkete bildirilmesi suretiyle sağlanılabilir⁷⁹³.

Dolayısıyla da, hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarının şirkete karşı ileri sürülebilmesi, ancak genel kurul toplantısından makul bir süre önce, pay sahipliğinin ispatını sağlayan araçların (duruma göre, hamiline yazılı hisse senetleri veya bunlara malik olduğunu tevsik eden sertifikanın) şirkete ibraz edilmiş olması şartına bağlıdır. Şayet, söz konusu süre içerisinde pay sahipliğini ispat için ilgili senet (hamiline yazılı pay senetleri veya bunlara mutasarrıf bulunulduğunu tevsik eden sertifika) ibraz edilmezse, o zaman şirkete karşı bu senetlerden kaynaklanan ortaklık hakları ve özellikle de genel kurulda oy kullanma hakkı ileri sürülemez. Yani, ibraz için belirlenen makul süre

⁷⁹¹ Bu hususlarla ilgili olarak bkz. IV bölüm, §13, IV, C, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁹² Bkz. II.bölüm, § 4, II, A, 2, b, bb., aaa. başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁹³ Bkz. yukarıda dñn. 787.

içerisinde hamiline yazılı hisse senetleri veya bunlara mutasarrıf bulunduğunu tevsik eden vesika ibraz edilmezse, o zaman söz konusu pay senetlerinden ileri gelen hakların şirkete karşı ileri sürülebilmesi, genel kurul toplantısının bitimine kadar ertelenmiş olacak.

Dolayısıyla da bu tür, zamanında ibraz edilmemiş hamiline yazılı paylardan kaynaklanan ortaklık hakları, şirket genel kurulunda kullanılamayacak. Hamiline yazılı hisse senetlerinin kabul edildiği dünya ülkelerinde de kural ve uygulama bu yöndedir⁷⁹⁴.

Makul süreden ne anlaşılması gerektiği ve bu sürenin ne şekilde ve kim tarafından belirleneceği hususuna gelince, yukarıda nama yazılı hisse senetleri bakımından pay defterinin kayda kapalılık süresi bakımından yapılan açıklamalar⁷⁹⁵ aynen hamiline yazılı pay senetlerinin tevdi süresi bakımından da geçerlidir ve dolayısıyla da orada yapılan açıklamalara burada atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Tevdi süresi içerisinde paylarını tevdi etmeyen hamiline yazılı pay sahiplerine, ilgili genel kurul toplantısında oy

⁷⁹⁴ İsviçre (BK.m 689/4), İtalya (MK.m. 2370) ve Türk (TTk. m. 360/3) hukuklarında tevdi, kanunun açık hükmü gereğince zorunludur. Aynı durum Fransız hukuku bakımından da geçerlidir, bkz. GUYON, s. 98. Alman (POK. § 123/2) ve Avusturya (POK. § 107/2) hukuklarında her ne kadar hamiline yazılı pay senetlerini veya bunlara mutasarrıf bulunduğunu gösteren vesikanın tevdi edilmesi, ancak ortaklık esas mukavelesinde gösterilmişse (ki, uygulamada bu kaideten yapılmaktadır) zorunludur şeklinde düzenlemeler bulunmaktaysa da, söz konusu senetlerin genel kurul toplantısından makul bir süre önce tevdi edilmesi gerektiği, aksi halde hamiline yazılı pay senetlerinin genel kurul toplantısında temsil edilemeyeceği tereddütsüz bir şekilde kabul edilmektedir (bkz. BAUMS, s. 116). Bununla ilgili Avusturya hukuku bakımından bkz. KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, s. 4 ve orada dpn. 29'da anılanlar; Alman hukuku bakımından bkz. BAUMS, s. 118.

⁷⁹⁵ Bkz. IV bölüm, §13, IV, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

kullanmalarına imkân tanınması durumunda, alınan kararın iptal edilebilir olup olmadığı burada açıklığa kavuşturulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ister pay defterinin kayda kapanması, isterse de tevdi süresi, anonim şirketin menfaati gereği öngörülmektedir. Bu bağlamda, tek başına tevdi süresine uymayan pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanmaları, anonim şirket genel kurul kararının bir geçersizlik sebebi oluşturmaz⁷⁹⁶, aksi halin kabulü, tevdi süresine ilişkin kuralın öngörülme amacına aykırı olduğu gibi, pay sahiplerinin en önemli ortaksal haklarından biri olan oy hakkına da aykırıdır. Çünkü, bu durumda pay sahibi, haklı bir neden olmadan oy hakkından mahrum bırakılacak. Bu nedenle de, salt tevdi süresine uymayan pay sahiplerinin oy kullanmaları halinde, genel kurul kararının iptal edilebileceği görüşüne⁷⁹⁷ katılmıyoruz.

Buna mukabil, tevdi süresine uymayan hamiline yazılı pay sahiplerinden bir kısmına genel kurulda oy kullanma imkânı sağlandığı halde, diğer bir kısmına böyle bir imkân sağlanılmamış olursa, bu eşit işlem ilkesine ve dolayısıyla da hem de iyi niyet kurallarına aykırı sayılacağından, ilgili şahıslar bu yüzden meydana gelebilecek olan zararlardan müteselsilen sorumlu tutulacaklar. Ayrıca, bu şekilde genel kurul toplantısına alınmamış bulunan hamiline yazılı pay sahipleri, ortak sıfatını ve dolayısıyla da oy hakkı sahibi sıfatını taşıdıklarına göre, eşit işleme aykırı olarak onlar açısından oy hakkının kullanılmasına imkân sağlanılmaması, ilgili genel kurulda alınan kararın iptaline neden olabilecek. Zira, bu şekilde alınmış olan genel kurul kararı, iyi niyet kurallarına

⁷⁹⁶ Aynı yönde bkz. ARSLANLI, AŞ. II-III, s. 26-27; İMREGÜN, AO, s. 127 dñn. 49a; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 154; ÇEKER, s. 260.

⁷⁹⁷ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, N. 967; DAĞ, s. 235-236.

aykırn bir şekilde alınmış karar niteliği arz edecek ve buna göre de genel kurul toplantısına alınmayan hamiline yazılı pay sahiplerince genel kurul kararının iptali istenebilecektir.

Burada, Az.MK. m. 1078-34.5 madde hükmünde açıkça, “hamiline yazılı pay sahiplerinin kaydı tutulmaz” şeklinde bir düzenlemenin yer aldığı, bu nedenle de yukarıda belirtilen şekilde hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin pay sahipleri listesinin tutulmasının mümkün olmayacağı akla gelebilir. Ancak ne var ki, sözü edilen Az.MK'nın 1078-34.5 maddesinde öngörülen “hamiline yazılı pay sahiplerinin kaydı tutulmaz” şeklindeki hükmünde, nama yazılı hisse senetlerinde olduğu gibi, hamiline yazılı pay senetleri sahiplerine ilişkin olarak ortaklık pay defterinin tutulamayacağı kast edilmiştir⁷⁹⁸. Yoksa, sözü edilen kanun hükmü ile, hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurul toplantısı öncesinde tespitini sağlayacak olan pay sahipleri listesinin tutulmasına yönelik bir yasaklama, kesinlikle söz konusu değildir. Zira, böyle bir yasağın getirilmesinin hiçbir anlamı ve işlevi olmayacağı gibi, bu tür bir yasağın varlığının kabul edilmesi durumunda, şirket genel kuruluna katılmaya yetkili bulunan kimselerin tespiti de imkânsız olacaktır ki, böyle bir sonucun kabul edilemez olduğu da ortadadır.

Böylece, sonuç olarak, hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen oy hakkının kullanımı, oy hakkı sahiplerince, tevdi süresi içerisinde hamiline yazılı hisse senetlerinin veya bunlara mutasarrıf bulunduğunu tevsik eden vesikaların tevdi edilerek adını pay sahipleri listesine yazdırması üzerine, genel kurula (doğrudan veya mektupla oy kullanma suretiyle) katılmakla gerçekleştirilebilir.

⁷⁹⁸ Bunun nedeni ilgili olarak bkz. IV bölüm, §13, IV, B, 2 başlığı altında yapılan açıklamalar.

V. OY HAKKININ TEMSİLCİ VASITASIYLA KULLANILMASI

Daha önce de ifade edildiği üzere, hali hazırdaki durum itibariyle, anonim şirketler hukuku alanında, pay sahibinin temsilci aracılığıyla da oy kullanabileceği ve böyle bir hakkı ortadan kaldırılamayacağı ve özüne dokunulacak şekilde zorlaştırılmayacağı genel bir ilke olarak, hemen bütün hukuk sistemlerince kabul edilmektedir⁷⁹⁹.

A. TEMSİL ÇEŞİTLERİ

Temsil, çeşitli açılardan, temsilci tayininde pay sahibinin iradesinin etkili olup olmaması bakımından rızâî ve kanun temsil şeklinde, temsil yetkisinin kapsamı bakımından genel ve özel yetkili temsilci şeklinde, temsilin süreye bağlı olup olmaması bakımından süreli ve süresiz temsil şeklinde, pay sahibi ile temsilci arasındaki hukuki münasebetin özelliğine göre, açık temsil - gizli temsil şeklinde ve özellikle anonim şirketler hukuku alanında söz konusu olan temsilci aracılığıyla oy kullanma yöntemi bakımından ferdi temsil ve kurumsal temsil şeklinde ve sair açılardan çok çeşitli sınıflara ayrılabilmektedir. Bunların bazılarını daha yakından görelim:

1. Rızâî Temsil-Kanuni Temsil

Genel anlamda bir kimsenin kendisini temsil etmek üzere bir başkasına tek taraflı bir irade beyanı ile temsil yetkisi vermesi durumunda, rızâî temsilden söz edilir. Bu bağlamda konumuz açısından pay sahibinin, genel kurula kendisini temsilen bir başkasını katılmaya ve oy kullanmaya tek taraflı irade beyanı ile yetkili kılması durumunda, rızâî temsil söz konusu olmaktadır. İleride temsilci aracılığıyla oy

⁷⁹⁹ Bkz. yukarıda d.p.n. 567. Yalnız, burada şunu belirtelim ki, belki de gelecekte yıllarda günlük hayatta İnternet kullanımı öyle bir yaygın hal alabilir ki, belki de temsilci aracılığıyla oy kullanma kurumu fazla bir işlevi ve önemi hâli bulunmayacak.

kullanılmasının tabi olduğu hukuki rejim bakımından açıklama yapmaya çalışılırken, esasen iradi temsil gözönünde bulundurulacaktır.

Bir kimsenin, temsil olunan adına davranma ve irade beyanında bulunma yetkisi, temsil olunanın iradesinden ileri gelmiyorsa, demek ki, ortada bir kanuni temsil söz konusudur⁸⁰⁰. Kanuni temsil esasen, fiil ehliyetini tam olarak haiz bulunmayanlar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, örneğin gayri mümeyyiz veya mahcur olan pay sahibi adına genel kurula katılmaya ve oy kullanmaya yetkili bulunan veli veya vasisdir. Kanuni temsilin en belirgin özelliği, böyle bir temsilin söz konusu olduğu durumlarda pay sahibinin bizzat kendisinin oy kullanamamasıdır. Diğer özelliklerine ise, kanuni temsilcinin genel kurula katılması ve oy hakkını kullanabilmesi için özel bir temsil belgesine ihtiyaç bulunmaması (bununla birlikte, kanuni temsilci sıfatının ispatı gerekir), her zaman için kapsam bakımından genel bir temsil salâhiyeti içermesi ve pay sahibinin iradesine bağlı olmadan kanuni temsilcinin bir başkası (kanuni temsilcini tayin edeceği rızâ temsilci) aracılığıyla da oy kullanılabilmesi gibi hususlar örnek gösterilebilir.

2. Genel ve Özel Yetkili Temsil

Pay sahibinin genel kurulda kendisini temsilen bir kimseye bütün meseleler bakımından oy kullanma yetkisi tanıdığı durumlarda genel temsilden, sadece bazı gündem maddeleri hakkında temsil yetkisi verdiği durumlarda ise, özel temsilden söz edilir⁸⁰¹. Temsilcinin genel veya özel temsilci sıfatını taşıması bakımından, temsilin muayyen bir genel kurul

⁸⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 159; TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 168; ÇEKER, s. 269.

⁸⁰¹ CHARLESWORTH/MORSE, s. 226.

toplantısı için verilip verilmemesinin hiçbir etkisi yoktur⁸⁰²
Şöyle ki, özel temsil, birden çok genel kurul toplantısı için verilebileceği gibi, genel temsil yetkisi de sadece bir genel kurul toplantısı için pekâla söz konusu olabilir.

3. Açık Temsil-Gizli Temsil

Pay sahibi, kendisini temsilen genel kurulda oy kullanmak üzere bir başkasını yazılı surette usulünce temsilci olarak tayin etmesi durumunda, açık temsilden söz edilir. Zira bu durumda oy kullanacak olanın temsilci olduğu ve kimi, daha doğrusu hangi pay sahibini temsil ettiği açıkça bell edilmektedir. İşte böyle açık temsilin söz konusu olduğu durumlarda, kendisine temsil salahiyeti verilen, anonim ortaklığa karşı temsilci sıfatını ispat etmek suretiyle ilgili pay sahibinin adına oy kullanabilecektir.

Pay sahibinin, kendisini temsilen genel kurulda oy kullanmak üzere, bir başkasına temsil belgesi vermek yerine haiz olduğu payların mülkiyetini devreder. Böylece, görünürde pay sahibi olarak gözüken kimse, aslında gerçek pay sahibinin aralarındaki devir sözleşmesi hükümleri gereğince temsilcisidir ama, gerçek pay sahibinin adına hareketmediğinden ortada bir gizli temsil söz konusu olmaktadır. Bu tür bir durum, haddizatında payın kıymetli evrak niteliğini hâiz hisse senedine bağlanması sonucunda ve özellikle de hamiline yazılı pay senetleri bakımından (sözü edilen senede zilyetliği geçirilmesi suretiyle) ortaya çıkmıştır⁸⁰³. Böyle bir uygulama esasen hamiline yazılı pay senetleri bakımından elverişlidir zira bu tür pay senetleri bakımından sadece zilyetliği geçirilmesi, arzu edilen sonucun sağlanması bakımından zarur

⁸⁰² Karş. ÇEKER , s. 292.

⁸⁰³ Bundan dolayıdır ki, uygulamada hisse senetleri gözümlünde bulundurulural bu tür devirlere, “meşru hamil görüntüsü sağlayan devir” denilmektedir, bkz ÇEKER , s. 263.

ve kafidir. Senede bağlanmamış veya nama yazılı pay senetleri bakımından ise, açık temsil yöntemi daha elverişlidir. Gerçekten de, yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere, nama yazılı hisse senetlerinden veya senede bağlanmamış paylardan ileti gelen oy haklarının kullanılabilmesi için (nama yazılı hisse senetleri bakımından devir beyanı ve senede olan zilyetliğin geçirilmesine, senede bağlanmamış paylar bakımından ise, devir sözleşmesine) ilave olarak, pay defterine kaydın (kaydın açıklayıcı veya kurucu nitelikte olup olmamasından asılı olmayarak) yapılmış olması gerekir. Bunun da, sözü edilen durumda açık temsil yetkisini verme işlemi ile mukayesede daha uzun ve ağır bir usulü işlem olduğu ortadadır. Fakat ne var ki, gizli temsilin, nama yazılı pay senetleri bakımından ve senede bağlanmamış paylar bakımından da geçerli olmasına hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Nitekim, ABD ve Fransız hukuklarında gizli temsil yöntemine, nama yazılı pay senetleri bakımından azırınsanmayacak bir oranda başvurulduğu görülmektedir⁸⁰⁴.

Azerbaycan hukuku bakımından, gizli temsilin geçerli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira, gizli temsilde, devralanın görünürdeki devir işlemi ile, temsil durumunun gizletilmiş olduğu ve bunun da nitelikli muvazaayı bir geçersizlik nedeni olarak öngören Az.MK'nın 340. maddesinin 2. bendine aykırılık teşkil edeceğinin hemen ilk bakışta akla gelmesi normaldir. Fakat, anonim şirketlerde temsil açısından bu husus (gizli temsil) açıkça yasal olarak düzenlenmiş bulunduğundan (Az.MK. m. 107-1.4; 992-1.6), anonim

⁸⁰⁴ ABD hukuku bakımından bkz. KLAUSNER/ELFENBEİN, in: Baums/Wymeersch (eds.), s. 357-58. ABD hukukundan farklı olarak nama yazılı paylar bakımından gizli temsil yöntemi ile oy kullanılması, Fransız hukukunda kural olarak yasaktır. Ne var ki, uygulamada bu yöntemle başvurularak oy hakkının kullanılması önlenememektedir, bkz. GUYON, s. 107.

şirketlerde gizli temsil yöntemi ile oy hakkının kullanılmasının geçerli olacağı şüphesizdir.

4. Ferdi Temsil-Kurumsal Temsil

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, anonim şirketler hukuku alanında temsilci aracılığıyla oy kullanımında iki yola başvurulduğu görülmektedir: Bunlardan birincisi, oy hakkı sahiplerinin, kendilerini genel kurulda temsil etmek üzere belirli bir kişiyi tayin etmesi usulüdür ki, buna ferdi temsil denilir. Diğer ise, gittikçe çok daha yaygın bir şekilde kullanılma eğilimi gösteren kurumsal temsil yöntemidir ki, bu da pay sahibini temsilen genel kurulda oy kullanma yetkisi verilen kişi, aracı kurum veya toplu saklama kurumu ise veya temsil yetkisi, temsilcinin şirket yönetiminde etkili olmasını sağlamak amacıyla verilmesi durumunda (ki, bu durumda temsilci, belirli bir veya birkaç pay sahibini değil, kendilerine müracaat edecek her pay sahibini temsilen genel kurula katılma ve oy kullanmayı hedeflemektedir) söz konusu olmaktadır⁸⁰⁵. Aşağıda, temsilci aracılığıyla oy kullanma konusuna ilişkin yapılacak olan açıklamalarda da, bu yöntemler arasındaki farklılıklar gözönünde bulundurulmaya çalışılacaktır.

B. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ

1. Ferdi Temsilde

Azerbaycan hukukunda anonim şirket genel kurulunda oy hakkının kullanılması bakımından ferdi temsilcinin tayin şekline ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Az.MK. m. 107-3.1 hükmü gereğince, "...pay sahibi, temsilci aracılığıyla da genel kurul toplantısına iştirak edebilir. Bu zaman temsilci mevzuatta öngörülen şekilde bir vekaletnameye sahip olmalıdır." Dolayısıyla da, temsile ilişkin genel

⁸⁰⁵ Bu yönde bkz. GUYON, s. 105 vd; ÇEKER, s. 262 ve orada dph. 47'de anılanlar.

hükümlerden hareketle konuya açıklık kazandırmak gerekmektedir.

Her şeyden önce, şunu ifade edelim ki, buradaki “vekaletname” tabiri ile, temsil ilişkinin meydana gelmesini sağlayan yazılı şekildeki tek taraflı irade beyanı kast edilmektedir (Az.MK. m. 362.1)⁸⁰⁶. Buradaki yazılı şekil, mevzuatta aksine bir düzenleme olmadığından adi yazılı şekildir (Az.MK. m. 331), yalnız doğal olarak bu durumda, noterde düzenlenmiş veya onaylanmış bir temsil belgesinin de verilebilmesi pekâla mümkündür. Dolayısıyla da, pay sahiplerinin kendilerini genel kurulda temsil etmek üzere belirli bir kişiyi temsilci olarak tayin edebilmesi için, yazılı şekilde temsil belgesi vermesi zorunludur. Aksine hareket, temsil ilişkisinin geçersizlik nedendir (Az.MK. m. 333.2).

Keza, temsil belgesinde onun tertiplendiği tarihin de gösterilmesi zorunlu olduğundan, tertiplenme tarihi gösterilemeyen temsil belgesi kendiliğinden geçersizdir (Az.MK. m. 363.1).

Böylece yukarıda belirtilen hususların ışığında, pay sahibinin genel kurulda temsilci aracılığıyla oy kullanabilmesi için, işin mahiyeti icabı yerine getirilmesi gereken şekil şartlarını aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

1) Temsil belgesinde, salahiyet veren pay sahibinin adı ve (eğer gerçek kişi ise) soyadı gösterilmelidir,

2) Pay sahibinin imzası. Eğer pay sahibi tüzel kişi ise, onun yetkili organını temsil eden kişinin imzası ile birlikte tüzel kişiye ait mührün de vurulmuş olması gerekir (Az.MK. m. 362.5),

⁸⁰⁶ Yani, Az.MK'da “vekaletname” tabiri ile illa da Az.MK. m. 777 vd maddelerinde düzenlenmiş bulunan vekalet mukavelesini meydana getiren irade beyanı kast edilmemektedir. “Temsil” ilişkisi ile “vekalet” ilişkisi arasındaki farklılıklar ile ilgili olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 160-161.

- 3) Temsilcinin adı ve soyadı,
- 4) Temsilin hangi paylara ilişkin olarak ve ne amaçla verildiği,
- 5) Temsil belgesinin tertiplendiği tarih.

Temsilin ne kadar bir süre için veya hangi genel kurul toplantısı için verildiğinin gösterilmesi mecburi değildir. Şöyle ki, Azerbaycan mevzuatında söz konusu temsilin hangi genel kurula ilişkin olduğunu arayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Temsilin geçerlilik süresine gelince, Az.MK'nın 363.1 madde hükmü gereğince, temsilin geçerli olacağı süre, temsil belgesinde gösterilmemişse, temsil belgesi bir yıllık süre için geçerlidir. Fakat, ülke sınırları içerisinde yapılacak olan işlemler bakımından verilecek temsil belgesinin geçerlilik süresi, en fazla üç yıl olarak öngörülebilir (Az.MK. m. 363.1)⁸⁰⁷.

Böylece, yukarıda belirtilen usul çerçevesinde verilen temsil belgesinde temsil süresi gösterilmişse, gösterilen (ve fakat üç yılı aşmayan) bu süre zarfında, gösterilmemiş olursa, sözü edilen belgenin tertiplenme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yapılacak olan olağan ve olağan üstü toplantılarda temsili bu belgeye dayanarak pay sahibi adına genel kurula katıla ve oy kullanabilecektir.

Yukarıda temsilci aracılığıyla oy kullanımının şekil şartlarına ilişkin yapılan açıklamalar, senede bağlanmış olsun olmasın, hem nama, hem de hamiline yazılı payların her ikisi bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, hamiline yazılı pay senetlerinde oy hakkının temsilci vasıtasıyla kullanılabilmesi için, pay sahibinin senede olan zilyetliğin temsilciye nakli daha basit ve elverişli olduğundan, anonim şirketler uygulamasında

⁸⁰⁷ Şayet temsil belgesinde gösterilen geçerlilik süresi, üç yıldan fazla ise, işin mahiyeti icabı, Az.MK'nın kısmi butlana ilişkin 352. madde hükmü uygulanacak ve böylece, temsil belgesi bütünüyle değil, sadece üç yılı aşkın süre ile bağlı olan kısmı geçersiz sayılacak.

toplu saklama kurumuna tevdi etmekle kaydı değer haline getirilmemiş hamiline yazılı pay senetlerinden ileri gelen oy haklarının temsilci vasıtasıyla kullanılması, esasen bu yöntemle başvurulmakla gerçekleştirilmektedir. Yani, hamiline yazılı pay senetleri bakımından açık temsil değil, esasen gizli temsil yöntemi kullanılmaktadır.

Burada son olarak, hamiline yazılı pay senetlerini rehin, tevdi vs. gibi nedenlerle elinde bulunduran kimseler, söz konusu pay senetlerinden ileri gelen oy haklarını, malikin razılığı olmadan, kullanamazlar. Aksi halde, ortada ne açık, ne de gizli temsil olmadığı halde, yetkisiz kimselerce oy hakkının kullanılması durumu söz konusu olacak ki, bunun da hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla da bu oylar sayesinde alınan genel kurul kararlarının geçersiz hale getirilebileceği açıktır.

2. Kurumsal Temsilde

Anonim şirket paylarının oldukça fazla sayıda kimseler arasında dağılmış olması, pay sahibini şirket ortağı olmadan ziyade, esasen sadece temettü bekleyen bir yatırımcı durumuna getirmekte, bu da anonim şirketlerde genel kurulun toplanamaması veya birtakım alınması gereken kararın alınamamasına ve dolayısıyla da şirket yönetiminde güç boşluğuna neden olabilmektedir. İşte, kurumsal temsilin ortaya çıkmasının ve kabul edilmesinin başlıca nedeni de söz konusu güç boşluğunu giderme veya önleme amacıdır⁸⁰⁸.

Ekonomik olarak gelişmiş olan ülke hukuklarında, kurumsal temsil çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır⁸⁰⁹. Ne var ki, kurumsal temsil yöntemleri çeşitlilik arz etmekte ve bu

⁸⁰⁸ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 692; **A. ÖÇAL**, Anonim Şirketlerde Beyaza Yetki Sorunu, Batider, C. VIII, s. 67 vd; **ÇEKER**, , s. 278 ve orada dñn. 105'de anılanlar.

⁸⁰⁹ Örneğin, ABD hukukunda anonim şirket genel kurullarında kullanan bütün oyların % 60'ndan fazlası kurumsal temsil yolu ile kullanılmaktadır (bkz. **KLAUSNER/ELFENBEİN**, s. 364).

çeşitlerin her birinin uygulanma oranı, ülkeden ülkeye değişmektedir. Kurumsal temsilin söz konusu olduğu bu hallerin her biri bakımından temsil yetkisinin verilmesi usulünü ayrı ayrılıkta ele alalım:

a. Yönetim Organınca Temsil

Bu tür bir kurumsal temsil çeşidinde temsil yetkisinin verilmesi, şirket tarafından genel kurul toplantısına çağrı yapılırken, pay sahiplerine gönderilen davetiyelerde veya çağrıya yönelik yapılan ilan(lar)da örneği verilen vekaletname formunun pay sahiplerince doldurularak şirkete ulaştırması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Pay sahiplerince söz konusu vekaletname formu iki şekilde doldurulabilir: pay sahibi, şirketçe tespit olunmuş kimsenin veya kimselerden birinin adını ve soyadını yazarak vekaletname formunu imzalayabileceği gibi, sadece vekaletname formunu imzalayarak onu şirkete ulaştırmak suretiyle de genel kurulda temsilini sağlayabilir. Böyle olan hallerde, yönetim kurulu üyelerinden biri veya yönetim organınca belirlenen bir kişi tarafından pay sahibini temsilen genel kurulda oy hakkının kullanımı gerçekleştirilmektedir. Görüldüğü üzere, beyaza yetki denilen bu ikinci durumda pay sahibi, kimin kendisini temsil edeceğini dahi bilmemektedir.

b. Vekalet Toplayanlarca Temsil

Aynı zamanda oy haklarının temerküzleşmesi için kullanılan bu yöntem, proxy sistemi olarak tanınmaktadır. Bu tür bir kurumsal temsil çeşidinde temsil yetkisinin verilmesi, şirket yönetiminde etkili olmak isteyen kişilerin, yetkili kurumdan izin alarak pay sahiplerine çağrıda bulunmakla, kendilerine vekalet vermeleri hususunda teklifte bulunmaları üzerine, pay sahiplerinin kendilerine gönderilen veya ilanda gösterilen vekalet formlarını doldurarak çağrıda bulunanların belirttikleri adrese göndermek suretiyle gerçekleştirilir.

Daha önceleri de çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, bu şekilde temsil yetkisi verilirken, pay sahibi genel kurul gündemindeki hiçbir gündem maddesi hakkında reyini belirtmeyebileceği gibi, genel kurul gündeminde yer alan bütün meseleler hakkında veya sadece bazı gündem maddeleri hakkında da görüşünü açıkça yazılı olarak belirtebilir. Yalnız, vekalet toplamanın amacı gereği, genelde şirket yönetimini ele geçirmeye yarayan gündem maddeleri hakkında pay sahipleri vekaletnamede ya reylerini bildirmezler, ya da ki, vekalet toplayanların belirttikleri yönde oy kullanımına ilişkin reyde bulunurlar⁸¹⁰.

Temsil belgesinin verilmesine ilişkin diğer şekil şartları hakkında ise, yukarıda ferdi temsil ile ilgili yapılan açıklamalar esasen burada da geçerli olduğundan, oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

c. Aracı Kurumlarca Temsil

Karşılaştırmalı hukuka (bilhassa da kıta avrupalı ülkelerinde) baktığımızda en yaygın olarak kullanılan kurumsal temsil yönteminin aracı kurumlarca temsil yöntemi olduğu görülmektedir. Bunun en başlıca nedeni, pay sahiplerinin malik oldukları hisse senetlerini esasen kendilerinde değil, banka veya diğer aracı kurumlarda emanet olarak bulundurmalarıdır. Zira bu durumda, pay sahipleri açısından emanet olarak bıraktıkları bu hisse senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarını bizzat kendileri veya diğer başka bir temsilci vasıtasıyla kullanma, daha fazla uğraş gerektirdiğinden, bu tür işlemleri yapma yetkisini, tek elden banka gibi aracı kurumlara bırakmaktadırlar. Aracı kurumlar da, pay sahiplerince

⁸¹⁰ Türk hukukunda pay sahibinin bu tür meseleler hakkında talimat veremeyeceği kabul edilmektedir, bu hususla ilgili açıklamalar için bkz. **M. ÇEKER**, Halka Açık Anonim Şirketlerde Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma ve Pay Sahiplerine Çağrıda Bulunarak Vekalet Toplanması, Batider, C. XVIII, S. 4, s. 191.

kendilerine verilen bu temsil yetkisine dayanarak, hisse senetlerinden ileri gelen ortaklık haklarını ve özellikle de oy haklarını kullanmaktadırlar. Böylece, aracı kurumların (ki, bunlar genelde bankalar olur) emanet olarak ellerinde bulundurdıkları hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarını, söz konusu hisse senetlerinin maliki olan pay sahipleri adına kullanmaları, aracı kurumlarca temsil sistemini ortaya çıkarmıştır⁸¹¹.

Yalnız, burada hemen şunu da belirtelim ki, aracı kurumlar, hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarını kullanabilmeleri için, her halükarda pay sahiplerinden bu hususta temsil belgesi almak zorunda bulunsalar da, kural olarak, oy kullanırken temsilci sıfatını açıklamak zorunda değillerdir. Zira, yukarıda da görüldüğü üzere, açık temsil yöntemi ile oy kullanılabilirdiği gibi, kural olarak gizli temsil yöntemi ile de oy kullanılabilir. Böylece aracı kurumlar, genel kurulda temsil ettikleri payların gerçekten kime ait olduğunu şirkete bildirmek suretiyle açık temsil yöntemini uygulayarak oy kullanabilecekleri gibi, bu hususu şirkete bildirmeyerek oy haklarını kendi adlarına kullanarak gizli temsil yöntemini de uygulayabilirler. Keza, aracı kurumların temsil yetkisi almış olmaları, onları temsil konusu paylardan ileri gelen oy haklarını kullanma mecburiyeti altına sokmaz. Zira, salt temsil yetkisinin verilmiş olması, temsilciyi bu yönde hareket etmeyle yükümlü hale getirmez.

Aracı kurumlara verilecek olan temsil belgesinin tabii olduğu şekil şartları, bu konuda yukarıda ferdi temsil bakımından yapılan açıklamalarda belirtilenler ile aynıyet arz etmektedirler ve buna göre de, burada üzerinde tekrar durulmayacaktır.

⁸¹¹ WYMEERSCH, s. 43.

C. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİNE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ GEÇERLİLİK SORUNLARI

Yukarıda, oy hakkının kullanımına ilişkin çeşitli kısıtlamaların söz konusu olabileceğini ifade etmiştik⁸¹². İşte bu bağlamda, anonim şirketler hukuku alanında temsilci aracılığıyla oy kullanılmasına ilişkin olarak, çeşitli kısıtlamaların getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu tür kısıtlamalar, “pay sahibinin temsilci aracılığıyla oy kullanma hakkının özüne dokunulamaz”, yani “temsilci aracılığıyla oy kullanımı ortadan kaldırılamaz veya aşırı derecede zorlaştırılmaz” kuralına aykırı bir nitelik taşımayan kısıtlamalar olup, anonim şirketin ve/veya bazen bizzat temsil yetkisi veren pay sahibinin kendisi de dahil olmak üzere, pay sahiplerini korumak amacıyla öngörülmektedir. Bu tür belli başlı kısıtlama çeşitlerine burada değinmede fayda umuyoruz, çünkü söz konusu kısıtlama hallerinin öngörülmüş olması durumunda, bu sınırlamalara aykırı olarak temsilci vasıtasıyla geçerli bir şekilde oy kullanılamamaktadır.

Oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılmasına, esasen temsilcinin kişiliğine ilişkin birtakım şartların aranması suretiyle sınırlamalar getirilmektedir. Örneğin, temsilcinin belli bir oranın üzerinde payı veya oy hakkını temsilen oy hakkını kullanamayacağına ilişkin bir sınırlama getirilebilir⁸¹³. Böyle bir sınırlama, üçüncü kişi konumunda olan temsilcilerin şirket iradesinin oluşumunda etkili olmasını önlemek amacıyla getirilebileceği gibi, oy hakkına üst sınır getiren düzenlemeyi

⁸¹² Bkz. yukarıda § 13, I başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸¹³ bkz. **KOPPENSTEİNER/RÜFFLER**, s. 15; **WYMEERSCH**, s. 43; **BAUMS**, s. 126. Fransız hukukunda ise, temsilcinin temsil edeceği ortak sayısına sınırlama getirilemez ama, temsilcinin temsilen kullanabileceği azami oy sayısına sınırlama getirilebilir, bkz. **GUYON**, s. 105.

tamamlamak⁸¹⁴ için de öngörülmüş olabilir. Birincisinde, riziko taşıyamamakla birlikte fazla oy gücünün elde edilmemesine yönelik bir önlem söz konusu olduğu halde, ikincisinde, taşınan rizikonun altında bir oy gücünün sağlanmasına ilişkin bir müdahale söz konusudur. Bu tür sınırlamalara uyulmadan temsilci aracılığıyla kullanılan oylar, genel kurulda belirli bir yönde kararın alınmasına etkili olmuşsa, sözü edilen genel kurul kararı, sınırlamayı öngören ana mukavele hükümlerine aykırılık nedeniyle iptal edilebilir.

Bundan başka, şirket ana mukavelesi ile pay sahipleri dışında diğer kimselerin temsilci olarak tayin edilemeyeceği de öngörülebilmektedir. Kanaatimizce, halka açık anonim şirketlerde temsilci aracılığıyla oy kullanımının, böyle bir şarta bağlanamaması gerekir. Bu husus, bağlı nama yazılı pay senetlerine yer vermeyen Azerbaycan hukuku bakımından kesindir. Fakat halka açık anonim şirketler bakımından bağlı nama yazılı hisse senetleri ihracına⁸¹⁵ imkân tanıyan sistemlerde dahi, temsilci aracılığıyla oy kullanımının böyle bir şarta bağlı tutulamaması lazım. Zira, halka açık anonim şirketlerde hisse senetleri genelde çok çeşitli kimseler arasında dağılmış durumda olur ve bu kimselerin çoğu, birbirilerini hiç tanımadığı gibi, varlıklarından dahi haberdar değildirler. Böyle bir durumda, ortağın haiz olduğu oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanımı, temsilci ancak bir pay sahibi olursa

⁸¹⁴ Nitekim, Az.MK. m. 103.6 uyarınca, şirket ana mukavelesi ile ortakların sahip olabileceği azami pay sayısına veya oy miktarına sınırlama (böyle bir sınırlamanın amaca uygun olmadığı yönünde bkz yukarıda § 13, I, A, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar) getirilebilir. İşte bu tür bir sınırlamayı getiren düşünceye paralel olarak bir temsilcinin genel kurul toplantısında belirli bir oranın üzerinde sermayeyi veya özellikle oy gücünü temsil edemeyeceği öngörülebilir.

⁸¹⁵ Bu tür anonim şirketler bakımından bağlamın amaca uygun olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. II.bölüm, § 6, II, A, 2, c başlığı altında yapılan açıklamalar.

mümkün olabileceği gibi bir ön şarta bağlı tutmak, oyun temsilci aracılığıyla kullanılmasının özüne dokunacak kadar aşırı zorlaştırılması demektir ki, bu da sonuçta oyun kullanılamamasına neden olabilecektir. Dolayısıyla da, böyle bir duruma neden olan şartın, “pay sahibinin temsilci aracılığıyla oy kullanma hakkı, bu hakkın özüne dokunacak kadar zorlaştırılmaz” kuralına açıkça aykırı olduğu, anonim şirketler hukuku alanında oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanımının mutlak olarak kabul edilmesinin temelinde yatan oy hakkı kullanımında kolaylık sağlanması düşüncesi ile bağdaşmadığı ortadadır⁸¹⁶.

Yalnız, haklı sebeplerin varlığı halinde anonim şirket, pay sahibinin tayin ettiği temsilciye itiraz edebilir ve bu zaman pay sahibi temsilci vasıtasıyla oy kullanmak istiyorsa, başka bir temsilciyi tayin etmesi gerekir. Gerçekten, örneğin pay sahibince temsilci olarak tayin edilen kimse, anonim şirkete rakip olan bir işletmeye bağlı ise veya kişiliği ya da tutumu ile anonim ortaklığa ters düşen bir kimse ise, anonim şirketin böyle bir temsilciye karşı kendisini koruma hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Ne var ki, böyle bir haklı itiraz nedenlerinin olduğu durumlarda dahi, anonim şirket, itiraz hakkını pay sahibinin temsilci aracılığıyla oy hakkını kullanmasına engel olacak derecede kötüye kullanamaz. Bu bağlamda, anonim şirket tarafından temsilcilerin ret sebeplerini gösteren ve hak verilecek unsurları ihtiva eden bir hükmün ana mukaveleye konulması, daha amaca uygun ve sağlıklı bir yöntemdir⁸¹⁷..

⁸¹⁶ Buna göre de, her ne kadar TTK.m. 360/II'de yer alan düzenlemenin zıt anlamından ana mukavele ile temsilcilerin sadece pay sahipleri arasından seçilebileceği açıkça anlaşılıyorsa da, böyle bir ana sözleşme hükmü, çok ortaklı halka açık anonim şirketlerde oy hakkının kullanımını fazla zorlaştırmasına neden olduğu durumda geçersiz sayılacağından tereddüt edilmemelidir.

⁸¹⁷ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 977.

Ayrıca, pay sahiplerinin (menfaat çatışması nedeniyle) oydan yoksun buldukları gündem maddeleri hakkında yapılan oylamada, başkalarını temsilen de oy kullanamamaları gerekir. Böyle bir yasal sonucun kabul edilmemesi halinde bile, sözü edilen durumda pay sahiplerinin başkalarını temsilen oy kullanmayacağı hususuna ilişkin ana mukavelece bir hüküm öngörülebileceği şüphesizdir.

Öte yandan yönetim kurulu üyelerinin veya bunların belirlediği bir kişinin pay sahiplerini temsilen oy kullanmayacağı da anonim şirketler hukuku alanında görülen diğer bir yaygın sınırlama çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde böyle bir sınırlama yasal olarak emredici bir şekilde öngörülmektedir⁸¹⁸. Fakat sözü edilen sınırlamanın yasal olarak emredici bir şekilde düzenlenmediği hukuk sistemlerinde de, yönetim kurulu üyelerinin veya bunların belirlediği bir kişinin pay sahiplerini temsilen oy hakkını kullanamayacağı, şirket ana mukavelesi ile de öngörülebilir. Bu tür bir sınırlamanın öngörülmesinin temelinde bazı önemli nedenler bulunmaktadır. Gerçekten bir kere, yönetim kurulu üyelerinin temsilci sıfatıyla oy kullanmalarına cevaz verilmesi durumunda (özellikle de yukarıda kurumsal temsil çeşidi olarak yönetim organınca temsilde belirtilen yöntem kullanıldığında), şirket yönetimini elinde bulunduran pay sahibi/sahiplerinin haiz oldukları genel kuruldaki oy gücü oranı, suni yolla artırılmış olacaktır. Böylece, şirket yöneticileri bizzat karşılığını ödemedikleri halde, bu paylarla ilgili oyları (görünürde başkalarını temsilen olsa bile) kullanma hakkını ele geçirmiş olacaklar ki, bu da bir tarafından, anonim şirketlerde hakim ilkelere olan “konulan

⁸¹⁸ Örneğin Alman (bkz. BAUMS, s. 126), Yunan (bkz. GEORGAKOPOULOS, s. 137) ve İtalyan (MARCHETTI/CARCANO/GHEZZI, s. 174) hukuklarında böyle bir sınırlama kesin olarak kabul edilmektedir.

serrmayeye göre hak sahibi olma ilkesi"ne aykırı bir mahiyet arz etmekte, diğer taraftan da büyük (veya yöneten) pay sahiplerinin konumlarının daha da güçlendirmekle birlikte, küçük (ya da yöneltlen) pay sahiplerinin konumunun daha zayıflamasına neden olabilmektedir.

Türk hukukunda halka açık anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket organlarıncı temsilini yasak olduğunu öngören düzenleme, doktrinde Çeker tarafından eleştirilmiştir⁸¹⁹. Çeker, yukarıda yönetim organıncı temsilin neden olduğu ve olabileceği sakıncaların bertaraf edilebileceğini ve bu nedenle de yönetim organıncı temsilin önlenilmesinin doğru ve yerinde olmadığını ileri sürmektedir. Yazar, yönetim organıncı temsilin önlenilmesinin, halka açık anonim şirketlerde güç boşluğuna ve genel kurul toplantılarında yetersayının sağlanamamasına neden olacağını ve söz konusu sorunların giderilmesi bakımından yönetim organıncı temsilin önemli bir işlevi bulunduğunu belirttikten sonra, sözü edilen sistemin sakıncalarının bertaraf edilmesi için iki grup tedbir önermektedir: Bunlardan biri, İsviçre hukukunda olduğu gibi, yönetim kuruluna bağımlı temsilcinin yanısıra, gene şirket (yani yönetim organıncı) tarafından görevlendirilen ve hatta ücreti şirketçe karşılanan bağımsız bir temsilcinin hazır bulundurulması ve bu kişinin ad ve soyadının pay sahiplerine duyurulması yöntemidir. Böylece, pay sahipleri haiz oldukları oy haklarını temsilci aracılığıyla kullanırken, gündem maddeleri hakkında yönetim organıncı teklif edilen yönde oy vermek istediklerinde bağımlı temsilci, aksi yönde oy vermek istediklerinde ise, bağımsız temsilciyi temsilci olarak tayin etmek suretiyle kendi iradelerinin genel kurula yansımısını sağlayabilirler. İkinci olarak diğer bir önlem de, pay sahiplerinin genel kurulda temsili için görevlendirilen organ

⁸¹⁹ ÇEKER, Oy Hakkı ve Kullanılması, s. 281-282; ÇEKER, Vekalet Toplama, s. 183.

üyenin, oy kullanırken şirket yönetiminin talimatı ile değil de, temsil yetkisini veren pay sahibinin talimatına göre hareket etmesini sağlamak gerekir.

Kanaatimizce, yazarın yukarıda ifade edilen görüşü, yerinde ve haklı değildir. Çünkü, evvela sistemin getirdiği sakıncaları bertaraf etmek için bağımlı ve bağımsız temsilci yöntemi, temsilci aracılığıyla oy kullanmak isteyen pay sahibinin iradesinin genel kurula yansımaları sağlamak bakımından kesinlikle sağlam bir yöntem değildir. Zira, şirket tarafından önerilen ve şirketçe ücreti ödenen bir kimsenin bağımsız bir temsilci olacağını, daha doğrusu, hiç tanımadığı pay sahibinin menfaatini, onu temsilci olarak öneren ve gelecekte de gene önerecek olan ve bu iş karşılığında ona ücret ödeyen ve böylece hem hukuki, hem de psikolojik açıdan yakın bir ilişki içerisinde bulunduğu şirket yönetiminin menfaatine üstün tutacağını düşünmek pek gerçekçi değildir. Kaldı ki, sözü edilen “bağımsız” temsilcinin hangi yönde oy kullandığını tespit etmek de, pay sahibi bakımından pek kolay olmayacaktır. Zaten pay sahibi, böyle bir ciddi araştırma gerektiren işi takip edecek olsaydı, formda önerilen kimseyi temsilci olarak tayin etmeyeceği gibi, güç boşluğuna neden olabilecek kadar da şirket işlerine lakayt kalmazdı. Dolayısıyla da, organ temsilci bakımından menfaat çatışması nedeniyle söz konusu olabilen sakınca, “bağımsız” olarak vekalet formunda ifade edilen kimse bakımından da söz konusudur.

Bundan başka, *Çeker*, pay sahiplerinin genel kurulda temsili için görevlendirilen organ üyenin, oy kullanırken şirket yönetiminin talimatı ile değil de, temsil yetkisini veren pay sahibinin talimatına göre hareket etmesini sağlamak gerektiğini ifade etse de, bunun nasıl sağlanabileceğini açıklamamıştır.

Böylece, sözü edilen sistemin hali hazırda yürürlükte bulunan Türk hukuku bakımından halka açık anonim şirketlerde uygulanması, aslında açıkça şirket idaresini ve iradesini bütünüyle yönetimi elinde bulunduran pay

sahiplerinin eline teslim edilmesi sonucuna neden olacaktır. Nitekim yazarın bizzat kendisi de, yönetim organınca temsilin genel kurul toplantısında yetersayının sağlanılmasına ve güç boşluğunun giderilmesine hizmet eder demekle, aslında dolaylı da olsa, şirket idaresini ve iradesini bütünüyle yönetimi elinde bulunduran pay sahiplerinin eline teslim edilmiş olacağını itiraf etmektedir. Böyle bir durumda yönetilen pay sahiplerinin iradesinin (ki, payların çok dağılması nedeniyle bunların temsil ettiği toplam sermaye miktarı, şirket yönetimini elinde bulunduran pay sahiplerinin temsil ettiği sermaye miktarından fazla da olabilir) şirket genel kurulunda yansması imkânsız denilecek kadar zordur. Bunun da, genel kurula pay sahiplerinin yüksek katılımından güdülen amaca ve dolayısıyla da “güç boşluğu” kavramına anlam kazandıran şirket iradesinin demokratik bir ortam içerisinde çoğunluk iradesince şekillenmesi gereğine uymadığı açıktır.

Azerbaycan hukuku bakımından da yönetim kurulu üyelerinin veya bunların belirlediği bir kişinin pay sahiplerini temsilen oy kullanmayacağını kabul etmek gerekir. Zira böyle bir sonuç, hem yukarıda ifade edilen sakıncalardan, hem de mevcut yasal sistemden ileri gelmektedir. Gerçekten, oy hakkının şirket organları tarafından genel kurulda pay sahiplerini temsilen kullanılması, hem Az.MK. m. 107-10’da yer alan “anonim şirket paylarının yüzde yirmisine malik olan pay sahipleri yönetim kurulunda üye olamaz”⁸²⁰ hükmünün, hem de anonim şirketçe iktisap edilmiş payların genel kurulda temsilin yasaklayan Az.MK. m. 105-1.5 hükmünün amacına ve ruhuna da aykırı olur.

⁸²⁰ Her ne kadar bu hüküm, anonim şirketin yapısına, işleyişine ve onun işleyişine hakim olan esas ilke ve kurallara aykırı ve aslında uygulanma olanağından esasen fiilen yoksun bulunsa da, burada ele aldığımız konu bakımından kanun koyucunun yaklaşımını belirlemede bir esas olarak gösterilebilir.

Burada son olarak, aracı kurumlarca pay sahiplerini temsilen oy hakkının kullanılması ile ilgili bazı hususlara temas etmek gerekir. Şöyle ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, anonim ortaklıklar hukuku alanındaki modern uygulama, banka veya diğer aracı kurumlarda hisse senetlerini emanet olarak bulunduran pay sahiplerinin, emanet olarak bıraktıkları bu hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarını tek elden banka gibi aracı kurumlar vasıtasıyla kullanma yönünde gelişmektedir. Böyle bir uygulama, bir taraftan payları çok sayıda kişiler arasında dağılmış bulunan halka açık anonim ortaklıklarda küçük pay sahiplerinin iradesinin yansımaya ve genel kurula katılım oranının artmasına neden olsa da, diğer taraftan da, şirket sermayesine hiçbir katkısı olmayan ve böylece risk taşımayan, şirkete karşı tamamen üçüncü bir kişi konumunda bulunan bankaların şirket iradesi ve yönetimi üzerinde etkinlik kazanmasına neden olmaktadır. Zira, pay sahiplerinin emanet olarak bankalarda bulundurdıkları hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarını söz konusu aracı kurumlar vasıtasıyla gittikçe çok daha yaygın bir şekilde kullanmaları, bankaların eline çok önemli bir oy gücünün geçmesine neden olmaktadır. Böyle bir sonuç, anonim şirketin sermaye yapısına ve işleyiş ilkelerine aykırı olmakla birlikte, anonim şirketin sahipsizleştirilmesi gibi çok önemli bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir⁸²¹. Ne var ki, sözü edilen sakınca nedeniyle aracı kurumlarca temsil sisteminin yasaklanması pratik ihtiyaçlara ve özellikle de menfaatler dengesine uygun gelmediğinden, sistemin neden olabileceği sakıncaların önlenilmesine yönelik çözüm bulmak gerekmektedir. Bu tür bir temsil, Azerbaycan hukukunda açıkça yasal olarak düzenlenmiş bulunduğundan, soruna ilişkin getirilen çözümlere yer verilmesi gereği ayrı bir önemi haiz bulunmaktadır.

⁸²¹ Bu nedenle de Fransız hukukunda bankaların pay sahiplerini temsilen oy kullanmaları bütünüyle yasaklanmıştır, bkz. GUYON, s. 106.

Aracı kurumlarca temsil sisteminin neden olabileceği sakıncaların bertaraf edilmesi adına getirilen çözümleri özet olarak şöyle sıralamak mümkün:

1- Pay sahibince aracı kuruma (aracı kurumların temsilen kullanacakları pay senetlerinin hamiline veya nama yazılı olmasından asılı olmayarak) yazılı şekilde temsil belgesinin verilmesi zorunludur⁸²². Bununla, bir taraftan aracı kurumların pay sahibinin bilgisi dışında bir ölçüde oy kullanamamasına yönelik önlem alınmakta, diğer taraftan da aracı kurumların talimata aykırı oy kullanması halinde sorumluluğuna gidilmesinde kolaylık sağlanması hedeflenmektedir.

2- Gizli temsil durumunda, genel kurul toplantısına yapılan çağrının aracı kurumlar tarafından ilgili pay sahiplerine tebliğinin zorunlu kılınması⁸²³.

3- Temsil ister gizli, isterse de açık olsun, her halükarda aracı kurum, pay sahiplerinden genel kurul gündem maddeleri hakkında talimat talep etmiş olması lazım. Bu durumda pay sahipleri her bir gündem maddesi hakkında ayrı ayrılıkta talimat verebileceği gibi, sadece bazı gündem maddeleri hakkında da talimat verebilir veya hiçbir gündem maddesi hakkında açık bir talimat vermeyerek işi

⁸²² Avusurya hukuku bakımından bkz. **KOPPENSTEİNER/RÜFFLER**, s. 13; Danimarka hukuku bakımından bkz. **GOMARD**, s. 72; Fransız hukuku bakımından bkz. **GUYON**, s. 106; Alman hukuku bakımından bkz. **BAUMS**, s. 126 vd.

⁸²³ bkz. **ÇEKER**, s. 294 ve orada dpn. 149, 152-153. Keza, ABD hukukunda da durum bu merkezde olduğu gibi (bkz. **KLAUSNER/ELFENBEİN**, s. 357), Azerbaycan hukukunda da bu husus açık kanun hükmüne (Az.MK. m. 107-1.4) bağlanmış durumdadır.

aracı kurumun taktir yetkisine de bırakabilir. Yalnız sermayenin belirli bir oranını (örneğin Alman hukukunda esas sermayenin % 5'ni) aşan bir orandaki temsil işlemlerinde, banka gibi kredi kurumunun temsilci olarak oy kullanabilmesi için, pay sahibi tarafından her bir gündem maddesi hakkında açık bir talimatın verilmiş olması şarttır⁸²⁴.

4- Talimat verilmeyen gündem maddeleri hakkında aracı kurumların nasıl oy kullanacağına ilişkin çeşitli çözümler öngörülmektedir. Şöyle ki, bu konuda getirilen çözümlerden bir tanesi, temsilen oy kullanılacak olan bankaların pay sahibinden talimat talep ederken, talimat verilmediği takdirde hangi yönde oy kullanacağını bildirmesinin gerekli olduğu şeklindedir⁸²⁵. Böylece, pay sahibi talimat vermediği gündem maddeleri hakkında malik olduğu paylardan ileri

durumda banka daha önceden pay sahibine açıklamış olduğu yönde oy kullanmak zorundadır.

İsviçre hukukunda öngörülen bir diğer çözüm usulü gereğince, banka genel kurul toplantısı öncesinde pay sahibinden talimat talep ettiği halde, pay sahibi genel kurul gündem maddeleri hakkında herhangi bir (özel veya genel olarak) açık talimat vermediği takdirde, temsilen kullanacağı oyları yönetim kurulunun önerisi doğrultusunda kullanması gerekir (İsv.BK. m. 689d/II).

Nihayet, bir diğer çözüm yolu ise, talimat verilemeyen konularda aracı kurumlar pay sahiplerini temsilen oy kullanırken, temsilin gereğini yerine getirerek pay sahibinin çıkarları doğrultusunda oy kullanılmalıdır⁸²⁶.

Kanaatimizce, İsviçre hukukunda benimsenilen çözüm usulü diğerlerine oranla daha amaca uygun bir yöntemdir. Şöyle ki, pay sahipleri yönetim kurulunca yapılan önerileri kabul etmek istemiyorsa, bunun aleyhinde oy kullanmak için aracı kuruma talimat verebilir. Yok eğer yapılan önerilere karşı değilse veya genel kurul toplantısına veya somut olarak orada görüşülecek olan meselelere ilgisiz ise, o zaman bu hususta yaranan boşluğu, sermayeye katılmayan ve dolayısıyla da hiçbir risk taşımayan üçüncü kişi konumundaki bankaların doldurması yerine, yönetim kurulunun doldurması daha amaca uygundur. Gerçekten, yönetim kurulunun, haddizatında sermayeye daha çok oranda katılan ve dolayısıyla da daha fazla risk taşıyan ve buna göre de şirket işlerinin uğurlu olmasında esasen daha çok çıkarı olan büyük pay sahiplerinin kontrolünde

⁸²⁶ Bu tür bir çözüm, örneğin ABD (bkz. KLAUSNER/ELFENBEIN, s. 357-358), İngiliz (CHARLESWORTH/MORSE, s. 188-189), Türk (ÇEKER, s. 275) ve Azerbaycan (Az.MK. m. 343) hukuklarında açıkça kabul edilmektedir.

olduğunu nazari itibara aldığımızda, bu hususun amaca uygun olduğu, çok daha açık bir şekilde belli olmaktadır.

D. YETKİSİZ TEMSİL ve SONUÇLARI

Bilindiği üzere, bir kimseye temsil salahiyetinin hiç verilmemiş olması veya daha önce verilmiş olan temsil yetkisinin sona ermiş olmasına rağmen, başkası adına hukuki işlem yapması ya da yapılan işlemin mevcut temsil yetkisinin kapsamı dışında kalması durumunda “yetkisiz temsil”den bahsedilir” (Az.MK. m. 360).

Şimdi konumuz bakımından meseleyi ele alacak olursak, her şeyden önce hemen şunu ifade edelim ki, ilk iki durumda bir kimsenin başkası adına genel kurulda oy kullanması kesinlikle geçerli değildir, zira bu durumda oy kullanan kimsenin zaten temsilci sıfatı dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla da, yetkisiz kimselerin genel kurula katılması sonucu belirli bir yönde alınan genel kurul kararı iptali edilebilir⁸²⁷. Bu husus gayet açık olduğundan bahsedilen mesele hakkında herhangi bir tereddüt de söz konusu değildir.

Şimdi burada asıl üzerinde durulması gereken mesele, temsilcinin haiz olduğu yetki kapsamının dışına çıkarak, diğer bir ifade ile pay sahibinin talimatına aykırı olarak oy kullanması halinde, bunun ne gibi hukuki sonuçlara neden olabileceği hususudur. Konuya ilişkin açıklama yapılırken, çeşitli ayrımlara gitmemiz gerekmektedir:

1. Temsil Belgesinde Gündem Maddeleri Hakkında Pay Sahibinin İradesi İfade Olunmuşsa

Daha önce yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, açık temsil yolu ile temsilcinin oy kullanabilmesi, onun açık

⁸²⁷ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 736; **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 176-177; **İ. ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, 4. baskı, s. 247.

kimliğinin ve temsil kapsamının teşhis edilmesi şartına bağlıdır. Bu açıdan yapılması gereken usulü işlemlerin farklılığı nedeniyle nama yazılı hisse senetleri ile hamiline yazılı hisse senetlerinden ileri gelen oy haklarının temsilci vasıtasıyla kullanılması usulünü ayrı ayrılıkta ele almak gerekmektedir.

Nama yazılı hisse senetleri bakımından adı pay defterinde yazılı bulunan pay sahiplerince verilen temsil belgelerinin genel kurul toplantı başkanlığına takdim edilmiş olması gerekmektedir⁸²⁸. Bunun kim tarafından takdim edilmesi önemli olmasa da, normalde temsilci tarafından takdim edilir. Böylece, adı temsil belgesinde gösterilen temsilcinin açık kimliği şirketçe teşhis edildikten sonra, temsilci genel kurulda oy kullanabilecek.

Hamiline yazılı hisse senetlerinden ileri gelen oy hakları açık temsil yolu ile kullanılmak istenirse, bir kere, tevdi süresi içerisinde hisse senetlerinin veya bunlara mutasarrıf olduğunu tasdik eden belgenin pay sahibi veya temsilcisi tarafından şirkete tevdi edilmiş olması lazım. Bundan sonra veya bununla birlikte temsil belgesinin de şirkete teslim edilmesi gerekir. Temsil belgesinin tevdi edilmesi sonucunda, şirket tarafından, üzerine temsilcinin bu sıfatını ve kaç payı temsil ettiğini gösteren ve temsilcinin adı yazılı bulunan bir giriş kartı düzenlenerek ilgiliye verilir. Temsilci de genel kurul toplantısında bu giriş kartını takdim etmek suretiyle oy hakkının kullanımını gerçekleştirebilir.

⁸²⁸ Açık temsil yolu ile oy kullanımında temsil belgelerinin genel kurul toplantısı sırasında da takdimi hukuken mümkün olsa da, bu şekilde toplantıya katılma, özellikle de çok ortaklı halka açık anonim şirketlerde, genel kurul toplantısının düzenini olumsuz etkiler. Bu nedenle de, en az genel kurul toplantısında gündem maddelerinin görüşülmesine geçilmeden önce yetki belgelerinin ibraz edilebileceğine ilişkin bir kural, şirketçe öngörülebilir.

Şimdi, pay sahibinin genel kurul gündem maddeleri hakkında iradesine aykırı olarak temsilci tarafından genel kurulda oy kullanmasına gelince, bu kullanılan oyların geçerliliği bakımından ve temsilcinin pay sahibine karşı sorumluluğu bakımından iki türlü hukuki sonucun meydana gelmesine neden olabilir.

a. Kullanılan Oyların Geçerliliği Bakımından

Şirkete takdim edilen söz konusu temsil belgelerinde, pay sahibinin genel kurul gündem maddeleri hakkında iradesi açıkça ifade olunmuşsa, toplantı başkanlığı, yazılı temsil belgesinde yer alan bu talimatları dikkate almalıdır⁸²⁹. Şayet temsilci, temsil belgesinde yer alan pay sahibinin açık iradesine aykırı bir yönde oy kullanmışsa, bu toplantı başkanlığının bilgisi dahilinde yapılmış olacaktır. Zira temsil belgesi genel kurul toplantı başkanlığına sunulmakta ve onun tarafından incelenmektedir.

Hal böyle olunca, temsil belgesinde pay sahibinin oy hakkının hangi yönde kullanılacağına ilişkin açık yazılı talimatına aykırı bir şekilde temsilci tarafından oy kullanılmışsa, bu şekilde kullanılan oylar hukuka aykırı olduklarından iptal edilebilir ve iptal edilen bu oylar, genel kurul kararının alınmasında etkili olmuşlarsa, o zaman bu tür genel kurul kararlarının da iptali söz konusu olabilecektir.

Yalnız söz konusu durumda kullanılan oylar ahlaka aykırılık nedeniyle değil, esasen yetkisiz temsil hükümleri gereğince iptal edilebilir⁸³⁰. Zira, temsilcinin açık talimatın dışına çıkarak oy kullanması, illa da temsil olunana (yani pay sahibine) zarar vermek kastıyla yapılmayabileceği gibi, bu şekilde bir oy kullanımı, pay sahibi açısından zararlı sonuçların

⁸²⁹ Aynı yönde bkz. TEKİNALP/POROY /ÇAMOĞLU, N. 978; ÇEKER, s. 274.

⁸³⁰ Karş. ÇEKER, s. 274.

ortaya çıkmasına sebep olmaya da bilir. Bu tür durumlarda talimat dışında oy kullanımı ahlaka aykırılık nedeniyle iptal edilemez ama, yetkisiz temsil hükümleri kapsamında iptal edilebilir. Gerçi, bu durumda ABD hukukunda söz konusu olan proxy sisteminin, oy hakkının açık temsil usulü çerçevesinde kullanılmasıyla aynı anlama gelmeyeceği, buna göre de “proxy”nin yasal olarak düzenlenilmediği ülke hukukları bakımından sözü edilen meselede açık temsile ilişkin sonucun, “proxy” bakımından farklı olması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat kanaatimizce, aksi yönde olan bir çözümün kabulü, adalete aykırı olduğu gibi (ki, hukukun nihai amacı adaleti sağlamadır), temsil kurumunun varlık nedeni ve işleyiş ilkelerine de aykırıdır. Gerçekten, bir kere, “proxy” de sonuçta bir temsil ilişkisidir ve bu temsil belgesinde oy hakkının hangi yönde kullanılacağına pay sahibince belirtilmesi durumunda, bu husus şirketçe bilineceğine göre, temsilcinin aksi yöndeki oy kullanımının geçerli sayılmasını gerektiren hiçbir haklı neden bulunmayacağı gibi, bunun geçerli sayılması, temsile ilişkin genel ve özel nitelikteki her türlü hükümlerin düzenleme mantığına da aykırı olur.

İkinci olarak da, söz konusu durumda, sermayeye katılan ve dolayısıyla da risk taşıyan, şirket işlerinin başarılı ve verimli gitmesinde doğrudan çıkarı bulunan şirket ortağının değil de, icabında üçüncü bir kişi konumunda olan temsilcinin iradesinin esas alınması, anonim şirketin yapısına ve işleyiş ilkelerine aykırı olur. Bütün bunlara bir de, anonim şirketler hukukunda temsilci aracılığıyla oy kullanımına imkân tanınması nedenin, pay sahibinin iradesinin şirket genel kurul toplantısına yansımaları sağlamak olduğu eklenince, bu başlık altında ele alınan durumda, temsil belgesinde yer alan oy hakkının kullanma yönü ile ilgili pay sahibinin yazılı talimatının esas alınması gerektiği, daha açık bir şekilde kendisini belli etmektedir.

Kaldı ki, son bir tahlille, durumu sırf Azerbaycan hukuku bakımından ele alacak olursak, pay sahibinin mektupla oy kullanmasına dahi imkân veren bir sistemin, temsil belgesinde yer alan, örneğin pay sahibinin bazı gündem maddeleri hakkında oy hakkının hangi yönde kullanılacağına ilişkin açık yazılı talimatının değil de, temsilcinin açıkça yetkisini aşarak, yani hukuka aykırı olarak oy kullanmasının hukuken tercih edildiğini ileri sürülmesi, hiçbir şekilde kabul edilemez.

Ayrıca, bu tür durumlarda şirketçe, temsilcinin yetkisini aştığı bilineceğine göre, pay sahibi bu hususu rahatlıkla ileri sürerek, kendi adına kullanılan oyların iptalini isteyebilir (Az.MK. m. 350).

b. Temsilcinin Sorumluluğu Bakımından

Temsilcinin pay sahibinin talimatına aykırı olarak oy kullanması, onun pay sahibine karşı hukuki sorumluluğuna yol açar. Bu sorumluluğun hukuki esası, temsilci ile pay sahibi arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetine ve yapısına göre farklılık arz eder. Şöyle ki, eğer talimata aykırı oy kullanma temsilci ile pay sahibi arasındaki geçerli olan bir mukaveleye (örneğin, vekalet veya hizmet mukavelesine) aykırılık teşkil ediyorsa, temsilcinin hukuki sorumluluğu, bu mukavelenin tabii bulunduğu hükümler kapsamında söz konusu olacak. Yok, eğer temsilci ile pay sahibi arasında hukuki ilişki, sadece ve salt olarak, bir temsil ilişkisi ise, o zaman temsilcinin talimata aykırı olarak oy kullanma yüzünden pay sahibine vermiş olduğu zararlardan vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında sorumluluk taşıyacak⁸³¹.

⁸³¹ Yetkisiz temsilde, temsilcinin sorumluluğu ile ilgili olarak bkz OĞUZMAN/ÖZ, s. 181.

2. Temsil Belgesinde Gündem Maddeleri Hakkında Pay Sahibinin İradesi İfade Olunmamışsa

Bu durumda, pay sahibi, temsilcinin talimata aykırı olarak oy kullanmasına dayanarak, genel kurulda haiz olduğu paylardan ileri gelen oyların iptalini isteyemez. Zira, pay sahibi, temsilci ile kendi arasındaki iç ilişkiye dayanarak bu ilişki açısından üçüncü kişi konumunda bulunan anonim şirkete karşı hiçbir hak iddiasında bulunamaz. Bu husus, ister gündem maddeleri ile ilgili oy hakkının hangi yönde kullanılacağını ihtiva etmeyen temsil belgesine dayanarak açık temsil yolu ile oy kullanılması halleri bakımından, isterse de gizli temsil yolu ile oy kullanılması halleri bakımından kabul edilmektedir.

Yalnız yukarıda, temsilci tarafından yetkiye aykırı olarak oy kullanılması halinde, söz konusu temsilcinin pay sahibine karşı hukuki mesuliyeti ile ilgili yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Yani temsilci tarafından talimata aykırı olarak oy kullanılması sonucunda pay sahibi bakımından meydana gelen zararlardan sorumluluk açısından bu iki durum arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple de, sözü edilen konu ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalara burada atıf yapmakla yetiniyoruz.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında incelemede bulunmaya çalışılırken, herhangi bir konu bakımından özel bir sonuca vardığımızda, esasen bunu ilgili yerlerde belirtmeğe çalıştık. Azerbaycan hukuku bakımından konunun tamamen yeni olması ve ilgili düzenlemelerin oldukça yetersiz olması, bu çalışma kapsamında epeyce bir görüş ve önerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur ki, bu da varılan her bir sonucun burada bu başlık altında ayrıca belirtilmesine pek imkân bırakmamaktadır. Bununla birlikte burada bu başlık altında imkânın elverdiği ölçüde çalışmada varılan başlıca sonuçları aşağıdaki gibi maddeleştirebiliriz:

1- Azerbaycan hukukunda oy hakkının kapsamına ilişkin düzenlemeler açık ve uyumlu değildir. Bu bağlamda özellikle payın itibari değeri ile sağladığı oy hakkı arasındaki ilişki açısından söz konusu olan mevcut düzenlemeler, tamamen yanlış intibah uyandıracak bir durumdadır. Olası yasa değişikliğinde, sermayeye katılma oranının oy hakkı üzerindeki etkisi ve buna bağlı hukuki sonuçlar I. bölüm başlığı altında yapılan açıklamaların ışığında açık ve birbiriyle uyumlu olacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

2- Senede bağlanmamış paylarda oy hakkı sahipliği ve bu tür paylardan kaynaklanan oy hakkının kullanımına ilişkin düzenlemeler, kesinlikle yeterli değildir ve muhtemel yasa değişikliğinde (özellikle bu tür payların mamelek değiştirmesi durumunda) II. bölümde yapılan öneriler doğrultusunda oy hakkının kullanımı ile ilgili açık ve amaca uygun düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken de payın senede bağlı olup olmadığı ve

payın nama veya hamiline yazılı olması hususu mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

3- Bir anonim şirketin “halka açık” olup olmadığının belirlenmesi açısından ortak sayısının tekbaşına bir ölçüt olarak kabul edilemez olduğu, anonim şirketin halka açık olup olmadığının belirlenmesi açısından, anonim şirket paylarının şirket ortaklarınca serbestçe devredilebilip edilemediğinin kıstas olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

4- Halka açık anonim şirketlerde bağlamın öngörülmesinin, bu tür şirketlerin yapısına ve teorik temele uymadığı gibi, birer kıymetli evrak olan hisse senetlerinin ihraç nedenine, işlevine ve bünyesine de aykırılık teşkil ettiği tespit edilerek, böyle bir sınırlamanın özellikle hisse senetlerinden ileri gelen oy hakları üzerinde hiçbir etkisinin olmaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu açıdan da (senede bağlanmış pay anlamında) hisse senetlerinin ancak bağlamın öngörülemediği halka açık anonim şirketlerce ihraç edilmesi gerektiği, kapalı tipli anonim şirketlerde ise, bağlamın öngörülebileceği ve buna göre de bu tür anonim şirketlerce hisse senetlerinin ihraç edilememesi gerektiği görüşüne varılmıştır.

5- Azerbaycan hukukunda imtiyaza ilişkin hükümlerin oldukça yetersiz ve karışık olduğu, hatta konuya ilişkin mevcut düzenlemelerin anonim şirketler hukukunda “pay” ve “ortak” kavramı gibi temel kavramlarla bağdaşmadığı tespit edilerek, bu konuda yapılması kaçınılmaz olan yasa değişikliği bakımından mukayeseli hukukta söz konusu olan mevcut düzenleme ve uygulamalardan da yararlanmak suretiyle somut öneriler getirilmiştir.

6- Oy hakkının kullanılmasına yönelik sınırlamalar ele alınırken, Azerbaycan hukuku bakımından söz konusu olan mevcut açık kanun boşlukları tespit edildikten sonra, mukayeseli hukukta konuya ilişkin çeşitli düzenlemelerin karşılaştırılması suretiyle genel bir değerlendirilmedi bulunulmuş ve bu değerlendirmelerin ışığında sözü edilen kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin (oy hakkının kullanımına yönelik iradi ve zorunlu sınırlamalar ayrı ayrılıkta ele alınarak) öneriler sunulmuştur.