

Hukukî Mütalâa

Nürnberg, 21 Ağustos 2020

I.	Taraf İddialarının Özeti	2
II.	Olayımızda Her Ne Kadar Borçlandırıcı İşlem Olan SPA'ya İngiliz Hukuku Uygulansa da Tasarruf İşlemi Olan Pay Devrine Türk Hukukunun Uygulanacağı Tarafların Kabulündedir.....	7
III.	İİL'ye Devredilen Hisseler Bakımından “Kaçış Klozu” nun Uygulanması Hukuken Mümkün Değildir.	8
	1. Kendigelen/Paslı, İkinci Mütalâasında YürK m. 28/7 hükmü uyarınca KİH esas sözleşme m. 6'daki bağlamın geçersiz hale geldiğini kabul etmiştir	9
	2. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında olduğu gibi İkinci Mütalâasında da, bağlı nama yazılı pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi ile ilgili şartlar yanıltıcı şekilde sunulmaktadır. Oysa söz konusu şartların uyuşmazlık konusu hisse devri bakımından uygulanması mümkün değildir.	10
	3. Kaçış Klozu'na başvurulabilmesi için gerekli şartlar uyuşmazlık konusu hisse devri bakımından oluşmamıştır. Bu nedenle KİH'in “Kaçış Klozu”na başvurması hukuken mümkün değildir.	11
	4. Sayın Doç. Dr. Paslı, konu ile ilgili yakın tarihli bir Tebliği'nde kaçış klozunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede TTK ile uyumlu ve geçerli bir bağlam hükmü olması gerektiğini ifade etmektedir	20
	5. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yer alan Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları, huzurdaki uyuşmazlık bakımından emsal teşkil etmemektedir.	22
IV.	KİH hisselerinin mülkiyeti İİL'ye geçmiştir.....	24
	1. Pay defterine kayıt bildiri hukuken herhangi bir usule tabi olmadığı gibi başvuruda pay senetlerinin asıllarının ibraz edilmesini öngören yasal bir zorunluluk da bulunmamaktadır. ..	25
	2. Hamdi Akın İpek Tarafından İmzalanmış İzin Belgesi Pay Mülkiyetinin Geçişini Sağlar Niteliktedir.....	30
V.	SPA muvazaalı değildir.....	35
	1. Uyuşmazlık konusu olayda muvazaa şartları oluşmamıştır.	35
	2. Devreden ortakların KİH'e ihtarnameler göndermesi onların pay devirlerinden haberdar olmadıklarını göstermez. İhtarname gönderilmesi bir muvazaa gerekçesi de olamaz.	38
VI.	SPA TTK madde 380'e aykırı değildir.	40
VII.	686 sayılı KHK m. 4 hükmü hukukun temel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve AYM'nin içtihatlarına açıkça aykırıdır.	42
VIII.	Sonuç.....	48
IX.	Beyan.....	55

İpek Investment Limited (“İİL”) tarafından Türkiye Cumhuriyeti’ne (“**Davalı**”) karşı açılmış olan ARB/18/18 Numaralı ICSID Davası’nda (birlikte kısaca “**Taraflar**” olarak anılacaktır) görülmekte olan uyuşmazlık kapsamında Prof. Dr. Abuzer Kendigelen ve Doç. Dr. Ali Paslı’nın (“**Kendigelen/Paslı**”) hazırlamış olduğu mütalâaya (“**Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası**”) ilişkin daha önce tarafımızca hazırlanıp arz edilen hukuki mütalâanın (“**Bozbel İlk Mütalâası**”) ardından, Sayın Prof. Dr. Abuzer Kendigelen ve Doç. Dr. Ali Paslı tarafından kaleme alınan ek hukuki mütalâada (“**Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası**”) yer alan hususlar hakkında görüş ve değerlendirmelerimizi içeren işbu ikinci hukuki mütalâa (“**Bozbel İkinci Mütalâası**”) hazırlanmış bulunmaktadır.

Türkçe ana dilim olup bu raporun orijinali Türkçe hazırlanmıştır. Raporun beraberinde İngilizce çevirisi bulunmaktadır. Duruşmada da tanıklığımı Türkçe yapacağım için tercümana ihtiyacım olacaktır. Geçmişim, eğitimim, deneyimim ve niteliklerim Ek 1’deki özgeçmişimde bulunabilir.

İkinci Bozbel Raporunda atıf yapılan belgeler Ek 2’de listelenmiştir. Taraflar tarafından bu tahkimde halihazırda sunulmamış belgeler ise bu raporla birlikte sunulmuştur.

Aşağıda Bozbel İkinci Mütalâasına ilişkin ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce; işbu mütalâa da dahil olmak üzere bugüne değin yaptığım incelemelerde varılan sonuçlar hakkında kısa bir “Özet” sunmak faydalı olacaktır.

I. Taraf İddialarının Özeti

1. Davalı uyuşmazlık konusu olayda, Koza İpek Holding A.Ş. (“**KİH**”) nama yazılı hisse senetlerinin mülkiyetinin İİL’ye geçmediği iddiasındadır. Davalı bu iddiasına dayanak olarak özetle; **a)** KİH esas sözleşme m. 6 hükmünün KİH hisselerinin devredilebilirliğini kısıtlayan bağlam niteliğinde olduğu, devrin tamamlanması için KİH’in onayının gerektiği ve bu onayın verilmemesi nedeni ile mülkiyetin geçmediği¹, **b)** 7 Haziran 2015 tarihli Hisse Devir Sözleşmesi’nin (“**SPA**”) muvazaalı olduğu ve bu nedenle mülkiyetin geçmediği², **c)** SPA’nın bazı maddelerinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“**TTK**”) m. 380’e aykırı olması nedeni ile geçersiz olduğu ve **d)** Türkiye Cumhuriyeti tarafından 7 Şubat 2017 tarihinde çıkartılan 686 sayılı KHK m. 4 hükmü doğrultusunda İİL’ye yapılan devir muvazaalı kabul edilerek, devrin geçmişe etkili bir biçimde geçersiz sayılmasına karar verildiğini ifade etmiş idi.
2. Davalının iddialarının hukuken değerlendirilebilmesi için öncelikle KİH şirket türünün ve devredilen hisse senetlerinin niteliğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştim. Zira devir usulleri Türk Hukuku’nda, şirket ve hisse senetlerinin çeşitlerine göre değişmektedir.

¹ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 13-41.

² Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 42-67.

Yaptığım incelemede ise Davalının iddialarının doğru olmadığı ve mülkiyetin 31 Ağustos 2015 tarihinde İLL'ye yasal olarak geçtiği neticesine vardım;

- i. **Şirketin ve Hisse Senetlerinin Niteliği:** KİH bir anonim şirket ve İLL'ye devredilen hisse senetlerinin ise *"Nama Yazılı Anonim Şirket Hisse Senedi"* olduğunu tespit ettim.
- ii. **Bağlam:** İlk mütalaamda Davalının KİH esas sözleşme m. 6'nın KİH hisselerinin devredilebilirliğini kısıtladığına ilişkin iddiasının *"6103 Sayılı TTK Yürürlük Kanunu ("YürK") 28/7 maddesi hükmüne göre KİH ana sözleşme madde 6 hükmünün hukuken geçersiz olması"* nedeni ile doğru olmadığı sonucuna varmışım ve hala aynı kanaatteyim³.
- iii. **Mülkiyetin Geçiş:** TTK'de bağlamsız nama yazılı hisse senetlerinin mülkiyetinin, ciro ve zilyetliğin geçirilmesi sureti ile devralana geçeceği düzenlenmektedir. Bu doğrultuda ilk mütalaamda öncelikle hisseler üzerinde bağlamın olmadığı ve dolayısıyla da *"6103 sayılı Kanun m. 28/7 hükmü uyarınca nama yazılı pay senetleri bağlamsız hale geldiğinden ve nama yazılı pay senetleri TTK'da öngörüldüğü usulde senetlerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin geçirilmesi suretiyle devredildiğinden, mülkiyetin 31 Ağustos 2015 tarihinde İLL'ye geçtiği"* sonucuna vardım⁴.
- iv. **Muvazaa:** *"Pay Devir Sözleşmesi'nin muvazaalı olmadığını ve mülkiyetin 31 Ağustos 2015'te İLL'ye geçtiği"* sonucuna varmışım⁵.
- v. **TTK m. 380'e Aykırılık:** *"Pay Devir Sözleşmesi'nin 5.2 ve 6.2 numaralı maddeleri hükümlerinin TTK m. 380 düzenlemesine uygun olduğunu, kaldı ki bu hükümlerdeki bir hukuka aykırılığın dahi mülkiyetin İLL'ye geçmesine engel olmadığı"* sonucuna varmışım⁶.
- vi. **686 Sayılı KHK m. 4:** Mülkiyetin 31 Ağustos 2015'te geçmesinden uzun süre sonra 7 Şubat 2017 tarihinde tesis edilen ve geçmişe dönük şekilde uygulama içeren bu düzenlemenin *"hukukun temel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına açıkça aykırı olduğunu"* sonucuna varmışım⁷.

3. YürK m. 28/7 hükmüne dair Bozbel İlk Mütalâasındaki açıklamalarım karşısında Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası KİH esas sözleşme m. 6 hükmünün bağlam olmadığını

³ Bozbel İlk Mütalâası, para. 51-58.

⁴ Bozbel İlk Mütalâası, para. 128-134.

⁵ Bozbel İlk Mütalâası, para. 31-36, 141-142.

⁶ Bozbel İlk Mütalâası, para. 37-50, 145-146.

⁷ Bozbel İlk Mütalâası, para. 95-105, 147-151.

kabul etmiştir, ancak bu sefer de (ilk kez) devrin “Kaçış Klozu” nedeniyle yine de geçersiz olacağı ifade edilmiştir⁸.

4. Davalının bu iddiasına ilişkin olarak; “Kaçış Klozu”nun şartları oluşmadığından “Kaçış Klozu” mevcut olayda uygulanamayacaktır. Madde 28/7 hükmüne göre, bir şirket tarafından çıkarılan nama yazılı hisseler – yönetim kurulunun bir devir işlemine meşru şekilde rıza göstermeyebileceğine dair spesifik sebepler şirketin ana sözleşmesinde kesin ve açık olarak öngörülmedikçe – serbestçe devredilebilir. Bu tür durumlar genelde şirketin hissedarlık yapısıyla (örneğin, hisselerin tek bir hissedarda toplanmasını sınırlamak amacıyla) ya da şirketin bağımsızlığıyla (örneğin, bir rakip tarafından satın alınmasını önlemek amacıyla) ilgilidir. KİH’teki maddelerde böyle herhangi bir gerekçe hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Dahası, kaçış klozunu kullanmaya yönelik herhangi bir hamle artık hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilecektir. Bu doğrultuda, uyuşmazlık konusu KİH nama yazılı hisse senetlerinin mülkiyetlerinin, 31 Ağustos 2015 tarihinde TTK hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilen ciro ve zilyetliğin geçirilmesi sureti ile yasal olarak ILL’ye geçtiği konusunda kanaatimi muhafaza etmekteyim⁹.

5. Kendigelen/Paslı ve Bozbel Mütalaalarında ise şu iddia ve değerlendirmeler yapılmıştır:

6. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında özetle;

- i. Uyuşmazlığa Türk Hukuku’nun uygulanacağı¹⁰
- ii. KİH esas sözleşmesi m. 6’daki “*Holding hisse senetlerinin devredilebilmesi, rehn edilebilmesi ve üzerlerine herhangi bir takyidat konması için bu işlemlerden önce Yönetim Kurulu’nun yazılı izninin alınmış olması şarttır.*” ifadesinin TTK m. 490 anlamında bir bağlam teşkil ettiği, bu nedenle hisse devrinin tamamlanması için KİH’e onay başvurusu yapılması gerektiği, KİH’e yapılan 23 Aralık 2016 tarihli bildirimin usulüne uygun yapılmadığı için KİH’in hisse devrinin kabul veya reddine karar vermesi için gerekli 3 aylık sürenin başlamadığı, bu nedenle hisse devir işlemlerinin tamamlanmadığı ve mülkiyetin geçmediği¹¹,
- iii. SPA’nın muvazaalı olduğu ve bu nedenle hisselerin mülkiyetinin geçmediği¹²,
- iv. KİH’in, kapanış (closing) sonrası kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde ILL’ye “tazminat” ödeyeceğini şart koşan, SPA’daki hükümler nedeniyle TTK m. 380 “*finansal yardım yasağı*” hükümlerinin ihlal edildiği ve bu hükümlerin KİH’i bağlamayacağı¹³,

⁸ Bozbel İlk Mütalâası, para. 7-30.

⁹ Bozbel İkinci Mütalâası, Bölüm II.

¹⁰ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 1-12.

¹¹ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 13-41.

¹² Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 42-67.

¹³ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 68-73.

- v. 686 sayılı KHK m. 4 hükmü doğrultusunda pay devir işleminin muvazaalı kabul edilerek, geçersiz sayıldığı, bu nedenle hisse devrinin geçerli kabul edilmesinin mümkün olmadığı¹⁴

iddia edilmiş idi.

7. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasına karşı tarafımızca sunulan **Bozbel İlk Mütalâası**nda ise özetle;

- i. Pay devrine Türk Hukuku'nun uygulanacağını¹⁵
- ii. KİH paylarının nama yazılı ve borsaya kote edilmemiş olduğunu, bu paylar karşılığı hisse senedi çıkartıldığını, bu nedenle KİH pay senetlerinin devrinin, TTK m. 490/1 uyarınca ciro ve zilyetliğin devredilmesi suretiyle gerçekleşeceğini, nitekim pay senetlerinin cirolarının 31 Ağustos 2015 tarihinde Türk Hukukuna uygun bir şekilde yapıldığını ve yine aynı tarihte pay senetlerinin teslim edildiğini, bu hali ile mülkiyetin 31 Ağustos 2015'te İLL'ye geçtiğini¹⁶
- iii. KİH esas sözleşmesi m. 6'daki ilgili hükmün YürK m. 28/7 hükmü uyarınca hükümsüz hale geldiğini; ve nama yazılı pay senetleri bağlamsız hale geldiğinden ve paylar serbestçe devredilebilir niteliğe büründüğünden, pay senetleri üzerindeki mülkiyetin TTK'da öngörüldüğü usulde senetlerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devralana geçirilmesi suretiyle alıcıya geçtiğini¹⁷,
- iv. Paylar üzerindeki bağlamın geçersiz hale gelmesi nedeni ile payların devredilebilmesi için şirketin onayına ihtiyaç kalmadığını, senetlerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devriyle paylar üzerindeki mülkiyetin zaten geçmiş olduğunu, bu nedenle KİH'in onay verme süresinin başlamadığına ilişkin Kendigelen/Paslı iddialarının hukuken isabetli olmadığını¹⁸,
- v. SPA'da muvazaadan bahsedilemeyeceğini ve mülkiyetin geçtiğini¹⁹,
- vi. SPA'nın 5.2 ve 6.2 numaralı maddeleri hükümlerinin TTK m. 380 düzenlemesine aykırı olmadığını²⁰,
- vii. 686 sayılı KHK m. 4 hükmünün hukukun temel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve Anayasa Mahkemesi'nin ("AYM") içtihatlarına açıkça aykırı olduğunu, Kendigelen'in bu konudaki açıklamalarının daha önce benzer konuda düzenlediği bilirkişi raporundaki görüşü ile çeliştiği²¹

ifade edilmişti.

¹⁴ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para.74-79.

¹⁵ Bozbel İlk Mütalâası, para. 126-127.

¹⁶ Bozbel İlk Mütalâası, para. 51-58.

¹⁷ Bozbel İlk Mütalâası, para. 128-134.

¹⁸ Bozbel İlk Mütalâası, para. 135-136.

¹⁹ Bozbel İlk Mütalâası, para. 31-36, 141-142.

²⁰ Bozbel İlk Mütalâası, para. 37-50, 145-146.

²¹ Bozbel İlk Mütalâası, para. 95-105, 147-151.

8. Bu suretle Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasının en esaslı argümanı olan KİH esas sözleşmesi m. 6'nın pay devri sınırlaması içerdiği, bu nedenle KİH'in onayına ihtiyaç duyulduğu ve KİH onay vermediği için de KİH paylarının mülkiyetinin İLL'ye geçmediği yönündeki iddiaları, Bozbel İlk Mütalâası ile çürütülmüştür. Açıklandığı üzere; KİH esas sözleşmesi m. 6'da yer alan bağlam YürK m. 28/7 hükmü gereğince geçersiz hale gelmiştir. Bozbel İlk Mütalâasını takiben, KİH esas sözleşmesi m. 6'nın hisselerinin devredilebilirliğine ilişkin bir kısıtlama getirdiğine dair bu argüman Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında tamamen terk edilmiş ve bu sefer de ilgili hükmün devredilen payların KİH tarafından alınmasına olanak sağlayan "Kaçış Klozu" teşkil ettiği argümanı yaratılmıştır.

9. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında özetle;

- i. KİH esas sözleşme m. 6'da yer alan pay devir sınırlamasının, TTK m. 493/1'de öngörüldüğü şekilde KİH'e önemli sebep ileri sürerek, pay devirlerini reddetme imkânı tanımayacağı, ama Madde 6'nın YürK m. 28/7 hükmü karşısında tamamen geçersiz hale gelmediği, aksine şirkete kaçış klozuna başvurma imkânı tanıdığı, bu durum karşısında dava konusu pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi için şirketin pay devirlerine onayının aranacağı²²,
- ii. 23 Aralık 2016 tarihli KİH'e yapılmış pay defterine kayıt bildiriminin geçerli bir bildirim olmadığı, zira hisse senetlerinin aslının bildirimde ibrazının yasal bir zorunluluk olduğu²³,
- iii. Ortada geçerli yapılmış bir başvuru olmadığından 23 Aralık 2016 tarihli yazının, TTK m. 494/3'te zikredilen üç aylık süreyi başlatmaya yeterli olmadığı, KİH'in kendisine yapılmış geçersiz bir başvuruyu reddetmekle de yükümlü olmadığı²⁴ ve bu nedenle hisse senetlerinin mülkiyetinin İLL'ye geçmediği²⁵,
- iv. Hisse devrine ilişkin Hamdi Akın İpek tarafından 31 Ağustos 2015 tarihinde imzalanmış "Hisse Devri İçin İzin Belgesi"nin ("İzin Belgesi") geçerli olmadığı²⁶,
- v. SPA'daki bazı hükümlerin SPA'nın muvazaalı olduğu kanaatini güçlendirdiği ve SPA'nın muvazaalı olarak düzenlendiği sonucuna varılmasının kaçınılmaz olduğu²⁷,
- vi. SPA'nın bazı hükümlerinde TTK m. 380 düzenlemesine aykırılık olduğu²⁸, ve

²² Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 7- 30.

²³ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 31-47.

²⁴ Kendigelen/Paslı tarafından dile getirilen bu görüş, bildiğim kadarıyla Türk hukukunda başka hiçbir ticaret hukuku uzmanı tarafından savunulmamaktadır. Muhtemeldir ki Türk hukukunda yasal bir dayanağı olmayan bu görüşün icat edilmesinin gerekçesi, 23 Aralık 2016 tarihli bildirim geçersiz kılmak ve bu suretle - olayımızda uygulanmasına gerek dahi kalmamış - TTK m. 494/3'ün hukuki sonuçlarından kurtulabilme, "geçerli bir başvuru bulunmadığı"ndan hareketle, payların mülkiyetinin geçmediği iddialarına dayanak oluşturma gayretidir.

²⁵ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 31-47.

²⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 48-56.

²⁷ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 57-70.

²⁸ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 74-84.

vii. 686 sayılı KHK m. 4 hükmünün olayda uygulama alanı bulacağı²⁹ iddia edilmiştir.

10. Bu **Bozbel İkinci Mütalâası**nda, ağırlıklı olarak Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasındaki iddiaları değerlendirdim. Söz konusu iddiaların büyük kısmına Bozbel İlk Mütalâasında yanıt vermiştim. Ancak Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında hararetli bir şekilde savunulan KİH ana sözleşmenin 6. maddesinin bir bağlam hükmü olduğu ve bu hükme “*göre nama yazılı hisse senetlerinin devirleri şirket onayına tabi olduğu*”³⁰ argümanınınndan, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında “*Anılan esas sözleşmenin 6. maddesi hükmünün TTK’daki yeni bağlam sistemi kapsamında pay devrinin reddi için önemli sebepleri ihtiva etmediği kuşkusuzdur.*”³¹ denilerek, vazgeçilmiş ve İkinci Mütalâalarında, İlk Mütalâalarında yer almayan başka ve yeni bir takım iddialar ileri sürülmüştür. Bu nedenle işbu Bozbel İkinci Mütalâasında, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasındaki bu yeni iddialar da dikkate alınarak, aşağıda belirtilen başlıklar altında değerlendirmelerde bulundum. Her bir başlık altındaki değerlendirmeler Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yer alan iddialara karşı cevaplarımı da içermektedir:

- i. Olayımızda pay devrine Türk Hukuku’nun uygulanacağı konusunda fikir birliği vardır.
- ii. IIL’ye devredilen hisseler bakımından “Kaçış Klozu”nun uygulanması hukuken mümkün değildir.
- iii. KİH hisse senetlerinin mülkiyeti IIL’ye geçmiştir.
- iv. SPA muvazaalı değildir.
- v. SPA TTK m. 380’e aykırı değildir. Aykırı olsaydı bile bu yalnızca SPA’nın ilgili hükmünü etkiler, bir bütün olarak SPA’nın geçerliliğini değil. Bunun gibi bir aykırılık mülkiyetin geçişini etkileyen bir husus değildir.
- vi. 686 Sayılı KHK m. 4 hükmü hukukun temel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve AYM’nin içtihatlarına açıkça aykırıdır.

11. Belirteyim ki, işbu Bozbel İkinci Mütalâasında değinmediğim diğer konularda, Kendigelen/Paslı ile aynı görüşte olduğum yahut onların görüşlerini kabul ettiğim sonucu çıkarılmamalıdır ve bu hususlarda Bozbel İlk Mütalâasına atıf yapmakla yetiniyorum.

II. Olayımızda Her Ne Kadar Borçlandırıcı İşlem Olan SPA’ya İngiliz Hukuku Uygulansa da Tasarruf İşlemi Olan Pay Devrine Türk Hukukunun Uygulanacağı Tarafların Kabulündedir.

12. Gerek Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında gerekse Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, KİH paylarının devrine (yani, tasarruf işlemine) Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu konuda Kendigelen/Paslı ile aynı görüşteyim. Gerçekten Türk hukukuna göre anonim

²⁹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 85-90.

³⁰ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 80.

³¹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 26.

şirketin paylarının devrinde iki aşama vardır. Birinci aşama borçlandırıcı (taahhüt) işleminden, yani pay satım sözleşmesinden ve ikinci aşama ise tasarruf işleminden, yani payların devrinden oluşmaktadır. Olayımızda taraflarca SPA'ya İngiliz Hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik tasarruf işleminin (yani, payların mülkiyetinin alıcıya nakline yönelik işlemin/closing) ise şirketin tabi bulunduğu hukuk sistemine (*lex societatis*) göre yapılması gerekir. Zira şirket paylarının devri, şirketin tabi bulunduğu hukuk sistemi tarafından devredene tanınmış ortaklık hakkının alıcıya devredilmesi anlamına gelmektedir ve bir hak, ancak o hakkı tanıyan hukuk sisteminin öngördüğü şekle ve düzenlemelere uyulmak suretiyle bir başkasına devredilebilir.

13. Bu nedenle Payların mülkiyetinin alıcıya devri için hangi tasarruf işlemlerinin yapılması gerektiği, bu işlemlerin tabi bulunduğu şekil, (tasarruf işleminden ayrılabilen, borçlandırıcı işlem olan SPA'nın kendisinden ayrı olarak) tasarruf işleminde muvazaa olup olmadığı, kanunî ve esas sözleşmesel devir sınırlamalarına ilişkin hukuki rejim, payların mülkiyetinin alıcıya geçmesi için alınması gereken idari izin bulunup bulunmadığı ve bu izinlerin hangi idari makamlardan alınmaları gerektiği, alıcının mülkiyeti kazanıp kazanmadığı ve/veya hangi anda kazandığı gibi sürecin tamamlanması açısından hayati önem arz eden konularda uygulama alanı bulacak olan hukuk, şirketin tabi bulunduğu hukuk sistemi (*lex societatis*) olan Türk hukuku olacaktır³². Bununla birlikte, Bozbel İlk Mütalâasında da belirttiğim üzere, borçlandırıcı işlem olan SPA'nın hükümleri ve geçerliliği ise açıkça İngiliz Hukukuna tabi olup SPA'nın - muvazaa dahil - geçerliliği de sözleşmenin tabi olduğu İngiliz Hukukuna göre değerlendirilmelidir. İngiliz Hukuku da uzmanlık alanım dışında olduğundan hem Bozbel İlk Mütalâası hem de Bozbel İkinci Mütalâasındaki tüm görüşlerim Türk Hukuku ile sınırlıdır.

III. IIL'ye Devredilen Hisseler Bakımından “Kaçış Klozu” nun Uygulanması Hukuken Mümkün Değildir.

14. Yukarıda izah edildiği üzere, Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında; bir kaçış klozunun kullanılacağına ilişkin herhangi bir açıklama yer almamakta idi. Aksine Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında, **KİH esas sözleşmesi m. 6'nın** TTK m. 490 anlamında bir bağlam teşkil ettiği, bu nedenle hisse devrinin tamamlanması için **KİH'e** onay başvurusu yapılması gerektiği, **KİH'e** yapılan 23 Aralık 2016 tarihli bildirimin bu usule uygun yapılmadığı için **KİH'in** hisse devrinin kabul veya reddine karar vermesi için gerekli 3 aylık sürenin başlamadığı, bu nedenle hisse devir işleminin tamamlanmadığı ve hisselerin mülkiyetinin geçmediği iddia edilmekte idi.

³² Aynı şekilde **Ayoğlu**, Tolga; Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s. 281.

15. Bozbel İlk Mütalâası ile öncelikle somut olayda bağlamın uygulanmayacağı ve bundan bağımsız olarak zaten **KİH esas sözleşme** m. 6 hükmünün, YürK m. 28/7 hükmü doğrultusunda hükümsüz hale geldiği, KİH'in nama yazılı pay senetleri bağlamsız hale geldiğinden, payların serbestçe devredilebilir niteliğe büründüğü ve bu nedenle pay senetleri üzerindeki mülkiyetin TTK'da öngörüldüğü usulde senetlerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devralana geçirilmesi suretiyle ILL'ye geçtiğini ifade etmiştim. Bunun üzerine; Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası ile **KİH esas sözleşme** m. 6 hükmünün, bir bağlam teşkil ettiği ve TTK'nin bağlam sistemi doğrultusunda bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devri için KİH'in onayı gerektiği, bu onay da verilmediği için mülkiyetin ILL'ye geçmediği yönündeki iddialardan tamamen vazgeçilmiş ve bu sefer de *"Kaçış Klozu"* argümanına sığınılmıştır. Ne var ki, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında *"Kaçış Klozu"* ve mülkiyetin geçişine ilişkin yeni argümanlar, hukuki mesnetten yoksun ve yanlıştır. Şöyle ki;

1. Kendigelen/Paslı, İkinci Mütalâasında YürK m. 28/7 hükmü uyarınca KİH esas sözleşme m. 6'daki bağlamın geçersiz hale geldiğini kabul etmiştir

16. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, Kendigelen/Paslı, YürK m. 28/7 hükmü karşısında KİH m. 6'da yer alan bağlamın artık geçersiz hale geldiğini kabul etmişlerdir³³. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında, KİH esas sözleşmesi m. 6'da yer alan düzenlemenin ortakların pay devri sınırlamasını gösteren ortak iradesini yansıttığı, bunun KİH'e kaçış klozuna başvurma hakkı verdiğini belirtmekle yetinmişler, YürK m. 28/7'ye ve KİH esas sözleşmesi m. 6 üzerindeki etkilerine hiçbir şekilde değinmemişlerdi. Bozbel İlk Mütalâasında çok büyük bir eksiklik olarak ifade ettiğim bu hususa Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, bu durumun *"unutkanlık"* ya da *"hatadan"* kaynaklanmadığı, ***-bir bakıma bilinçli olarak-*** YürK m. 28/7 hükmüne değinmediklerini beyan etmişlerdir. Buna karşın, Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında hararetli bir şekilde savunulan Madde 6'daki bağlam düzenlemesi iddiasına ilişkin olarak Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yer alan *"Anılan esas sözleşmenin 6. maddesi hükmünün TTK'daki yeni bağlam sistemi kapsamında pay devrinin reddi için önemli sebepleri ihtiva etmediği **kuşkusuzdur.**"³⁴ şeklindeki ***-önceki beyanları ile- açıkça çelişkili ifadede bulunulmuştur.*** Bu sebeple, Kendigelen/Paslı'nın açıklamalarını tatminkâr bulmadığımı ifade etmek isterim.*

17. Kaldı ki, Kendigelen tarafından daha önce hazırlanan bir Mütalâada³⁵ da isabetli olarak esas sözleşmelerde yer alan ve TTK'nin getirdiği sisteme uymayan tüm bağlam hükümlerinin, TTK'nın yürürlüğe girmesinden 1 yıl geçmekle **kendiliğinden hükümsüz hale geleceği** ifade edilmektedir.

³³ Böyle olmakla birlikte Kendigelen/Paslı'ya göre TTK YürK m. 28/7 hükmü karşısında KİH m. 6'daki bağlam *"tamamen geçersiz hale gelmemiştir"*. Aşağıda bu görüşün isabetli olmadığını ayrıntılı olarak açıklayacağım.

³⁴ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 26. Vurgulama yapılmıştır.

³⁵ Kendigelen, Hukuki Mütalaalar Cilt XIV – s. 291 vd.

2. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında olduğu gibi İkinci Mütalâasında da, bağlı nama yazılı pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi ile ilgili şartlar yanıltıcı şekilde sunulmaktadır. Oysa söz konusu şartların uyumsuzluk konusu hisse devri bakımından uygulanması mümkün değildir.

18. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, tıpkı Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında olduğu gibi Türk hukukuna göre nama yazılı hisse senetlerinin devrinin aşamaları/şartları tekrarlanmış, bu şartların *-yanıltıcı bir şekilde-* tarafımca da benimsendiği³⁶ ve olayımızda bu şartların gerçekleşmediği ve mülkiyetin İL'ye geçmediği iddia edilmiştir. Kendigelen/Paslı'ya göre, şirket esas sözleşmesinde nama yazılı pay senetlerinin devri sınırlandırılmış ise *(ki somut olayda sınırlandırılmış olduğunu iddia etmektedirler)* geçerli ve tam bir devir işleminin var olabilmesi için şu koşullar aranır³⁷:

- i. Taraflar arasında pay devrine yönelik bir sözleşme olması;
- ii. Nama yazılı pay senetlerinin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devralana geçirilmesi;
- iii. Şirket onayının alınması için yönetim kuruluna başvurulması;
- iv. TTK m. 493-494'te onay süreci sonucunda şirket yönetim kurulunun pay devrini onaylaması;
- v. Onaylanan pay devrinin pay defterine işlenmesi.

19. Yine Kendigelen/Paslı'ya göre payı devralan kişinin şirket tarafından pay sahibi olarak tanınması ve pay defterine kaydı, bu koşulların hepsinin ayrı ayrı ve birlikte (yani kümülatif olarak) gerçekleşmesine bağlıdır³⁸; ancak payın mülkiyetinin geçişi ise ilk dört koşulun tamamlanması ile gerçekleşir.

20. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında pay senetleri üzerindeki mülkiyetin geçmesi için aranan bu dört koşulun sanki somut olayda tarafımca da benimsendiği gibi yanlış anlamaya yol açabilecek bir beyanda bulunulmaktadır³⁹. **Somut olay açısından böyle bir görüşü benimsemem kesinlikle söz konusu değildir.** Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim husus, bağlı nama yazılı pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi ile ilgili Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında dile getirilen genel koşulların, *“TTK'nın yeni sistemi ile uyumlu”* olduğudur⁴⁰. Bunu belirttikten sonra hemen devamı satırlarda hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde aynen;

“... olayımızda devre konu pay ve hisse senetleri üzerindeki bağlam, 6103 sayılı TTK Yürürlük Kanunu m. 28/7 hükmü uyarınca hükümsüz hale gelmiş ve nama yazılı pay senetleri bağlamsız hale geldiğinden, yani paylar serbestçe devredilebilir niteliğe bürünmüş, pay senetleri üzerindeki mülkiyet artık TTK'da öngörülen usulde öngörüldüğü

³⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 7.

³⁷ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 7.

³⁸ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 8.

³⁹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para 7.

⁴⁰ Bozbel İlk Mütalâası, para. 129.

üzere bu senetlerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devralana geçirilmesi suretiyle alıcıya geçmiştir. Yani sayın Yazarların öngördüğü şekilde olayımızda pay senetlerinin mülkiyetinin geçmesi için yukarıda sayılan beş şartın da gerçekleşmesine gerek yoktur; ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir, ortada bir bağlam kalmadığı için sonraki (3-5 numaralı) şartlar burada uygulanmayacaktır.”⁴¹

açıklamasında bulunmuştum. Kendigelen/Paslı'nın yanlış anlamalara yol açabilecek bu iddiasına ilişkin olarak, Bozbel İlk Mütalâasındaki söz konusu görüşlerimi aynen koruyorum. Bozbel İlk Mütalâasında ilgili yerdeki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyorum⁴².

21. Aşağıda “Kaçış Klozu” ile ilgili açıklamalara geçmeden önce şüpheye yer bırakmamak adına belirtmek isterim ki, Bozbel İlk Mütalâasında da ifade ettiğim üzere somut olayda pay senetlerinin mülkiyeti ciro ve zilyetliğin devri ile 31 Ağustos 2015 tarihinde IIL’ye geçmiştir. Kendigelen/Paslı tarafından dile getirilen, KİH’in paylarının devir sınırlamasının YürK m. 28/7 hükmüne göre “tamamen geçersiz hale gelmeyeceği”, şirketin “kaçış klozuna başvurma hakkının olacağı” yahut sözleşmenin muvazaalı olduğu⁴³ iddialarının kabulü her hâlükârda mülkiyetin geçişine hiçbir şekilde etki etmeyecektir. Kendigelen/Paslı'nın pay senetlerinin devri için aradığı “kümülatif şartlar” dahi -aşağıda açıklandığı üzere- olayımızda bütünüyle gerçekleşmiştir.

3. Kaçış Klozu’na başvurulabilmesi için gerekli şartlar uyumsuzluk konusu hisse devri bakımından oluşmamıştır. Bu nedenle KİH’in “Kaçış Klozu”na başvurması hukuken mümkün değildir.

22. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında ileri sürülen argümanın aksine KİH’in “Kaçış Klozu”na başvurma hakkı yoktur. Zira “Kaçış Klozu”na başvurulabilmesi için gerekli şartlar, uyumsuzluk konusu hisse devri bakımından oluşmamıştır.

a) “Kaçış Klozu”na başvurma (alım önerisinde bulunma) TTK’nın bağlam düzeni içerisinde önemli sebepler ekseninde kurgulanmış esas sözleşmesel bağlamın bir uzantısıdır, bu nedenle kullanılabilmesi için geçerli bir bağlamın varlığı şarttır.

23. TTK, payın devredilebilirliği ilkesini güçlendirmiş ve payın esas itibarıyla serbestçe devredilebileceğini öngörmüştür. Bu nedenle TTK sisteminde pay devrinin herhangi bir şekilde sınırlandırılabilmesi ancak istisnai ve çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre

⁴¹ Bozbel İlk Mütalâası, para. 130.

⁴² Bozbel İlk Mütalâası, para. 130 vd.

⁴³ Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim ve Bozbel İkinci Mütalâası para. 86-87’de daha detaylı bir şekilde izah ettiğim üzere somut olayda Türk hukukuna göre muvazaa yoktur. Üstelik olsaydı bile varacağım bu sonuç değişmeyecektir. Çünkü senetler ciro ve teslimle IIL’ye devredilmiş olduğundan borçlandırıcı işlemdeki (yani, SPA) muvazaa, kıymetli evrakın soyutluğu ilkesi gereği tasarruf işlemini (yani, payların mülkiyetinin devrini) etkilemeyecektir.

pay devrini sınırlandıran esas sözleşmesel bir bağlamın geçerli olarak yaratılabilmesi için esas sözleşme ile nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi kılınması yetmez. Şirket ana sözleşmesi yönetim kurulunun hangi önemli sebeplerle devre meşru bir şekilde rıza göstermeyebileceğini açıkça belirtmemişse şirket tarafından çıkarılan nama yazılı hisseler serbestçe devredilebilir. Bu tür durumlar genelde şirketin hissedarlık yapısıyla (örneğin, hisselerin tek bir hissedarda toplanmasını sınırlamak amacıyla) ya da şirketin bağımsızlığıyla (örneğin, bir rakip tarafından satın alınmasını önlemek amacıyla) ilgilidir. Bu bağlamda, TTK m. 493/ 1 uyarınca, onay isteminin reddini haklı kılacak en az bir önemli sebebin şirket esas sözleşmesinde öngörülmesi, bir başka deyişle devrin ortaklık tarafından TTK m. 493/2 anlamında açık ve somut bir biçimde belirtilen önemli sebebe dayanmak suretiyle reddedilebileceğine ilişkin bir bağlam hükmünün, esas sözleşmede yer alması şarttır⁴⁴.

24. Gerçekten, yeni sistemde, şirket sadece esas sözleşmede öngörülen **meşru ve önemli bir sebebe dayanarak** devre onay vermekten kaçınabilmekte; önemli sebebi belirlemek hususunda ise sınırlı bir serbestiye sahip olmaktadır. Bu şekilde nama yazılı payların devredilebilirliği artırılmış ve sınırlamalar keyfilikten uzak, rasyonel bir temele oturtulmuştur⁴⁵.

25. Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı paylar söz konusu olduğunda, devre onay isteminin reddedilebilmesi için önemli sebeplerin haricinde, şirkete yeni bir imkân daha tanınmıştır. “Kaçış Klotu” (escape clause) olarak da adlandırılan bu düzenleme, şirketin devre konu nama yazılı paylar için gerçek değer üzerinden alım önerisinde bulunarak devre onay istemini reddedebilme hakkını ifade eder. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“eTK”) şirketlere paylarının devrini kısıtlama konusunda sınırsız özgürlük tanımaktaydı. TTK’nin amacı bunu değiştirmektir, ancak bağlam sistemini bütünüyle kanundan çıkarmak yerine daha “yumuşak” yaklaşımla şirketlerin paylarının devredilebilirliğini sınırlama özgürlüklerini kısıtladı. Bu “yumuşak” yaklaşım, şirketin devre konu bağlı nama yazılı payları başvurma tarihindeki gerçek değeri ile almayı önererek onay istemini reddedebileceğini öngören TTK m. 493/1 ve 4 hükümlerinde normatif dayanağa kavuşturulmuştur⁴⁶.

⁴⁴ **Sevi**, Ali Murat; Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 295; **Yüksel**, Sinan H.; Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klotu), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/2, Prof. Dr.Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 163.

⁴⁵ **Altay**, Anlam; İsviçre Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 589. (naklen, Yüksel, s. 160)

⁴⁶ **Yüksel**, s.165.

26. Kaçış klotuna başvurma (alım önerisinde bulunma) hakkının esas sözleşmede açıkça öngörölmesi gerekli değildir⁴⁷. Ne var ki, kaçış klotu, ancak nama yazılı payların bağı hale getirildiği hallerde şirketçe ileri sürülebilir. Diğer bir anlatımla, şirketin kaçış klotunu uygulama hakkı, ancak ve ancak TTK m. 492 uyarınca nama yazılı payların devri esas sözleşme ile şirketin onayına tabi kılınmış ise doğar⁴⁸. Bu itibarla, kaçış klotu önemli sebepler ekseninde kurgulanmış esas sözleşmesel bağlamın bir uzantısıdır⁴⁹. O halde, esas sözleşmede spesifik geçerli bir bağlam düzenlemesine yer verilmiş ise ancak o zaman kaçış klotu olarak da adlandırılan, şirketin devre konu nama yazılı paylar hakkında gerçek değerden alım önerisinde bulunarak onay istemini reddetme hakkı olacaktır (TTK m. 493/1 ve 493/4)⁵⁰.
27. Bu bakımdan alım önerisinde bulunma hakkının uygulanabilmesinin ilk koşulu, şirketin esas sözleşme ile nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmış olması; bir diğer anlatımla, devrin şirketin onayına tabi kılınmış bulunmasıdır. Aksi halde, bedeli tümüyle ödenmemiş olan paylar haricinde (TTK m. 491), nama yazılı payların devri serbesttir⁵¹. Öte yandan, alım önerisinde bulunma hakkının kullanılabilmesi için, esas sözleşmesel bağlamın TTK m. 493/1 ve 2 hükümleri ile uyumlu olarak öngörölmesi gerekir. Önemli sebeplerin öngörülmemesi veya öngörülen önemli sebeplerin TTK m. 493/2 ile uyumlu olmaması ya da esas sözleşme hükmünün m. 493/7 uyarınca devir koşullarının pay sahibi aleyhine ağırlaştırılması yasağı nedeniyle geçersiz olması halinde, alım önerisinde bulunma hakkı kullanılamaz⁵². Zira, bu durumda nama yazılı payların devri sınırlandırılmamış ve bunlar esas sözleşmeyle “bağı” hale getirilmemiş olduğundan, şirketin bağı nama yazılı paylar için öngörülmüş şarta bağı bu ret hakkını kullanması da gündeme gelemeyecektir⁵³.

⁴⁷ Tekinalp, Ünal; Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul 2012, s. 48; Uzel, Necdet; Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013, s. 305; Akın, Murat Yusuf; Anonim Ortaklıkta Bağı Nama Yazılı Hisseler, Birinci Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 73, 77; Sevi, s. 245, 295; Yüksel, s. 166. TTK m. 493/1 hükmünün gerekçesinde kaçış klotunun kullanılmasına ilişkin olarak: “Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmez” ifadesine yer verildiği görülmektedir (bkz. TTK madde gerekçeleri, m. 493). Gerekçedeki bu cümle uygulamada yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir. Gerekçedeki bu ifadeyle vurgulanmak istenen husus, şirketin kaçış klotu kullanarak pay devrinin onayı talebini reddedebilmesi için esas sözleşmede şirketin kaçış klotu kullanabileceğine ilişkin özel bir hükmün yer almasına gerek olmadığıdır. Bu da payların kısıtlı olmadığı hallerde kaçış klotunun kullanılabilmesi anlamına gelmez.

⁴⁸ Tekinalp, Bağlam, s. 48; Sevi, s. 295; Bozkurt, Tamer; Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) Ankara 2015 (Doktora Tezi), s.112.

⁴⁹ Yüksel, s. 167.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Uzel, s. 307 vd., Yüksel, s. 167.

⁵¹ Sevi, s. 246.

⁵² Yüksel, s. 167; Sevi, s. 246, Uzel, s. 285.

⁵³ Yüksel, s. 168.

b) KİH esas sözleşmesi m. 6, eTK döneminden kaldığından ve TTK'nin bağlam hükümleriyle uyumlu olmadığından, Madde 6'da yer alan bağlam, YürK m. 28/7 uyarınca tümüyle geçersiz hale gelmiştir. Dolayısıyla, somut uyuşmazlıkta geçersiz hale gelen bu hükme dayanılarak *"Kaçış Klozu"*na başvurulması hukuken mümkün değildir.

28. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında; KİH esas sözleşme m. 6'da yer alan, pay devirleri sınırlamasının tamamen geçersiz hale gelmediği, bunun TTK m. 492 kapsamında şirketin pay devrini sınırlandırma iradesini yansıttığı, şirketin pay devrini reddetmesi için esas sözleşmede *"önemli sebep"* öngörülmesi de, TTK m. 493/1 kapsamında KİH yönetim kuruluna kaçış klotundan yararlanma imkânı tanıdığı, ve YürK m. 28/7 hükmünde geçen *"tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir"* ifadesindeki *"sınırlamalar"* kelimesinin devre onay vermekten kaçınılması için kaçış klotu dışında sahip olunan imkânları karşıladığı belirtilmiştir⁵⁴.

29. Kendigelen/Paslı bu kaçış klotuna ilişkin iddialarından yola çıkarak, geçerli ve tam bir pay devri için (yukarıda zikredilen) beş şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerektiği⁵⁵, payın mülkiyetinin geçişinin ise ilk dört koşulun gerçekleşmesine bağlı olduğu, somut olayda KİH'in onayı da olmadığından payların mülkiyetinin geçmediği sonucuna varmaktadır⁵⁶.

30. Aşağıda açıklayacağım sebeplerden ötürü, nama yazılı payların devrini TTK m. 493/2 hükmü ile uyumsuz sebeplerle sınırlayan veya şirkete sebep göstermeksizin hisse sahiplerini pay defterine kayıttan imtina etme yetkisi veren YürK m. 28/7 hükmü doğrultusunda geçersiz hale gelen esas sözleşme hükümlerinin, kaçış klotunun kullanılması bakımından yeterli olduğunu savunan bu ayırık ve azınlıktaki uç görüşlere⁵⁷ iştirak etme olanağı bulamıyorum. **Öncelikle, alım önerisinde bulunma hakkı (yani, kaçış klotu), teknik anlamda (TTK m. 491 bağlamında) bir kanuni ret sebebi değil⁵⁸, esas sözleşmesel bağlamın varlığı şartına bağlı bir ret sebebidir.** Kaçış klotu, kaynağını esas sözleşmenin bağlam düzenlemesinde bulan, ortaklığın korporatif düzeninde ancak bağlı nama yazılı payların varlığı halinde yararlanılabilen ve bu şekilde esas sözleşmesel bağlamın uzantısı niteliğini taşıyan bir hak niteliğindedir. Bu nedenle, kaçış klotu bir *"kanuni ret sebebi"* olduğu düşüncesinden

⁵⁴ Bu ifadelerden, yukarıda zikrettiğim şekilde Kendigelen/Paslı'nın KİH esas sözleşmesi m. 6'da yer alan bağlam hükmünün geçersiz hale geldiğini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Kendigelen/Paslı, her ne kadar bağlamın geçersizliğini kabul etmiş olsalar da, TTK'nin bağlam sistemine aykırı şekilde, yine de *"payın mülkiyetinin geçişinin ilk dört koşulun gerçekleşmesine bağlı olduğunu"* belirtmektedirler (bkz. para. 9).

⁵⁵ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 7.

⁵⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para 9.

⁵⁷ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para 9, sadece şu kaynaklara atıf yapmaktadır: **Uzel**, s. 309 ve (farklı gerekçelerle de olsa Kendigelen/Paslı ile aynı yönde) **Akın** s. 258, 259. Uzel'in görüşü yüksek lisans tezinde ileri sürülmüş olup, bu görüşü öğretide yalnızca çok küçük bir azınlık savunmaktadır.

⁵⁸ Öğretide haklı olarak pay bedellerini güvence altına alan bağlamın kanuni bağlam olduğu belirtilir, **Tekinalp**, *Bağlam*, s. 29, 4-01.

hareket edilerek, şirketin esas sözleşmesinde eTK'ye uygun ancak artık geçersiz hale gelmiş kısıtlayıcı bir hükmün bulunmasının kaçış klotunun uygulanması için yeterli olduğu sonucuna varılamamalıdır⁵⁹. Bu bağlamda, Kendigelen/Paslı'nın atf yaptığı yazarlar dahi – *KİH esas sözleşmesi m. 6'dakine benzer öngörüldüğü gibi*- şirketin sebep gösterilmeksizin onaydan kaçınılabilmesine izin veren ve eTK döneminden kalma maddelerin geçerli olmadığını ve geçiş sürecinden sonra, bunun gibi maddelerin kaçınma klotunun işletilmesi için yeterli olmadığını belirtmektedirler⁶⁰.

31. Diğer yandan, YürK m. 28/7'nin yorumu ile de bu sonuca ulaşılabilmesi gerekir. YürK m. 28/7 hükmü çok açıktır⁶¹. Bu hüküm uyarınca şirketler “... esas sözleşmelerini TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde esas sözleşmelerini değiştirerek TTK'nın 492 ila 498 inci maddelerine uyarlamak zorundadır, aksi halde bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir”. Pay devri karşısında şirketin alım önerisinde bulunarak pay devrini engelleyebilmesi de pay devrine yönelik bir sınırlamadır. Kanun koyucu YürK m. 28/7 düzenlemesiyle bu ve benzeri bütün sınırlamaları “geçersiz” (yani, kesin hükümsüz) kılmıştır. Nitekim Yargıtay da “6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 28/7'nci maddesi uyarınca, 6762 sayılı TTK döneminde hazırlanan ana sözleşmelerdeki pay devrine ilişkin sınırlandırmalardan 6102 sayılı TTK'na uyum sağlamayan hükümlerin geçiş süresinin ardından geçersiz hale geleceğinin öngörülmüş olduğu, şirket ana sözleşmesinde belirtilen yetkinin 6102 sayılı TTK hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, davalı şirket vekilinin istinaf talebinin esastan reddine” dair verilmiş Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır⁶².

32. Yargıtay başka bir kararında da davalının “6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 28/7 maddesi uyarınca 6762 Sayılı TTK döneminde hazırlanan ana sözleşmelerdeki pay devrine dair sınırlandırmalardan 6102 Sayılı TTK'na uyum sağlamayan hükümlerin geçiş sürecinin ardından kendiliğinden geçersiz hale geleceği, somut olayda 6762 Sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde hazırlanan şirket ana

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Yüksel, s. 170.

⁶⁰ Akın, s. 259, dn. 931.

⁶¹ Kanun koyucunun YürK m. 22'de YürK. m. 28/7'den farklı bir yol izlemesi de bağlam düzenlemeleri konusundaki tüm sınırlamaların geçersiz olacağı iradesini çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. YürK m. 22/1 'de “(1) Anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini, yayımı tarihinden itibaren onsekiz ay içinde Türk Ticaret Kanunuyla uyumlu hâle getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapılmaması hâlinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” denilmektedir. Görüldüğü üzere burada verilen süre içinde “... gerekli değişikliklerin yapılmaması hâlinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır” denirken, YürK m. 27/8 de “... tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir” ibaresine yer verilmek suretiyle, kanun koyucu bu tercihinin bilinçli olduğunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Akın, s. 254 vd.

⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2018/3863 E. ve 2019/5475 K.

sözleşmesinin 7. maddesiyle kararlaştırılan pay devrinin sınırlandırılmasına dair düzenlemenin 6102 Sayılı TTK'nın yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden sonraki 1 yılın bitimi olan 01/07/2013 tarihinde 6103 Sayılı Yasa'nın 28/7 maddesi uyarınca kendiliğinden geçersiz hale geldiği, davaya konu hisse devir işleminin ise, 30/09/2014 tarihinde yapılmış olup, devir tarihi itibari ile şirket ana sözleşmesinin 7. maddesi hukuken geçerli olmadığından yasaya aykırı bir yanının bulunmadığı ve 6102 Sayılı TTK'nın 490-493. maddeleri uyarınca da hisse devrinde herhangi bir sınırlandırma aranmayacağı” iddialarının dikkate alınmamış olması nedeniyle alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁶³.

33. Bu noktada “tüm sınırlamaların” geçersiz hale geleceğini söyleyen bir kanun hükmü karşısında, artık hisse devirlerini sınırlayan esas sözleşme hükümlerinin “tamamıyla ya da bütünüyle değil”, “kısmen” geçersiz hale geleceğini iddia etmek hukuki açıdan mümkün değildir⁶⁴. Zira Geçersizlik, sınırları hukuken belirsiz bir kavram değildir. Bir emredici hükmün kesin hükümsüzlüğe yol açıp açmayacağı, ancak hükme aykırılığın sonucunun açıkça belirlenmediği hallerde yorum yoluyla tespit edilir. Geçiş süresi içinde TTK m. 492 vd. hükümlerine uygun hale getirilmeyen esas sözleşmesel bağlamın geçersiz hale geleceği, YürK m. 28/7'den tereddütsüz biçimde anlaşılabilir⁶⁵. Dolayısıyla burada kesin hükümsüzlük bakımından hiçbir şekilde bir yoruma ihtiyaç yoktur. Kaldı ki, aksi görüşteki yazarlar dahi YürK m. 28/7 hükmünün açıkça “kesin hükümsüzlük” sonucunu öngördüğünü ve önceki dönemde yaygın biçimde kullanılan sebep göstermeksizin ret olgusunun yorum yoluyla veya tahvil yoluyla ayakta tutulamayacağını, “... yeni düzenlemenin aslında tam da buna karşı getirilmiş olup, bu mahiyetteki eski hukuktan kaynaklanan bir hükmün ayakta tutulması ne isabetli ne de olası” olduğunu (dolaylı olarak, somut olaydaki gibi bir bağlam düzenlemesinin kaçış klozuna imkan vermeyeceğini) kabul etmektedirler⁶⁶.

34. Bu itibarla, geçiş döneminde yeni kanuna (yani, TTK'ya) uyarlanmayan esas sözleşmede yer alan bağlam düzenlemelerinin akıbeti Yürk. m. 28/7 tarafından açık bir şekilde düzenlenmişken, benimsenen bu yaklaşıma kaçış klozu bakımından istisna tanınması kanımca mümkün değildir. Dolayısıyla Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında dile getirilen “YürK m. 28/7 hükmünde geçen “tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir” ifadesindeki “sınırlamalar” kelimesinin devre onay vermekten kaçınılması için kaçış klozu dışında sahip olunan imkânları karşıladığı” görüşünü hukuken isabetli bulamamaktayım. Pay devri

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/6289 K. 2016/9804 T. 26.12.2016

⁶⁴ Türk özel hukukunda geçersizlik yaptırımları belli ve sınırlı olup, kanun münferit bir hükmün “geçersiz” olacağını söylemişse, bu hüküm tamamıyla ve bütünüyle geçersiz (kesin hükümsüz) hale gelir; bu hükmün artık “kısmi geçerli” olarak ayakta tutulması mümkün değildir, bkz. **Kırkbeşoğlu**, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul 2020, s. 22. Böyle bir yorum, Türk özel hukukundaki “kısmi hükümsüzlük” (Türk Borçlar Kanunu m. 27/2) ile de açıklanamaz. Zira bu hüküm, bir sözleşmedeki münferit bir şartın ya da kaydın (tamamen) hükümsüz hale gelmesinin, sözleşmenin diğer hükümlerini geçersiz kılmayacağını amirdir.

⁶⁵ **Yüksel**, s. 171

⁶⁶ **Akın**, s. 259.

karşısında şirketin alım önerisinde bulunarak devralana pay devrini engelleyebilmesi de pay devrine yönelik bir sınırlamadır, bu nedenle olayımızda olduğu gibi pay devirlerini şirketin onayına tabi kılan bir esas sözleşme düzenlemesi, YürK m. 28/7 sebebiyle artık kesin hükümsüz hale gelmiştir ve tahvil yoluyla dahi ayakta tutulamaz⁶⁷.

35. Aynı şekilde, eTK'ye uygun ancak TTK'ye aykırı esas sözleşmesel bağlamın kaçış klozunun kullanılabilmesi bakımından yeterli olduğu sonucuna, esas sözleşmenin yorumu yoluyla ve pay sahiplerinin nama yazılı payların bağlı halde kalması yönünde bir varsayılan iradeye sahip oldukları gerekçesiyle de varılamaz. Gerçekten, bu yaklaşım öncelikle YürK m. 28/7'deki *"tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir"* hukuk kuralının lafzını, zorunlu doğasını ve yaptırım gücünü yadsımak anlamına gelir⁶⁸. Genel kurulun geçiş süresi içinde irade oluşturmaktan kaçınması, deyim yerindeyse suskun kalması halinde, Kanun'un bu suskunluğa kesin bir hukuki sonuç bağladığı göz ardı edilmemelidir. YürK m. 28/7 hükmünün gerekçesinde, yeni rejime uyumun şart olduğu ve uyum için belli bir sürenin verildiği vurgulanmıştır. Bu itibarla, geçiş hükmünde yer alan *"tüm sınırlamalar geçersiz hale gelir"* ifadesinin, her türlü irade varsayımına kapalı bir düzenleme olduğundan kuşku duymamak gerektiği düşüncesindeyim⁶⁹.

36. Bu bakımdan somut olayda KİH ortaklarına, geçiş süresinin sona ermesinden sonra esas sözleşmede yer alan pay devir sınırlaması ile bağlı kalmak istedikleri gibi farazi bir irade atfetmek doğru değildir. Tam aksine, KİH'in TTK ile uyum sürecinde bu hükümle ilgili olarak geçiş süresi içinde esas sözleşmesinde herhangi bir tasarrufta bulunmamış ve bu hükümde bir değişikliğe gitmemiş (yani, TTK'ya uygun bir sınırlama getirmemiş) olması, esasen ortakların bilinçli olarak devir sınırlaması ile bağlı kalmak istememelerini göstermektedir. Yine KİH'deki paylarını IIL'ye devreden ortakların tamamının bu işleme sonradan hiçbir şekilde itiraz etmemeleri, *-devreden ve devralan ortak ve yöneticilerin de aynı kimseler olması da dikkate alındığında-* ortakların pay devir sınırlamasını muhafaza etmek istemedikleri yönündeki iradelerinin bir tezahürü olarak değerlendirilmelidir. KİH ortaklarının ve yöneticilerinin tamamı, KİH'deki paylarının IIL'ye vekaleten devrine rıza vermişler ve sonradan hiçbir şekilde buna itiraz etmemişlerdir. Bu da KİH ortaklarının KİH esas sözleşme m. 6'daki pay devir sınırlaması ile bağlı kalmak istemedikleri yönündeki ortak iradelerini göstermektedir. Bu bakımdan, KİH'e kendi ortaklarından ve yöneticilerinden bağımsız ayrı bir irade atfederek, KİH esas sözleşme m. 6'daki geçersiz hale gelen pay devir sınırlamasının, ortakların pay devirlerini sınırlama iradelerini gösterdiğini *-ve dolayısıyla şirketin kaçış klozuna başvurulabileceğini-* iddia etmek⁷⁰ hukuken isabetli değildir. Bu bakımdan Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında dile getirilen görüşe bu yönüyle de katılma

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Akın, s. 258-259.

⁶⁸ Yüksel, s. 173

⁶⁹ Aynı yönde Yüksel, s. 173

⁷⁰ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası para. 11.

olanağı bulunmamaktadır. Ortakların ve yöneticilerin ortak iradelerinin, KİH'deki paylarının İLL'ye devretme olduğu ve pay devirlerini bu anlamda sınırlamak istemedikleri çok açıktır.

37. Kaldı ki kaçış kloxunun, TTK'nın yeni bağlam sistemi içinde bir tür sebep göstermeksizin devre onay vermekten kaçınma imkânı getirdiği gözden kaçırılmamalıdır. Uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi ve bu şekilde esas sözleşmedeki eski düzenlemenin muhafaza edilmesi yoluyla, pay sahiplerinin bir örtülü irade ortaya koydukları kabul edilecek olursa, kanun koyucunun yeni bir bağlam rejimi öngörmekle güttüğü gaye boşa çıkacaktır. Zira bu şekilde, şirket (genelde çoğunluk pay sahipleri), hiçbir sebep göstermeksizin herhangi bir devre onay istemini dilediği gibi reddedebilme imkanına sahip olacaktır. Bu halde, esas sözleşmesini TTK'ya uyarlamayan şirketlere, TTK'nın getirdiği yükümlülüğe uymaksızın faydalanma imkânı verilmiş olacaktır. Öyle ki, uyarlamayı yapmayan bir şirket, kendi yapısı ile uyumlu ve sınırlı bir bağlam sebebi bulmak suretiyle yeni sisteme intibak etmemesine rağmen, yeni rejimde bağlamın sınırlı olmasına dayanılarak *-bir denge unsuru gibi-* öngörülen kaçış kloxunu kullanabilecektir. Oysa, kaçış kloxu, yapısına ve faaliyet alanına uygun ve kanunen kabul edilebilir önemli sebepleri esas sözleşmesine koyarak nama yazılı payların devrini sınırlandırmayı seçmiş şirketlere tanınan bir imkandır⁷¹. Geçiş süresi içerisinde, genel kurulun karar alabilir çoğunluğu belki uygun bir önemli sebep bulamayacak; belki de bulunmuş önemli sebep geçerli bir bağlam düzenlemesine vücut veremeyecekti. Tüm bu aşamalar hiç yaşanmadan pay sahiplerine farazi bir irade atfedilmesi ve kaçış kloxunun kullanımına imkân verilmesi, geçiş hükümlerinin ruhuna aykırı bir yorum teşkil eder.

38. Sonuç olarak, YürK m. 28/7 hükmünde açıkça düzenlenen geçersizliğe bağlı olarak, eTK'ya uygun/TTK'ya aykırı bir bağlam düzenlemesinin varlığında, esas sözleşmenin geçerli bir bağlam düzenlemesi içermediği ve payların devrinin sınırlanmadığı kabul edilmelidir. **Kesin hükümsüz bir bağlam düzenlemesinin esas sözleşmede bulunması ile esas sözleşmede hiçbir sınırlamaya yer verilmemiş olması arasında, hukuki sonuçları itibarıyla hiçbir fark yoktur; paylar serbestçe devredilebilir**⁷². Aksi halde, TTK m. 493/1, 493/2 ve 493/7 hükümlerine aykırı esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinin dahi alım önerisinde bulunma hakkının kullanımına imkân verdiği sonucuna varılması gerekecektir. Bu yaklaşım da, esas

⁷¹ Yüksel, s. 174.

⁷² Bu bakımdan Kendigelen/Paslı'nın ileri sürdüğü, esas sözleşmelerinde pay devrinin kısıtlanması ile alakalı olarak birebir aynı hükümler bulunan iki şirketin, esas sözleşme hükmünün yürürlüğe girdiği tarihe bağlı olarak birbirinden tamamen farklı haklara sahip olacağı, (yani, esas sözleşmesi önceki kanun döneminde düzenlenmiş bir şirket kaçış kloxundan yararlanamazken, yeni kanun döneminde esas sözleşmesinde tamamen aynı lafızda hüküm içeren bir şirketin bu haktan yararlanacağı) ve böylece tarafımdan benimsenen görüşün birçok tutarsız ve amacını aşan sonuca yol açacağı (bkz. para. 29) ifadelerinin isabetli olmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Zira TTK ile uyumlu olmayan bir bağlam düzenlemesi -esas sözleşme hükmünün hangi tarihte yürürlüğe girdiğinden bağımsız olarak- geçersiz olacağından, artık pay devri sınırlandırılmamış olacak ve şirket hiçbir şekilde kaçış kloxuna başvuramayacaktır. Bu nedenle, savunduğum bu görüşün Kendigelen/Paslı tarafından iddia edilen "birçok tutarsız ve amacını aşan sonuca" yol açması mümkün değildir.

sözleşmede geçerli bir devir sınırlamasının bulunmadığı hallerde payların serbestçe devredilebileceği kuralına (TTK m. 492) açık aykırılık oluşturur.

39. Bütün açıklamalardan sonra kaçış klotunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede kaçış klotunun kullanılabileceğini ifade eden açık bir düzenleme olmasının şart olmadığı; ancak payların devrinin TTK ile uyumlu ve geçerli bir şekilde esas sözleşmede sınırlandırılmış olması gerektiği sonucuna varıyorum. Başka bir şekilde ifade edecek olursam, pay devri sınırlaması TTK'nın bağlam düzenlemeleriyle uyumlu değilse ya da geçersiz hale gelmişse artık şirket kaçış klotuna başvuramaz. Somut olayımız açısından KİH esas sözleşmesi m. 6 düzenlemesi YürK m. 28/7 uyarınca tamamen geçersiz hale geldiğinden, KİH artık kaçış klotuna başvurma hakkına da sahip olamayacaktır. Pay senetlerinin mülkiyeti 31 Ağustos 2015 tarihinde Türk hukukuna göre senetlerin ciro ve teslimiyle birlikte IIL'ye geçmiştir. Payların devrinde şirket onayının alınması için artık yönetim kuruluna başvurulması ve yönetim kurulunun pay devrini onaylaması gibi aşamalar olayımızda hiçbir şekilde aranmayacak, payların 31 Ağustos 2015 tarihi itibarıyla maliki olan IIL, pay defterine kayıt için doğrudan KİH'e başvuruda bulunabilecektir. Nitekim IIL tarafından pay defterine kayıt bildirimini belirten bir yazının 23 Aralık 2016 tarihinde KİH'e gönderildiği anlaşılmaktadır.

c) Şirketin *"Kaçış Klotu"*nu kullanarak, alım önerisinde bulunma hakkı, bağlam düzeni içerisinde dışarıdan birinin şirketin kontrolünü ele geçirmesinin yani yabancılaşmasının önüne geçmek için öngörülmüş bir enstrüman olup, somut olayda KİH'in dışarıdan birinin kontrolüne geçmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle *"Kaçış Klotu"*na başvurulması hukuken mümkün değildir.

40. Bağlam düzenlemesinin ve tabii ki kaçış klotuna başvurma imkânı tanınmasının altında yatan düşünce ve hukuk politikası, anonim şirketin dışarıdan birinin kontrolüne geçmesinin önlenmesi, işletme konusunun ve ekonomik bağımsızlığının garanti edilmesi ve korunması, payların belli kimselerde toplanmasının engellemesi gibi nedenlerdir⁷³. Nama yazılı payların devrinin TTK m. 492 vd. hükümleri uyarınca esas sözleşme ile şirketin onayına tabi kılınarak sınırlandırılabilmesi imkânı, bir yönüyle istenmeyen kişilerin pay sahibi olmalarının, diğer yönüyle mevcut bir pay sahibinin payını artırmak suretiyle şirketteki konumunu güçlendirmesinin önüne geçmek üzere öngörülmüştür. Bu haliyle bağlam, şirketin ve ortakların menfaatlerine hizmet eder. Bağlam, bazı özgün yapılara sahip olan anonim ortaklıkların bu özelliklerini koruyabilmeleri amacıyla kullanılabilir. Bu amaca ilk örnek olarak aile tipi ve kapalı anonim ortaklıklar verilebilir⁷⁴.

⁷³ Tekinalp, Bağlam, s. 13, 1-28; s. 41, 6-05.

⁷⁴ Sevi, s. 295; Yüksel, s. 161.

41. Nitekim Yargıtay 11. HD 15.10.1996 Tarih ve 3988/6883 sayılı (eski TTK dönemindeki) bir kararında, eTK m. 418/2⁷⁵ şirketin dışarıdan kişilerin kontrolüne geçmesini istemeyen diğer ortakların menfaatlerini korumak amacı ile konulduğundan, “... *pay defterine yazılmak için başvuran davacı da zaten şirket ortağı olduğundan yabancılaştırma gibi bir sakınca söz konusu değildir.*” sonucuna varmıştır⁷⁶. Bu bakımdan, somut olayda KİH’deki hisselerini IIL’ye devreden ortaklar ve yöneticilerle, devralan IIL’nin ortak ve yöneticilerinin aynı kimseler olduğu, KİH’deki pay oranlarının IIL’de de muhafaza edildiği nazara alındığında esasen ortada bu anlamda korunacak bir menfaatin yahut şirketin dışarıdan kişilerin kontrolüne geçmesini gibi bir tehlikenin söz konusu olmadığı anlaşılabacaktır. Dolayısıyla şirketin böyle bir durumda kaçış klotuna başvurması –*diğer bütün koşulları gerçekleşmiş olsa bile*- hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Zira bu durumda kaçış klotundan istifade edilmesi, ne istenmeyen potansiyel bir ortağın şirketten içeri girmesine engel olmak, ne de hissedarların şirket hisselerini öncelikle satın alma hakkını kullanmasına yönelik olacak ve bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir⁷⁷.

4. Sayın Doç. Dr. Paslı, konu ile ilgili yakın tarihli bir Tebliği’nde kaçış klotunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede TTK ile uyumlu ve geçerli bir bağlam hükmü olması gerektiğini ifade etmektedir

42. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, Sayın Doç. Dr. Paslı’nın konuya ilişkin kamuya yansıyan önceki görüşleri ile Mütalâalardaki görüşleri arasında bir çelişki olmadığı, bilakis benim bunu yanlış aktardığım beyan edilmiştir. Ancak Sayın Doç. Dr. Ali Paslı’nın daha önce kamuya yansımış görüşleriyle işbu Mütalâalardaki görüşlerinin uyumlu olmadığı sonucuna vardım. Gerçekten Sayın Doç. Dr. Paslı kaçış klotu imkanının kullanılabilmesi için sunmuş olduğu bir Tebliğde aynen;

“... [kaçış klotunun kullanılabilmesi için] her halükârda TK m. 492 anlamında bir hükme ihtiyaç duyulduğunda şüphe edilmemelidir. Yani pay devrine esas sözleşme ile sınırlama getirilme noktasındaki temel ilke/kural, söz konusu 492/1. Maddede konulmakta olup buna göre 493. Maddedeki ret sisteminin/sebeplerinin içine girebilmesi için öncelikle TK m. 492/1’deki temel kuralın gereği yapılmalıdır. Bu da nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğine ilişkin bir esas sözleşme düzenlemesinin varlığıdır. İşte bu temel sınırlama maddesinin bulunmasının ardından önemli sebeplerin ayrıca belirtilmesinin şart olduğu”⁷⁸

⁷⁵ Bu hüküm TTK m. 492’ye denk gelmektedir.

⁷⁶ Moroğlu, Erdoğan / Kendigelen, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, s. 397.

⁷⁷ Akin, s. 80.

⁷⁸ Vurgulama yapılmıştır.

görüşlerine yer vermiştir⁷⁹.

43. Yine Sayın Paslı, aynı Tebliğ'in 122. Sayfasında, TTK'nin yeni bağlam sistemi karşısında YürK m. 28/7 gereğince değiştirilmeyen bağlamların geçersiz hale geleceğini, anılan tarihten itibaren tüm sınırlamaların hükümsüzleşeceğini, esas sözleşmede yeni bir sınırlama da öngörülmediği için şirketin pay sahiplerini pay devri konusunda sınırlayan hiçbir engelin kalmayacağını ifade etmekte⁸⁰ ve Tebliğ'in 136. sayfasında da aynı görüşü tekrarlamaktadır. Ayrıca Sayın Doç. Dr. Ali Paslı Tebliğ'in 123. sayfasının 54 numaralı dipnotunda, YürK. düzenlemesinin eTK zamanındaki esas sözleşmeleri de kapsayacağını ve uyum değişikliğini yapmayan şirketlerin artık bağlam hükmünün esas sözleşmenin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemeye uyumlu olduğunu iddia edemeyeceklerini belirtmektedir. Yine Sayın Doç. Dr. Ali Paslı aynı Tebliği'nde *"eTK dönemindeki pay devir sınırlamalarının yeni Kanun sistematiğine uygun olmayanlarının Yürürlük Kanunu'nda öngörülen geçiş süresinin sonunda hükümsüz hale geleceğini ve bundan böyle anılan sınırlamalara dayalı pay defterine kaydetmeme kararının hukuka aykırı"* olacağına karar veren Yargıtay içtihadının yerinde olduğunu belirtmektedir⁸¹.

44. Görüldüğü üzere Sayın Doç. Dr. Ali Paslı söz konusu Tebliği'nde kaçış klozunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede -geçerli ve yeni TTK sistemi ile uyumlu- bir pay devir sınırlamasının varlığını gerekli görmekte; TTK'nin yeni bağlam sistemi ile uyumlu olarak Madde 28/7 gereğince değiştirilmeyen bağlamların geçersiz hale geleceğini, anılan tarihten itibaren tüm sınırlamaların hükümsüzleşeceğini, şirketin pay sahiplerini pay devri konusunda sınırlayan hiçbir engelin kalmayacağını, YürK.'nda öngörülen geçiş süresinin sonunda hükümsüz hale geleceğini ve bundan böyle anılan sınırlamalara dayalı pay defterine kaydetmeme kararının hukuka aykırı olacağını belirtirken; Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, yeni TTK ile uyumlu olmayan, devrin reddi için hiçbir önemli sebep içermeyen ve bu nedenle geçersiz hale gelmiş olan bir düzenlemenin, "tamamen geçersiz hale gelmeyeceğini", bunun şirkete kaçış klozunu kullanma imkanı tanıyacağını, bir başka söyleyişle ortada geçerli bir pay devir sınırlaması olmamasına rağmen, kaçış klozunun kullanılabilceğini iddia etmektedir.

45. Sayın Doç. Dr. Ali Paslı'nın yukarıda alıntılıdığım Tebliğ'deki akademik görüşü ile Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında dile getirdiği görüşleri arasındaki çelişki çok açıktır. Her iki görüşün birbiri ile tevili mümkün değildir.

⁷⁹ Paslı, Ali; Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Tebliğler ve Tartışmalar, İstanbul 2018, s. 129.

⁸⁰ Paslı, s. 122

⁸¹ Paslı, s. 136

5. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yer alan Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları, huzurdaki uyumsuzluk bakımından emsal teşkil etmemektedir.

46. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2018 tarih ve 2016-8960/2472, 18.02.2015 tarih ve 2014-17122/2152 sayılı kararları ile İsviçre Federal Mahkemesinin [ATF (BGE) 4C.242/2001] sayılı kararı, kendi görüşlerini desteklemek amacıyla sunulmuştur⁸². Söz konusu kararlara bakıldığında, esasen bunların emsal niteliği taşımadığı açıkça görülmektedir.
47. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında zikredilen Yargıtay kararları, yukarıda tartışılan konuyla, yani geçersiz hale gelmiş bir pay devir sınırlamasının şirkete alım önerisinde bulunma hakkı verip vermeyeceği ile ilgili değildir. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında zikredilen Yargıtay kararları bir anonim şirketin alım önerisinde bulunabilmesi için esas sözleşmede buna ilişkin açık özel (yani, ayrı) bir hüküm bulunması zorunluluğu olup olmadığı ile ilgilidir. Nitekim Yargıtay da, benim ve Kendigelen/Paslı tarafından benimsenen görüşle uyumlu olarak, şirketin alım önerisinde bulunabilmesi için esas sözleşmede kaçış klotuna ilişkin özel (yani, ayrı) bir hüküm bulunmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır.
48. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın söz konusu bu kararları, eTK döneminde yürürlüğe konulan hisselerin devredilebilirliğini kısıtlayan bağlam düzenlemesinin TTK'nin bağlam sistemi ile uyumlu olmaması nedeniyle YürK m. 28/7 uyarınca geçersiz hale gelmesi durumunda, şirkete kaçış klotuna başvurma hakkı verip vermeyeceği sorunu ile ilgili değildir. Tam aksine Yargıtay bir kararında şirketin kaçış klotuna başvurusu ve alım önerisinde bulunabilmesi için esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin anonim şirketin onayına bağlı olduğunu belirten geçerli bir hükmün şart olduğunu belirtmektedir⁸³.
49. Ayrıca şu hususu da belirtmek isterim ki, devreden ve devralan şirket ortak ve yöneticilerinin tamamen aynı olduğu bir pay devir işleminde, şirkete kayyım atanmasından sonra pay defterine kayıt talebinin usulüne uygun olmadığını ileri sürmek hususunda davalının herhangi bir hukuki menfaati de bulunmamaktadır. Yargıtay *"payların davalılara devredilmediğinin tespiti"* yönelik bir davada alt derece mahkemesinin davacının pay devir sözleşmesinin tarafı olmadığı, *"... böyle bir davayı ancak sözleşmenin taraflarının veya onların haleflerinin açabileceği gerekçesiyle aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi ..."* kararını onamıştır⁸⁴. Bu durum, yine Yargıtay kararlarına göre hakkın kötüye kullanılması

⁸² Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 15- 16.

⁸³ "Anonim şirket tarafından satın alma önerisinin yapılabilmesi için esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin anonim şirketin onayına bağlı olduğuna dair bir hüküm bulunmalıdır. Bununla birlikte anonim şirket satın alma önerisi yaparken paya/paylara ödeyeceği bedeli açıklamalıdır. Yoksa sadece payları alacağını bildirmesi yeterli değildir", Yargıtay 11. HD., E. 2016/8960 K. 2018/2472 T. 5.4.2018.

⁸⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2015/13111 K. 2017/900 T. 20.2.2017 sayılı kararı (Lexpera.com).

teşkil edecektir. Yargıtay “... *ana sözleşmenin [pay devrine birtakım sınırlamalar getiren] 8. maddesine uyulmadığı hususunun ileri sürülmesinin TMK’nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet ilkesine ve TTK’nın 357. maddesinde düzenlenen eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edeceği*”(ne) hükmetmiştir⁸⁵. Görüşümce, somut olayda kaçış klotuna başvurulması da hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

50. İsviçre Federal Mahkemesinin kararına gelince. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen mezkûr olayda, esas sözleşmesi en son 1987’de değiştirilen bir anonim şirketin esas sözleşmesinde, yönetim kurulunun herhangi bir gerekçe göstermeden pay devirlerini kaydetmekten kaçınma olanağına sahip olduğunu belirtmiştir⁸⁶. İsviçre anonim şirketler hukukunda yapılan 1991 Reformu ile bu kayıt kanuna aykırı hâle gelmesine rağmen, şirket beş yıl içinde (yani 30.7.1997 tarihine kadar) bu hükmü yeni kanuna uyarlamamış; bu süre geçtikten sonra bir pay devri ile ilgili olarak kaçış klotu işletilmiştir. Federal Mahkeme, bu esas sözleşme hükmünün, yeni dönem açısından caiz olmamasına rağmen, bunun nihayetinde bir devir sınırlaması iradesi olduğundan hareketle, kaçış klotunun işletilmesi için yeterli bir irade olduğunu belirtmiştir.

51. Her şeyden önce geçiş düzenlemeleri Türk ve İsviçre Hukukunda farklı düzenlenmiştir. İsviçre Hukuku’nda geçiş hükümlerinde [SchlB. Art. 2/3], uyarlamanın yapılmaması durumunda, yeni hükümlerle bağdaşmayan esas sözleşme hükümlerinin “*yürürlükten kalkacağı*” ifade edilmişken, YürK m. 28/7 hükmünde, “... *aksi takdirde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir.*” ibaresi yer almıştır. İsviçre kanun koyucusu, bu konuda daha yumuşak ve “karmaşık” bir tavır benimsemiş ve yeni hükümlerle bağdaşmayan esas sözleşme hükümlerinin tümüyle geçersiz olmayacağı, ancak bir yorum ameliyesi sonrasında yeni hükümlerle bağdaşmadığı tespit edilen hükümlerin yürürlükten kalkacağını belirtmiştir. Türk kanun koyucusu ise geçiş hükümlerinin hukuki sonuçları bakımından daha kesin bir tavır almış ve yeni rejimle uyumlu olmayan *tüm pay devir sınırlamalarını* “geçersiz” olarak nitelemiştir. Görüldüğü gibi yeni bağlam düzenine geçişte Türk ve İsviçre kanun koyucusu farklı yollar izlemiştir⁸⁷. Bu nedenle her şeyden önce geçiş hükümlerindeki temel farklılık nedeniyle, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu kararı olayımıza emsal teşkil etmekten uzaktır.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2015/8218 K. 2016/3239 T. 23.3.2016 kararı (Lexpera.com).

⁸⁶ Sebep gösterilmeksizin onaydan kaçınılabileceğine dair eski dönemden kalma klotun ayakta tutulamayacağı ve geçiş sürecinden sonra, bu ibarenin kaçınma klotunun işletilmesi için yeterli olmadığı yönünde bkz. **Akın**, s. 259, dn. 931.

⁸⁷ İBK’da yapılan 1991 değişiklikleri hakkındaki geçiş hükümlerine ilişkin madde gerekçesinde (Message/Botschaft, FF 1983 II 968), nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olması halinde, yeni rejimin uygulanmasının ve bu bağlamda eski düzenlemelerinin geçerliliğinin, esas sözleşmenin yorumlanması bakımından karmaşık bir mesele teşkil edeceği ifade edilmiştir.

52. İkinci husus, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalaasında söz edilmeyen bir ayrıntı, İsviçre Federal Mahkemesi kararının gerekçesinde⁸⁸, her ne kadar geçiş süresinin bitmesi ile geçersiz hâle gelen bu sözleşme hükmünün yine de hisselerinin devredilebilirliğini sınırlama iradesi teşkil ettiği ve böylece kaçış klotunun işletilebileceğini belirtmiş ise de **Mahkeme, aynı zamanda, bu kaçış klotunun işletilmesini hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ve eşit işlem ilkesini zedeler nitelikte görmüş ve davayı reddetmiştir**⁸⁹. **Dolayısıyla, İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu bu kararı olayımızda emsal olarak alınacaksa, şu şekilde emsal alınmalıdır ki, KİH'in pay sahipleri ve yöneticilerinin tamamının iradesi ve rızası ile gerçekleşen bir pay devrinde, şirket yönetiminde gerçekleşen değişiklikten (kayım atanmasından) sonra KİH'in kaçış klotuna başvurma çabasını hakkın kötüye kullanılması olarak görmek ve kaçış klotunun kullanılması talebinin reddedilmesi gerekir.** Açıkladığım bütün bu nedenlerle, söz konusu Federal Mahkeme kararının da olayımızda emsal teşkil etmesi mümkün değildir⁹⁰.

IV. KİH hisselerinin mülkiyeti IIL'ye geçmiştir.

53. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, KİH esas sözleşmesi m. 6 düzenlemesinin –*tamamen geçersiz hale gelmediğinden yola çıkılarak*– şirkete kaçış klotuna başvurma imkânı tanıdığı, bu durumda payların mülkiyetinin geçişi için şirkete onay başvurusunda bulunulması gerektiği, devir için onay verilmediği sürece payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm hakların TTK m. 494/1 hükmü uyarınca devredende kalacağı iddia edilmiştir⁹¹. Kendigelen/Paslı'ya göre KİH'e gönderilen 23 Aralık 2016 tarihli yazı, hukuka uygun bir devir onay başvurusu değildir⁹². Ayrıca onay isteminde TTK m. 646 kapsamında devre konu payların aslının ibrazı gerektiği halde usulüne uygun bir başvuru yapılmadığı ve bu “*usulsüzlük*” karşısında TTK m. 494/3 de öngörülen üç aylık sürenin hiç işlemeye başlamadığı ve dolayısıyla “*onay vermiş sayılma*” gerçekleşmediği iddia edilmiştir⁹³. Kendigelen/Paslı'ya göre KİH kendisine yapılan usulüne uygun olmayan başvuruya herhangi bir cevap verme yükümlülüğü altında tutulamaz⁹⁴.

54. Oysa yukarıda ve Bozbel İlk Mütalâasında ayrıntılı açıkladığım üzere, KİH'in payları üzerindeki devir sınırlaması YürK m. 28/7 hükmü uyarınca tamamen geçersiz hale gelmiş ve pay senetleri üzerindeki mülkiyet 31 Ağustos 2015 tarihinde IIL'ye ciro ve zilyetliğin devri ile geçmiştir. Dolayısıyla “*devir için onay verilmediği sürece payların mülkiyeti ve paylara*

⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu kararı için bkz. https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bger/2003/030305_4C-242-2001.html

⁸⁹ Bkz. kararın 5.4 numaralı paragrafı. Bu suretle Federal Mahkeme, davayı aynı gerekçeyle reddeden istinaf mahkemesinin kararını onamıştır.

⁹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi kararının eleştirisine ilişkin ayrıca bkz. **Yüksel**, s. 169-173.

⁹¹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 25 ve 31.

⁹² Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 47.

⁹³ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 33.

⁹⁴ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 44.

bağlı tüm hakların TTK m. 494/1 hükmü uyarınca devredende kalması”, ancak esas sözleşmede geçerli bir pay devir sınırlaması olması ve şirketin pay devrine onay vermemesi halinde söz konusu olabilirdi. Bu bakımdan şirketin sözleşmesinde geçerli bir pay devirleri sınırlaması yoksa yahut geçersiz hale gelmişse artık şirketin kaçış klozuna başvurma hakkı yoktur, payların mülkiyeti herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan ciro ve zilyetliğin geçirilmesiyle devredilebilir. Nitekim payların mülkiyeti 31 Aralık 2015 tarihinde ILL tarafından bu yolla iktisap edilmiştir. Kendigelen/Paslı iddialarına ilişkin açıklamalarım aşağıda yer almaktadır.

1. Pay defterine kayıt bildirimini hukuken herhangi bir usule tabi olmadığı gibi başvuruda pay senetlerinin asıllarının ibraz edilmesini öngören yasal bir zorunluluk da bulunmamaktadır.

55. Öncelikle belirtmek gerekir ki pay defterine kayıt mülkiyetin geçişine etki eden bir husus değildir. Nitekim Kendigelen/Paslı da bunu;

- i. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında, 5 numaralı adımı “devrin pay defterine işlenmesi” şeklinde ifade edip “1 ila 4. adımlarda öngörülen şartların tamamlanmaması halinde ise, devralan hukuken payların mülkiyetini dahi kazanamayacaktır.”⁹⁵ ve
- ii. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında “*payın mülkiyetinin geçişi ise [pay devrinin pay defterine işlenmesi olan beşinci koşul hariç] ilk dört koşulun tamamlanması ile gerçekleşir*”⁹⁶

diyerek açıkça ifade etmişlerdir.

56. Esasen bu konuda Bozbel İlk Mütalâasında yine de ayrıntılı bir açıklama yapmış idim⁹⁷. Bozbel **İlk Mütalâasında da belirttiğim üzere ILL tarafından KİH’e 23 Aralık 2016 tarihli bir yazı gönderilerek, ILL’nin pay defterine kaydı için bildirimde bulunulmuştur.** TTK’da pay defterine kayıt bildirimini şirkete hangi usule göre yapılacağına, başvuruda hangi belgelerin sunulması gerektiğine veya devre konu pay senetlerinin asıllarının başvuru sırasında ibraz edilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal bir düzenleme yer almamaktadır⁹⁸. Bu nedenle, yazılı ya da sözlü bir bildirim mümkün olduğu gibi örneğin payı devralan kimsenin pay sahipliğinden kaynaklanan, kâr payı ya da rüçhan hakkı gibi birtakım haklarını kullanmak

⁹⁵ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 15.

⁹⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 9.

⁹⁷ Bozbel İlk Mütalâası, para. 136 vd.

⁹⁸ **Tekinalp**, Bağlam, N. 11-19; **Narbay**, Şafak; Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003, s. 252; **Bozkurt**, s. 255; **Sevi**, s. 261; **Çonkar**, Mustafa Halil; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, İstanbul 2009, s. 204. Uygulamada onay istemi ve pay defterine kayıt bildirimini – her iki aşama ayrı ve birbirinden bağımsız olmakla birlikte - genelde aynı anda yapıldığından, onay istemi ve pay defterine kayıt bildiriminde, TTK m. 499/2 uyarınca “*payın usulüne uygun olarak devredildiği ispat edilmelidir.*”

amacıyla pay senedini ibraz etmesi şeklindeki bir eylem dahi bildirim niteliğindedir⁹⁹. Hatta başvurunun yazılı yapılmaması durumunda, “başvuru” bir hukukî işlem olmadığı için tanıkla da ispatlanabilir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 202)¹⁰⁰.

57. Pay defterine kayıt bildirimi, hem devreden hem de devralan tarafından yapılabilir¹⁰¹. Yasal düzenleme uyarınca, kayıt bildirimini alan şirketin, inceleme hak ve yükümlülüğü olduğu öğretide ifade edilir. Bu çerçevede, şirket incelemeyi şeklî ve maddî açıdan yapar¹⁰². Şeklî incelemede, müktesibin, pay devri konusunda şeklen hak sahibi olup olmadığı araştırılır. Bu araştırmada, öncelikle pay devrine temel teşkil eden bir sözleşmenin varlığı ve bunun ibrazını yeterli görmek gerekir. Bunun yanında ciro ile devredilebilen bağlı nama yazılı pay senetlerinde devir esasları kıymetli evrak hukuku kurallarına tâbi olduğu ve buna göre de şeklen hak sahibi olan kişiden iyi niyetle yapılan devir geçerli olacağı için şirket, düzgün bir ciro silsilesi ile senede hâmil olunup olunmadığını incelemekle yetinmelidir (TTK m. 710/3)¹⁰³. Nitekim nama yazılı pay senetlerinin devri bakımından emre yazılı senetlere has bir yol olan ciro ile devre cevaz verilmiş olmasının en önemli amacının, bu senetlerin ihtiyaç duyduğu yüksek ve güvenli tedavül kabiliyetini sağlamak olduğu dikkate alınır, gerek pay senedi hamili bakımından gerek ortaklık bakımından, pay sahipliği sıfatının şeklen ispatlanması sırasında başka hususların da incelenmesi gerektiğini iddia etmek, anonim ortaklıklar hukukunun bünyesine aykırı, zorlama bir yorum olacaktır¹⁰⁴. Zaten teşhis fonksiyonu sayesinde şeklen hak sahibi olan kimsenin meşru hak sahibi olduğunun kabulü de bu sürat ve güvenin sağlanmasına yöneliktir; maddi anlamda hak sahibi olduğunu iddia eden kimse bu karinenin aksini her şekilde ispat edebilir.

58. Hatta nama yazılı pay senetlerinin devrine temel teşkil eden borçlandırıcı işlem geçersiz veya devrin iktisadi sebebi ortaklığın aleyhine dahi olsa şirket, devri pay defterine kaydetmekle yükümlüdür. Varılan bu sonucun sebebi cironun mücerretliğine

⁹⁹ Çonkar, s. 204.

¹⁰⁰ Bozkurt, s. 256.

¹⁰¹ Tekinalp, Ünal / Poroy, Reha / Çamoğlu, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017, Kn. 1140; Uzel, s. 54 vd.; Sevi, 261; Narbay, Pay Defteri, s. 242.

¹⁰² Bozkurt, s. 261. İsviçre Hukuku’nda, şirketin ilke olarak başvuru yapan kişinin, şeklî hak sahipliğini inceleme ile yetinmesi gerektiği, ancak bunun için haklı şüphelerin bulunması durumunda, şirketin maddî hukukî durumun - başta devir beyanının gerçekliği, tarafların işlem ehliyeti ve tasarruf yetkileri ile ilgili- açıklığa kavuşturulması konusunda yükümlülüğü olduğu belirtilmekte, ancak temel işlemin (ciro veya temlik işleminin soyutluğundan dolayı) şirket tarafından incelenemeyeceği savunulmaktadır, Sevi, s. 213.

¹⁰³ Bozkurt, s. 262; Sevi, s. 262. Düzgün bir ciro silsilesinden kasıt, ilk ciro eden pay defterinde yazılı ilk pay sahibi olmak üzere her ciro edenin ciro zincirinde bir önce kendisine ciro edilen kişi olarak bulunmasıdır. Belirteyim ki, kanun koyucu nama yazılı pay senetlerinin tedavülüne çok önem verdiğinden, bu pay senetlerinin beyaz ciro ile devri dahi mümkündür, Sevi, s. 249. Beyaz ciro ile senedi devralan (önceki ciroda devralan olarak görünmeyen) kimse ise bu senedi adeta hamiline senet gibi senet üzerinde herhangi bir işlem yapmaksızın sadece elden teslimle dahi devredebilir.

¹⁰⁴ Aynı yönde Çonkar, s. 85

dayanmaktadır¹⁰⁵. İnceleme hak ve yükümlülüğünün şirketçe genişletilmesi, TTK m. 493/7’de öngörülen “devredilebilirlik koşullarının ağırlaştırılamayacağı” düzenlemesini ihlâl edecektir¹⁰⁶.

59. Görüldüğü üzere pay defterine kayıt bildiriminde şirketçe yapılması gereken, inceleme yükümü kapsamında sadece - *o da başvuranın gerçek hak sahibi olmadığı bariz bir şekilde görülüyorsa* - düzgün bir ciro silsilesi ile senede hâmil olunup olunmadığını incelemektir. Bu inceleme ise senetlerin asılları üzerinde olabileceği gibi tasdikli suretleri üzerinden de yapılabilir. Pay defterine kayıt bildiriminde, hiçbir şekilde devre konu payların aslının ibrazı zorunlu değildir.

60. Somut olayımızda devreden, devralan, pay defterine kayıt bildiriminde bulunan ve bu talebi değerlendirecek olan ortak ve (kayım atanmadan önceki dönemde) yönetim kurulu üyeleri aynı kişilerdir. Tüm yönetim kurulu üyelerinin talebin dayanağı olan İzin Belgesinin ve nama yazılı hisse senetlerinin usulüne uygun devir ve temlik edildiğini bildikleri ve buna itirazlarının olmadığı, başka söyleyişle bu kişilerin fiilî olarak da pay defterine kayıt bildiriminde bulundukları zaten anlaşılmaktadır. Bütün ortakların, devreden, devralanın aynı olduğu bir pay devrinde, “resmî” bir kayıt bildirimini yapılmasını¹⁰⁷, hatta bir adım daha öteye gidilerek devre konu nama yazılı hisse senetlerinin aslının ibrazını istemek, “kendi kendilerine bildirimde bulunma”nın ötesinde, yasal düzenlemelerle bağdaşmayan şekilci absürt bir yaklaşımdır.

61. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, konu ile ilgili bazı yasal düzenlemeler de zikredilerek, bu yasal düzenlemelerin kendi görüşlerini desteklediğini, yani bu hükümler uyarınca şirkete bildirimde senetlerin asıllarının ibrazının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Oysa yukarıda ifade ettiğim üzere; KİH esas sözleşme m.6’da yer alan bağlam hükmü YürK. m. 28/7 sebebiyle geçersiz olduğu dikkate alındığında, 23 Aralık 2016 tarihli bildirim esasen pay defterine yazılma istemine ilişkindir. Bu nedenle Kendigelen/Paslı’nın söz konusu iddiaları yerinde değildir. Pay defterine kayıt talepli bu yazıyı aldıktan sonra, KİH’den beklenen talep edildiği şekilde bir yönetim kurulu kararı olarak pay devrini şirket pay defterine kaydetmesidir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sevi, s. 263.

¹⁰⁶ Bozkurt, s. 262.

¹⁰⁷ Yukarıda belirttiğim üzere payın devrinin şirkete bildirimi zorunluluğu ve usulü yoktur. Yapılacak bir bildirim yazılı, sözlü olması yanında eylemsel olarak da, örneğin şirketten kâr payı talep edilmesi suretiyle yapılabileceği kabul edilir.

¹⁰⁸ Devrin şirkete karşı hüküm ifade etmesi için pay defterine kaydedilmesi de gerekmektedir. Şirket, kuruluş ve sermaye artırımları dışında, payların pay defterine kaydını kendiliğinden yapmaz. Söz konusu husus mutlaka ilgililerince ve özellikle de hisseleri devralan tarafından talep edilmelidir. Söz konusu talep şirket yönetim kurulu tarafından yerine getirilmezse devralan tarafından şirket aleyhine ifa davası açılmalıdır. Böyle bir davanın kabulüne ilişkin mahkeme ilamı, devrin pay defterine işlenmesine dair yönetim kurulu kararı yerine geçecektir, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 646.

62. Bu minvalde, Kendigelen/Paslı'nın iddialarının birinci delili olarak **TTK m. 499/2** hükmü zikredilmiştir. Kendigelen/Paslı'ya göre *“pay devir onayının şirketten talep edilebilmesi için şirkete yapılacak başvuruda pay senetlerinin aslının da mutlaka şirkete sunulması gerekir. Bu sonuca ilk başta TTK m. 499/2 hükmünün açık lafzından ulaşılabilir.”* Kendigelen/Paslı'nın zikrettiği TTK m. 499/2 hükmünden böyle bir sonuca varılması kanımca söz konusu olamaz. Söz konusu hüküm *“Payın usulüne uygun olarak devredildiği ... ispat edilmediği sürece, devralan ... pay defterine yazılamaz”* demektedir. Burada kanun koyucu sadece *“payın usulüne uygun olarak devrinin ispatını”* aramaktadır. Buradan kastedilen ise payın yasal ve esas sözleşmesel devir koşullarını sağlayıp sağlamadığının ispatıdır. Yasal koşullar, pay senedinin ciro edilip edilmediği, düzgün bir cironun var olup olmadığı, pay senetlerini elinde bulunduranın meşru hamil olup olmadığı, pay devrinin esas sözleşmede yer alan koşullara uygun olup olmadığı gibi hususların ispatıdır. Bunların ispatı ise pay devir sözleşmesinin veya senetlerin aslının ibrazı ya da bunların tasdikli suretlerinin ibrazı marifetiyle olabilir. Hatta pay defterine kayıta karşılıklı güven ilişkisi içinde, beyana dayalı olarak dahi şirket pay defterine kaydı gerçekleştirebilir, buna yasal hiçbir engel bulunmamaktadır. Kanun koyucu burada sadece devir olgusunun ispatını aramış, senetlerin aslının ibrazını zorunlu tutmamıştır. Bu nedenle pay defterine kayıta bir anlamda *“beyan”* esas alınacağı ve ona göre pay defterine kayıt gerçekleştirileceği için şirket yönetim kuruluna eTK döneminde olmayan yeni bir hak bahşedilmiş ve TTK m. 500 düzenlemesiyle *“Şirket(in), iktisap edenin yanlış beyanı sonucu pay defterine yapılan kaydı, ilgililerin görüşlerini alarak silebilir”* hükmü getirilmiştir. Yukarıda ifade ettiğim üzere devreden, devralan, pay defterine kayıt bildiriminde bulunan ve bu konuda değerlendirme yapacak olanlar, aynı kişilerdir. Aynı kişilerin, daha önce gerçekleştirdikleri pay devrinin geçerli olup olmadığı hakkında inceleme yapmaları gerektiğinin iddia edilmesi hukuken de mantıklı değildir.

63. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, pay defterine kayıt için pay senetlerinin aslının ibrazı gerekliliğine delil olarak gösterilen diğer yasal düzenlemeler ise **TTK m. 645 ve 646'**dir. Kendigelen/Paslı'ya göre (i) bir kimse nama yazılı bir pay senedini devralmışsa ve bu senede dayalı olarak şirketin pay defterine pay sahibi olarak kaydedilmek arzusunda ise şirkete senet asılları ile birlikte müracaat etmeye mecburdur¹⁰⁹; (ii) anonim şirket pay senetleri birer kıymetli evrak olup, TTK m. 645 uyarınca kıymetli evrakın içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi başkalarına da devredilemez, (iii) kıymetli evrakta *“hak ve senet birlikteliği”* olduğundan, kıymetli evraka dayanarak hak talep eden (somut olayda KİH'in paylarını devraldığını iddia eden) kişinin bu hakkı alabilmesi, ancak ve ancak ilgili kıymetli evrakın aslını (yani, senedin kendisini) borçluya (senede dayanarak hak talep ettiği kişiye; yani somut olayda KİH'e) ibraz etmesi şartıyla mümkündür; (iv) senedin herhangi bir *“fotokopisi/sureti”* ibraz edilerek hak talepte bulunulamaz, (v) TTK m. 646/1 'de açıkça

¹⁰⁹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 40.

“borçluya senedin” ibrazı şart koşulduğu için, senet aslı sunulmayan talepler hiçbir hukuki netice doğurmaz¹¹⁰.

64. Bu görüşlere hukuken katılma olanağı bulunmamaktadır. Bir defa bahsettiği hak itibarıyla, kıymetli evrakin değişik türleri, örneğin alacak hakkı veren, ortaklık hakları veren türleri bulunmaktadır. Pay senetleri ise ortaklık hakkı bahşeden birer kıymetli evrak olup, bir pay senedi sahibine alacak hakkı değil, aksine ortaklık hukukuna ilişkin haklar bahşeder¹¹¹. Bu nedenle senedi ihraç eden şirketin, senedin borçlusu olmadığı ve duruma göre payın karşılığının tamamı henüz ödenmemişse borçlunun (payı ihraç eden şirket değil) payın sahibi olduğu¹¹² hususunun, Sayın Kendigelen ve Paslı’nın da bilgisi dahilinde olduğundan eminim. Dolayısıyla “*kıymetli evrakin borçlusu, ancak senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlüdür*” hükmünü haiz TTK m. 646 düzenlemesine dayanarak, pay devirlerinin onanması ve pay defterine kayıt bildirimlerinde, pay senetlerinin asıllarının ibrazının zorunlu olduğunun iddia edilmesi hukuken mümkün değildir. Bu düzenlemelerin muhatabı olayımızda devreden ve devralandır. TTK m. 646 çok açık şekilde “*borçluya*” yapılan “*ödeme*

¹¹⁰ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalaası, para. 35, 40-42. Yasada açık ya da örtülü olarak düzenlenmemiş bir hususun, zorunlu olduğunun iddia edilmesi bilinen hukuksal yorum yöntem ve tekniklerini aşar niteliktedir. Oysa Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında bizzat kendileri “*Nama yazılı hisselerin orijinal nüshalarının sunulmasına ilişkin yasal bir zorunluluk olmamakla beraber şirket tarafından böyle bir talepte bulunulması da meşru ve geçerlidir*” demek suretiyle, yasal olarak pay senetlerinin asıllarının sunulmasının zorunlu olmadığını açıkça kabul ve ikrar etmişlerdir (bkz. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 29). Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında ayrıca konuyla ilgili Sevi’nin çalışmasının 262. sayfasına atıf yapılmış (bkz. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 36) ve “*nitekim senetlerin ciro edildiğini ileri sürerek pay devrinin onaylanması için başvuruda bulunan kişinin senetleri de ortaklığa göstermesi gerektiği yönünde bkz. Sevi, s. 262.*” ifadelerine yer verilmiştir. Sevi’ye yapılan atfı incelediğimde, söz konusu alıntının yanıltıcı olduğunu tespit ettim. Söz konusu yerde Sevi, “*Devir ciro veya alacağın temlik ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla yapılmamışsa veya yapılmış olduğu tespit edilemiyorsa, başka bir deyişle şeklen tam değilse, örneğin bir kişi ciro edilmemiş olan senedi devraldığını beyan ediyor, fakat yazılı devir beyanını ibraz etmiyorsa yahut ciro edilen senedi ortaklığa göstermiyorsa, ortaklığın devir işlemini pay defterine kaydetmemesi gerekir*” ifadesi ile senetlerin ortaklığa gösterilmesi zorunluluğunu, “*devrin ciro yoluyla yapılmamış veya yapılmış olduğu tespit edilemiyorsa*” koşuluna bağlamaktadır.

¹¹¹ Bu nedenle kıymetli evrakin genel kurallarının uygulanma sınırları bakımından anonim ortaklıklar hukukunun ve bilhassa nama yazılı pay senetlerinin niteliklerinin gözetilmesi gerekir. Nitekim Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 68 (§ 68 AktG) nama yazılı pay senetlerinin devri bakımından *poliçenin* hükümlerine atıfta bulunduktan sonra açıkça bu hükümlerin *uygun geldiği ölçüde* uygulanacağına dair bir sınırlama ifadesine yer vermiştir. Bu bağlamda örneğin cironun teminat fonksiyonu nama yazılı pay senetleri açısından geçerli olmaz. Pay senedini devralan kişinin pay sahipliğinden doğan hakları kullanmasına engel olması durumunda, kendinden önce gelen cirantaların TTK m. 685’e kıyasen sorumlu tutulmaları mümkün değildir, çünkü TTK m. 490/2 hükmü uyarınca taraflar arasında ciro ve senet zilyetliğinin geçirilmesi ile gerçekleşen devir işlemi ile senet mülkiyeti, pay sahibi sıfatı ve paydan doğan tüm haklar ve borçlar devralana geçer. Devreden devir işleminden sonra istisnai nitelik taşıyan TTK m. 501/2 hükmü dışında gerek ortaklığa gerekse devralana karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Devir işlemi ve pay defterine kayıt ile birlikte, pay sahibi devralanın pay sahipliğinden doğan hakları kullanması ile ilgili tüm sorumluluk ortaklıktadır. Devredeni ve ondan önce gelen cirantaları bu hususta sorumlu kabul etmek anonim şirketler hukukunun kendine özgü ilkeleri ile bağdaşmaz.

¹¹² Pulaşlı, Hasan; Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2007, s. 41.

taleplerinde” senedin aslının ibrazı zorunluluğunu aramaktadır. Somut olayımızda ise ne KİH senedin borçlusu ne de istem “*senetten doğan bir alacağın*” ödenmesine, yani bir para borcunun ödenmesine matuftur¹¹³.

65. Pay defterine kayıt bildiriminde senetlerin aslının ibrazının zorunlu olmadığı, pay defterine kayıt bildiriminin devreden tarafından yapılabilmesinden de anlaşılmaktadır. Çünkü pay senetlerini ciro ve teslimle devralana devretmiş ve artık pay senetleri elinde bulunmayan devreden, bildirimde şirkete senetlerin aslını nasıl ve ne suretle ibraz edeceği sorusuna makul bir cevap verilmesi mümkün değildir.

66. Bu bakımdan kıymetli evrakla ilgili genel hüküm mahiyetindeki TTK m. 645 ve 646 düzenlemesi, pay defterine kayıt bildirimlerinde senetlerin asıllarının ibrazının zorunlu olduğuna delil olarak gösterilemez.

67. Ayrıca senet üzerindeki hakkın devrini, *senedin zilyetliğinin* devri ile -yani *senedin teslimsiz devri suretiyle dahi-* yapılabileceğini öngören yasal bir sistemde¹¹⁴, pay sahibinin pay sahipliği sıfatına dayalı yaptığı bir bildirimde senedin aslının ibrazının aranması hukuken abestir. Bir anonim şirket, pay defterine kayıt bildirimini aldıktan sonra eğer başvuruda eksiklikler görüyorsa bunların giderilmesini talep edecek, bu talepler yerine getirilmediği takdirde pay defterine kayıt talebini reddedecektir. Aksi takdirde, bir kayıt bildirimini yasal şartları taşıyorsa şirketin devri pay defterine kaydetmesi zorunludur.

2. Hamdi Akın İpek Tarafından İmzalanmış İzin Belgesi Pay Mülkiyetinin Geçişini Sağlar Niteliktedir.

68. Hamdi Akın İpek tarafından imzalanmış İzin Belgesinin mahiyeti ile ilgili olarak Bozbel İlk Mütalâasında esasen ayrıntılı açıklama yapmış idim. Oradaki görüşlerimi aynen koruyorum. Söz konusu İzin Belgesinin bir yönetim kurulu kararı olmadığını, şirket ortak ve

¹¹³ Nitekim Yüksek Mahkeme (eTK döneminde verilmiş) bir kararında, pay senetlerinin devrinin yapıldığını noter aracılığıyla şirkete bildiren devralanın, imzaların noter onaylı olmadığı gerekçesiyle pay defterine kaydından kaçınılamayacağına karar vermiştir, Yargıtay 11. HD., 8.10.1993, E. 1993/6626, K. 1993/6317 (Naklen: **Narbay**, Pay Defteri, s. 252, dipnot 74).

¹¹⁴ Bilindiği üzere eşyanın zilyetliğinin devren iktisabı iki şekilde gerçekleşebilir. Buna göre zilyetlik ya fiili teslimle ya da teslimsiz devir şekillerinden birisi vasıtasıyla devredilebilir. Anonim ortaklıkların çıkarmış oldukları pay senetlerinin devri hususunda da aynı esaslar geçerlidir. Pay senedi, fiili teslim veya zilyetliğin teslimsiz devir şekillerinden kısa elden teslim, hükmen teslim yahut zilyetliğin havalesi yollarından bir tanesi kullanılarak devredilebilir, **Sevi**, s. 210; **Kınacıoğlu**, Naci; Kıymetli Evrak Hukuku, s. 24. Bu bakımdan eTK döneminde kanunda yer alan dar “devir” sözcüğü yerine “zilyetliğin geçirilmesi” ibaresi TTK’da kıymetli evrak için “teslim” yerine bilinçli olarak tercih edilmiştir, **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, Kn. 1110a, 1127. Bu ibare, *zilyetliğin havalesi* (MK m. 979/2), *hükmen teslim* (MK m. 979/3) ve *kısa elden teslim* (*brevi manu traditio*, MK m. 977) gibi diğer teslimsiz devirleri de kapsar.

yöneticilerinin iradesini teyit ve tevsik eden bir belge niteliğinde olduğunu belirtmiş idim¹¹⁵. Buna rağmen Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yanıltıcı beyanlarda bulunulmuştur¹¹⁶.

69. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasındaki iddialar tekrarlanmış, ve (i) Hamdi Akın İpek tarafından imzalanmış olan İzin Belgesinin TTK m. 492 vd. hükümlerinde düzenlenen “onay” işlemi bakımından hiçbir hukuki değerinin olmadığı¹¹⁷, (ii) zira TTK m. 492 vd. kapsamındaki onay ve pay defterine kayıt işleminin, yalnızca bir “*yönetim kurulu kararı*” ile olacağı, yönetim kurulunun çalışma usulleri arasında “karar” dışında “yazılı izin” gibi bir kural/işlem/yöntem olmadığı¹¹⁸, (iii) TTK m. 390/2 uyarınca Türk hukukunda bir yönetim kurulu üyesinin yapılmakta olan bir toplantıya kendisinin yerine vekil göndermesi yahut başka üyeleri temsilen oy vermesinin mümkün olmadığı¹¹⁹, (iv) İpek ailesi üyelerinin 31 Ağustos 2015 tarihinden sonra KİH’e ihtarnameler göndererek pay sahipliği haklarını talep etmelerinin, bizatihi aile üyelerinin herhangi bir pay devrinin varlığından ve devir işleminin “izin belgesi” formunda bir yazılı izinle onaylandığından haberdar olmadıkları anlamına geldiğini¹²⁰ ve bunun pay devirlerinin muvazaalı olduğu görüşünü güçlendirdiği¹²¹, (v) IIL’nin KİH Yönetim Kurulundan KİH hisselerinin IIL’ye devrine onay talep ettiği 23 Aralık 2016 tarihli mektubun, İzin Belgesinin hukuki niteliğine bakılmaksızın, KİH Yönetim Kurulu’nun bu onayına IIL tarafından ihtiyaç duyulduğunu gösterdiğini¹²², (vi) aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahiplerinin pay devrine katılmış olmasının da, ilke olarak, pay devri onayı için bir yönetim kurulu kararı alınması gerektiği gerçeğini değiştirmeyeceği iddiasında bulunulmuştur¹²³.

¹¹⁵ Bozbel İlk Mütalâası, para. 78.

¹¹⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 19, 51 ve 54. Şunu da belirtmek isterim ki, Türk hukukunda karar alınmasını gerektiren konularda yönetim kurulunun karar alabilmesi için TTK m. 390’da önerinin yazılı olarak kabulü ve toplantı usulü olmak üzere iki tür karar alma usulü öngörülmüştür. Yönetim kurulunun önerinin yazılı olarak kabulü usulü ile karar alması TTK m. 390/4’te düzenlenmiştir. Önerinin yazılı olarak kabulü usulü, üyelerden birisinin yazılı olarak yaptığı öneriye diğer üyelerin yazılı onayı alınarak yönetim kurulu toplantısı dışında karar alınmasıdır. Öğretide; önerinin yazılı olarak kabulü usulü için “elden dolaştırma yoluyla karar”, “yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alması” ifadeleri de kullanılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca **Kırca**, İsmail / **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar; Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara 2013, s. 480, bkz. **Çoştan**, Hülya; Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATIDER 2012, C. 28, S. 3, s. 155 vd.

¹¹⁷ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 50.

¹¹⁸ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 51.

¹¹⁹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 54.

¹²⁰ Kendigelen/Paslı bir tarafta “*bizatihi aile üyelerinin herhangi bir pay devrinin varlığından haberdar olmadıklarını*” iddia etmekte, diğer taraftan bunun “*pay devirlerinin muvazaalı olduğu görüşünü güçlendirdiğini*” belirterek çelişkili bir beyanda bulunmaktadır. Bilindiği üzere muvazaa için sözleşmenin taraflarının sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması konusunda tarafların anlaşmaları, yani taraflar arasında bir muvazaa anlaşması olması gerekir. Pay devirlerinin “*varlığından dahi haberdar olmayan*” KİH’in ortaklarının, nasıl, ne zaman ve ne suretle muvazaa anlaşması yapmış oldukları sorusu cevapsız kalmaktadır.

¹²¹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 57.

¹²² Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 51.

¹²³ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 54.

70. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında konuyla ilgili ileri sürülen iddiaların değerlendirmesine geçmeden önce yanlış anlaşılmaya mahal vermemek için bir kez daha altını çizmek isterim ki, **somut olayda KİH esas sözleşme m. 6'da yer alan pay devir sınırlaması tamamen geçersiz hale gelmiş olduğundan, payların mülkiyetinin geçişi ciro ve senetlerin teslimiyle tamamlanmıştır. Bu bakımdan şirketin onayının alınmasına gerek yoktur**, bir başka söyleyişle İzin Belgesinin mahiyeti (yani, bunun bir yönetim kurulu kararı olup olmadığı) yahut yönetim kurulunun onayının gerekip gerekmediği gibi sorular anlamını yitirmektedir. Ancak faraza böyle olmasaydı bile somut olayda varacağım bu sonuç aşağıda açıklandığı üzere değişmemektedir.
71. Bir defa yönetim kurulu, bu kararın alınmasını pekâlâ üyelerden birisine bırakabilir. Yasal olarak buna bir engel bulunmamaktadır, zira pay devrine onay kararı TTK m. 375 uyarınca yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasında değildir. Ayrıca KİH esas sözleşme m. 6 incelendiğinde, bu hükmün şirketin onayının taraflar arasında *tasarruf işlemi gerçekleştirilmeden önce* verilmesine ilişkin olduğu ve bu iznin de tasarruf işleminden önce verildiği görülmektedir. Nitekim Akın İpek, Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nin ("TTSG") 21 Mayıs 2014 tarih ve 8573 sayılı nüshasının 6. sayfasında ilan edilen KİH yönetim kurulu kararından da anlaşılacağı üzere, söz konusu onay belgesinin verilmesini de kapsayacak şekilde KİH'i en geniş manada temsil ve ilzama yetkilidir. Bu bakımdan İzin Belgesi incelendiğinde, bunun hisse devir sözleşmesinden sonra ama hisse senetlerinin devrinden önce verilmiş bir "onay" mahiyetinde olduğu sonucuna vardım. Bu halde tasarruf işleminin yapılması ile birlikte payların mülkiyeti ve paydan doğan tüm haklar devralana geçmiştir¹²⁴. Mülkiyetin bu şekilde İL'ye devrinin ardından, pay defterine kayıt talebinde bulunulması üzerine KİH'in pay defterine yazım talebini reddetmesi hukuken mümkün değildir. Zira ortada KİH'in pay defterine yazılma istemini reddetmesini gerektirecek bir hukuki neden bulunmamaktadır.
72. İkinci olarak şirket ortak ve yöneticilerinin tamamının aynı olduğu bir devir işleminde, sanki şirket tüzel kişiliğinin bu ortak iradede bağımsız ve farklı bir iradesi varmış gibi bir yaklaşım şekilciliktir. Olayımızda devreden de devralan da yönetim kurulu üyeleri olduğuna göre yönetim kurulu üyelerinin nama yazılı pay senedinin usulüne uygun devredildiğini bilmeme imkanları bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay ve öğreti, payın devri sözleşmesine bütün ortakların katılması durumunda, muvafakatin bulunmadığının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği sonucuna varmıştır¹²⁵.

¹²⁴ Aynı yönde, Uzel, s. 67.

¹²⁵ Gerçekten de öğretilde iki ortaklı limited şirkette kararı alan iki ortakdan başka ortak bulunmadığından, alınan bu kararın genel kurul kararı olarak alındığının kabul edilmesinde bir engel olmadığı belirtilir. Çünkü iki ortak dışında bu kararı onaylayacak ayrı bir genel kurul bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla bunun gibi bazı durumlarda, örneğin payın devri sözleşmesine bütün ortaklar katılmışlarsa genel kuruldaki onay kararı alınmasına

73. Üçüncüsü, bir an için söz konusu İzin Belgesinin Kendigelen/Paslı'nın iddia ettiği gibi pay devrine onay kararını içermediğini kabul etsek dahi *-ki olayımızda pay senetlerinin mülkiyetinin geçişi tamamlanmış olduğundan esasen böyle bir aşama da gerekli değildir-*sonradan bu devre onay (icazet) verilmesi de her zaman için mümkündür. Zira bir devre *onay işlemi* de mahiyeti itibarıyla bir hukuki işlem olup¹²⁶, bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi ortada bir yetkisiz temsil varsa sonradan bu işleme onay (icazet) verilmesi her zaman için mümkündür. Onay verildiğinde ise ilgili hukuki işlem geriye dönük olarak yapıldığı tarih itibarıyla geçerlilik kazanır. Nitekim yetkisiz temsille ilgili Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu sonucu desteklemektedir:

74. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2013/17089 K. 2014/773 T. 15.1.2014

“Dava, sözleşmeye dayalı cezai şart alacağına ilişkindir. Davacı tarafça, anılan sözleşmeyi davalı şirket adına imzalayan dava dışı kişinin davalı şirket temsilcisi olduğu ileri sürülmesine karşılık, davalı tarafça adı geçen kişinin şirketi temsile yetkili olmadığı savunulmuştur. Davacı tarafça, davalı şirket yetkilisi olarak bildirilen kişi ise mahkemece alınan beyanında, davalı şirketin ortağı olduğunu ve davaya konu sözleşmeyi davalı şirket adına imzaladığını beyan etmiştir. Uyuşmazlık konusu sözleşme, dava dışı kişi tarafından da benimsendiğine göre, bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, davalı şirkete ait ticaret sicil dosyası celbedilerek sözleşme tarihinde temsilci olduğu ileri sürülen kişinin davalı şirketi temsil yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitiyle temsil yetkisinin bulunmaması halinde, bu kez de davacı taraftan davalı şirketin sözleşmeyi benimsediğine dair yani 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 38. maddesi hükmü uyarınca davalı şirketin icazetinin varlığı hususunda delillerini sormak ve sonucuna göre karar vermek gerekir.”¹²⁷

gerek olmayabilir (Şener, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 307-308). Aynı yönde Yargıtay 11. HD. E. 204/14676, K. 205/409, T. 15.01.2015. tarihli kararı.

¹²⁶ Uzel, 46, dipnot 55. Belirteyim ki, bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi devre onayın önceden, yani taraflar arasında tasarruf işlemi (hisse senetlerinin ciro ve teslimi) öncesinde verilmesi de mümkün olduğundan, onaya tabi pay senetlerinin devrinde de -olayımızda olduğu gibi- tasarruf işleminin yapılması ile birlikte, payın mülkiyeti ve paydan doğan tüm haklar devralana geçecektir, Uzel, s. 59. Huzurdaki olayda bir an için pay mülkiyetinin geçişinde devre onay aşamasının aranacağı iddiası kabul edilse dahi şirketin devre onayının tasarruf işlemi öncesinde mevcut olduğu çok açıktır, bu nedenle devre onay önceden var olduğu için bu halde dahi payların mülkiyetinin ciro ve teslimle İLL'ye geçtiğinin kabulü zorunludur. Ancak TTK m. 499/4 uyarınca şirketle ilişkilerde pay defterinde devralan kimseler kayıtlı olmadıkları için şirkete karşı pay sahibi olarak devredenler muhatap alınacaktır.

¹²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2013/17089 K. 2014/773 T. 15.1.2014; Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2011/8772 K. 2011/8805 T. 30.6.2011 ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1993/15-860 K. 1994/181 T. 30.3.1994

75. Somut olaydaki paylarını devreden yöneticilerin davranışlarından, *-böyle olmamakla birlikte bir an için bu pay devrine yazılı onay vermedikleri kabul edilse bile-* bu devre icazet verdikleri sonucuna rahatlıkla varılabilir. Pay devrinin gerçekleşmesinden sonra payını devreden hiçbir ortağın bu devre itiraz etmemesi, aksine tüm ortaklar tarafından Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2017/202 Esas sayılı dava dosyasına sunulan cevap dilekçesinin 21. ve devamı sayfalarında söz konusu hisse devrinin tüm aşamalarının iradeleri ve bilgileri doğrultusunda, hukuka uygun bir biçimde gerçekleştiğini beyan etmeleri bu devre açıkça onay verdiklerini gösterir. Zira yönetim kurulunun bir işlemin onay ya da redde yönelik beyanını nasıl açıklayacağına dair kanunda herhangi bir şekil şartı yer almamaktadır, bu nedenle beyanın yazılı veya sözlü ya da açık veya zımni olarak verilmesi mümkündür¹²⁸.

76. Ayrıca KİH'in yönetim kurulunun hem izin verip, sonradan da bu izni vermediğini iddia etmesi ve kaçış kloxuna başvurusu mümkün değildir; bu durum yukarıda açıkladığım üzere hem dürüstlük kuralına (çelişkili davranma yasağına) hem de onay işleminin hukuki niteliğine¹²⁹ aykırı olacaktır. Yine Bozbel İlk Mütalâasında izah ettiğim üzere İzin Belgesinin verildiği tarihte¹³⁰ TTK m. 393 uyarınca KİH'in yönetim kurulu üyeleri Kendigelen/Paslı tarafından iddia edildiği gibi atanan kayımlardan oluşmuyordu. KİH'in hissedarlarından oluşuyordu. Bu nedenle olayımızda, pay devrine onay kararının alınacağı bir yönetim kurulu toplantısında pekâlâ TTK m. 393'teki müzakereye katılma yasağı gündeme gelebilecektir. Payını devreden bir yönetim kurulu üyesinin, bu devre onay verilen yönetim kurulu toplantısına TTK m. 393 nedeniyle katılamayacağı görüşündeyim, çünkü devrin esas sözleşmede (olayımızdaki geçersiz) yazılı sınırlamanın kapsamına girip girmediği hususunun müzakeresi, şirket dışı kişisel menfaat sayılmalıdır¹³¹.

¹²⁸ Uzel, s. 56. Ancak belirtiyim ki, kanun koyucu TTK m. 494/3 maddesinde şirketin üç aylık süre içinde kendisine yapılan onay bildirimini reddetmemesine bir sonuç bağlamış ve devre onay vermiş sayılacağı hükmünü getirmiştir.

¹²⁹ Yönetim kurulunun pay devrine onayı kararı, yenilik doğurucu bir işlem niteliğinde olduğundan, bu kararın geri alınması söz konusu olmaz, eğer bir hata ya da yanıltma nedeniyle pay defterine kayıt söz konusu ise o halde TTK m. 500 uyarınca yönetim kurulu ancak kaydın silinmesine karar verebilir, bkz. Uzel, s. 55.

¹³⁰ Bu tespit, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında (para. 53) "23.12.2016 tarihinde KİH yönetim kurulu PDS ile hiçbir ilişkisi bulunmayan, TMSF tarafından atanmış Müminhan Bilgin, İsmail Güler, Hüseyin Karaahmetoğlu, Hamza, İbrahim Uslu, Nevzat Demiröz, Salih Ünal isimli kişilerden" oluştuğundan bahisle "İİL tarafından 23.12.2016 tarihinde KİH'e iddia olunan pay devir onayı için başvuru yapılması, bu başvurunun muhatabının paylarını devreden İpek ailesi üyeleri olmaması, tek başına TTK m. 393'teki müzakerelere katılma yasağının olayda uygulama alanı bulmayacağını" gösterdiği görüşünün isabetsizliğini ortaya koymaktadır. Söz konusu 23 Aralık 2016 tarihli yazı pay defterine kayıt bildirimini niteliğindedir. Tekrar belirtmek gerekir ki pay defterine kayıt istemi ile onay ve tanınma istemleri farklı iki istemdir. Pay defterine kayıt işlemi, ortaklığın vereceği onay ve tanınma kararı sonrasında gerçekleştirilebilecek bir işlemdir. Uygulamada bu istemlerin bazen birlikte yapılıyor olması bu istemlerin aynı olduğu anlamına gelmez (bkz. Uzel, s. 86).

¹³¹ Aynı yönde Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 496; Yargıtay 11. HD., 15.10.1984, E. 4638, K. 4740 (Kazancı İçtihat).

77. Son olarak, IIL'nin 23 Aralık 2016 tarihli ihtarnamede KİH hisselerinin IIL'ye devri için KİH Yönetim Kurulunun onayını isteyip istemediğinin tartışılması anlamsızdır. Yukarıda izah ettiğim üzere, KİH esas sözleşmesinin 6. maddesinde bulunan bağlam hükmü, YürK. m. 28/7 hükmü ile geçersiz kılınmıştır ve bu sebeple, hukuken herhangi bir onaya gerek yoktur (keza, onayın zaten verildiği yukarıda izah edilmişti). İhtarname ve SPA üzerindeki incelemelerimden ihtarnamenin söz konusu bölümünün SPA'nın ilgili bölümünün bir yansıması olduğunu anlıyorum: KİH'in yükümlülüklerinin açıklandığı SPA'nın 5.2. numaralı maddesi 23 Aralık 2016 tarihli ihtarnameye yansıtılmıştır. Bu nedenle, 23 Aralık 2016 tarihli ihtarname aslında pay defterine kayıt istemiyle ilgili olup KİH'in bu ihtarnameyi alması üzerine yönetim kurulu kararı olarak hisse devrini talep edildiği şekilde şirket pay defterine kaydetmesi beklenirdi. İhtarnamede belirtilen yönetim kurulu kararı hisse devrinin pay defterine kaydı için alınabilirdi.

V. SPA muvazaalı değildir.

78. Kendigelen/Paslı'nın iddialarından birisi de pay devir sözleşmesinin muvazaalı olduğudur. Bu iddiaları Bozbel İlk Mütalâasında cevaplamıştım¹³², tekrardan kaçınmak için bu bağlamda Bozbel İlk Mütalâasına atıf yapıyorum. Fakat gerek Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında gerekse de Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, Bozbel İlk Mütalâasındaki açıklamalara rağmen soyut muvazaa iddialar sürdürülmüştür. Bu nedenle aşağıdaki açıklamaları sunmaktayım. **Ancak, yukarıda da izah ettiğim üzere, borçlandırıcı işlem olan SPA'nın İngiliz Hukukuna tabi olması nedeniyle, bu SPA'nın - muvazaa dahil - geçerliliğinin de İngiliz Hukukuna göre değerlendirilmesi gerekir.** SPA'nın muvazaalı olup olmadığına ilişkin tüm açıklamalarımın, Kendigelen/Paslı'nın muvazaa iddialarına cevap verme amacıyla, tasarruf işlemi olan pay devri yönünden ve bununla sınırlı olmak üzere, yalnızca Türk Hukukuna göre yapıldığını belirtmek isterim.

1. Uyumsuzluk konusu olayda muvazaa şartları oluşmamıştır.

79. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, SPA'ya ve KİH hisselerinin IIL'ye devrine (yani, KİH hisselerinin tasarrufuna) yönelik muvazaa iddiasının hangi gerekçelerle öne sürüldüğü belirtilmemektedir. Türk hukukuna göre bir tasarruf işleminin geçerliliği muvazaa gerekçesiyle yetkili bir merci tarafından geçersiz kılınmadıkça devam eder. Bu nedenle, muvazaalı olduğu iddia edilen bir tasarruf işlemi, hisse devrinin geçersizliğinin tespiti talep etmeye yeterli ehliyeti olan bir hak sahibi tarafından açılan bir davanın Türk mahkemesi tarafından kesinleşmesine kadar yürürlükte kalır¹³³. Hak sahibinin yeterli ehliyeti de ancak

¹³² Bozbel İlk Mütalâası, para. 141 vd.

¹³³ Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2017/202 Esas ve 2018/564 Karar ve 11 Temmuz 2018 tarihli kararında SPA'nın "Yokluğunun Tespitine" hükmetmişse de bu karar henüz kesinleşmemiştir. Ayrıca Mahkemenin kararının hukuken doğru olmadığını Bozbel İlk Mütalâasında ayrıntılı olarak açıklamıştım, ilgili yerlere atıf yapmakla

sözleşmede doğrudan veya dolaylı bir çıkarı varsa olabilir. Üçüncü bir şahıs, ki Davalı SPA'ya nazaran Kendigelen/Paslı'nın da kabulünde olduğu üzere üçüncü kişi konumundadır, çıkarı olmadan muvazaalı olduğu iddiasıyla bir sözleşmenin ya da işlemin geçersizliğine yönelik dava açamaz¹³⁴.

80. Buna göre, IIL ile yapılan SPA ve hisse devirleri, yeterli ehliyeti olan üçüncü bir şahıs tarafından öne sürülen bir muvazaa iddiası sonucunda geçersiz olduğu tespiti yapılmadıkça geçerli kalır. Davalı muvazaa nedeniyle tasarrufların geçerliliğine itiraz etme yeterliliğine sahip olduğunu ya da tasarrufların yetkili bir merci tarafından geçersizliğinin tespit edilmiş olduğunu ispatlamış değildir. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası bu koşulların sağlanmadığını görmezden gelmektedir. Bundan dolayı mevcut davada Davalı, devirlerin geçerliliğine itiraz etme yeterliliğine sahip bir taraf değildir.

81. Bozbel İlk Mütalâasında Türk Borçlar Kanunu m. 19'a göre muvazaa şartlarını açıklamıştı¹³⁵. Türk Borçlar Kanunu m. 19'a belirtildiği üzere *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."*. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası muvazaa için gerekli bu şartlar ve bu şartların nasıl yerine geldiği hususunda bir görüş beyan etmemiş ve yorum yapmamış, bunun yerine iddia edilen bazı vakialardan yola çıkarak SPA'nın muvazaalı olduğunu söylemekle yetinmişlerdir. Oysa Türk hukukuna göre bir işlemin muvazaalı olabilmesi için sözleşmenin yasal bir sonucu olmayacağı veya ilgili sözleşmede belirtilenden farklı bir sonucu olacağı konusunda tarafların niyet birliği içinde olmaları gerekir¹³⁶.

82. Dava konusu SPA'da, görünen yasal sonuçla tarafların niyeti arasında bir farklılık bulunmamaktadır: taraflar hisselerin mülkiyetinin ilgili satıcıdan IIL'ye geçmesini istemişler,

yetiniyorum (bkz. Bozbel İlk Mütalâası, para. 106 vd.). Bundan öte Davacı avukatı tarafından verilen bilgiye göre ICSID Hakem Heyeti'nin SPA'ya ilişkin muvazaa iddiaları bakımından kendisinin münhasır yetkisi olduğuna ilişkin karar verdiğini anlıyorum.

¹³⁴ **Özkaya**, Eraslan; İnanglı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2017, Seçkin Yayıncılık, s. 218-219. Bu kapsamda Türk mahkemelerinin kararları son derece açıktır. Örneğin, Yargıtay şöyle demiştir: *"Kural olarak muvazaa sebebiyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3. kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. 3.kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa sebebiyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. [...] Somut olayda davacının danışıklı işlemde bulunduğunu iddia ettiği davalı ...'dan bir alacağı bulunmadığından (davacı, davalı ... aleyhine açtığı nafaka davasından feragat etmiş olduğundan) eldeki davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetli görülmemiştir"*, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2014/6331 K. 2016/1184 T. 2.2.2016.

¹³⁵ Bozbel İlk Mütalâası, para. 32-33.

¹³⁶ **Özkaya**, s. 184; **Demirkol**, Berk; Muvazaa ile Muvazaaya Benzer Kurumlar ve Senetle İspat Kurallarının Bu Kurumlardaki Uygulanması, Prof. Dr. Sarper Süzer'e Armağan III, İstanbul 2011, s. 3011 vd.

sözleşmelerin de sonucu bu olmuştur. Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim üzere sözleşmelerin açık yasal sonucu hisselerin devredilmesidir. Yine Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim üzere, muvazaa iki şekilde olabilir: mutlak muvazaa veya nispi (nitelikli) muvazaa. Mutlak muvazaa olabilmesi için tarafların SPA'nın herhangi yasal bir sonuç doğurmayacağına ilişkin anlaşmış olması gerekir. Nispi muvazaa olabilmesi için ise SPA'da belirtilenden farklı yasal etkiler olacağı konusunda taraflar arasında ayrı bir sözleşme olmalıdır¹³⁷.

83. Kendigelen/Paslı dava konusu SPA'nın mutlak ya da nispi muvazaalı olup olmadığını belirtmemiştir. Mutlak muvazaanın olmadığı tartışmasıdır, çünkü SPA'nın yasal sonucu KİH'deki hisselerin IIL'ye devri olmuştur. Şu ana kadar da taraflar arasındaki nispi bir muvazaanın kanıtı olabilecek, taraflarca yapılmış SPA'da belirtilenden farklı yasal etkiler doğuracak ayrı bir anlaşma görmüş değilim.

84. Ayrıca bir sözleşmenin muvazaa nedeniyle iptal edilebilmesi için muvazaanın ispat edilmesi şarttır.¹³⁸ Muvazaa iddiasında bulunan kişi Türk Medeni Kanunu m. 6'ya göre ispatla yükümlüdür.¹³⁹ Bu da muvazaa şartlarından her birini karşılayacak kanıt sunmasını gerektirir, ki bu yüksek bir eştir¹⁴⁰. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, SPA bağlamında bu eşiği geçememektedir. Kendigelen/Paslı şartların her bir unsurunu göz önünde bulundurmadan SPA'nın muvazaalı olduğu varsayımıyla hareket etmektedirler. Daha sonra da vardıkları sonuçları bu muvazaa varsayımına dayandırmaktadırlar.

85. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında ayrıca İzin Belgesinin, (payları devralan, üstelik kontrolü de aynı kişilerde bulunan) IIL tarafından SPA'daki yükümlülükler yerine getirilmediği hâlde, KİH adına devrin kabul edilmesi gibi oldukça çelişkili bir durum yarattığı ileri sürülmüştür¹⁴¹. Devredenler ve devralanın sahipleri aynı kişiler olduğundan esasen burada bir menfaat çatışması yahut şirketin menfaatlerini haleldar edecek bir durum söz konusu değildir, bunu Bozbel İlk Mütalâasında açıklamıştım¹⁴². Bir an için İzin Belgesini ve SPA'yı imzalayan kişinin KİH'in menfaatine uygun bir şekilde hareket etmediği kabul edilse dahi bu durum pay devrini ya da izni kendiliğinden geçersiz kılmaz, Hamdi Akın İpek aleyhine ancak sorumluluk davası açılabilirdi. Diğer ortakların bu yönde herhangi bir

¹³⁷ **Özkaya**, s. 184. Eraslan, muvazaalı bir sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için ilgili işlemin taraflarının irade ve beyanları arasındaki uyumsuzluğu açıklayan ve asıl sözleşmenin tamamının veya bir bölümünün hüküm ifade etmeyeceğini belirten ayrı bir sözleşmenin olması gerektiğini ifade etmektedir. Asıl sözleşme, ayrıca, üçüncü şahısları aldatmak için düzenlenmiş olmalıdır.

¹³⁸ **Atamulu**, İsmail; Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, Adalet Yayınevi, s. 202-203.

¹³⁹ **Özkaya**, s. 213; Türk Medeni Kanunu, m. 3, 6, 988. Üstelik, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190(1) maddesi şöyle der: "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*" (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 190).

¹⁴⁰ **Atamulu**, s. 204.

¹⁴¹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 48.

¹⁴² Bozbel İlk Mütalâası, para. 27 vd.

itirazının olduğu bilgisi ya da ortakların sorumluluk davası açtıklarına dair tarafıma verilmiş bir belge ya da bilgi de bulunmamaktadır.

86. Kaldı ki, muvazaa iddialarının varit olduğu kabul edilse dahi pay senetlerinin mülkiyeti yine de İLL'ye geçmiştir. Zira, pay devri işlemlerinin iki unsuru vardır: borçlandırıcı işlem (yani, olayımızda SPA) ve tasarruf işlemi (yani, olayımızda mülkiyetin satıcıdan alıcıya devrini sağlayan ciro ve zilyetliğin devri). Hisse senetlerinin mülkiyetinin hisse alıcısına geçebilmesi için borçlandırıcı işlemi tasarruf eylemi izlemelidir. Bu tasarruf eyleminin gerçekleştirilme prosedürü devredilen hisse senedinin türüne bağlıdır. Hamiline yazılı hisse senetleri için tasarruf eylemi senetlerin zilyetliğinin devri olarak tanımlanırken nama yazılı hisse senetlerinde tasarruf eylemi hisselerin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devridir¹⁴³.

87. Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim üzere, hisse senedi çıkaran bir Türk şirketindeki bir hisse devri Türk hukukunda genel kabul gördüğü üzere illî olmayan (mücerret) bir işlemdir; bu nedenle borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin geçersizliği birbirinden ayrılır. Bir başka deyişle Türk hukukuna göre illî olmayan işlemler bakımından borçlandırıcı bir işlemin geçersizliği tasarruf işlemini geçersiz kılmaz. Mevcut davada KİH'deki nama yazılı hisse senetleri devredilmiştir. Kendigelen/Paslı tarafından da açıkça ifade edildiği üzere anonim şirket nama yazılı hisse senetleri ise kıymetli evraktır¹⁴⁴. Buna göre, mülkiyet hukuku ilkelerinin yanında kıymetli evrak hukuku ilkeleri uygulanır. Bu da demektir ki dava konusu hisselerin devri illî değildir, bu yüzden de borçlandırıcı işlemle ilgili bir geçersizlik hisselerin devrini etkilemez. Bu tür bir devrin illî olmadığı Türk Ticaret Hukukunda hâkim görüştür¹⁴⁵.

88. Bu nedenle, olayımızdaki SPA muvazaa nedeniyle geçersiz kılınsaydı bile (*ki kılınmamıştır*) KİH hisselerinin mülkiyeti İLL'ye geçmiştir. Bunun nedeni nama yazılı hisse senetlerinin devrinin illî olmaması, tasarruf işleminin borçlandırıcı işleminden bağımsız olması ve borçlandırıcı işleminin geçerli bir şekilde yapılmış tasarruf işlemini geçersiz kılamamasıdır.

2. Devreden ortakların KİH'e ihtarnameler göndermesi onların pay devirlerinden haberdar olmadıklarını göstermez. İhtarname gönderilmesi bir muvazaa gerekçesi de olamaz.

¹⁴³ Bkz. TTK m. 489-490.

¹⁴⁴ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para 41: "*İkincisi, anonim şirket pay senetlerinin birer "kıymetli evrak" olduğu, son derece temel bir hukuk bilgisidir.*"

¹⁴⁵ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, 1113; 1113b; **Sevi**, s. 204; **Demirkapı**, Ertan; Limited Ortaklık Payının Devri, İzmir 2008, s. 198. Bu husus, Profesör Kendigelen'in önceki yazılarında da kabul edilmektedir. Profesör Kendigelen "*Çek Hukuku*" adlı kitabında "*başka ticaret senetleri gibi çekler de gerçek/ana sözleşmeden bağımsız, soyut (illiyetsiz) değerli evraklardır*" diyerek bunu kabul etmektedir. Hisse senetleri de çekler gibi soyut değerli evraklardır.

89. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, İpek ailesi üyelerinin 31 Ağustos 2015 tarihinden sonra KİH'e ihtarnameler göndererek pay sahipliği haklarını talep etmelerinin, bizatihi aile üyelerinin herhangi bir pay devrinin varlığından ve devir işleminin İzin Belgesi formunda onaylandığından haberdar olmadıkları anlamına geldiğini, bunun pay devirlerinin muvazaalı olduğu görüşlerini güçlendirdiği iddia edilmiştir¹⁴⁶.
90. Hemen belirteyim ki, devreden ortakların KİH'e ihtarname göndermeleri ve talepte bulunmaları, TTK'nın sistematığının zorunlu bir sonucudur. Zira TTK m. 499/4 *"şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi [...] olarak kabul edilir"* hükmünü amirdir. Dolayısıyla nama yazılı bir pay senedinin ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devri durumunda, devralan kişinin anonim ortaklık karşısında "pay sahibi" olarak nitelendirilebilmesi için, TTK m. 499/4'ün *"şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir"* hükmü uyarınca -kural olarak- pay defterine kaydedilmesi gerekir¹⁴⁷.
91. Bilindiği üzere pay defteri esas olarak pay sahipliğinden doğan hakların şirkete karşı kimin tarafından kullanılacağını belirlenmesi bakımından açıklık sağlar. Bu defterde yer alan kayıtlar pay sahipliği sıfatının kazanılması anlamında kurucu bir niteliğe sahip değildir. Payın geçerli bir biçimde devri ile birlikte pay sahipliği sıfatı maddi hukuk anlamında ortaklık karşısında da kazanılmış olacaktır. Bu nedenle bir kimse sırf pay defterinde yazılı olması dolayısıyla pay sahibi olmayacağı gibi, pay defterine kaydedilmemiş olmakla birlikte gerçekte payı kanunen öngörülen kurallara uygun biçimde devralmış olan kimse de, sırf kendi adına bir kayıt yapılmamış olduğu için pay sahipliği sıfatını kazanmamış sayılamayacaktır. Şöyle ki; devralan kimse devir olgusunun kanuna uygun bir surette gerçekleştiğini ispat ederek pay sahipliği sıfatını ortaklığa karşı ileri sürebilecek, ancak böyle bir iddia olmadığı sürece şirket pay defterinde ismi yer alan kimse pay sahibi gibi muamele görecektir¹⁴⁸.
92. Bu nedenle pay senetlerinin devri işlemi ile mülkiyetin geçişi tamamlanmış ise de bu devrin pay defterine işlenmemesi nedeni ile ortakların pay sahibi gibi muamele görmesi hukuken mümkün değildir; **payların mülkiyeti İLL'ye geçmiş olsa da şirkete karşı pay sahipliğinden doğan hakları KİH'in pay defterinde kayıtlı olan eski ortaklar kullanabilir. Bu bakımdan**

¹⁴⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 57.

¹⁴⁷ **Narbay**, Şafak; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri, EÜHFD 2012, s. 216.

¹⁴⁸ **Çonkar**, s. 226, 232. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (bölünme teorisinin kabul edildiği kanun döneminde) verdiği bir kararında *"... kabili iptal veya tamamen batıl bir devir muamelesi sonucu pay defterine kaydolmuş kimse şirkete karşı bilcümle hissedarlık haklarını istimalde ehil olur. Kaydın terkinine kadar bu böyledir. Devir tarafları arasındaki hukuki muamelenin mahiyeti ve muhtevası ve sıhhati bu neticeyi etkilemez"* ve *"Pay defterine kayıtlı olmayan (olan olmalı) kimse gerçek hissedar olmasa dahi, gerçekten hissedar olan, fakat pay defterine kayıtlı bulunmayan kimseyi hissedarlık haklarının istimalinden mahrum eder"* şeklinde görüş bildirmiştir, (**Çonkar**, s. 219)

ihhtarname gönderilmesi, genel kurul yapılmasının talep edilmesi ve kâr payı ödenmesi gibi talepler, şirket nezdinde, TTK'ye uygun olarak pay defterinde hala pay sahibi olarak görünen devreden kişilerce kullanılmıştır.

93. Ayrıca, şirkete ihtarname gönderilmesi, genel kurulun toplanması talebi gibi hususlar, devredenlerle IIL arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir ve devredenlerin, IIL'nin ortakları olmaları da dikkate alındığında IIL'nin bu hususa onayının olduğu kabul edilmelidir.

VI. SPA TTK madde 380'e aykırı değildir.

94. Kendigelen/Paslı İlk Mütalâasında olduğu¹⁴⁹ gibi Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında da¹⁵⁰ SPA'da KİH için öngörülen yükümlülüklerin (SPA m. 5.2 ve 6.2.2) TTK m. 380 hükmünü ihlal edeceği belirtilmektedir. Kendigelen/Paslı'ya göre SPA m. 5.2. ve 6.2.2. hükümleri uyarınca KİH'in pay devrine onay vermeye, yöneticilerinin ise istifa etmeye zorlanması, aksi hâlde KİH'in payların piyasa değeri kadar tazminat ödemeye mahkûm edilmesi, Hamdi Akın İpek'in bu sözleşmeyi KİH adına imzalarken hiçbir surette KİH'in menfaatini gözetmediğini, KİH'i temsil yetkisini kötüye kullandığını göstermektedir¹⁵¹.
95. Bu noktada Bozbel ilk Mütalâasında yer alan beyanlarımı tekrar ediyorum¹⁵². Ancak konunun aydınlatılması bakımından aşağıdaki açıklamaların faydalı olacağını düşünüyorum.
96. SPA'nın söz konusu bu maddelerinde şirket KİH, alıcı IIL, ve satıcılar ise İpek ailesi üyeleridir. Hamdi Akın İpek'in KİH'i temsilen böyle bir taahhütte bulunmasının mümkün olduğunu gerekçeleriyle Bozbel İlk Mütalâasında açıklamıştım¹⁵³, aşağıda özetlemekle yetineceğim. Hamdi Akın İpek bu ve benzeri konularda genel kurul tarafından tam yetkili kılınmıştır. TTSG'nin 21 Mayıs 2014 tarih ve 8573 sayılı nüshasının 6. sayfasında ilan edilen KİH yönetim kurulu kararında, Hamdi Akın İpek yönetim kurulu başkanlığına getirilmiş ve bu konuda yetkilendirilmiştir.
97. SPA'daki bu hükümler, satıma konu paylar KİH'e ait olduğunda ve KİH'e birtakım yükümlülükler yüklediğinden *-uygulamada çoğunlukla yapıldığı gibi-* konulmuştur. SPA m. 6.2.2'de ise m. 5.2.'nin yaptırımı düzenlenmiştir. Bu suretle SPA m. 6.2.2.'de, m. 5.2'de sayılan işlemlerin herhangi bir nedenle KİH tarafından yerine getirilmemesi halinde, IIL'nin KİH'den "tazminat" isteyebileceği ve bu "tazminatın" miktarının ise "payların rayiç piyasa değeri" olacağı kabul edilmiştir. "Tazminatın" bu şekilde kararlaştırılmasının altında yatan sebep ise KİH'in ileride pay devri işlemini haksız olarak pay defterine kaydetmekten

¹⁴⁹ Kendigelen/Paslı İlk Mütalâası, para. 68.

¹⁵⁰ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 78 vd.

¹⁵¹ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 74 ve 75.

¹⁵² Bozbel İlk Mütalâası, para. 43 vd.

¹⁵³ Bozbel İlk Mütalâası, para. 23 vd.

kaçınmasının önüne geçmektir. Zira TTK döneminden önce esas sözleşmesinde bağlam olan şirket paylarının devrinde büyük sorunlar çıkmakta, şirket hiçbir gerekçe göstermeksizin pay devrine onay vermemekte ve pay defterine kaydetmemekteydi. İşte bu şekilde keyfi reddetmelerin önüne geçmek maksadıyla pay satım sözleşmelerinde genellikle payların rayiç piyasa değerine tekabül eden bedeller “tazminat” olarak kararlaştırılmaktadır.

98. Söz konusu bu hükümler, Bozbel İlk Mütalâasında ayrıntılı açıkladığım üzere TTK m. 380’e (finansal yardımla ilgili hükme) aykırı da değildir¹⁵⁴. “Kanuna karşı hile” başlığını taşıyan TTK m. 380 uyarınca “*şirketin kendi paylarını iktisap etmek maksadıyla finansal destek yasağı*” tanzim edilmiştir. TTK m. 380/1’de şirketin, kendi paylarının iktisabı amacıyla başkasıyla yaptığı konusu “**avans, ödünç ve teminat**” olan işlemlerin bâtil olduğu hüküm altına alınmıştır.
99. Bir işlemde finansal destek verme yasağının varlığından bahsedebilmek için TTK m. 380/1’in lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere verilen finansal desteğin aslında anonim şirket paylarının iktisap edilmesi amacına yönelmesi gerekir. Somut olayda, şirket kendi hisselerini satın almamıştır. Aksine, şirket hisse devri SPA’ya uygun bir şekilde devredilmezse alıcının zararlarını karşılamayı kabul etmiştir. Buna benzer *break fee* anlaşmalarının kanun kapsamında finansal destek teşkil etmeyeceği gayet açıktır. SPA m. 6.2.2.’de, SPA m. 5.2.’de belirtilen işlemler KİH tarafından yapılmadığı takdirde, payların rayiç bedeli kadar “tazminat” ödeneceğinin kararlaştırılması TTK m. 380 anlamında bir teminat olmayıp, bir “*break fee*” anlaşmasıdır.
100. *Break fee* anlaşmalarının TTK m. 380/1 kapsamına girmediği, TTK m. 380/1’in gerekçesinden anlaşılaacağı üzere, hükmün amacının anonim şirketin kendi paylarının iktisabına ilişkin düzenlemelerin (TTK m. 379) dolanılmasının önüne geçmek olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵. Her şeyden önce bu anlaşmaları teminat olarak değerlendirmek güçtür. Zira bu anlaşmalar pay iktisap bedelinin sağlanmasına yardımcı olmayı değil, işlemin gerçekleşmemesi halinde karşı tarafın zararlarının karşılanmasını amaçlar. Ayrıca *break fee* anlaşmasının niteliği gereği şirket, ancak iktisap işlemi gerçekleşmediğinde ödeme yapacaktır. Dolayısıyla burada iktisap işlemi ile finansal destek arasında işlevsel bağlantı bulunmamaktadır. KİH tarafından yapılacak ödeme payların iktisap edilmesine değil, edilmemesine bağlı olduğundan, TTK m. 380/1’de aranan şart bu işlemlerde

¹⁵⁴ Bozbel İlk Mütalâası, para. 43 vd.

¹⁵⁵ **Gürel**, Murat; Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 Sayılı TTK m. 380), Ankara 2014, s. 155vd.; **Arıcı**, Fatih / **Veziroğlu**, Cem; Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, İstanbul, 2018, s. 45-46. *Break fee* anlaşmalarının TTK m. 380 hükmünün mehzı olan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 71a (§ 71a AktG) hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceği, zira *break fee* anlaşmasının ancak devrin gerçekleşmemesi halinde devreye gireceği ve bu nedenle bir “finansal destek” söz konusu olmayacağı Alman hukukunda da kabul edilir, bkz. **Rieckers**, in Meyer-Spranberg/Jäckle, Beck’sches M & A Handbuch, München 2017, § 23 Kn. 107, s. 436, 437.

gerçekleşmeyecektir. Bu bakımdan **Kendigelen/Paslı**’nın mütalâalarında belirtilen, *break fee* anlaşmalarının TTK m. 380 kapsamında görülmesi gerektiği yönündeki görüşlerine katılma olanağı bulunmamaktadır.

101. Kendigelen/Paslı tarafından eğer pay devri gerçekleşmez ise zarara uğrayacak olan tek tarafın KİH olacağı, İpek ailesinin KİH’teki pay sahipliklerini koruyacağı, aynı zamanda KİH kaynaklarından bu payların değeri kadar bir bedeli de elde edeceklerini, IIL payları da çıkarılmadığından KİH malvarlığının hiçbir karşılık olmaksızın fiilen bu tazminat aracılığıyla IIL’ye devredileceği iddia edilmektedir¹⁵⁶. Hemen belirtiyim ki, tarafıma verilen bilgiye göre IIL tarafından paylar çıkarılmıştır, dolayısıyla bu iddia doğru değildir. İkincisi, yukarıda açıkladığım üzere devredenler ve devralan şirketin hissedarları aynı kişiler olduğu ve iki şirkette de aynı oranda hissedar oldukları için böyle bir pay devrinin gerçekleşmeme ihtimali bulunmamaktadır.

102. Nihayet belirtiyim ki, TTK m. 380 düzenlemesine bir aykırılık söz konusu olsa bile bu durum, SPA’nın tamamını geçersiz kılmayacak, sadece sözleşmedeki ilgili hükmün 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 27/2 kapsamında geçersiz kabul edilmesini gerektirecektir.

VII. 686 sayılı KHK m. 4 hükmü hukukun temel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve AYM’nin içtihatlarına açıkça aykırıdır.

103. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, benim Bozbel İlk Mütalâasında 686 sayılı KHK m. 4’ün Türk hukukuna aykırı olduğu görüşüme ilişkin olarak aşağıdaki argümanlar sunulmuştur:

- i. Öncelikle, bu tespitin ticaret hukuku Mütalâasının sınırlarının dışında kaldığı ve
- ii. İkinci olarak, Bozbel İlk Raporunda ortaya konulanın aksine, Prof. Dr. Kendigelen’in KHK’lar yoluyla pay sahiplerinin mülkiyet haklarından mahrum bırakılmalarının Anayasaya uygunluğu konusundaki görüşünün daha önce yayınlanan görüşlerinden farklı olmadığı.

Şüpheye mahal bırakmamak adına, bu konuda da Bozbel İlk Mütalâasında ifade ettiğim görüşlerimi yineliyorum¹⁵⁷. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında öne sürülen argümanlara aşağıda sırasıyla yanıt vereceğim.

104. İlk olarak, Kendigelen/Paslı çıkarılan bazı hukuki düzenlemelerin hukukun farklı alanlarının kesişmesine yol açabileceğini bizzat kendileri ifade etmektedirler. Bu bakımdan, bir ticaret hukuku uzmanının, bu kesişen alanlarda değerlendirmeler yapmasını “*sınırları aşmak*” olarak değerlendiren ifadeyi kabul etmiyorum. Bir ticaret hukuku uzmanı, herhangi

¹⁵⁶ Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâası, para. 82

¹⁵⁷ Bozbel İlk Mütalâası, para. 95 vd.

bir hukuk alanında yapılan ve ticaret hukukunu ilgilendiren düzenlemelerin Anayasa ve Türk hukukunun temel ilkeleri ile uyum içinde olup olmadığını her zaman denetleme imkanına sahip olmalıdır. Bu yaklaşım geçmişte Prof. Dr. Kendigelen tarafından da özellikle benimsenmiştir: Bozbel İlk Raporunda, Prof. Dr. Kendigelen tarafından 2002 yılında yayınlanan (İstanbul 7. Ticaret Mahkemesinin 2001/430 Esas sayılı dosyasına sunulmuş bilirkişi raporu, “**Kendigelen 2002 Raporu**”) ve KHK’ların uygulanmasıyla pay sahipliğinin ortadan kaldırmasını tartışan bir rapordan bahsetmiştim. Bahsi geçen bilirkişi raporunda, Prof. Dr. Kendigelen KHK’ların ticaret şirketleri üzerindeki etkilerini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bağlamında değerlendirmiştir. Dahası, Kendigelen/Paslı her iki Mütalâada da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (“**CMK**”) m. 133 ile de bağlantılı olarak ceza hukukuna ait konulara değinmişlerdir. Zaten Bozbel İlk Mütalâasında ifade ettiğim görüşlerim Türk anayasa hukuku ve temel haklar konusundaki önde gelen hukukçuların yorumlarının yanı sıra AYM’nin kararlarına yapılan bariz atıflar içermektedir¹⁵⁸.

105. İkincisi, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, bu Tahkimde kendilerinin sundukları raporlarla Kendigelen 2002 Raporu arasında hiçbir benzerlik olmadığı iddia edilmektedir. Bu durumun nedeni ise, Kendigelen 2002 Raporunda değerlendirilen KHK’ların idari hukuk alanıyla ilgili olduğu, ancak bu Tahkimde değerlendirilen KHK’ların ise ceza hukuku alanıyla ilişkili olması şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca, Kendigelen 2002 raporunda, konu edilenin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğu, ama mevcut davada mülkiyet hakkını ilgilendiren bariz bir durum olmadığı ifade edilmektedir.

106. Bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Prof. Dr. Kendigelen, Kendigelen 2002 Raporunda, “*bir KHK düzenlemesiyle davacının paylarının ve dolayısıyla pay sahipliği sıfatının ortadan kalkıp kalkmadığı*” hususunu tartışmıştır. 686 sayılı KHK m. 4 özellikle tamamlanmış pay devirlerini (ve çoğunlukla tamamlanmış mülkiyet geçişlerini) iptal etmeyi ve geçersiz kılmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, 686 sayılı KHK m. 4’ün uygulanması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tarafından garanti altına alınan mülkiyet hakkına müdahaleyi gerekli kılmakta, hatta mülkiyet hakkı bütünüyle ortadan kaldırılmaktadır¹⁵⁹.

¹⁵⁸ 2016/186 E. ve 2016/176 K sayılı AYM Kararı; **Gözler**, Kemal; Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Bursa 2000, p. 193 et. seq; 10 Ocak 1991 tarihli ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı AYM Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 1, s. 97-98; **Günday**, Metin; İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 31; **Can**, Osman/**Aktaş**, Şimşek; Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine, MÜHF - HAD, C.23, S.1, s. 18, s. 24.

¹⁵⁹ Şüpheye mahal bırakmamak adına, Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında 686 sayılı KHK m. 4’e ilişkin olarak varılan şu sonuca da katılmıyorum: “*somut olaydaki KHK ve/veya KHK’lar bir “suça” (başarısız darbe girişimine) bağlı olarak çıkarılan, ceza hukuku temelli işlemlerdir.*” Bu doğru değildir, çünkü dava konusu hisse devirleri KİH’e kayyım atanmasından önce gerçekleşmiştir. Başarısız darbe girişimi ise 15 Temmuz 2016 tarihlidir. Darbe girişimi, daha önceki bir tarihte gerçekleşen bir hukuki işlemi geçersiz kılan bir KHK veya kanun için hukuka uygun bir dayanak olarak kabul edilemez.

107. Bozbel İlk Mütalâasında, 686 sayılı KHK m. 4 düzenlemesinin mevcut Anayasanın çok açık ihlali olduğunu belirtmiş idim. AYM'nin, 686 sayılı KHK m. 4'e çok benzeyen bir davaya ilişkin olarak 2011 yılında verdiği bir kararı, 686 sayılı KHK m. 4'ün anayasaya aykırı olduğu ve hukukun temel ilkelerini ihlal ettiği görüşümü bir kez daha desteklemektedir.
108. 1990'lı yıllarda Türkiye'de liberal ekonomik politikaların benimsenmesinin ardından, bazı özel bankaların dönemin geçerli bankacılık düzenlemelerine uymamaları nedeniyle devletin bu bankaların mülkiyetini Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na ("TMSF") devretmek zorunda kaldığı bir dönem yaşandı. Bu durum karşısında, bazı özel bankaların sahipleri muhtemel yaptırımlardan kaçınmak amacıyla malvarlıklarını elden çıkarmaya giriştiler. TMSF'ye devrini engellemek amacıyla elden çıkarılmış olan malvarlıklarının tekrar kazanılmasını mümkün kılmak için, (mülga) 4389 sayılı Bankacılık Kanununda ("**Bankacılık Kanunu**") bir değişiklik yapıldı. Yapılan değişiklik özel bankaları ilgilendiren bazı işlemlerde taraf olan üçüncü şahısların söz konusu malvarlıklarının satın alınmasına ilişkin olarak iyi niyet iddiasında bulunamayacakları hükmünü getirdi. Bu durum, TMSF'nin ilgili işlemleri geçersiz sayarak malvarlıklarının tekrar kazanımını sağlamak için, bu işlemlerin muvazaalı olduğunu ispat etme yükümlülüğü olmadığı anlamına geliyordu¹⁶⁰.
109. Özel bir banka olan İnterbank A.Ş. ("**İnterbank**"), İnterbank'ın hâkim hissedarı olan Çağlar Grubunun kontrolü altındaki grup şirketlerine kredi vermişti. Bu kredi 1998 yılında Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin ("**Yasemin**") hisselerinin satın alınmasında kullanılmıştı. 7 Ocak 1999 tarihinde İnterbank'ın hisseleri, ilgili düzenlemelerin ihlal edilmesi nedeniyle TMSF'ye devredildi. TMSF'ye yapılan bu devrin ardından, Yasemin'in hisseleri aralarında Sayın Leon Nihat Barha'nın da olduğu üçüncü şahıslara satıldı.
110. 21 Şubat 2008 tarihinde, değişiklik yapılan Bankacılık Kanununun Sayın Barha'nın Yasemin'in hisselerini devralmasına dayanak olan işlemi geçersiz kılması sonucu, Sayın Barha'nın Yasemin'deki hisselerinin TMSF'ye devredilmesine karar verildi. Sayın Barha kendisinin iyi niyetli üçüncü şahıs alıcı olduğunu öne sürerek bu karara itiraz etti. Değişiklik yapılan Bankacılık Kanununun kendisinin anayasal mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etti. Açılan dava, yapılan temyiz başvuruları sonrasında Türkiye'deki idari davalarda en yüksek mahkeme olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından görüldü. Kurul, Bankacılık Kanununda yapılan değişikliğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 2'ye (hukuk devleti ilkesi), m. 35'e (mülkiyet hakkı), m. 36'ya (hak arama özgürlüğü) ve m. 125'e (yargı yoluna başvurma) aykırı olduğunu değerlendirdi ve 4 Haziran 2009 tarihinde davayı AYM'ye götürdü.

¹⁶⁰ Bankacılık Kanununda yapılan değişikliğin gerekçesi şöyle izah edilmiştir: "*Fona intikal eden banka kaynaklarını kullanan hâkim ortaklardan Fon alacaklarının tahsiline geçmiş dönemde yapılan muvazaalı işlemlerin ispatında mevzuat karşısında yetersiz kalınması ve objektif delil tespitinin her zaman mümkün olması nedeniyle bu muvazaalı işlemler Fona karşı geçersiz sayılmak ve aksinin ispatı karşı tarafa yükletilmek suretiyle Fon alacağının tahsilinin hızlandırılması amaçlanmıştır.*"

111. 20 Ocak 2011 tarihinde AYM, Bankacılık Kanununda yapılan değişikliğin üçüncü kişilerin iyi niyetli alıcı oldukları iddiasında bulunamayacakları ibaresinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m. 2 ve m. 36'yı ihlal ettiği sonucuna vararak ilgili hükmü iptal etti. AYM itiraz dilekçesinde atıf yapılan diğer Anayasa maddeleri yönünden inceleme yapmaya gerek görmedi. AYM kararında şunları ifade etti:

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

[...]

Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesi ve davada ileri sürülen iddiaların ve delillerin, karşı tarafın iddia ve delilleriyle eşit imkânlarda araştırılması ve eşit değerlemeye tabi tutulmasıdır.

Dava konusu kuralla, Fon'un işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında tutulmamış, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmiştir. İyiniyet kuralı genel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, karşılaşılan her uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümleri yok sayılarak, sadece iyiniyet kuralı ile çözüleceği anlamına gelmez. Bir yasa kuralının hukuka uygun amaç taşımasıyla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Tarafın iyiniyetinin olup olmadığı kararının, mahkeme tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

Kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması" gibi soyut bir gerekçe, iyiniyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyiniyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, üçüncü kişiler yönünden Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.¹⁶¹

112. Böylece, AYM devreden açısından malvarlıklarını yasalara aykırı olarak devretme iradesi olup olmadığı veya devralan açısından da iyi niyet olup olmadığı tam olarak incelenmeksizin ve geriye dönük olarak, bir kişinin malvarlıklarını muvazaalı biçimde devretme niyetiyle hareket etmiş olduğu sonucuna varılamayacağına karar vermiştir. Kanaatimce, 686 sayılı KHK m. 4, bir soruşturmanın başlangıç tarihi *(ki bu soruşturmalar sıklıkla gizli olur ve üçüncü kişi iyi niyetli alıcılar tarafından bu soruşturmalardan haberdar olunamaz)* ile kayyım atanan şirketler hakkındaki düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih arasında kalan işlemleri istisnasız kapsayan yaklaşımıyla, yukarıda irdelenen kararlar benzer içeriktedir. 686 sayılı KHK m. 4'ün uygulanmasıyla İİL kendisinin iyi niyetli bir alıcı olduğu ve bahse konu işlemlerde muvazaa olmadığı iddialarında bulunamamaktadır. Yukarıdaki örnekte bahsedilen değişik Bankacılık Kanunu da aynı sonucu doğurmuştur.

113. Ayrıca, yukarıdaki örnek olayla mukayese edildiğinde, 686 sayılı KHK m. 4 anayasaya aykırılığın çok daha bariz bir örneğidir. Yukarıdaki olayda, bir idari makam Sayın Barha'ya yapılan pay devirlerinin muvazaalı olduğu sonucuna varmış ve değişiklik yapılan Bankacılık Kanunu Sayın Barha'yı aksini savunmaktan alıkoymuştur. Mevcut olayımızda, 686 sayılı KHK bazı işlemleri doğrudan geçersiz kılmaktadır ve alıcılara hiçbir şekilde aksini savunma olanağı tanınmamaktadır. Bir diğer farklılık ise, Sayın Barha Yasemin'in hisselerini İnterbank TMSF devredildikten sonra satın almıştır, ama 686 sayılı KHK m. 4 bir şirkete kayyım atanmadan önce gerçekleşen işlemleri geçersiz kılmaktadır. Kanaatimce, AYM 686 sayılı KHK m. 4'ü evleviyetle iptal etmelidir.

114. Bozbel İlk Mütalâasında belirttiğim gibi, 686 sayılı KHK (ve sonrasındaki 7086 sayılı Kanun) m. 4 kanunların geriye yürümezlik ilkesini ihlal etmektedir. Bu ilke, hukuki bir eylem ya da işlemin gerçekleştiği an itibarıyla cari olan yasal hükümlere tabi olmaya devam etmesi gerektiği anlamına gelir. Dolayısıyla, sonradan yürürlüğe giren bir kanun hükmü ilke olarak geriye dönük uygulanmaz. Bu konuya ilişkin olarak AYM geçmişte şunları ifade etmiştir:

[h]ukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.¹⁶²

¹⁶¹ AYM Kararı E. 2009-53 K. 2011-19 T. 20.01.2011 (vurgulama yapılmıştır).

¹⁶² AYM'nin E. 2001/36 K. 2003/3 T. 16.1. 2003 tarihli kararı.

115. Yine AYM başka bir kararında, “Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kullanarak bir sözleşme akdetmelerinden sonra, geriye dönük düzenlemelerle söz konusu sözleşme hükümlerinin ve dolayısıyla kişilerin iradelerinin etkisiz kılınması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz” diyerek düzenlemenin Anayasa’nın 2. maddesini (hukuk devleti ilkesi) ve 48. maddesini (çalışma ve sözleşme hürriyeti) ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹⁶³.

116. 19 Temmuz 2018 tarihinde Türkiye’deki Olağanüstü Hal sona ermiştir. 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“**7145 sayılı Kanun**”) bu tarihten sonra yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, 686 sayılı KHK m. 4 ile neredeyse tıpatıp aynı bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre:

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanmış şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten Fonun kayyım olarak atandığı tarihe kadar şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemleri muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılır ve ticaret sicilinden re’sen terkin edilir.

117. Bu hüküm, devir işlemlerinin geçersiz kılınacağı dönemi, 686 sayılı KHK m. 4’ün “yürürlüğe girdiği tarihten” (yani 7 Şubat 2017) alıp ilgili şirkete TMSF’nin kayyım olarak atandığı tarihe kadar uzatmaktadır. Bu nedenle, örneğin, eğer TMSF, hakkında soruşturma yürütülen bir şirkete 2020 yılının Ağustos ayında kayyım olarak atanırsa, soruşturmanın başladığı tarihten 2020 Ağustos ayına kadar söz konusu şirkette yapılan tüm pay devirleri geriye dönük olarak geçersiz kılınacak ve ticaret sicilinden re’sen terkin edilecektir. Bu durum, tıpkı 686 sayılı KHK (ve 7086 sayılı Kanun) m. 4’te olduğu gibi, hukukun temel prensiplerinin açıkça ihlal edilmesidir.

118. Kaldı ki; mülkiyetin IIL’de olmadığına ilişkin olarak, Davalı tarafından 686 sayılı KHK m. 4 hükmünün dayanak gösterilmesi; mülkiyetin hukuken IIL’ye geçtiğinin ikrar edildiğini de göstermektedir. Zira 686 sayılı KHK m. 4 hükmüne göre belirlenen tarihler arasında gerçekleştirilen devir ve temlik işlemleri geçmişe dönük bir şekilde muvazaalı olarak kabul edilmekte ve geçersiz sayılarak, ticaret sicilden terkin edilmektedir. Kısaca bu madde, hukuka uygun ve mülkiyeti geçiren devir ve temlik işlemlerinin iptaline yöneliktir. Zaten hukuken geçersiz ve mülkiyeti IIL’ye geçirmeyen bir devir ve temlik işleminin, 686 sayılı KHK m. 4 hükmü ile tekrar geçersiz sayılmasına hukuken gerek ve imkân bulunmadığı dikkate alındığında; esasen Davalının da 31 Ağustos 2015 tarihinde hisse senetlerinin mülkiyetinin

¹⁶³ Olayda AYM 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na eklenen geçici bir maddeyi iptal etmiştir. Geçici madde, kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir, AYM E. 2005-128 K. 2008-54 T. 7.2.2008.

III'ye geçtiğini ikrar ettiği, ama bu devir işlemlerinin 7 Şubat 2017 tarihinde tesis edilen 686 sayılı KHK ile geçersiz sayıldığını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır.

VIII. Sonuç

119. Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığım sebeplere binaen şu sonuçlara varmış bulunmaktayım:

120. i. Huzurdaki olayımızda taraflarca SPA'ya İngiliz Hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Buna karşın borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik tasarruf işlemine, şirketin tabi bulunduğu Türk hukuku (*lex societatis*) uygulanacaktır. Bu konuda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır.

ii. Bu durumda payların mülkiyetinin alıcıya devri için hangi tasarruf işlemlerinin yapılması gerektiği, bu işlemlerin tabi bulunduğu şekil şartı, (tasarruf işleminden ayrılabilen, borçlandırıcı işlem olan SPA'nın kendisinden ayrı olarak) tasarruf işleminde muvazaa olup olmadığı, kanunî ve esas sözleşmesel devir sınırlamalarına (bağlam) ilişkin hukuki rejim, alıcının mülkiyeti kazanıp kazanmadığı ve/veya hangi anda kazandığı gibi sürecin tamamlanması açısından hayati önem arz eden konularda uygulama alanı bulacak olan hukuk, şirketin tabi bulunduğu hukuk sistemi (*lex societatis*) olan Türk hukuku olacaktır. Bununla birlikte, borçlandırıcı işlem olan SPA'nın hükümleri ve geçerliliği İngiliz Hukukuna tâbi olup SPA'nın - muvazaa dahil - geçerliliği İngiliz Hukukuna göre değerlendirilmelidir. **Mütalâalarım da yer alan tüm görüşlerim Türk Hukuku ile sınırlıdır.**

121. i. Somut olayda nama yazılı payların devrine getirilen sınırlama, KİH esas sözleşmesi m. 6, YürK m. 28/7'de yer alan "*tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir*" açık hükmü nedeniyle bütün sonuçlarıyla birlikte geçersiz hale gelmiştir.

ii. Bozbel İlk Mütalâasında arz ettiğim üzere bu nedenle başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın dava konusu pay senetlerinin mülkiyeti ciro ve zilyetliğin geçirilmesiyle birlikte 31 Ağustos 2015 tarihinde III'ye geçmiştir. Böyle bir devir için taraflar arasında pay devrine yönelik bir karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının olması (1. koşul) ve pay senetlerinin ciro ve zilyetliğinin devri (2. koşul) yeterli olup, bu her iki koşulun gerçekleşmesiyle mülkiyetin geçişi tamamlanmıştır. Mülkiyetin geçmesi için Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında iddia edildiği gibi "ilk dört koşulun" kümülatif olarak gerçekleşmesi aranmaz.

122. i. Kaçış Klozu, yapısına ve faaliyet alanına uygun ve kanunen kabul edilebilir haklı sebepleri esas sözleşmesine koyarak nama yazılı payların devrini sınırlandırmayı seçmiş şirketlere tanınan bir imkandır. Bu nedenle TTK sisteminde kaçış kloxuna başvurulabilmesi için geçerli ve yeni bağlam düzeniyle uyumlu bir pay devir sınırlamasının (bağlamın) esas sözleşmede öngörülmüş olması gerekir.

ii. eTK döneminden kalan ve TTK ile uyumlu olmayan, bu nedenle YürK m. 28/7 hükmü kapsamında tümüyle geçersiz hale gelen bir pay devir sınırlaması kaçış klozuna başvurma hakkı vermez. YürK. m. 28/7 hükmüne rağmen, KİH esas sözleşme m. 6 düzenlemesinin ayakta tutulması hukuken mümkün değildir, KİH esas sözleşme m. 6'da yer alan bağlam bütün sonuçlarıyla birlikte kanunun açık düzenlemesi nedeniyle tümünden geçersiz hale gelmiştir, bu nedenle KİH'in paylarının devri bağlamsız olarak, serbestçe yasal kurallara uyularak devredilebilir hale gelmiştir.

iii. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında yer verilen, KİH esas sözleşme m. 6 düzenlemesinin tamamen geçersiz hale gelmediği görüşüne hukuken katılma olanağı bulunmamaktadır:

- a. Bir defa YürK. m. 27/8'in lafzı çok açık ve hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde, 1 yıllık sürenin sonunda kanuna uygun olmayan tüm sınırlamaların geçersiz hale geleceğini belirtmektedir.
- b. İkinci olarak bağlam ve dolayısıyla şirkete kaçış klozu hakkı tanınmasının altında yatan düşünce ve hukuk politikası, anonim şirketin dışarıdan birinin kontrolüne geçmesini önleme, işletme konusunun ve ekonomik bağımsızlığının garanti edilmesi ve korunması, payların belli elde toplanmaması gibi nedenlerdir. Bu bakımdan, somut olayda KİH'deki hisselerini İLL'ye devreden ortakların ve yöneticilerin aynı kimseler olduğu nazara alındığında ortada şirketin dışarıdan birinin kontrolüne geçmesi gibi bir tehlike söz konusu değildir. KİH'in böyle bir durumda kaçış klozuna başvurusu diğer bütün koşulları gerçekleşmiş olsa bile hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.
- c. Üçüncü olarak somut olay bakımından KİH ortaklarına, geçiş süresinin sona ermesinden sonra esas sözleşmede yer alan pay devir sınırlaması ile bağlı kalmak istedikleri gibi farazi bir irade atfetmek doğru değildir. Tam aksine, KİH ortaklarının ve yöneticilerinin tamamı, KİH'deki paylarının İLL'ye devri yönünde irade göstermişler ve sonradan devre hiçbir şekilde itiraz etmemişlerdir. Bu da KİH ortaklarının KİH esas sözleşme m. 6'daki pay devir sınırlaması ile bağlı kalmak istemedikleri yönündeki ortak iradelerini göstermektedir.
- d. Dördüncü olarak kaçış klozu bir tür sebep göstermeksizin devre onay vermekten kaçınma imkânı getirmektedir. Uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi ve bu şekilde eTK düzenlemesinin muhafaza edilmesi yoluyla, pay sahiplerinin bir örtülü irade ortaya koydukları kabul edilecek olursa, kanun koyucunun yeni bir bağlam rejimi öngörmekle güttüğü gaye boşa çıkacaktır. Zira bu şekilde, şirket TTK m. 493/2 hükmü ile uyumlu önemli sebep bulup esas sözleşmede öngörme zahmetine katlanmaksızın, sebep göstermeksizin devre onay istemini dilediği gibi

reddedebilme hakkını koruyacaktır. Bu halde, esas sözleşmesini TTK'ya uyarlamayan şirketlere, kanunun getirdiği şartları yerine getirmeksizin bağlam düzenlemesinden faydalanma imkânı verilmiş olacaktır.

123. Sayın Doç. Dr. Ali Paslı konu ile ilgili yakın tarihli bir Tebliği'nde kaçış klotunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede geçerli ve TTK ile uyumlu bir bağlam hükmünün varlığını aramaktadır. Sayın Doç. Dr. Paslı'nın Tebliğ'deki akademik görüşü ile işbu davada kendisi tarafından sunulan Mütalâalarda dile getirdiği akademik görüşleri arasında çelişki bulunmaktadır.

124. Emsal gösterilen Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları YürK m. 28/7 ve KİH esas sözleşme m. 6 arasındaki ilişkiye ışık tutacak ya da olayımıza emsal teşkil edecek nitelikte değildir.

i. Yargıtay bu kararlarında kaçış klotunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede özel olarak bir düzenleme olmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Emsal gösterilen Yargıtay kararlarından YürK m. 28/7 kapsamında geçersiz hale gelen bir pay devir sınırlamasının, şirkete kaçış klotuna başvurma imkânı vereceğine dair bir sonucuna varılması kesinlikle mümkün değildir. Bir başka şekilde ifade edilecek olursa, Yargıtay'ın söz konusu bu kararları, eTK dönemindeki bağlam düzenlemesinin TTK'nın bağlam sistemi ile uyumlu olmaması nedeniyle YürK m. 28/7 uyarınca tümüyle geçersiz hale gelmesi durumunda, şirkete kaçış klotuna başvurma hakkı verip vermeyeceği sorunu ile ilgili değildir.

ii. İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadı ise farklı hukuki düzlemde verilmiş bir karardır. Geçiş düzenlemeleri Türk ve İsviçre Hukukunda farklı düzenlenmiştir. İsviçre Hukuku'nda geçiş hükümlerinde uyarlamanın yapılmaması durumunda, yeni hükümlerle bağdaşmayan esas sözleşme hükümlerinin "yürürlükten kalkacağı" ifade edilmişken, Türk kanun koyucusu, geçiş hükümlerinin hukuki sonuçları bakımından daha kesin bir amaçla hareket etmiş ve yeni rejimle uyumlu olmayan "*tüm pay devir sınırlamaları*"nı "*geçersiz*" olarak nitelemiştir.

iii. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu kararında, her ne kadar geçiş süresinin bitmesi ile geçersiz hâle gelen bu klotun bir devir sınırlaması iradesi gösterdiği ve kaçınma klotunun işletilebileceğini belirtmiş ise de somut olay bakımından bu klotun işletilmesini, hakkın kötüye kullanılması olarak ve eşit işlem ilkesini zedeler nitelikte görmüş ve davayı reddetmiştir. Sonuç olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu bu kararı olayımızda hiçbir şekilde emsal olarak alınamaz.

125. Pay defterine kayıt başvurusunda pay senetlerinin aslının ibrazını öngören yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. İİL tarafından KİH'e geçerli bir pay defterine kayıt bildiriminde bulunulmuştur.

i. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında ileri sürülen devre konu senetlerin aslının ibrazının zorunlu olduğu görüşüne dayanak olarak sunulan TTK m. 499/2 hükmü sadece “*payın usulüne uygun olarak devredildiğinin ispatını*” aramaktadır. Buradan kastedilen ise pay devrinin yasal ve esas sözleşmesel devir koşullarını sağlayıp sağlamadığının ispatıdır. Pay defterine kayıt bildiriminde beyan esas olduğu için “payın usulüne uygun olarak devredildiğinin” ispatı, pay devir sözleşmesinin ya da senetlerin aslının yahut onaylı suretlerinin, hatta fotokopilerinin şirkete sunulmasıyla dahi mümkündür.

ii. Kendigelen/Paslı İkinci Mütalâasında, görüşlere dayanak olarak sunulan **TTK m. 645 ve 646** hükümlerinden de pay defterine kayıt için pay senetlerinin aslının ibrazı zorunlu olduğu sonucu çıkarılamaz.

a. Somut olayda bu düzenlemelerin muhatabı pay senetlerini devreden ve devralanlardır.

b. Pay senetleri ortaklık hakkı bahşeden birer kıymetli evraktır, sahibine bir alacak hakkı değil, aksine ortaklık hukukuna ilişkin haklar bahşeder. Senedi ihraç eden şirket, senedin borçlusu da değildir. TTK m. 646 çok açık şekilde “*borçluya*” yapılan “*ödeme taleplerinde*” senedin aslının ibrazı zorunluluğunu aramaktadır. Somut olayda ise ne şirket (yani, KİH) senedin borçlusu ne de istem “*senetten doğan bir alacağın*” ödenmesine, yani bir para borcunun ödenmesine matuftur. Bu bakımdan kıymetli evrakla ilgili genel hüküm mahiyetindeki TTK m. 645 ve 646 düzenlemesi, pay defterine kayıt taleplerinde senetlerin asıllarının ibrazının zorunlu olduğuna delil olarak gösterilemez.

126. Hamdi Akın İpek tarafından imzalanmış İzin Belgesinin mahiyeti ile ilgili olarak Bozbel İlk Mütalâasındaki beyanlarımı aynen koruyorum.

i. Söz konusu İzin Belgesi, KİH esas sözleşme m. 6 anlamında, pay devir sözleşmesinin icrası, yani tasarruf işlemi öncesinde alınması gerekli bir onayı ifade etmektedir. TTSG’nin 21 Mayıs 2014 tarih ve 8573 sayılı nüshasının 6. sayfasında ilan edilen KİH yönetim kurulu kararından da anlaşılacağı üzere Hamdi Akın İpek KİH’i en geniş manada yönetim ve temsile, bu arada İzin Belgesini düzenleme yetkisine de sahiptir.

ii. Somut olayda pay devredenler, “İzin Belgesinin Hamdi Akın İpek tarafından düzenlenmesine itiraz etmemişler, aksine tüm ortaklar tarafından Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2017/202 Esas sayılı dava dosyasına sunulan cevap dilekçesinin 21. ve devamı sayfalarında söz konusu hisse devrinin tüm aşamalarının iradeleri ve bilgileri doğrultusunda, hukuka uygun bir biçimde gerçekleştiğini beyan etmişlerdir. Bu durum İzin Belgesine ve tüm devir işlemlerine tüm ortakların onay verdiklerini göstermektedir.

iii. TTK m. 499/4 uyarınca “*şirketle ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi olarak kabul edilir*”. Bu nedenle pay senetlerinin devri işlemi ile mülkiyetin geçişi tamamlanmış ise de devralanın şirket nezdinde ortaklık sıfatının ileri sürülmesi, bu devrin pay defterine işlenmemesi nedeni ile hukuken mümkün değildir. Zira KİH’e karşı ortaklık sıfatı şekli anlamda halen devredenlerdedir ve ihtarname gönderilmesi, genel kurul yapılmasının talep edilmesi ve kâr payı ödenmesi gibi talepler bu kişilerce kullanılabilir. Bu bakımdan devreden ortakların KİH’e bildirimde bulunmaları onların pay devirlerinden haberdar olmadığını ya da devre onay vermediğini göstermez.

iv. KİH’in yönetim kurulunun hem izin verip, sonradan da bu izni vermediğini iddia etmesi ve kaçış klozuna başvurması mümkün değildir; bu durum yukarıda açıkladığım üzere hem dürüstlük kuralına (çelişkili davranış yasağına) hem de onay işleminin hukuki niteliğine aykırı olacaktır. Ayrıca Yargıtay içtihatlarında ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları uyarınca böyle bir davranış hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

127. Pay satım sözleşmesinde muvazaa şartları bulunmamaktadır.

i. Borçlandırıcı işlem olan SPA’nın İngiliz Hukukuna tabi olması nedeniyle, bu SPA’nın - muvazaa dahil - geçerliliği İngiliz Hukukuna göre değerlendirilmesi gerekir. SPA’nın muvazaalı olup olmadığına ilişkin tüm açıklamalarım, Kendigelen/Paslı’nın muvazaa iddialarına cevap verme amacıyla, tasarruf işlemi olan pay devri yönünden ve bununla sınırlı olmak üzere, yalnızca Türk Hukukuna göre yapılmıştır.

ii. Muvazaanın şartları olayımızda mevcut değildir. Türk hukukuna göre bir işlemin muvazaalı olabilmesi için sözleşmenin yasal bir sonucu olmayacağı veya ilgili sözleşmede belirtilenden farklı bir sonucu olacağı konusunda tarafların niyet birliği içinde olmaları (yani, anlaşmış olmaları) gerekir. Dava konusu SPA’da, görünen yasal sonuçla tarafların niyetleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

iii. Bir sözleşmenin ya da işlemin muvazaa nedeniyle iptal edilebilmesi için muvazaanın ispat edilmesi şarttır. Muvazaa iddiasında bulunan kişi TMK m. 6’ya göre ispatla yükümlüdür. Kendigelen/Paslı şartların her bir ögesini göz önünde bulundurmadan soyut olarak SPA’nın muvazaalı olduğunu ileri sürmekle yetinmekte ve dava konusu SPA’nın muvazaalı olduğuna dair somut kanıtlar da sunmamaktadırlar.

iv. Bir an için muvazaanın varlığı kabul edilse dahi payların mülkiyeti yine IIL’ye geçmiştir.

a. Türk hukukunda hukuki işlemlerde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımı yapılır. Hisse senedi çıkaran bir Türk şirketine bir hisse devri Türk hukukunda genel kabul gördüğü üzere illi olmayan bir işlemdir; bu nedenle borçlandırıcı

işlemdaki bir sakatlık/geçersizlik, tasarruf işlemini etkilemeyecektir. Bu olayda tasarruf işleminde de herhangi bir muvazaa izine rastlamadım, bu yönde somut bir delil de sunulmuş değildir.

- b. Mevcut davada KİH'deki nama yazılı hisse senetleri devredilmiştir. Türk hukukunda, nama yazılı hisse senetleri ise bir çeşit kıymetli evraktır. Buna göre, dava konusu hisselerin devri illî olmadığından borçlandırıcı işlemle ilgili bir geçersizlik hisselerin devrini etkilemez. Bu tür bir devrin illî olmadığı, Türk ticaret hukukunda hâkim görüştür.

128. Somut olayda TTK m. 380 hükmüne bir aykırılık söz konusu değildir. Bu noktada Bozbel İlk Mütalâasında yer alan beyanlarımı tekrar ediyorum. TTK m. 380 düzenlemesine bir aykırılık söz konusu olsa bile bu durum, SPA'nın tamamını geçersiz kılmayacak, sadece ilgili işlemin TBK m. 27/2 kapsamında geçersiz kabul edilmesini gerektirecektir.

129. i. Devletin yaptığı yasal düzenlemelerle ilgili Bozbel İlk Mütalâasında yaptığım beyanları aynen koruyorum. 686 sayılı KHK m. 4 özellikle tamamlanmış pay ve paylar üzerindeki mülkiyet devirlerini iptal etmeyi ve geçersiz kılmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, 686 sayılı KHK m. 4'ün uygulanması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tarafından garanti altına alınan mülkiyet hakkına müdahale edilmesini gerekli ve bu hakkın kullanılmasını imkânsız kılmaktadır.

ii. AYM'nin 686 sayılı KHK m. 4'e çok benzeyen bir davaya ilişkin olarak 2011 yılında verdiği kararı, 686 sayılı KHK m. 4'ün Anayasaya aykırı olduğu ve hukukun temel ilkelerini ihlal ettiği görüşünü desteklemektedir. 686 sayılı KHK m. 4, bir soruşturmanın başlangıç tarihi ile kayyım atanan şirketler hakkındaki düzenlemenin yürürlüğü girdiği tarih arasında kalan işlemleri istisnasız kapsayan yaklaşımla, söz konusu AYM kararıyla benzer içeriktedir. 686 sayılı KHK m. 4'ün uygulanmasıyla İİL, iyi niyetli bir alıcı olduğu ve bahse konu işlemlerde muvazaa olmadığı savunmasında bulunamamakta, pay devirleri ve mülkiyet geçişleri geçersiz kabul edilerek sicilden terkin edilmektedir.

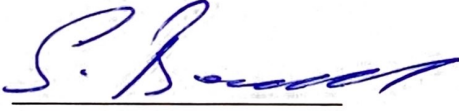
iii. 18 Temmuz 2018 tarihinde Türkiye'deki Olağanüstü Hal sona ermiştir. 7145 sayılı Kanun bu tarihten sonra yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, 686 sayılı KHK m. 4 ile neredeyse tamamen aynı bir hüküm içermektedir. Bu hüküm, devir işlemlerinin geçersiz kılınacağı dönemin bitişini, 686 sayılı KHK m. 4'ün "*yürürlüğe girdiği tarihten*" (yani 7 Şubat 2017) alıp ilgili şirkete TMSF'nin kayyım olarak atandığı tarihe kadar uzatmaktadır. Bu nedenle, örneğin, eğer TMSF, hakkında soruşturma yürütülen bir şirkete 2020 yılının Ağustos ayında kayyım olarak atanırsa, soruşturmanın başladığı tarihten 2020 Ağustos ayına kadar söz konusu şirkette yapılan tüm pay devirleri geriye dönük olarak geçersiz kılınacak ve ticaret sicilinden re'sen terkin edilecektir. Bu durum, tıpkı 686 sayılı KHK (ve 7086 sayılı Kanun) m. 4'te olduğu gibi, hukukun temel prensiplerinin açıkça ihlal edilmesidir.

iv. Kaldı ki; mülkiyetin IIL’de olmadığına ilişkin olarak, Davalı tarafından 686 sayılı KHK m. 4 hükmünün dayanak gösterilmesi; mülkiyetin hukuken IIL’ye geçtiğinin ikrar edildiğini de göstermektedir. Zira 686 sayılı KHK m. 4 hükümlerine göre; belirlenen tarihler arasında gerçekleştirilen devir ve temlik işlemleri geçmişe dönük bir şekilde muvazaalı olarak kabul edilmekte ve geçersiz sayılarak, ticaret sicilden terkin edilmektedir. Kısaca bu madde, hukuka uygun ve mülkiyeti geçiren devir ve temlik işlemlerinin iptaline yöneliktir. Zaten hukuken geçersiz ve mülkiyeti IIL’ye geçirmeyen bir devir ve temlik işleminin, 686 sayılı KHK m. 4 hükmü ile tekrar geçersiz sayılmasına hukuken gerek ve imkân bulunmadığı dikkate alındığında; esasen Davalının da 31 Ağustos 2015 tarihinde hisse senetlerinin mülkiyetinin IIL’ye geçtiğini ikrar ettiği ama bu devir işlemlerinin 7 Şubat 2017 tarihinde tesis edilen 686 sayılı KHK ile geçersiz sayıldığını ileri sürdüğü sonucu çıkarılmaktadır.

IX. Beyan

130. Asıl görevimin Tahkim Heyetine karşı olduğunu ve uzmanlık alanımdaki konularda Tahkim Heyetine yardımcı olmam gerektiğini anladığımı teyit ederim. Bu görevi gereğince yerine getirdiğime inanıyorum.
131. Taraflardan, tarafların avukatlarından ve Tahkim Heyetinden bağımsız olduğumu teyit ederim.
132. Görüşlerimin dayandığı varsayımlar bana göre mantık dışı veya olanaksız varsayımlar değildir.
133. Bu raporda ifade edilen doğruların mümkün olduğunca bilgim dahilinde olduğunu, bunları açık biçimde ifade ettiğimi ve doğru olduklarına inandığımı ve ifade ettiğim görüşlerin benim gerçek ve tamamıyla profesyonel görüşlerimi temsil ettiğini tasdik ederim.

İmza:



Prof. Dr. Savaş Bozbel

Tarih: 27.08.2020

APPENDIX 1: CURRICULUM VITAE

PROF. DR. SAVAŞ BOZBEL

EDUCATION

- 1989-1993** Faculty of Law of The Istanbul University, Turkey (LL.B.)
- 1996-1999** University of Munich LMU (Ludwig-Maximilian-Universität, Germany (LL.M).
- 1999-2003** University of Regensburg, Germany PhD, Doctor in Law (Dr. jur.)

PROFESSIONAL EXPERIENCE

Academic experience

Aug. 2003 – Apr. 2004: Research Assistant at the Balıkesir University for Commercial Law

April 2004 – Dec. 2006: Assistant Professor Balıkesir University Department of Commercial Law

June 2005 – Sept. 2005: Research on telecommunication and competition law at Erlangen-Nürnberg University in Germany

Jan. 2007 – March 2012: Associate Professor Kadir Has University, Faculty of Law

Jan 2012- July 2016: Professor at Law, International University of Antalya

Other Professional Experience

2004-2007: Legal advisor to the Turkish Telecommunications Authority

2007-2016: Expertise in Istanbul Commercial Courts and Civil Courts for Intellectual and Industrial Law

2009-2012: Member of the Management Board of the Research Centre for Technology and Law at Kadir Has University

2009-2016: Member of the Publication Board of the Intellectual Property Law Yearbook

April 2011 - September 2011: Kadir Has University, Faculty of Law, Head of the Department of Commercial Law)

May 2011 - February 2012: Faculty Council and Faculty Management Member of the Law Faculty of the University of Kadir Has.

March 2012 - March 2013: Deputy Dean of the Faculty of Law of the University of Antalya **April 2013 -**

July 2016: Dean of the Faculty of Law of the International University of Antalya **2013-2016:**

Membership in the Management Board of the International University of Antalya

PUBLICATIONS

Books

1. Die Rechtsfragen der Internationalen Handelsvertretungen am Beispiel des deutschen und türkischen Rechts [**The Legal Issues of the International Commercial Agents on the example of the German and Turkish law**], PhD Thesis, XXVIII + 355 pages, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2003 [in German]
2. Internet Alan Adlarının ICANN Tahkim Usulüne Göre Korunması [**Protection of Domain Names and ICANN-UDRP proceeding**], Seçkin Yayınevi Ankara 2006, 195 pages
3. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam [**Comparative advertising in turkish and comparative law**], Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, 332 pages
4. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku“, [**Turkish Copyright Law**], Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, LXIV + 808 pages
5. 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, Karşılaştırmalı - Gerekçeli-İçtihatlı ve Kavram İndeksli“, [**New Turkish Commercial Code (Law-Nr 6102), with justification decisions**], Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2013, LXXII+2152 pages
6. Fikri Mülkiyet Hukuku“, [**Intellectual Property Law**], Oniki Levha Yayıncılığı, İstanbul 2015, XLIII + 843 pages

Papers in German

1. Haftungsverhältnisse bei Vor-GmbH im deutschen Recht [**Contingent liabilities at pre-GmbH in the German law**], www.e-akademi.org (Juni 2002 – Issue 4)
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen im türkischen Recht [**Standard Contract Terms and Conditions in Turkish Law**], in: Recht der Internationalen Zeitschrift (RIW), 2004, p. 183- 188
3. Ausgleichsanspruchs des türkischen Handelsvertreters und dessen Abbedingung im deutsch –türkischen Rechtsverkehr, [**Compensation claim of the Turkish Commercial Agents and the waiver of the German - Turkish legal relations**], in: RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft), 2011, Issue 3, s. 125.
4. Benutzung der Marke als Domain Name, Metatag und Keywords im Türkischen Recht“, [**Use of the mark as a domain name, meta tag and keywords in Turkish Law**], in: MarkenR (Markenrecht), 2011, Issue 5

5. Vergleichende Werbung im türkischen Recht, [**Comparative advertising in Turkish law**], in: sic! (Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht), 2011, Issue 5

6. Die Änderungen im neuen türkischen Handelsvertreterrecht, (**The changes in the new Turkish commercial law concerning the commercial agent**), (H & V Journal, 9/2012, p. 22

7. Die Vertagung der Bilanzverhandlungen durch die Minderheitsaktionäre nach dem neuen türkischen Handelsgesetzbuch (Art. 420 nHGB), [**The postponement of the balance sheet negotiations by the minority shareholders under the new Turkish Commercial Code**], Festschrift Für Peter Gottwald, zum 70. Geburtstag, C.H. Beck Verlag, München, 2014, pp. 45-52.

8. Das türkische Vertriebsrecht im Vergleich zum deutschen Recht, [**The Turkish distribution right in comparison with German law**], International Commercial Law Journal for international purchase and distribution law (IHR), 5/2016, pp. 172-184

Other papers and conferences

1. Alman Ticaret Kanunu Reformu 1998, [**The Reform of German Commercial Law in 1998**], Yargıtay Dergisi 2000, p. 247-260

2. 97/7 Sayılı AB Yönergesi, Alman ve İsviçre Hukuku Bağlamında İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, [**The Legal Transactions over the Internet, 97/7 EC Directive and Related Regulations in German and Swiss**], Yargıtay Dergisi 2001, p. 273-304

3. Alman Borçlar Hukuku Reformu ile Getirilen Değişiklik ve Yenilikler, [**The Reform of German Contract Law: Changes and Renewals**], Mevzuat Dergisi, Yıl 6, Sayı 67, Temmuz 2003

4. Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, [**Distance Contracts in Turkish Law**], Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. VII, Nr. 3-4; p. 785-807, Erzincan 2003

5. Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı, İnternet ve Hukuku [**File Sharing on the Internet and Copyrights**], with Doç. Dr. Abuzer Kendigelen, in: İnternet ve Hukuk, Bilgi Üniversitesi Yayınları, (Editor: Yeşim Atamer), p. 491-537, İstanbul 2004

6. Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı, [**File Sharing on the internet and turkish copyright law**] İnternet ve Hukuku, Derleyen: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004, s. 492-537

7. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, [**Mobbing in the Workplace and its Legal Consequences**], TİSK Akademi, sayı: 3, C. 2 (2007). (with Assoc. Prof. Serap Palaz)

8. Markanın İnternet Alan Adı, Metatag ve Keywords Olarak Kullanılması (5833 sayılı Kanunla Değişik 556 sayılı KHK m. 9.I,(e) bendi, [**Use of Trademark as Domain Name, Keyword and Metatag in Turkish Trademark Law**], Doç. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, s. 229, Ankara 2009