

ANONİM ŞİRKETTE ÇIPLAK PAY HACZİNİN TİCARET SİCİLİNE TESCİLİ SORUNU

Av. Fahri ÖZSUNGUR¹

Özet

Anonim Şirketlerde ıplak payların haczi; pay sahiplerine, payı devralan üçüncü kişilere ve alacaklılara etki eden bir konudur. Çıplak payın haczinin İİK m. 94’te yazılı olduğu şekilde ticaret siciline tescilinde kanun koyucunun amacının belirlenmesi, tescilin üçüncü kişilere etkisini açıklamaya yarar. Çıplak payların ticaret sicili açısından hukuksal durumunun tespiti; pay sahipleri, pay senetlerini devralanlar ve pay sahiplerinin alacaklılarının hukuki konumlarını belirlemeye yardımcı olur. Zira pay sahipliği ve pay senetleri özellikle anonim Şirketlerde hak ve yükümlölükler bağlamında hukuksal açıdan önemli bir yere sahiptir. Bu makalede, çıplak payların haczinin icra dairesi tarafından ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesi; tescilin etkileri, doktrin, yabancı hukuk, kanun koyucunun amacı, İİK, kavramsal açıklamalar ve bağlantıları gözetilerek açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çıplak pay, haczin tescili, çıplak pay haczi, ilmühaber, senede bağlanmamış pay, pay haczi

Abstract

“The registration of the Distrant of Uncertificated Securities in Joint Stock Company to Trade Registry” Issue

The distraint of uncertificated securities in joint stock companies is an issue which affects on shareholders, third party who is assignee of share and creditor. Determining the purpose of legislator

1 Adana Ticaret Odası, ticaretsicili@gmail.com

H: Hakemli Makale

on registration of the distraint of uncertificated securities to Trade Registry as written in § 94 EBC (The Execution and Bankruptcy Code) helps to define the effect of registration on third party. Determining the position of uncertificated securities in registration law helps to determine shareholders, assignee of share certificates and creditors of shareholders. Share ownership and share certificates have an important position especially in joint stock companies in the context of right and obligation. In this article reporting the distraint of uncertificated securities by the execution office to the Trade Registry for registration therein explained by effects of registration, doctrine, foreign law, the purpose of legislator, EBC (The Execution and Bankruptcy Code), cognitive instructions and its connections

Keywords

Uncertificated securities, the registration of distraint, the distraint of uncertificated securities, certificate, uncertificated securities, the distraint of share

GİRİŞ

Anonim şirkette çıplak pay, senede bağlanmamış paydır. Çıplak pay, özellikle pay haczi açısından değer taşımaktadır. Anonim şirkette paylar için pay senedi ya da ilmühaber çıkarılmamış olması durumunda; pay sahiplerinden alacaklı olanlar, icra dairesi tarafından şirkete tebliğ yapılmak üzere haciz işlemi tesis edilmesini talep edebilirler. Bu talep üzerine senede bağlanmamış ya da ilmühaber çıkarılmamış paylar, icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczolunur. Anılan haciz, anonim şirketin pay defterine işlenir. Haczin pay defterine işlenmesi zorunlu bir işlem olup, bu işlem haczin geçerliliğini etkilemez. Zira, icra dairesince şirkete yapılan tebliğ ile haciz gerçekleşmiş olur. Haciz, öncelikle şirkete tebliğ edilir. İcra dairesinin, senede bağlanmamış ya da ilmühberi çıkarılmamış payların haczinde tesis edeceği ilk işlem haczi şirkete tebliğ etmesidir. İcra dairesi haczi, şirkete tebliğ ettikten sonra tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirir (İİK m. 94). İcra dairesinin tescil edilmek üzere ticaret siciline yapmış olduğu bildirim, şirkete yapılan tebliğ ile eş zamanlı olabilir. Ancak, şirkete yapılacak tebliğin her şekilde ticaret siciline yapılacak bildirimden önce olmaması gerekir. Zira haczin geçerliliğinin sağlanmasında korunması gereken hukuki yarar, tescil ile sağlanacak hukuki yarardan önce gelir. Hacedilen payların devri durumunda, devir işlemi sonucunda alacaklının hakları ihlal edildiğinde bu devir işlemi geçersizdir. Geçersizlik, her somut olaya ve alacaklının haklarının ihlal edilmesindeki oran ölçütüne göre tespit edilecektir. Kanun koyucu bu durumu “Hacedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda batıldır.” hükmü ile açıklamış ancak, aynı zamanda “tescil” hükmünü getirerek devrin geçersizliğinin tescil öncesi ve sonrası durumları ile ilgili çelişkiye neden olmuştur.

Haczedilen, senede bağlanmamış veya ilmühaber çıkarılmamış payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tâbidir. İcra dairesi, payların başkasına devrini önleyici tedbirleri alır. İİK m. 94 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Maddede, anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmühaberlerinin çıkarılmamış olması hâlinde çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada çıkan tereddütleri gidermek amacıyla gerekli düzenlemeler yapılmıştır”. Maddeyle ayrıca haczin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesi esas getirilmiş ve haczedilen hisselerin haczin tescilinden sonra başkasına devri halinde bu devrin alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl olduğu kabul edilmiştir.” şeklindedir.² Sermaye şirketlerinde senede bağlanmış veya bağlanmamış ve borçlulara ait olan payların haczi ve paraya çevrilmesi, alacaklılar tarafından İİK’nın taşınırlara dair hükümleri uyarınca talep edilebilir. Alacaklılar, borçlu pay sahibine isabet eden tasfiye ve (kâr) payından alacağını alabilirler (TTK m. 133/2). Bu talep üzerine, (haciz) borçlu pay sahibinin ortak olduğu şirketin pay defterine işlenir. Anılan haciz, anonim, limited, paylı komandit şirketler, senede bağlanmamış çıplak paylar ile senede bağlanmış paylar için geçerlidir. Ancak, İİK m. 94 metninde ya da gerekçesinde haczin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesinin gerçek anlamda bir tescil olup olmadığı, bu kavramın neden kullanıldığı konusu açıklığa kavuşmuş değildir. Bu nedenle anılan kanun metni ve gerekçesi dışında “tescil” kelimesinin neden kullanıldığının tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ticaret siciline haczin tescilinin etkilerinin neler olduğu, çıplak payın temel özellikleri karşısında bu etkinin gerçek anlamda bir fayda sağlayıp sağlamadığı, çıplak payın satışı usulünde olduğu gibi haczin de taşınır hükümlerine tabi olup olmadığı, İİK m. 94 hükmünün çıplak pay haczi anlamında hukuken faydasının neler olduğu konularının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1. Pay Kavramı

Pay, şirketler hukukunda özellikle anonim şirketlerde merkezi değere sahip bir kavramdır. Pay; birden fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, “hisse” anlamına gelmektedir.³ Kavramdan da anlaşılacağı üzere pay kavramında önemli olan bütünün bölüşümü sonucunda oluşan bölümler değil, bütünün kendisidir. Anonim şirketlerde paydaşlık, kural olarak şahsa bağlı değildir. Bu nedenle pay, şirketin tüzel kişiliği ile anlam kazanır ve önemini de bu tü-

2 Madde gerekçesinin esasını oluşturan 6762 sayılı TTK m. 145’e karşılık olarak, 6102 sayılı TTK m. 133 hükmü gelmektedir.

3 Türk Dil Kurumu’nun pay kavramı tanımlaması için Bkz., TÜRK DİL KURUMU, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53c0cf124774c7.83666403 (Erişim tarihi 12.07.2014); Anonim ve limited şirket paylarında, “Payın bölünmezliği” ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre bütünün paydaşlar arasında paylaşılması esnasında, bir pay birden fazla kişiye isabet ediyor ise, paya bağlanan haklar ayrı ayrı kullanılamayacağından bu paylara bağlı hakların kullanılabilmesi için “ortak temsilci” atanması gerekir. Aksi halde bu paya bağlı haklar ayrı ayrı ya da birlikte kullanılamaz (TTK m. 477). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa, 2013b, s. 472.; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 75.; PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayinevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, § 61-98, s. 2238.

zel kişilikle devam ettirir.⁴ Anonim şirketlerde pay; şirket esas sermayesinin sözleşme ile belirlenmiş birim değere bölünmesi ile elde edilen bir parça, sahibine mevki sağlayan, ortaklık haklarını içeren herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın serbestçe devredilebilen bir belgedir. Anonim şirkette pay, nakit veya ayın karşılığı olabilir, ortaklık sıfatını ve esas sermayeye katılım tutarını gösterir. Pay senetleri ise birer kıymetli evraktır.⁵ Payın sahiplerine yasal olarak tanınan oy hakkı paylarının toplam itibarî değeriyle orantılı olarak kullanılabilir (TTK m. 434/1). Her pay sahibi en az bir oy hakkına sahip olabilir, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir (TTK m. 434/2).

Limited şirketlerdeki pay kavramının hukuki niteliğini anonim şirketlerden ayırmak gerekir. Limited şirketlerde paylar nama yazılı pay senedine bağlanmış olsa bile, bu durum limited şirketi “pay” anlamında anonim şirkete yakın kılmaz.⁶ “Limited Şirket” kısmı altında düzenlenmiş olan TTK m. 576 gerekçesinde, limited şirketlerin esas sermaye payının sayısının ve itibari değerinin belirtilmesi zorunluluğunun bu payların anonim şirket payına özdeş kılmadığı ve yaklaştırmadığı açıkça ifade edilmiştir.⁷ Limited şirket paylarının senede bağlanması ispat ve devir kolaylığı sağlar ancak, anonim şirketlerdeki gibi bir dolaşım kolaylığı sağlamaz.⁸ Devir kolaylığı ise, ancak limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde mümkündür. Görüleceği üzere limited şirket payları, anonim şirket payları ile hukuki nitelikleri bağlamında eş düzeyde ya da bu paylara yakın değildir. Limited şirket ortağının alacaklısı, borçlunun şirketteki kar veya tasfiye payına ya da senede bağlanmış/bağlanmamış paylar üzerine haciz konulmasını isteyebilirler. Haciz ve paraya çevirme, taşınırlara ilişkin hükümler uyarınca yapılır (TTK m. 133/2).

4 Anonim şirketteki ortaklığı, hissedarın şahsından mücerret bir “mevki” olarak vasıflandıran görüşü için Bkz., ARSLANLI, Halil “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1958, Cilt: XXIII. s. 248.

5 PULAŞLI, 2014, s. 1274; KAYIHAN, Şaban/ YASAN, Mustafa, Ticaret Hukuku, Ankara, 2017, s. 266.

6 Aynı görüş için Bkz., PULAŞLI, 2014, s. 1267.

7 Anılan madde gerekçesi şu şekildedir: “Esas sermaye payının sayısının ve itibarî değerinin belirtilmesi gereği bu payı anonim şirket payına ne özdeş kılmakta ne de yaklaştırmaktadır. Tasarının 581 inci maddesinden de anlaşılacağı üzere, her iki vurgulama da oy hakkına ve “her oy birimi bir esas sermaye payının ayrılmaz parçasıdır” ve “bir ortak birden fazla paya sahip olabilir” ilkelerinin doğal gereğidir. Yoksa, anonim ve limited şirket payları arasında “serbest devir”in kabulü ve reddi yönünden dogmatik değil teorik fark vardır. Bu fark nitelik farkıdır. Ayrıca 581 inci madde ve 583 üncü maddenin ikinci fıkrası madde hükmü limited şirketin esas sermaye payının esas sermayenin bölünmüş bir parçası olmadığını açık kanıttır.”

8 Bu durum 6102 sayılı TTK m. 593/2 gerekçesinde “Tasarı bir yenilik getirmekte, esas sermaye payının ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamaz; Tasarının 595 ve devamı maddelerindeki hükümleri gene geçerli olmakta devam eder ve uygulanır; kanunî bağlam varlığını aynen sürdürür. Bu olanak, limited şirket esas sermaye payını ne anonim şirket payına dönüştürür ne de yaklaştırır. Sadece ispatı ve gereğinde (limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde) payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabilir. İkinci fıkra uyarınca nama yazılı senede yazılması zorunlu olan hususlar bu senedin şirket sözleşmesine bağlılığını açıkça göstermektedir.” şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz., KAYAR, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, Ankara, 2017s. 489.

1.1. Anonim şirketlerde pay senedi çıkarılmış olması

Anonim şirketlerde pay senetleri nama (*Namensaktien*) ya da hamiline (*Inhaberaktie*) yazılıdır (TTK m. 484/1; § 10 Abs. 1 AktG; OR Art. 622 Abs. 1). Payın türü, şirketin esas sözleşmesinde aksi yazılı değilse esas sözleşme değişikliği yolu ile değiştirilebilir (TTK m. 485/1). Bu işlemlerin başlatılması görevi yönetim kuruluna aittir. Nama yazılı pay senetlerinin, hamiline yazılı pay senetlerine dönüştürülmesi bedellerinin tamamen ödenmiş olmasına bağlıdır (TTK m. 484/2, 485/2; OR Art. 683 Abs. 1). Nama yazılı pay senetleri ciro yolu ile devredilebilir (*Namensaktien können auch durch Indossament übertragen werden*, TTK m. 490/2; § 68 Abs. 1 AktG). Bu pay senetleri taşınır malların haczi hakkındaki hükümlere göre haczedilir (İİK m. 85/1, 88/1).

1.2. İlmühaber çıkarılmış olması

Paylar hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 486/2). Bu hükümlerle anonim şirketlere, pay senedinin bastırılması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı hükümlerle ilmühaberlere nama yazılı pay senetlerine dair hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. Anılan ilmühaberler taşınır malların haczi hakkındaki hükümlere göre haczedilir (İİK m. 85/1, 88/1). Zira, ilmühaberler anonim şirketler tarafından pay senedi yerine geçmek üzere çıkarılır.⁹

1.3. Çıplak pay

Menkul kıymet ve kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan, hakkın kullanılması ve ileri sürülmesi açısından senede bağlanmış paylardan bir farkı olmayan, devir açısından TBK'nın genel hükümlerine tabi olan,¹⁰ pay senedine veya ilmühabere bağlanmamış paya, çıplak pay adı verilir.¹¹

9 Konu hakkında detaylı bilgi için Bkz., ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, vd., **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2017., s. 34 vd.

10 Çıplak payların devri, TBK 183 vd. hükümlerine tabidir. "Alacağın devri" hükümleri bedeli tamamen ödenmiş çıplak paylar için hüküm ifade etmekte iken, TBK m. 195 vd. hükümlerinde yer alan "borcun üstlenilmesi" bedeli tamamen ödenmemiş çıplak payların devri için hüküm ifade eder. Aynı konu hakkında Bkz., BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, 2013b, s. 472.; ŞENER, Oruç H., **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Konya, 2012, s. 578.

11 Aynı şekilde tanımlama için Bkz., KENDİGELEN, Abuzer "Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi: İİK 94 Hükümünde Yapılan Değişikliğe İlişkin Hukuki Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2004, Cilt: LXII, Sayı 1-2, s. 1.; PULAŞLI, 2014, § 44-7, s. 1701.; "Çıplak pay" diğer adı ile "kaydi pay" isimlendirmesi ve detaylı açıklamaları için Bkz., KARAHAN, Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya, 2013, s. 707.

Çıplak payın taşınır eşya niteliğinde olup olmadığı ve haczinin taşınırlara ilişkin hükümlere göre yapılıp yapılmayacağı ise tartışmalıdır.

Kendigelen, senede bağlanmış olsun olmasın payların haczinde taşınırlara ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörülmesinin isabetsiz olduğunu, ortada kıymetli evrak niteliğinde bir senet bulunmuyorsa, taşınırın da olmayacağı; bu nedenle çıplak payların varlığı halinde haczin taşınırların haczine ilişkin hükümlere göre yapılmasının olanaksız olacağını ifade etmektedir. Ayrıca yazar, İİK m. 94'te haczin ticaret siciline bildirilmesiyle bunun neticelerine dair hükümlere yer verilmemesinin isabetli olduğunu ifade etmektedir. *Kuru*, anonim şirkette payın pay senedine bağlanmasının zorunlu olmadığını, çıplak payın pay senedi gibi her türlü işleme konu olabileceğini; devredilebileceğini, rehnedilebileceğini, intifa hakkına konu edilebileceğini ve haczedilebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar, İİK m. 94'te yazılı olan çıplak pay haczinin icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesinin ve ticaret siciline tescilin çıplak pay haczi için bir geçerlilik şartı olmadığını, İİK m. 90 anlamında muhafaza tedbirinden ibaret olduğunu ifade etmiştir. Çıplak pay haczinde haciz bildirisinin anonim şirkete tebliğ edildiği tarihte yapılmış sayılmasını, buna gerekçe olarak göstermiştir. Yine yazar, çıplak pay haczinin anonim şirkete bildirilmeyip yalnızca ticaret siciline bildirilmesi halinde haczin gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; icra memurluğu işleminin iptali davasında haczin kaldırılması talebi ile ilgili olarak, pay senedi üzerine ticaret sicili müdürlüğüne sicil dosyasına konulan haczin, haciz isteminin yerine getirilmesi anlamında geçerli olmayacağına, alacaklının salt ticaret siciline yapılan haciz bildirimini ile haciz istemini yerine getirmiş sayılmayacağına, bu nedenle yapılan haczin kaldırılmasına yönelik şikayetin kabulünün gerektiğine dair karar vermiştir.¹² Anılan Yargıtay kararı, *Kuru*'nun görüşünü destekler niteliktedir.¹³

Çoğunluk ve bizim de benimsediğimiz görüşe göre; çıplak paylar taşınır eşya niteliğindedir.¹⁴ Bu nedenle İİK m. 89 hükmüne göre haczi mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki; İİK m. 82'de haczolunamayacak şeyler yazılmıştır ve anılan hükümde çıplak pay haczi yer almamaktadır. Çıplak payların İİK m. 89'a göre haczedilebilmesinin nedeni çıplak payların taşınır eşya niteliğinde olmasıdır. Taşınır kelime anlamı olarak; taşınabilen (eşya), para, çek, senet, tahvil, vb. değerli kağıt,¹⁵ taşı-

12 Anılan karar için Bkz., YHGK 4.7.2007, 12/332-446., <https://www.kazanci.com.tr/>, ET: 26.07.2017

13 Bu görüşü savunan yazarlar için Bkz., KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara, 2013, § 29, s. 450.; TOPUZ, Gökçen, **Hisse Haczi ve Satışı**, Ankara, 2009, s. 236 vd.

14 Çıplak payların taşınır eşya niteliğine sahip olduğu hakkındaki görüşleri için Bkz., TURANBOY, Asuman, "Kâğıtsız (varakasız) Kıymetli Evrak", **Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (17-18 Ocak 1997)**, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1998, s. 255 vd.; VURAL, Aslı, **Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi**, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, 1999, s. 20.; KARAHAN, 2013, s. 731.

15 Anılan değerli eşyaların; para, hamile yazılı senet, kıymetli evrak İsviçre hukukunda taşınır malların muhafaza tedbirleri (Sicherungsmassnahmen) başlığı altında, SchKG Art. 98'de düzenlenmiştir. SchKG Art. 98 Abs. 1'e göre bu eşyaların fiilen haczi gerekir.

nabilir, menkul anlamlarına gelmektedir.¹⁶ Görüleceği üzere kelime anlamı ile taşınır eşyada önemli olan “taşınır” kelimesidir. Eşyanın “taşınır” olarak nitelenmesi ile esasen yeni bir kavram oluşturulmuş değildir. “Taşınır” kelimesi tek başına, kullanım amacını açıkça ortaya koymaktadır. Taşınır mülkiyetinin (*Das Fahrniseigentum*) konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin (*Das Grundeigentum*) kapsamına girmeyen doğal güçlerdir (TMK m. 762; (Schweizerisches ZGB Art. 713; § 1204 BGB; Taşınır mülkiyetinin kazanılması: § 929 BGB). Taşınırlarda temel özellik dolaşım kolaylığıdır. Özellikle kaynak açısından dolaşım kolaylığı, eşyanın taşınmazdan ayrımını sağlar. Taşınmaz eşyanın kaynak bağımlılığının doğasında olduğu bilinen bir gerçektir. Taşınırdaki ise durum çok farklıdır. Taşınır bir kaynağa bağlı olsa dahi arasında sınırsız bir bağ olmadığı için kaynak değişimi mümkündür. Bu durum taşınırın dolaşım özelliğini gösterir. Taşınmaz mülkiyetinin içeriği TMK m. 718 vd maddelerinde açıklanmıştır (Schweizerisches ZGB Art. 655; Italienisches ZGB Art. 840). Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (TMK m. 718). Bedeli tamamen ödenmiş çıplak payın devri “alacağın devri” hükümlerine göre, bedeli tamamen ödenmemiş payın devri ise borcun üstlenilmesi” hükümlerine göre mümkündür. Bu nedenle çıplak pay, senede bağlanmamış olsa da edinmeye elverişlidir. Ayrıca çıplak pay, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına da girmez. Payın taşınır eşya niteliğine sahip olmasının en önemli nedeni de kaynağı ile arasındaki bağın sınırsız olmayışıdır. Payın kaynağı ile arasındaki bağ, senede bağlanıp bağlanmaması ile de değişim göstermez. Zira eşyanın özelliği, hukuki niteliğinin değişimine bağlı değildir. Kanun koyucunun bir eşyaya, üzerinde yapılan bir değişiklikte farklı hukuki neticeler bağlaması onu farklı bir eşya niteliğine sokmaz. Kanun koyucunun, aynı eşyanın farklı durumlarına farklı hukuki neticeler bağlaması, eşyanın türünü tamamen değiştirmez. Bu durumla sadece, somut olaylarda uygulanacak hukuk kurallarının değişmesi sağlanır. Bu nedenle, çıplak pay senede bağlandığında taşınır eşya hükümlerine tabi iken, senede bağlanmadığında aynı hükümlere tabi olmaması; eşyanın kaynak bağımlılığı ve dolaşım özelliklerini barındıran doğasına aykırı olur.

Çıplak payın, taşınır eşya niteliğine sahip olması “taşınır” özelliğine sahip olmasındandır. Yoksa ortada kıymetli evrak niteliğinde bir senet olmaması, taşınırın olmayacağı anlamına gelmemektedir. İİK m. 89/1’deki “sair bir talep hakkı” ifadesi, çıplak payın bu madde hükmüne göre yapılacağına kesin ve yeterli bir gerekçe olamaz.¹⁷ Aynı şekilde, İİK m. 106’da yer alan “Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı taşınır hükmündedir.” ifadesi paraya çevirme ile ilgili olup İİK m. 94’te bu durum açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, bu ifade haczin tatbikinde taşınırlara ilişkin hükümlerin uygulanmasına doğrudan delil gösterilemez. TTK m. 133/2 hükmü “Sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış

16 TÜRK DİL KURUMU, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53c62a70196cb2.95429211 (Erişim tarihi 16.07.2014).

17 Anılan görüş için Bkz., KURU, 2013, § 29, s. 451.

veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir.” şeklindedir. Bu hükümde yer alan “senede bağlanmış ya da bağlanmamış payların” ifadesi çıplak payların haczinin mümkün olduğunu açıkça göstermektedir. Bu temelden hareketle İİK m. 94 hükmüne göre haczedilen çıplak payların satışı taşınır malların satışı usulüne tabi olup, haczini bu usulden ayırmak taşınır malların doğasına aykırı olacaktır. İİK genel olarak incelendiğinde; kanun koyucunun haciz kelimesini ısrarla söylemek istememesinin sebebi, 94 üncü maddede yazılı olan “tescil” kelimesi ile çıplak paylarda tescilin bildirici etkisinden yararlanmak isterken, haczin taşınırlara ilişkin hükümlere göre yapılacağını açıkça belirtmesi ihtimalinde çerçeveyi bu esasa sınırlı kılmak istememesidir. Zira kanun koyucu aynı madde hükmü ile kanaatimizce taşınmaz malların haczine ilişkin hükümlerden yararlanma gayesi gütmüş, özellikle haciz kelimesini kullanmaktan bu nedenle imtina etmiştir.

2. Tescil Kavramı

İİK m. 94 hükmünde yer alan “Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilir.” hükmünün gerçek anlamda bir tescili ifade edip etmediğinin, ifade ediyor ise hangi tescil türüne girdiğinin tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda ilk olarak sicil ve tescilin kavramsal açıklamasının yapılması gerekmektedir.

Ticaret sicili; TSY, TTK ve özel hükümlerle tescil edilecek olguların tescil işlemlerinin gerçekleştirildiği, kamusal işleve sahip bir kurumdur. Tescil işlemi, tescilin taraflarını ve üçüncü kişileri ilgilendirir. Tescil; kanun tarafından öngörülen olguların belirli evrelerden geçerek olgunlaşması neticesinde, tescil başvurusu (*Eintragung*) şeklinde yazılı bir talep dilekçesi ile ya da elektronik imzalı olarak elektronik ortamda (*elektronischer Form*) talep edilmesi sonucunda, ticaret sicili müdürü (*handelsregisterführer*) tarafından tesis edilen işlemdir (TTK m. 27; TSY m. 23/1; HRegV Art. 16). Tescilde kural, istem üzerine yapılan tescildir. Olgunun tescilinde duraksanıyor ya da çözümü bir mahkeme ilamına bağlı ise ticaret sicili müdürü olguyu geçici olarak tescil eder (TTK 32; TSY 40).¹⁸ Ticaret sicili müdürü, tescili zorunlu ya da ihtiyari olan olgu ile diğer olguları birbirinden ayırmak mümkün olmadığında kısmi tescil işlemi tesis eder. Ticaret sicili müdürü önüne tescil için gelen olguyu, kanunun emredici hükümleri gereğince ya da mahkemelerce verilen ilamların yerine getirilmesi şeklinde resen (*von Amtes wegen*) tescil edebilir. TSY m. 21/1’de resen ya da yetkili kurum veya kuruluşun bildirmesi üzerine yapılacak tescillere ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu hükümden, bazı tescillerin resmi kurumların bildirimine üzerine yapılabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Ancak, hac-

18 Bkz., BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku (Ticari İşletme Hukuku), 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 198; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Basım, Bursa, 2013a, s. 161

zin icra dairesi tarafından ticaret sicili müdürlüğüne bildirilmesi sonucunda ticaret sicili müdürünün tesis edeceği işlemin, kanun metninde yazıldığı şekilde bir “tescil” mi yoksa “şerh (açıklama)” mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Tescilde kural, tescilin istem üzerine yapılmasıdır. Resen veya yetkili kurum ya da kuruluşun bildirmesi üzerine yapılacak tescillere ilişkin hükümler saklıdır (TTK m. 27/1; OR Art. 941).¹⁹ Resen ya da yetkili kurum/kuruluşun bildirimine üzerine yapılacak tesciller madde gerekçesinde, TTK m. 27/1 hükmünde yer alan “tescilin istem üzerine yapılması” kuralının istisnası olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde TTK m. 34’de yer alan itiraz üzerine mahkemece verilecek karar ile tescil, sicil kaydının silinmesi ve değiştirme de bu kuralın istisnasıdır.²⁰ Ticaret sicili müdürü, önüne resen tescil edilmek üzere bir olgu geldiğinde TSY’ye uygun şekilde tescil işlemini gerçekleştirir. Tescil edilecek olguya dair TSY’de hüküm yer almıyor ve başka yasa hükümlerinde hüküm mevcut ise hükmün yer aldığı yasa metnine göre işlem tesis edilir. İİK m. 94’te yer alan çıplak payların tescili, TTK m. 27/1 hükmünde yer alan yetkili kurum ya da kuruluşun bildirimine üzerine yapılacak tescildir. Anılan tescil işlemi resen tescildir (*Eintragung von Amtes wegen*).²¹

2.1. Tescilin Etkileri

Sicilin etkileri (*Registerwirkung*), tescil ve ilanın (*eintragung und bekanntmachung*) etkilerinden ayrıdır. Zira esasen olguların etkileri tescil ya da ilandan kaynaklanmaktadır. Alman hukukunda tescilin etkileri negatif, pozitif ve genel etkiler olmak üzere üç ana başlık altında toplanmaktadır (§ 15 HGB).²² Alman hukukunun aksine İsviçre hukukunda, ilandan habersiz olma mazur görülebilir

19 Kanımca, yetkili kurum ya da kuruluşun bildirmesi üzerine yapılacak tesciller, resen tescil türü içinde yer alır. Zira anılan tescil, yetkili kurum ya da kuruluşun bildirimine istem üzerine yapılan tescil kuralının ve geçici tescil sınıflandırmasının dışındadır. Kendi başına, kendiliğinden anlamına gelen “resen” kelimesinin anlamsal karşılığı bu tescil türünde bulmak mümkündür. Ayrıca resen tescil ile aynı hükmün içinde yer alması da görüşümüzü teyit eder niteliktedir. Yine, TSY m. 22’de yer alan tescil başvurusunda bulunabilecek ilgililer arasında yetkili kurum ya da kuruluş yer almamaktadır (HRegV Art. 17).

20 6102 sayılı TTK m. 27 gerekçesi, “6762 sayılı Kanununun 29 uncu maddesinde öngörülmüş bulunan tescilin talep üzerine yapılacağı hükmü, muhafaza edilmiştir. Ancak, hemen ikinci cümlede yer alan istisnalar dikkate alınarak birinci cümleye “kural olarak” ibaresi eklenmiştir. Ayrıca 34 üncü madde de saklı tutularak, mahkeme kararıyla tescilin, değiştirilmenin ve sicil kaydının silinmesinin de kuralın istisnası olduğu ifade edilmiştir. Yenilik tescil anının belirlenmesine ilişkin hükümdedir. Bu konuda harç tarihi esas alınarak uygulamada ihtilaflara sebep olan bir sorun çözüme kavuşturulmuştur.” şeklindedir.

21 Resen tescille ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz., MEIER-HAYOZ, Arthur, FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern, 2009, § 6 S. 17 ff.

22 HOLZBORN, Timo/ LEUBE, Sabine “International practice of commercial registration”, Amicus Curiae, Yıl: 2004, Sayı: 56, s. 27.; Doğru tescil ve ilan kaydının etkileri ile yanlış tescil ve ilan etkileri olmak üzere tescil ve ilan etkilerinin iki ana başlıkta incelenmesi hakkında Bkz., MICHALSKI, Lutz, Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht I: Handelsrecht, Berlin, 1995, S. 37.

bir ispat aracı olamaz.²³ İsviçre hukukunda tescilin etkileri OR Art. 933/1’de Etkiler(i) “Wirkungen” başlığı altında düzenlenmiştir. Tescilin dış etkileri (Externe Wirkung), ticaret sicili kayıtlarının doğru (OR Art. 933/1), eksik (OR Art. 933/2) ya da yanlış girilmiş olması sonucunda farklılık göstermektedir. İyiniyetli üçüncü kişilerin (Der gutgläubige Dritte) ticaret sicilinin hatasından kaynaklı uğrayacağı zararların mevcudiyeti halinde OR Art. 928 Abs. 1-3 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Tescilin etkileri; tescilin kurucu etkisi “*Konstitutive Wirkung*” (*Rechts begründung*), tescilin pozitif (olumlu) etkisi, tescilin negatif (olumsuz) etkisi, tescilin ispat aracı olması etkisi (*beweiswirkung*), tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi (*Deklaratorische Wirkung*), tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisi (*Heilende Wirkung bei mangelhaften Handelsregistereinträgen*) olarak sınıflandırılabilir. İİK m. 94’te yer alan “tescil” kavramının kurucu etkiyle ilgisinin olmadığı açıktır. Zira, çıplak pay haczinin geçerliliği “ticaret siciline tescil” esasına bağlanmamıştır. Yine madde metninde ifade edilen “haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır.” hükmü bu durumu ispat eder niteliktedir.

Tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi, hukuksal sonuçların doğmasının tescile bağlı kılınmadığı durumlarda, hukuki olgunun üçüncü kişiler açısından hüküm ifade edebilmesi için yapılan bildirim etkisidir. Bu etki ile, üçüncü kişilerin tescil edilecek olgu ile sağlayacakları yararlar korunur ve üçüncü kişiler lehine tescil ilgililerine karşı tescil edilmeyen olgunun aksini iddia etme hakkı doğar. Böyle bir durumda kanun koyucunun; çıplak pay haczini, tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesi ile “tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi” hükümlerine tabi kılmak istediğini söylemek mümkündür. Zira, haciz şirkete tebliğ ile yapılmış sayılır ve tescil kurucu etkiye sahip değildir. Ancak, İİK m. 94’te belirtilen, tescilden sonra yapılan pay devirlerinin alacaklının haklarını ihlal ettiği ölçüde geçersiz olduğuna ilişkin hüküm üçüncü kişilerin iyiniyetini koruyucu nitelikte değildir. Hal böyle iken, haczin şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılmasıyla iyiniyetin korunmaması durumu, ticaret siciline tescil edilmek üzere icra dairesince bildirilmesiyle kanaatimizce gereksiz şekilde pekiştirilmiştir. Zira, üçüncü kişilerin iyiniyetine karşı çıplak payın korunması açısından, “tescil” bildiri işlemine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle haczin tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesi cümlesinde yer alan “tescil edilmek üzere” ifadesi kanımca isabetli olmayıp, kanun metninden çıkarılmalıdır. Yine, çıplak paylarda haczin tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesini, tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi ile açıklamak teknik ve hukuki şartları açısından mümkün görünse de; üçüncü kişiler açısından hüküm ifade edebilme, üçüncü kişinin tescil edilecek olgu ile sağlayacağı menfaatin korunması amacının gerçekleşmesi açısından mümkün bulunmamaktadır. Zira, haczin (tescil edilecek olgu) üçüncü kişiler açısından hüküm ifade etmesi şirkete tebliğ ile gerçekleşmektedir. Çıplak payların haczinde geçerli olan, “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez” (*nemo plus iuris ad*

23 BECCHIO, Bruno/ WEHİNGER, Urs, FARHA, Alfred .S., vd., Swiss Company Law. Second Edition, London, 1996, s. 31.

alium transferre potest quam ipse habet) ilkesi ile malikin korunması amaçlanmaktadır. Oysa ki tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisinde üçüncü kişinin tescil edilecek olgu ile sağlayacağı menfaatin korunması amaçlanmaktadır. Bu etki ile üçüncü kişiler tescil ilgililerine karşı tescil edilmeyen olgunun aksini iddia etme hakkına sahip olurlar. Ancak; geçerli (şirkete tebliğ edilmiş) bir çıplak pay haczi durumunda zaten üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmayacağından, salt haczin tescil edilmemesi nedeniyle üçüncü kişiler aksini iddia etme hakkı kazanamayacaktır. Ayrıca bu etkiyi, tescilin kurucu etkisinin mevcut olmadığı durumlara alternatif olarak da görmemek gerekir. Bu nedenlerle; amaç, etkiler ve uygulanabilirlik bağlamında çıplak pay haczini “tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi” olarak kabul etmek mümkün değildir. Ancak, her ne kadar bildirici etkiye yaklaşırsa da çıplak pay haczinin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesinin, payı devralmak isteyen üçüncü kişinin sicildeki haciz kaydını görerek almaktan vazgeçmesini sağlayabileceği yönünde bir faydası olduğu söylenebilir. Yine, kanun hükmüne aykırı davranarak zarara sebebiyet verenler hakkında tazminat sorumluluğunun oluşacağı söylenebilir. Ancak sorumluluk mutlak değildir. Haczin, ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmemesi ya da bildirilmiş olmasına rağmen tescil edilmemiş olmasından dolayı zararın doğmuş olması gerekir. Zarar her iki durumda da doğmamış ise sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir.

3. Haciz ve Olgu Kavramlarının Bağlantısı

Haciz, icra dairesi tarafından alacaklının haklarının korunması açısından borçlu hakkında uyguladığı bir tedbir işlemidir. *Kuru*'ya göre haciz; kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak üzere, bu anlamda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra müdürü tarafından hukuken el konulmasıdır.²⁴ Haciz, alacaklının borçludan olan alacağının garanti altına alınabilmesi için borçluya ait mal ve haklara, alacağı karşılayacak oranda icra dairesi tarafından el konulmasıdır. Kesin haciz için, takibin kesinleşmiş olması şarttır. Ancak burada haciz kavramının İİK m. 94'te yer alan haciz kavramı ile tanımlama ve açıklamasının yapılarak sicil hukuku anlamında bir olguyu ifade edip etmediği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İİK m. 94'te ifade edilen çıplak pay haczi, kesin hacizdir. Bu nedenle anılan haciz kesinleşmiş bir icra takibine konu olmalıdır. Ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilecek haczin tescil edilebilmesi için “olgu” olması gerekir. Haciz, tanımından da anlaşılacağı üzere icra dairesi tarafından icra edilen “el koyma” işlemidir. İcra dairesi, çıplak pay üzerine haciz konulduğu olgusunu ticaret siciline bildirecektir. Görüleceği üzere “çıplak pay üzerine el konulduğu (haczin tatbik edildiği)” sicil

24 KURU, 2013, s. 410. Aynı yöndeki tanımlamalar için ayrıca Bkz., PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN Özkan, vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 2004, s. 232.

hukuku anlamında bir olgudur. Dolayısı ile çıplak pay üzerine haciz konulduğu olgusunun ticaret siciline tescil edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Bu nedenle, ticaret sicili müdürü icra dairesince bildirilen haciz olgusunu tescil etmek zorundadır

4. Haczin Tescili Sorunu

2004 sayılı İİK m. 94/1'e getirilen yeni düzenlemenin gerekçesinde; haczin icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesinin esas olarak benimsendiği açıkça vurgulanmıştır. Bu anlamda "tescil" kelimesinin bilinçli bir şekilde kullanıldığı aşıkardır. Ancak madde hükmünde "tescil" kavramına yer verilmiş olması, sicil hukukunun amacına uygun düşmemektedir. Uygulamada çıkan tereddütler çıplak payların haczinin ne şekilde yapılacağı ile ilgili olup, ticaret siciline tescille ilgili bir tereddüt yer almamaktadır. Ayrıca ticaret siciline tescil edilecek olgular gerek TTK'da gerekse TSY'de açıkça yazılmıştır. Bu yazılı olan hususlar arasında "haczin tescili" yer almamaktadır. Hacedilen hisselerin, haczin tescilinden sonra başkasına devri durumunda bu devrin alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl olduğu aynı kanun gerekçesinde belirtilmiştir. Hacedilen hisselerin haczin tescilinden sonra başkasına devrinin geçersizliği, tescilden önceki durumlarda geçerlilik anlamını kazanmasına neden olacaktır. Bu açık bir çelişki ve hak ihlalidir. Zira çıplak payın haczinin, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılması ile geçersizlik yaptırımının ticaret siciline tescilden sonraki bir zamana bağlanması açık bir çelişkidir. Çıplak payın şirket pay defterine işlenmesi aynı kanun hükmü ile zorunlu kılınp, haczin geçerliliğinin icra dairesi tarafından şirkete tebliğ esasına bağlanması da ayrı bir çelişkidir. Ayrıca, haczin tescilden sonra hissenin başkasına devri durumunda bu devrin alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda geçersiz sayılması, tescil öncesinde yapılan devirlerin geçerli olduğuna mı işaret etmektedir? Salt kanun hükmünün metin ve gerekçesi incelendiğinde bu soruya olumlu yanıt vermek mümkündür. Ancak, çıplak payların devrinde uygulama alanı bulan "Alacağın devri" ve "Borcun üstlenilmesi" kurallarını içeren TBK genel hükümleri bu sorunun olumsuz yanıtlanmasına neden olmaktadır. Bu soruya olumsuz cevap verilmesinin diğer bir nedeni de, Roma hukukundaki "hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) ilkesidir.²⁵ Bu ilkenin temel hedefi ve hukuki sonucu, devralanın iyiniyetinin korunması yerine malikin haklarının korunmasıdır. Bu ilkede esas olan maliktir. Bu nedenle malı devralanın iyiniyeti bu ilkeye göre korunmaz. Zira çıplak pay, senede bağlanmadığından kıymetli evrak ile ilgili bir durumdan bahsedilme-yeceğinden devralanın iyiniyetinin korunmasından da bahsedilemez.

25 İlkenin İngilizce karşılığı "nobody can transfer to someone else more of a legal title than he himself possesses" şeklindedir. İlke ile ilgili Bkz., JACOB, Jan, **Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Gütern**, Hamburg, 2010, S. 77.; LURGER, Brigitta/ FABER, Wolfgang, **Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods**, München, 2011, s. 532 vd. Ayrıca ilkenin tarihçesi hakkında Bkz., STRAUMANN, Benjamin "Ius erat in armis: The Roman and Spanish Empires and Their Discontents", **International Journal of the Classical Tradition**, Yıl: 2007, Cilt: 13, Sayı: 4, s. 604 vd

Taşınır mallara ilişkin hükümler gereği borçlu, alacaklının muvafakatini ve icra dairesinden izin almaksızın hacizli taşınırda tasarrufta bulunamaz (İİK m. 86/1). Kanun koyucu; İİK m. 94'te çıplak payların satışını taşınır mallara ilişkin hükümlere bağlayıp, haczini ise taşınmaz malların haczine ilişkin hükümlere yaklaştırmaya çalışmıştır. Çıplak pay haczinin “İştirak halinde tasarruf edilen mallar” başlığı altında düzenlenmesi ve haczin değil de satışın taşınır mallara ilişkin hükümlere tabi olacağı (istisna niteliğinde) hükümde yer verilmesi bu durumun açık göstergesidir. TMK m. 1010'da yer alan tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında haczin tapu kütüğüne şerh edileceği ifade edilmiştir. Şerhin verilmesi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmesini sağlar. Tapu kütüğüne verilen şerh sonrasında, iyiniyet iddiasının ileri sürülemeyeceği gerçeği İİK m. 94'te yer alan “tescil” kavramının neden kullanıldığı konusunda yol göstermektedir. Her ne kadar madde gerekçesinde konuya tam anlamı ile bir açıklık getirilmiş olmasa da, 2004 sayılı İİK'nın hükümleri genel olarak incelendiğinde özellikle tescil ve şerh kavramlarının haczin tabi olacağı hukuk kuralları açısından kullanıldığını söylemek mümkündür. Ayrıca, kanun koyucunun tescil ve şerh kavramlarını üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması ve haczedilen taşınır ya da taşınmazın devrine hukuki netice bağlamak gayesi ile kullandığı söylenebilir.

Daha önce “Tescilin Etkileri” başlığı altında, “tescil edilmek üzere” ifadesinin gereksiz bir ifade olduğu ve nedenlerinden bahsettik. Bunun diğer bir nedeni de, tescil edilecek olgu olarak 492 sayılı Harçlar Kanunu I sayılı tarifinin “Ticaret sicili harçları” başlığı altındaki C bendinde haczin tesciline dair bir kalemin bulunmayışıdır. Harçlar Kanunu I sayılı tarifinin C bendinde “Ticaret sicili harçları” açıkça yazılmıştır. Anılan hükümde haciz tesciline dair bir kalem yer almamakla birlikte, haciz bildirimini gerçek anlamda bir tescil işlemi gerektirmediğinden aynı tarifinin “Kayıt ve tescil harçları” kalemine de girmemektedir. Ticaret siciline tescil edilen olgular nedeni ile anılan tarifede yer alan kalemlerin mevcudiyeti halinde, ilgili harçların alınması gerekmektedir. Uygulamada çıplak pay haczi tescilinde, “ticaret siciline tescil edilmiş olan vakalardaki değişikliklerin tescilinde alınacak harç” kaleminde yer alan harçlar alınmaktadır. Ancak haciz tescili muhteva ile ilgili olan bir değişiklik ya da düzeltme değildir. Kanun koyucu haczin tescili ile bildirici etki sağlamaya çalışırken, harç anlamında da bir çelişki yaratmış bulunmaktadır. Zira, haciz tescilinin resen ya da istem üzerine olması harç anlamında bir önem arz etmez. Anılan tarifede yer almayan bir kalem için harç alınması isabetli değildir. Zira ticaret sicili müdürünün görevi, önüne tescil için gelen olgularda TTK m. 32 kapsamındaki inceleme ile yorum yapmaksızın tescil işlemi gerçekleştirmektir. Harçların yatması ile ilgili ticaret sicili müdürünün yorum yaparak tescil harcı alınması yönünde işlem tesis etmesi ya da eksik harcın ikmal için ilgili vergi dairesine yazı yazması, yetki sınırlarını aşması anlamına gelir. Kaldı ki ticaret sicili müdürü; olgunun tescilinde duraksıyor ya da olgunun çözümü bir mahkeme ilamına bağlı ise olguyu geçici olarak tescil eder (TTK 32; TSY 40).²⁶ Ancak, harcın alınması konusunda (TSY m. 34/1-c anlamında harç makbuzunu talep etme yönünden) duraksıyor ise kanun ko-

26 Bkz., BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, 2013a, s. 161.

yucunun kendisine bu yönde verdiği bir yetki olmadığından, müdürün kendini kanun koyucu yerine koyarak (*modo legislatoris*) harcın yatması gerekip gerekmediği konusunda yorum yapması ve tescil ilgililerini harç tahsiline zorlaması olanaksızdır.²⁷ Ticaret sicili müdürünün harcın yatıp yatmadığı ile ilgili görevi; tescil için TTK, TSY ve ilgili diğer mevzuatta öngörülen belgelerin ve harç makbuzunun bulunup bulunmadığını kontrol etmekten ibarettir. Harç makbuzunun bulunması gerekip gerekmediği ise 492 sayılı Harçlar Kanunu ve özel kanun hükümlerine göre belirlenebilecektir.

2004 sayılı İİK hükmü genel olarak incelendiğinde, sicillere işlenecek haciz kayıtlarının şerh şeklinde tesis edileceği birçok hükümde belirtilmiştir.²⁸ Örneğin, borçlunun muayyen bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra memuru haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar (İİK m. 94). Ticaret sicilinde tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisinden faydalanmak maksatlı kullanılan “tescil” kelimesi yerine “şerh” kelimesinin kullanılması daha isabetli olur. Tescilin etkileri, harç sorunu, üçüncü kişilerin iyiniyeti gibi durumlarda yaşanan çelişkiler de böylelikle önlenir.

27 Modo legislatoris hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 19. Bası, İstanbul 2013, § 376 s. 114.

28 İİK m. 94 c. 2; 110, 150/c hükümleri örnek olarak verilebilir.

Sonuç

Çıplak pay haczi, ticaret sicilinde hakim olan tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması, taşınır eşya hükmünde olup olmaması, tescil ya da şerh işleminin tesis, tescilde harç gibi bir kısım sorun ve çelişkilere neden olmaktadır. 25.03.2003 tarih 1/550 sayılı İİK hakkında düzenlenen kanun tasarısı ve adalet komisyonu raporunda izah edilen 94 üncü maddenin “anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmühaberlerinin çıkarılmamış olması hâlinde çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı” konusuna getirilen çözüm, bazı çelişkileri de beraberinde getirmiştir. Elbette bir kanun maddesinin gelişen ve değişen dünyada fiili durumları tamamen çözmesi beklenemez. Ancak, kanunun koyucu tarafından sorunlar ele alınırken, konunun tabii olduğu hukuk kuralları ve prensipler etraflıca ele alınmalı ve bunda gözetilen hukuki yarar gerçek anlamda tespit edilmelidir. Prensiplerin korumasından faydalanırken, açıkça istisna getirildiği belirtilmelidir. İİK m. 94’te yer alan “Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir.” cümlesi ile taşınmaz eşya hükümlerinin korumasından faydalanmaya çalışırken, gerekçe de bu durumdan açıkça bahsedilmelidir. “Tescil” kelimesi ile tescilin hangi etkisinden faydalanmak istendiği yine gerekçede ifade edilmelidir. Zira, kanun gerekçesi kanun metninin özünü ve ruhunu anlamaya yarayacak en önemli kaynaktır. “Gerekli düzenlemeler yapılmıştır” şeklinde yer alan bir gerekçe yeniliği açıklamaya ve ruhu ortaya koymaya yetmez. Ayrıca az önce de bahsettiğimiz üzere, prensiplerden faydalanırken metnin esasını içeren hükümlerde uygulama alanı bulan diğer prensipler karşılaştırılmalı, korunması gereken hukuki yarar çelişkiye mahal vermeyecek şekilde tespit edilmelidir. Ancak, tüm bu durumlar düşünüldüğünde çıplak pay haczine getirilen yeni düzenlemenin, hakim ilkeler ve prensipler yönünden yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce İİK m. 94’te yer alan, çıplak payların haczinin icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesi hükmü isabetli değildir.²⁹ “Tescil” kelimesi ile üçüncü kişilerin iyiniyetinin bertaraf edilmesi sağlanmaya çalışılırken, zaten hükme esas olan mevcut prensip “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*” karşısından gereksiz tekrardan öteye gidilememiştir. Hükümle, tescilin etkilerinden faydalanmak istenirken tescilin etkilerine hakim olan prensipler ve hakim ilkelerin hükme uygunluğu sağlanamamıştır. Çıplak payın haczinin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesi hükmü, sicil hukuku ile tam anlamı ile örtüşme sağlamamaktadır. Bu tescilde harcın alınıp alınmayacağı, tescilin türü açıklığa kavuşturulmuş değildir. “Tescil olunur” kelimesi ile sağlanabilecek bir kesinlikten kaçınılarak, “tescil edilmek” kelimesi kullanılmıştır. Ayrıca, haczin şirkete tebliği ile geçerli olacağı hüküm altına alınmış, tescil ile şirkete tebliğ arasında zamansal ve hukuksal bir boşluk yaratılmıştır. Çıplak payın satışı İİK m. 94 ile taşınır malların satışı usulüne bağlanmış iken, haciz usulünün belirtilmesinden kaçınılmıştır. Kanımca, İİK m. 94/1’de yer alan “Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tâbidir.” hükmü, “Bu payların haczi ve

29 Aynı görüş hakkında Bkz., KENDİGELEN, 2004, s. 392. Yazarın görüşüne göre; anonim ortaklıkta pay sahipleri ayrıca ve özel olarak ticaret siciline tescil edilmediğinden, sicilde pay sahiplerine ilişkin herhangi bir bilgi de ilke olarak yer almayacak, bu nedenle de bir ortağın çıplak payının haczine ilişkin yapılacak kayıtlar dayanaktan yoksun olacaktır.

satışı, taşınır malların haczi ve satışı usulüne tâbidir.” şeklinde değiştirilmelidir. Yine aynı maddede yer alan “Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir.” hükmü, “Haciz, icra dairesi tarafından şerh edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir.” şeklinde değiştirilmelidir. Bu şekilde bir değişiklik ile, sicil hukukunda tescilin etkilerinde hakim olan ilkelerle çıplak payın sahip olduğu prensipler arasındaki karışıklık ve çelişkiler giderilmiş olacaktır. Nihai olarak belirtmek gerekir ki, İİK m. 94’te yapılan düzenlemeler ile çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada yaşanan sorunlar giderilmeye çalışılmış ancak yeterli olamamıştır.

KAYNAKLAR

ARSLANLI, Halil “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1958, Cilt: XXIII, (s. 248-290).

BECCHIO, Bruno/ **WEHİNGER**, Urs, **FARHA**, Alfred .S., vd., **Swiss Company Law**. Second Edition, London, 1996.

BİLGİLİ, Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan, **Ticaret Hukuku (Ticari İşletme Hukuku)**, 2. Baskı, Ankara, 2017.

BİLGİLİ, Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Basım, Bursa, 2013a.

BİLGİLİ, Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Bursa, 2013b.

HOLZBORN, Timo/ **LEUBE**, Sabine “International practice of commercial registration”, **Amicus Curiae**, Yıl: 2004, Sayı: 56, (s. 25-32).

JACOB, Jan, **Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Gütern**, Hamburg, 2010.

KARAHAN, Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya, 2013.

KAYAR, İsmail, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku**, Ankara, 2017.

KAYIHAN, Şaban/ **YASAN**, Mustafa, **Ticaret Hukuku**, Ankara, 2017.

KENDİGELEN, Abuzer “Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi: İİK 94 Hükmünde Yapılan Değişikliğe İlişkin Hukuki Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2004, Cilt: LXII, Sayı 1-2, (s. 381-402).

KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara, 2013.

LURGER, Brigitta/ FABER, Wolfgang, Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods, München, 2011.

MEIER-HAYOZ, Arthur, FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern, 2009.

MICHALSKI, Lutz, Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht I: Handelsrecht, Berlin, 1995.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, SUNGURTEKİN Özkan, vd., İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2004.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

STRAUMANN, Benjamin “Ius erat in armis: The Roman and Spanish Empires and Their Discontents”, International Journal of the Classical Tradition, Yıl: 2007, Cilt: 13, Sayı: 4 (s. 597- s. 607).

ŞENER, Oruç H., Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Konya, 2012.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2013.

TOPUZ, Gökçen, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara, 2009.

TURANBOY, Asuman, “Kâğıtsız (varakasız) Kıymetli Evrak”, Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu (17-18 Ocak 1997), Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1998, (s. 241-260).

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, vd., Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2017.

VURAL, Aslı, Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, 1999.

İNTERNET KAYNAKLARI

TÜRK DİL KURUMU, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53c0cf124774c7.83666403 (Erişim tarihi 12.07.2017).

TÜRK DİL KURUMU, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53c62a70196cb2.95429211 (Erişim tarihi 16.07.2017).