

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
TİCARİ TAKDİR YETKİSİ VE BUNDAN DOĞAN
SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
İclal ÇELİK

Tez DANIŞMANI
Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Ankara-2011

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
TİCARİ TAKDİR YETKİSİ VE BUNDAN DOĞAN
SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
İclal ÇELİK

Tez DANIŞMANI
Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Ankara-2011

ONAY

İclal Çelik tarafından hazırlanan “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumlulukları” başlıklı bu çalışma, 17/11/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Ticaret Hukuku Anabilim dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım (Başkan)

Doç. Dr. Mehmet Özdamar

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar

ÖNSÖZ

1965 yılında yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu; ticaret hukukunda ve ülke ekonomisinde önemli gelişmeler ve ilerlemeler sağlamış ancak aradan geçen yıllar içinde tüm dünyada şirketler hukuku alanında meydana gelen önemli değişimler ve AB hukukuna uyma süreci yeni bir Ticaret Kanunu hazırlama ihtiyacını doğurmuştur. 2000 yılında Ünal Tekinalp başkanlığından başlayan çalışmalar beş yılsonunda tamamlanmış ve meclise sunulmuştur. Bu hususta tezimiz açısından dikkat edilmesi gereken bir husus var ki; o da Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 26. maddesine göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin görülmekte olan davalarda yeni kanunda öngörülen özen yükümlülüğü hakkındaki hükümlerin değil, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan özen yükümlülüğüne ilişkin hükümler uygulanacak olmasıdır.

Şirketlerin zarar etmeleri; ekonomik kriz, şirketin nevi veya yönetim kurulu üyelerinin verdikleri isabetli olmayan yanlış kararlarından, bilgisizlik veya tecrübesizliklerinden ya da kişisel çıkar sağlamak amacıyla görevlerinin kötüye kullanmış olmalarından da kaynaklanabilir. Bu durumda üyeleri ağır sorumluluklar beklemekte bazen şahsi iflaslarına neden olmaktadır. Diğer taraftan görevini özenli bir şekilde, dürüst olarak ifa eden üyelerin ağır sorumluluklar sözkonusu olduğundan hareket serbestisi engellenecek, alınması gereken riskleri almaktan kaçınacaklardır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerine yüklenen sorumluluk hükümlerinde bir menfaat dengesi kurulmaya çalışılmış; sorumluluklarını hafifletmek amacıyla 6102 sayılı kanunda yeni kurumlara yer verilmiştir. Bu kurumlar içinde Amerikan hukukunun kaynaklık ettiği, Türk hukukunda da yeni fikirlerin ve tartışmaların kaynağı olacak olan Ticari Takdir Yetkisi' (Business Judgment Rule) yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları açısından oldukça önemli yenilikler içermektedir.

“Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi Ve Bundan Doğan Sorumluluğu” konulu bu çalışmanın ortaya çıkmasında desteğini ve yardımını esirgemeyen, tez konusunun belirlenmesi ve yazılması aşamasında beni yönlendiren, görüş ve önerilerini bildiren Sayın Doç. Dr. Mehmet Özdamar’a teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE AMERİKAN HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNUN GENEL ESASLARI

I. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. YÖNETİM KURULUNUN OLUŞMASI	5
C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SAHİP OLMASI GEREKEN NİTELİKLER.....	6
D. ŞİRKETLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	8
1. Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	9
2. Şirket Akdine Dayandığı Görüşü	10
3. Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Görüşü.....	10
II.TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	12
A. HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI.....	12
B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ANLAMİ.....	13
C. 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUN'DA VE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA SORUMLULUĞUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ	14

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA HAKİM OLAN İLKELER.....	16
1. Kusurdan Doğan Sorumluluk Şekli	16
2. Müteselsil Sorumluluk	18
3. Bireysel Sorumluluk	19
4. Sorumluluğun Sözleşmeden Doğması	20
III. TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	21
A. ZARAR.....	21
B. KUSUR	22
C. İLLİYET BAĞI	22
D. HUKUKA AYKIRILIK.....	23
IV. AMERİKAN HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	21
A. KUSUR.....	25
B. ZARAR	26
C. İLLİYET BAĞI.....	26
D. GÖREVİN İHMALİ.....	27
1. Yönetici ve Müdürlerin Münferit Görevleri	27
a. Yönetim Kurulu Üyesi ile Şirket Arasındaki Güvene Dayalı İlişkiden Kaynaklanan Yükümlülükler	27
(1) Verilen Görevleri Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	28
(2) Özen Yükümlülüğü	28
(3) Sadakat Yükümlülüğü	29
(i) Rekabet Yasağı	31
(ii) Kendisiyle İşlem Yapma (Self Dealing Transactions) ve Çifte Temsil Yasağı.....	31
(iii) Azınlık Hissedarlarına Farklı Muamele Etme Yasağı	32

İKİNCİ BÖLÜM
TİCARİ TAKDİR YETKİSİ
(BUSINESS JUDGMENT RULE)

I. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI.....	33
A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	34
B. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNDE İSPAT YÜKÜ	37
C. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ	39
1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Yanılabılme İhtimali.....	40
2. Risk Almanın Önemi	40
3. Mahkemelerin Yetersizliği	40
4. Kötüniyetli Paydaşların Açtığı Davaların Önlenmesi	41
II. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ - TİCARİ TAKDİR DOKTRİNİ	42
A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN YARIŞAN KAVRAMLARI.....	43
1. Sorumluluk Ölçütü Olduğu Görüşü.....	44
2. Kaçınma (Yargısal Müdahalede Bulunmamama) Doktrini Olduğu Görüşü	45
III. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN UNSURLARI	47
A. YÖNETİM KURULU KARARI – İŞLETME FAALİYETİ İLE İLGİLİ TİCARİ KARAR	48
B. KURUL KARARININ TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ OLMASI	49
1. Tarafsızlık-Yapılan İşlemlerin Şirket Menfaatini Gerçekleştirmeye Yönelik Olması	49
2. Bağımsızlık-Özel Bir Amaç Gütmeden ve Dış Etkilerden Uzak Hareket Etmek	50
C. ÖZEN BORCUNUN YERİNE GETİRİLMİŞ OLMASI.....	52
D. İYİ NİYETLE HAREKET ETMEK (GOOD FAİTH)	58
1. İyi Niyetin Ticari Takdir Yetkisi İçindeki Anlamı	58
2. Takdiri yetkisini kötüye kullanılması (Abuse of Discretion).....	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TİCARİ
TAKDİR YETKİSİ VE BUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. 6102 SAYILI KANUN'DA TİCARİ TAKDİR YETKİSİ	65
A. GENEL OLARAK.....	65
B. BUSINESS JUDGMENT RULE' UN TÜRK HUKUKUNDAKİ KARŞILIĞI.....	66
C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TİCARİ TAKDİR YETKİSİ	67
II. 6102 SAYILI KANUNDA GÖRE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI	68
A. SORUMLULAR ÇERÇEVESİ.....	68
1. Kurucular.....	70
2. Yönetim Kurulu Üyeleri	70
a. Fiili Yönetim Kurulu Üyesi.....	71
b. Şirketler Topluluğu İlişkisi ve Fiili Organ Durumu	72
c. İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği.....	72
d. Kamu Tüzel Kişilerinin Temsilcisi	73
e. Tüzel Kişi Şirketin Yönetim Kurulundaki Temsilcisi	75
f. Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi.....	75
g. İcracı Olan Ve İcracı Olmayan Üye	76
B. YÖNETİCİLER	76
C. TASFİYE MEMURLARI	77
D. DENETÇİLER VE İŞLEM DENETÇİLERİ	77
III. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ	78
A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ AÇISINDAN YARDIMCI OLACAK KAYNAKLAR.....	78
1. Kurumsal Yönetim.....	78
a. Hakkaniyet (Fairness-Integrity) İlkesi.....	81

b. Şeffaflık-Kamuyu Aydınlatma (Transparency-Openness-Disclosure) İlkesi	82
c. İç Sorumluluk - Hesap Verilebilirlik (Accountability).....	84
d. Dış Sorumluluk (Responsibility) İlkesi.....	85
2. Tedbirli Yönetici Kavramı	85
3. Ticari Takdir Yetkisinde İspat Yükü	88
4. Farklılaştırılmış Teselsül	90
a. Farklılaştırılmış Teselsülde Sorumluluğun Kapsamı	93
b. Zararın Tamamı İçin İlgilerin Hepsine Birlikte Dava Açılması.....	95
c. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Farklılaştırılmış Teselsül Ve Rücu İlişkisinin Değerlendirmeleri	96
5. Türk ve Amerikan Hukukunda Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası	98
a. Amerikan Hukukunda Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası	99
b. Türk Hukukunda Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası	102
B. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ ŞARTLARININ 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ KAPSAMINDA İNCELENMESİ	104
1. Yönetim Kurulunun Karar Alması.....	104
2. Alınan Kararın Tarafsız ve Bağımsız Olması	105
3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Sadakat Borçları ve Şirket İle Çıkar Çatışmaları Arasındaki İlişki	106
4. Yönetim Kurulu Üyelerinin İyiniyetli Olması.....	108
5. Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Ve Sadakat Borcu	110
a. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu.....	111
b. 6102 sayılı Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu	114

c. 6102 sayılı Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen

Derecesi 115

IV. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE AÇILAN

SORUMLULUK DAVASI 119

A. ŞİRKETİN DAVA HAKKI 120

B. ŞİRKET VE ALACAKLILARIN DAVA HAKKI 121

1. DOLAYLI ZARARLARA DAYANAN DAVALAR 121

2. DOĞRUDAN ZARARLARA DAYANA DAVALAR 122

C. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE AÇILAN
SORUMLULUK DAVASINDA HÂKİMİN İNCELEME YETKİSİ..... 123

**V. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ İLKESİNİN İPTAL DAVALARINA
UYGULANABİLİRLİĞİ..... 127**

SONUÇ.....129

KAYNAKÇA133

ÖZET143

ABSTRACT145

KISALTMALAR

ABA	:American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALI	: American Law Institute
b.	:Bent
BATIDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	:Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
CEO	: Chief Executive Officer
CFO	: Chief Financial Officer
Co.	: Corporation
Ct.	: Court
Çev.	: Çeviren
Del.	: Delaware Supreme Court
Del.Ch.	: Delaware Court of Chancery
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dpn.	: Dipnot
D&O	: Directors' and Officers'
E.	: Esas Numarası
ed.	: Edition
H.D.	: Hukuk Dairesi
I.	: Issue
Inc.	: Incorporated
İlke	:Ticari Takdir Yetkisi
J.	: Journal
K.	:Karar numarası
Kanun	: Türk Ticaret Kanunu

m.	: Madde
MBCA	: Model Business Corporation Act
Rev.	: Review
RMBCA	: Revised Model Business Corporation Act
s.	: Sayfa
sa.	: Sayı
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
ss	: Sayfa sayısı
SSRN	: Social Science Research Network
St.	: State
Supreme	: Supreme
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Üye	: Yönetim Kurulu Üyesi
Vol.	: Volume
v.	: Versus
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile ilgili yapılacak olan düzenlemeler kamu menfaati açısından büyük önem arz etmektedir. Yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yüklenmesindeki amaç; şirketi idare ve temsil konusunda azami dikkat ve özen göstermesini sağlayabilmektir. Keza yüklenen sorumluluk hükümleri ile verilen yetki arasında bir denge sağlanması gerekmektedir. Böylece yönetim kurulu üyesine hareket serbestisi tanınacak ve çok ağır bir sonuç olan şahsi iflası engellenebilecektir. Sorumluluk hükümlerinin oldukça ağır olduğu hukukumuzda, yetki ve sorumluluk arasında bu dengeyi sağlamak amacıyla Amerikan içtihatlarından doğan ticari takdir yetkisi sistemimizde kabul edilmiştir.

Ticari takdir yetkisi; Amerikan mahkemelerinde (özellikle Delaware mahkemeleri) şirket yöneticilerinin özen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunu açığa kavuşturmak için kullanılmaktadır. İlke, yöneticilere hareket serbestisi sağlayarak yönetim kurulu üyeleri lehine özen yükümlülüklerini yerine getirdiklerine dair bir karene sağlamaktadır. Şirket yöneticilerinin şirket işlerini yürütürken kararlarına kişisel çıkar ya da hile karıştırmamışlarsa, gerekli bilgileri edinmiş ve iyiniyetli olarak hareket etmişlerse; mahkeme kararın esasına girmez, yönetim kurulu üyeleri yerine geçerek karar alamaz. Ancak bazı şartlar altında, yönetim kurulu üyeleri açısından kişisel çıkarı ön planda olması halinde daha zor bir test (Unocal Test) uygulanmaktadır. Unsurların gerçekleşmesi durumunda yapılan işlemlerin hukuka uygunluğu bakımından yönetim kurulu üyeleri lehine bir karene niteliği getirilmiş olacak ispat yükü davacıya yükletilip, ispatlanamadığı takdirde, kararı yargısal ikinci bir incelemeden koruyarak usul ekonomisine katkı sağlanacaktır.

Şirket yönetim kurulu üyeleri yönetime ilişkin kararlarından dolayı şahsen mesul tutulabilirler. Hiç kimse sorumluluklarının kapsamının somut olarak belirlenmeden herhangi bir yükümlülüğün altına girmek istemez. Çok

katı sorumluluk hükümleri içeren şirketler hukuku alanında yetenekli, tecrübeli ve bilgili kişileri yönetici olmaktan caydırabilir. Uzmanlık gerektiren yönetim kurulu üyeliği gibi bir vazifeyi icra eden kişilerin, icra ettikleri faaliyetler bakımından özgürce karar almaları ve uzun vadede çok büyük kazanç getirebilecek riskleri üstlenebilmeleri için onlara güvence sağlanması gerekmektedir. Güvencesi olmadan bu görevi üstlenen kimseler aldıkları yanlış bir kararda şahsi iflaslarına neden olunması sonucuyla karşı karşıya kalabileceklerdir.

Ticari takdir yetkisinin dilimizdeki tam karşılığı *ticari iş kararı ilkesi* olmakla birlikte henüz doktrinde yerleşmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Konuyla ilgili yazılmış kitap ve makalelerde bu terim aynen Amerikan hukukunda yer aldığı gibi *business judgment rule* olarak ya da 6102 sayılı kanunun gerekçesinde yer aldığı gibi *işadamı kararı* olarak kullanılmaktadır. İş adamının iş hayatında karar alırken uyması gereken kuralları içeren ve iş adamı gibi davranmanın ilkelerini belirleyen business judgment rule deyimini gerekçede yer alan *iş adamı karar* tanımı karşılayamamaktadır. İş adamı kararı deyimi bir taraftan yöneticilerin sahip oldukları yetkileri diğer taraftan yükümlü oldukları sorumlulukları açıklamaktan çok uzaktır. Bu nedenlerle *ticari takdir yetkisi* ya da *ticari takdir ilkesi* kavramlarını kullanmak daha yerinde bir tercih olacaktır. Tezimizde ise business judgment rule kavramını karşılayan *ticari takdir yetkisi* ifadesi kullanılmıştır.

Doktrindeki geçerli düşünceye göre ticari takdir yetkisi yönetim kurulu üyelerine ve şirket müdürlerine tatbik edilebilir. Yargı kararlarıyla korumanın genelde müdürlere de uygulandığına karar verilmiştir. Böylece önümüzdeki açıklamalar, yer yer “yöneticilerden” bahsedilse dahi, yönetim kurulu üyelerini de kapsayacak şekilde daima her iki yürütme organı için geçerli olacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna bir temel oluşturması amacıyla Türk ve Amerikan yönetim kurulu yapısı ve özellikle sorumluluk hukuku sonrasında ise tezimizin asıl konusunu oluşturan ticari takdir yetkisinin daha iyi anlaşılması amacıyla Amerikan sorumluluk

hukuku anlatılmaktadır. Kendi hukuk sistemimizde yer alan yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları öncelikli olarak incelenmiş daha sonra ticari takdir yetkisine kaynaklık etmesi nedeniyle Amerikan sorumluluk hukuku açıklanmaktadır. İkinci bölümde genel olarak ticari takdir yetkisi ve unsurları Amerikan YüksekMahkemeleri'nden örnek davalara değinilerek anlatılmaktadır. Üçüncü bölümünde ise ticari takdir yetkisinin ilgili olduğu kurumlar ve en önemlisi Türk hukukuna uygulanabilirliği SPK ilkeleri ve yargı kararlarıyla tartışılarak açıklanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE AMERİKAN HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNUN GENEL ESASLARI

I. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU

A. GENEL OLARAK

Tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmeleri ve kullanabilmeleri için MK'nın 49. maddesine binaen kanunen zorunlu organlarının oluşturulması gerekmektedir. Anonim şirket tüzelkişiliğe sahip bir ticaret şirkettir ve diğer tüzel kişiliğe sahip işletmelerde olduğu gibi anonim şirketlerde de ortaklığı yönetecek ve ortaklığı üçüncü kişilere karşı temsil edecek bir organa ihtiyaç vardır.

Yönetim kurulu, anonim ortaklığın kanunî mümessili olup, şirketin idaresinde işletme sahibi ve işveren konumundadır. Yönetim kurulu, anonim şirketin yapısı bakımından hem zorunlu hem de faaliyeti süreklilik arz eden bir organdır. Çünkü yönetim kurulu dışındaki organlar, hukukî varlıkları bakımından süreklilik taşımalarına rağmen; faaliyetlerini aralıklar halinde sürdürdüklerinden, yönetim kurulu ortaklığın devamlı bir temsilciye ve yöneticiye olan ihtiyacını karşılar¹. Ortaklığın günlük işlemlerinin yapılması, üçüncü kişilerle kurulan ilişkilerin sürdürülmesi görevleri başka bir ifadeyle karar alma ve irade açıklama yönetim kurulu tarafından yapılmaktadır².

¹Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin; Anonim Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, s. 262.

² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu; s. 262; İmregün, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 264; Bahtiyar, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2007, s. 118-120; Ansay, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 92; Özkorkut, Korkut; Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s. 78.

B. YÖNETİM KURULUNUN OLUŞMASI

Anonim şirketlerde organları seçme yetkisi genel kurula ait olup buyetkinin devredilmesi caiz değildir³. Genel kurul kararında yönetim kurulu üyelerinin görev yapmak üzere seçildiği süre hususu açık değilse de, seçimin bir faaliyet yılı için yapıldığının kabul edilmesi uygun olacaktır⁴.

Organ olarak, Yönetim Kurulu kanun ve esas sözleşmede belirtilen hükümlere göre seçilecek en az üç üyeden oluşmaktaydı⁵. Yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşacağı hükmü 6102 sayılı TTK ile terk edilerek bir üyeli yönetim kuruluna olanak tanınmıştır. Böylelikle pek çok Avrupa ülkesine uyum sağlanmış ve küçük anonim şirketlerde daha kolay bir yönetime imkân verilmiştir. İsviçre Borçlar Kanununda yer aldığı gibi yeni kanunda üye sayısı açısından herhangi bir alt ve üst sınır öngörülmemiştir.

Anonim şirket tescil ile tüzel kişilik kazanacağından, o anda ortaklığı yönetip temsil edecek organın bulunması zorunludur⁶. Görev yapmakta olan yönetim kurulu üyelerinden birinin görevi herhangi bir nedenle son bulmuş ise, boşalan yere 6762 sayılı TTK'nın 315. maddesi⁷ uyarınca yönetim kurulu, yasa ve esas sözleşmede öngörülen niteliklere sahip olan kişiyi geçici olarak seçip, yapılacak ilk Genel Kurul toplantısında onaya sunulur⁸. Bunlarla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 275. maddesi uyarınca ana sözleşmede

³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 278.

⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 278.

⁵ 6762 sayılı TTK'da en az 5 kurucu ortağın mevcudiyeti aranmaktadır. Söz konusu sayı sınırının sağlanması için çoğunlukla ortaklık yapısında gerçekte olmayan kişilerin görünüşte ortak yapılması, başkaca sorunlara yol açmaktadır. Sayının beşin altına düşmesi halinde ise şirketin feshi veya ifisahı söz konusu olduğundan beş kurucu ortak kuralından vazgeçmenin şirketlerin gelecekleri açısından daha faydalı olduğuna karar verilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 338. maddesine göre bir anonim şirket tek kişi tarafından başkaca bir ortağa gereksinim duymaksızın kurulabileceği gibi sonradan da bu durumun ticaret siciline tescili kaydıyla tek kişilik hale gelebilecektir. Bu sayede mevcut sayı kuralına uyularak kurulan şirketlerin sonradan tek ortağa düşmesi halinde şirketin fesih tehlikesi ile karşılaşma olasılığı ortadan kaldırılmıştır.

⁶ İmregün, Oğuz; "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu" (Hukuksal Sorumluluk) Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.257.

⁷ 6102 sayılı Kanunun 363. maddesi, mezkûr maddeden aynen alınmıştır.

⁸ İmregün; Hukuksal Sorumluluk, s. 257; Yönetim Kurulu tarafından seçilen üye diğer üyelerle eşit hak ve yetkilere sahiptir. Onayın reddedilmesi kararı hukuki etkisini ileriye dönük olarak gösterir. Bunun aksini düşünmek hukuk güvenliği açısından zedeleyici sonuçlar doğururdu, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.279).

hüküm varsa ve konuları da kamu hizmeti ile ilgiliyse anonim şirketlerde pay sahibi olmasalar bile kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna temsilci göndermesi kabildir.

C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SAHİP OLMASI GEREKEN NİTELİKLER

Yönetim kurulu üyelerinde aranacak nitelikler; esas sözleşme, BK 19. ve 20. maddelerine aykırı olmamak kaydıyla serbest şekilde saptanabilir.

6762 sayılı TTK'da yönetim kurulu üyesi olabilmek için aranan şartlar; gerçek kişi olma, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip bulunma ve seçilme engelinin bulunmamasıdır. Anonim şirket tüzel kişinin fiil ehliyetini kullanması şirket idare ve temsil organını teşkil eden bu gerçek kişiler tarafından sağlanmaktadır⁹. Engeller 6762 sayılı TTK'nın 347. maddesinde ve DMK'nın 28. maddesinde belirtilmişlerdir. 6762 sayılı TTK'nın 312. maddesine göre yönetim kurulu üyesi olmak için değil; göreve başlayabilmek için pay sahibi olmak veya pay sahibi tüzel kişinin temsilcisi olması şarttır.

Tüzel kişiler anonim şirkette ne kadar büyük paya sahip olsalar da yönetim kurulu üyesi olamazlar. Ancak; öğretide tüzel kişinin yönetim kuruluna temsilci göndermesi halinde gerçekte, pay sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazandığı savunulmaktadır. *Tekinalp*, bu görüşü savunurken temsilci yollayan tüzel kişinin bu temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olarak yaptığı işlemlerden sorumlu tutulabilmesini sağlamak için benimsediğini belirtmektedir¹⁰. *İmregün* ise 6762 sayılı TTK'nın 312. maddesinin üçüncü fıkrasında pay sahibi olan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmayacağını düzenleyen açık hükmü nedeniyle bu görüşü kabul

⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 281; İmregün, Hukuksal Sorumluluk, s. 258. Sezgin, Ayşegül; "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 365. BankK banka yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için daha kapsamlı engeller listesi öngörmektedir. 5411 sayılı kanunun 23/I fıkrasının yollamasıyla banka kurucuları için aranan 8. maddenin a-d bentlerindeki şartlar yönetim kurulu üyeleri için de aranmaktadır.

¹⁰ Tekinalp, Ünal; Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili (Tüzel Kişilerin Temsili), Ankara 1965, s. 25.

etmemekte ve gerekçe olarak da tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmaması nedeniyle temsilcisinin, temsilen seçildiği yönetim kurulunda temsilcisi olarak seçildiği tüzel kişi tarafından değiştirilememesi ve tüzel kişi ile temsilcisi arasındaki ilişkinin herhangi bir nedenle sona erse dahi, seçilen temsilcinin yönetim kurulu üyesi sıfatının devam etmekte olduğunu göstermektedir¹¹. *Tekinalp*'in görüşü, pratik olmasına rağmen kanunun açık hükmü karşısında ve *İmregün*'ün de belirttiği gibi temsilcinin, temsilci sıfatı sona erse bile; yönetim kurulu üyelik sıfatının sona ermemesi nedeniyle kabul edilebilir değildir.

6102 sayılı Kanun'un 359. maddesi ile doktrinin eleştirileri doğrultusunda pay sahibi olma zorunluluğu kaldırılmış ve böylece çok ortaklı anonim şirketlerin az ortaklı olabilmemesinin yolu açılmıştır¹².

6762 sayılı TTK'da yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olması bir şart olarak düzenlenmemesine rağmen, 6762 sayılı TTK'nın 315/II maddesinde hacir altına alınma üyeliği sona erdiren nedenler arasında sayılmıştır. Doktrinde ağırlıklı görüş ve Yargıtay tam ehliyet şartı aranması gerektiğini savunmaktadır¹³. Yönetim kurulu üyelerinin yetki ve sorumluluk taşıması, şirket işlerinde objektif özen yükümlülüklerinin bulunması ve ekonomik hayattaki önemi ve 6762 sayılı TTK'nın 315. maddesinde üyeliğin sona erme nedeni olarak hacir altına alınmanın da yer alması nedeniyle tam ehliyetli olma şartının varlığının kabulü uygun olacaktır. Nitekim Kanun'un 359. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şart olarak öngörülmüştür. Yine bu hükme göre yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur¹⁴. Gerekçede bu şekilde yönetim kurulunun nicelik

¹¹ İmregün, Hukuksal Sorumluluk, s. 258–259.

¹² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilgili ayrıntılı açıklamalara III. Bölümde yer verilmektedir

¹³ İzmirli, Yedigâr; Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001. s. 35; İmregün, Hukuksal Sorumluluk, s.255–258. Karşı görüş için bkz; Arslanlı Halil; Anonim Şirketler, II. Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1959, s. 91; Bahtiyar, s.128.

¹⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarı olarak TBMM'ye sunulan ilk metninde yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmalarıyla birlikte yönetim kurulu üyelerinin en az yarısıyla tüzel kişi adına tescil ve ilan edilen kişilerin ve tek kişilik yönetim

yönünden düzeyinin yükseltilmiş olacağı ve profesyonel üyelerin seçimine zemin hazırlayıp kurumsal yönetim ilkeleriyle uyum sağlandığı ifade edilmiştir. Zaten artık günümüzdeki rekabetin yoğunluğu nedeniyle anonim şirketler en nitelikli ve en iyi yöneticiyi bulma gayreti içinde olacaklarından getirilen bu düzenleme günümüz şartlarına ve düzenleyici nitelikte olan kurumsal yönetim ilkeleri ile uyum içinde olmuştur.

D. ŞİRKETLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Gerek İsviçre Borçlar Kanunu, gerekse Türk Ticaret Kanununda anonim şirketler ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini açıklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Esas itibarıyla yönetim kurulu ile ortaklık tüzel kişiliği arasındaki ilişkilerin kanunlarda bütünüyle düzenlenmesi imkânı da yoktur. Bu durumda, ortaklık ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiye uygulanacak kuralların belirlenmesinde güçlükler ortaya çıkmaktadır¹⁵.

Türk hukukunda anonim şirketle yönetim kurulu üyeleri arasında akdî¹⁶ bir ilişkinin bulunduğu doktrinde çoğunlukla kabul edildiği halde, bu kişilere ödenecek ücretin sözleşmenin esaslı unsuru olarak gözükmemesi bu görüşe yöneltilen en önemli eleştirilerdir.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişiler arasındaki ilişkinin hukukî niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Şöyle ki:

kurulunda üyenin yüksek öğrenim görmüş olmaları şartı öngörülmekteydi (Tasarı, 359/III) Amaç yönetim kurulu üyesinin nicelik yönünden düzeyinin yükseltilmesi ve profesyonel üyelerin seçimine zemin hazırlayarak kurumsal yönetim ilkeleriyle uyum sağlamaktır; ancak mezkûr düzenleme tek kişilik anonim şirketler açısından sorun olmuş bu nedenle de tek kişilik şirketlerde yüksek öğrenim şartından vazgeçilerek sorun çözüme kavuşturulmuştur, (Akdağ, Necla Güney; Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 12, dnp.13).

¹⁵ Arslanlı, Halil; Anonim Şirketler, İstanbul, 1959, s. 70; Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluk İle) (Hukuki Sorumluluk), İstanbul, 2010, s. 114.

¹⁶ Genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından yapılan seçim icap; seçilen görevin üstlenilmesi ise kabul niteliğindedir, (İmregün, s.260; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 114; Ansay, s.93).

1. Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Hizmet akdi; Borçlar Kanununun 313. maddesinde iş sahibi ve işçi arasında akdedilen muayyen veya gayri muayyen bir süre için öngörülen iş karşılığı ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda iş ücret ve bağımlılık olarak sıralanan üç unsurdan oluştuğu ve bağımlılık unsurunun, iş sözleşmesinin konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran bir unsur olarak kendisini gösterdiği Anayasa Mahkemesi¹⁷ ve öğreti tarafından kabul edilmiştir¹⁸.

Alman doktrinde savunulan görüş; yönetim kurulu ile anonim şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğudur¹⁹. Bu görüşe göre; yönetim kurulu üyelerinin, belirli bazı iş ve işlemlerin değil, diğer organların yetki ve görevlerine girmeyen bütün idare ve temsil ile ilgili iş ve işlemleri devamlı olarak belirli bir süre için ifa ile yükümlü olmalarından yola çıkarak bu ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu savunulmaktadır. Bunun nedeni Alman hukukunda hâlâ Roma hukukunun etkisi olması ve bu bağlamda vekâlet ücretinin ücretli olabileceğinin kabul edilmemesi ihtisas gerektiren iş görme sözleşmelerinin hizmet ve istisna sözleşmesi kapsamına sokulmasıdır.

İsviçre doktrinde, anonim şirket ile yönetim kurulu arasında var olan sözleşmenin devamlılık unsuru nazara alındığında hizmet sözleşmesine benzetmekle birlikte, ücret unsurunun zorunlu olmaması sebebiyle hizmet akdi olarak nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır²⁰.

¹⁷ AYM, 26-27/9/1967, E. 1963/336 K. 1967/29, RG 19/10/1968, 13031,4.

¹⁸ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, s.69.

¹⁹ Daha geniş bilgi için bkz; İzmirli Yedigâr, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s. 35.

²⁰ Sezgin, s. 375.

Özellikle iş hukukunda yönetim kurulu üyelerinin işçi değil işveren olarak kabul edilmesi, bu kişilere ödenecek ücretin sözleşmenin esaslı unsuru gözükmemesi bu görüşe yöneltlen en önemli eleştirilerdir²¹.

2. Şirket Akdine Dayandığı Görüşü

Şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin şirket akdine dayandığı görüşünü savunanlar; şirket kurmakla güdülen amacın kâr elde etmek olduğunu ve mutlaka ortaklardan seçilmesi gerek üyelere aracılığıyla bu amacın gerçekleşeceğini, bu nedenle ilişkinin şirket akdine dayandığını iddia etmektedirler²². Aynı zamanda hizmet ve vekâlet akitlerinde ilişkinin son bulması halinde ücret hakkı haricinde bir bağlantı kalmadığını ancak yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olarak şirketle ilişkilerinin devam ettiğini ve üyelerin sorumluluğunun vekil ve işçiye nazaran sadece kendi görevlerinde değil de önceki üyelerin, kurucuların ve müdürlerin kanuna aykırı hareketlerinden sorumlu olmaları nedeniyle daha geniş olduğunu ve ilişkinin de şirket akdine dayandığını iddia etmektedirler. Ancak; ilişkinin şirket akdine dayandığı görüşü ilişkinin niteliğini belirleyememekte sadece sebebini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ilişkinin niteliğini şirket akdine dayandırmak yeterli değildir.

3. Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

İBK 394. Maddesi kapsamında yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki özel hukuk ilişkisi vekâlet olarak kabul edilmektedir²³. Öğreti de hakim görüş özel hükümlerin incelenmesinden bir sonuca varılamıyorsa

²¹ Sezgin, s. 376.

²² İzmirli, s.36.

²³ Helvacı, Mehmet; *İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu*(Yönetim Kurulu), Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.178.

şirket ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin vekalet sayılması veya vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiğidir²⁴.

Yargıtay 11. H.D. ve 3. H.D. şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki bir vekâlet sözleşmesi ilişkisi olduğunu belirtmişlerdir²⁵. Yargıtay 11. H. D. “....o halde TTK’nın 1’inci maddesi yollamasıyla bu ilişkiye icabında vekâlet hükümlerinin de uygulanmasını gerektirir.” denilmek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi de, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkiyi vekâlet olarak nitelemiştir²⁷.

Yargıtay’ın ve BK’nın 386/II fıkrası hükmüne de uygun olan çoğunluğun görüşüne katılarak, şirket ile yönetim kurulu arasındaki akdin niteliğinin öncelikle sözleşmeye göre tespit edilmesi; sözleşmede bu ilişkiyi vasıflandırmaya yarayacak ölçüde bir hüküm bulunmadığı takdirde vekâlet hükümlerinin uygulanması gerekir. Vekâlet sözleşmesinde borcu üstlenen; istisna sözleşmesinden farklı olarak edim sonucunu değil, edim fiilini taahhüt etmiştir. Yönetim kurulu üyeleri, basiretli bir yöneticiden beklenen özen ve sadakati gerçekleştirdiği sürece, sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu tutulmamalıdır. Ticaret hayatında birçok iniş çıkışların bulunması ve sorumluluğun üstlenilmesi nedeniyle ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

²⁴Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 117; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 311; Ansay, s. 99; Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2007, s. 391; Mimaroglu, Sait Kemal; Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 102; İmregün, Oğuz; Hukuksal Sorum, s. 260; Doğanay, İsmail; *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumlulukları*, Batider, C. XVII, Sayı: 3, Haziran 1994, s. 58; Arslan, İbrahim; *Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması*, Konya 1994, s. 72; *Arslanlı*; anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin görüşünü kesin bir ifadeyle ortaya koymamakla birlikte, bu ilişkinin “vekâlet hükümlerine tabi olacağını” ifade etmektedir, (Arslanlı, s. 108). Domaniç’e göre ise, yönetim kurulu üyeleriyle anonim şirket arasındaki ilişki esas itibarıyla şirket akdi olup, kanunda şirket akdiyle ilgili hüküm bulunmayan hallerde boşluklar önce vekâlet akdiyle ilgili hükümlerle, burada da hüküm bulunmaması halinde ise hizmet akdine ilişkin hükümlerle doldurulmalıdır, (Domaniç, Hayri; *Anonim Şirketler*, İstanbul 1978, s. 387).

²⁵ Yargıtay 11. H. D’nin 24.11.1984 tarihli ve E. 81/475 K.81/5019 sayılı kararı, Yargıtay 3. H.D.’nin 2.2.2002 tarihli E.2002/414 K. 2002/1200 yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine ilişkin verdiği karar.

²⁶ Yargıtay 11. H.D. 24.11.1984 tarihli ve E. 81/475 K.81/5019 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁷ Helvacı, Yönetim Kurulu, s. 178; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 116.

II. GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk terimi Türk hukukunda değişik anlamları ifade edebilmektedir. Bunlardan ilki dar anlamda borç kavramını ifade etmesidir²⁸. Bunun nedeni genellikle sorumluluğun bir borçla birlikte bulunmasıdır²⁹. Bununla birlikte sorumluluk terimi isnat kabiliyeti; yani “sorumludur” terimi ile bir şahsın yaptığı fiilin kendisine isnat edilmesini kabil olduğu fiil ve hareketlerinin o şahsa yüklenmesinin mümkün olduğu anlatılmak istenmektedir³⁰. Üçüncü anlamıyla ise bir şahsın bir borcu nasıl karşılayacağı, diğer bir ifadeyle alacaklının alacağını karşılamak için başvurabileceği mal ve hakların “karşılığın” ne olacağı ifade edilmek istenir³¹. Sorumluluk hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın zararı mağdurdan alarak adil bir biçimde zarar veren ile zarar gören arasında denkleştirir ya da zararın doğmasını engeller. Kural olarak bir kişi hukuken veya cezaen bir başkasına verdiği zarardan dolayı mesuldür. Her iki durumda da kişiden, davranışının sonucuna katlanması, davranışının hesabını vermesi istenir; ancak, sorumluluğun dayandığı temeller farklıdır. Hukuken sorumluluğun neticesi, zarara uğrayanın zararını gidermeye yöneliktir. Oysaki, cezai sorumlulukta toplumsal bir karakter söz konusudur. Burada suçlunun cezalandırılması suretiyle, toplumun korunması hedeflenmiştir³².

Hukuki sorumluluk denince geniş anlamda anlaşılması gereken hem sözleşmeye dayalı hem de sözleşme dışı sorumluluktur.³³ Sözleşme dışı sorumlulukta zararı giderim yükümlülüğü, zararı doğuran olayın gerçekleşmesinden önce mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmaz. Bu kapsamda,

²⁸ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s.9.

²⁹ Tuhr A. V.; Borçlar Hukuku I-II (Çev. C. Edege), C. I, İstanbul 1952, s.16.

³⁰ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s.9.

³¹ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s.10.

³² Deschenaux, Henri; Tercier, Pierre (Çev. Özdemir, Salim); Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

³³ Deschenaux/Tercier, Sorumluluk, s.2.

kusuru gerektiren sözleşme dışı sorumluluk, haksız fiil sorumluluğudur. Kusuru gerektirmeyen sözleşme dışı sorumluluk söz konusu ise, birinin eyleminden sorumluluğu, “hakkaniyet” veya “yasa” gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır³⁴. Bu durumda sözleşme dışı sorumluluk; bir üst kavram olarak kusura dayanan sözleşme dışı sorumluluk ile kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluğu kapsar³⁵.

Diğer yandan sözleşmeye dayalı sorumluluk, belli kişilerin yararına ve ancak kendisine düşen bir yükümlülüğün ihlali durumunu içerir. Gerçekten zarar faili ile mağdur arasında, zararın ortaya çıkmasından önce özel bir hukuki ilişki mevcuttur³⁶. Sözleşmenin kurulmasıyla taraflar sözleşmede belirtilen yükümlülüğe uymak zorundadırlar. Uymama halinde, zararın varlığı ile sorumluluk ortaya çıkar³⁷. Ticari takdir yetkisi yöneticilerin ve müdürlerin sorumluluğunun (directors’ and officers’ liability) bir parçası olduğundan Amerikan ve Türk sorumluluk sistemine konunun kapsamı açısından değinmek faydalı olacaktır.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ANLAMI

Yönetim kurulu üyeleri, kanun veya esas mukavelenin kendilerine yüklediği görevleri kusurlu olarak ifa etmedikleri fiillerinin sonucundan doğan zararlardan kendilerine izafe edilir ve yöneticilerin bu sebeple tazminat borçlusu olarak sorumludurlar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan anlaşılması gereken sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine isnad edilebilmesi imkânıdır³⁸. Yönetim kurulu üyeleri için kullanılan sorumluluk terimi ikinci olarak da konu yönünden sınırsız bir malvarlığı sorumluluğunu ifade etmektedir. Yönetim kurulu üyeleri, sorumlu oldukları hallerde verdikleri zararı bütün malvarlıkları ile tazmin borcu altına girerler yani sorumlulukları

³⁴ Kılıçoğlu Mustafa; Sorumluluk Hukuku, Ankara 2002 c.1, s.1.

³⁵ Kılıçoğlu, s. 2.

³⁶ Deschenaux/Tercier, s.3.

³⁷ Kılıçoğlu, s.1.

³⁸ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 11.

sınırsız ve şahsidir³⁹. Sonuç olarak denilebilirki; yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu şirket ve üyeler arasındaki sözleşmeden kaynaklanan, müteselsil⁴⁰ ve kusura dayanan sorumluluktur.

C. 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUN'DA VE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA SORUMLULUĞUN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda kurucuların yöneticilerin ve denetçilerin sorumlulukları ayrı maddelerde ve değişik şekillerde düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili genel hükümler TTK'nın 336-341. maddeleri arasında bazı özel hükümler ise TTK'nın 301-305-306-307-309. maddelerinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra bazı özel kanunlarda da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu açısından özel hükümlere yer verilmiştir⁴¹. TTK'nın 336. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine binaen yönetim kurulunun aldığı kararlara dayanılarak üçüncü kişilerle şirket adına girişilen iş ve işlemler, yapılan sözleşmeler, doğan hak

³⁹ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 12; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 241.

⁴⁰ Yeni düzenlemedeki farklılaştırılmış teselsül kavramı için bkz; Üçüncü Bölüm, IV-A-3.

⁴¹ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, bu yasa çerçevesinde faaliyet gösteren “aracı kurumların” 8 m. 30 a, 31 vd) iflasına sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin de iflas ettirebilmelerini öngörmekte idi. SerPK. 46. maddesinin (d) bendi uyarınca kanuna, işletme amaç ve ilkelerine aykırı işlemleriyle aracı kurumun iflasına sebep olan YK üyelerinin, Maliye Bakanlığı'nın talebi üzerine mahkeme kararı ile iflas ettirilebilmesini kabul etmişti. SerPK 3794 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle bu müeyyide maddeden çıkarılmıştır. SerPK'nın 3794 sayılı değişik 7. maddesi, sermaye piyasası araçlarının halka satışında çıkarılan izahname ve sirkülerdeki bilgilerin gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmaması halinde ihraççıyı bundan sorumlu tutmaktadır. İhraççının bu nedenle sorumluluğuna sebebiyet veren YK üyeleri ise özen borcuna aykırılık nedeniyle TTK 336 vd. maddelerince sorumlu olurlar. Bankalar hakkındaki 3182 sayılı Kanun'da kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın iflasına veya banka hakkında 3182 sayılı kanunun 64/3-4 fıkralarının uygulanmasına sebep olan YK üyelerinin, Bankanın talebi üzerine, mahkemece iflasına karar verilebileceği 69 madde hükmünü getirmişti. Mezkur madde AYM 9/11/1995 tarih ve E.1995/53 K. 1995/57 sayılı kararı (RG. 18/10/1995,22467) ile iptal edilen hükümler arasında yer almaktadır.3182sayılı yasadaki önceki mevzuat yöneticiler için iflas müeyyidesi öngörmemişti. 23/06/1999 tarihinde yürürlüğe giren 4389sayılı Bankalar Yasası'nda yöneticiler hakkında iflas müeyyidesi yeniden getirilmiş, yöneticilerin iflasının istenebilmesi bankanın iflas etmesi koşuluna bağlanmışken, 17/12/1999 tarih ve 4491 sayılı yasa ile 17. Maddenin 2 numaralı fıkrasında yapılan tadilatla ise, bazı hallerde bu koşul aranmaksızın iflas istenebilmesi hükmü konulmuştur. Bu hükme göre egemen ortakların BankK 14/4) banka kaynaklarını (bankanın güvenli olarak çalışmasını tehlikeye düşürecek biçime) lehlerinde kullanmalarını katkıda bulunarak bankaya 14/3fıkrasının son bendindeki, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fon'a devri, bankacılık işlemleri yapma veya mevduat kabulünün izninin kaldırılması müeyyidelerinden birinin uygulanmasına neden olan YK üyelerinin iflaslarının istenebilmesi için, Banka'nın iflas etmiş olması ön şartı aranmaz. Yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesi YK'nın şahsi iflası için aynı koşullar aranmaktadır, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 302).

ve borçlar anonim ortaklığın bizzat kendisini bağlar. Yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yaptıkları işlemler dolayısıyla kişisel sorumlulukları kural olarak bulunmamaktadır. Bu durum yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin organ görevlisi üyeleri olarak nitelendirilmesinin sonucudur⁴². Keza; yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatları ile yönetim ve temsil görevini ifa ettikleri sırada, üçüncü kişilere karşı işledikleri haksız fiillerden şirket de sorumludur; ancak TTK'nın 321/son fıkrasına göre ortaklığın rücu hakkı saklıdır.

Yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan bahsedildiğinde öncelikle sorumluluğun yönetim kurulu üyelerine isnad edilebilmesi imkânı anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluklarının ne olduğu tartışmalı olmakla birlikte; bu dayanağın BK 41. maddesinde düzenlenen haksız fiil, BK 96. maddesinde düzenlenen sözleşmeye aykırılık olduğunu savunanlar olduğu gibi yasadan doğan bir sorumluluk olduğunu ileri sürenler de vardır⁴³.

Daha önce de değinildiği gibi anonim şirket ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki akdi bir ilişkidir. Yönetim kurulu üyesinin ortaklığı zarara sokan eylemleri akde aykırılık oluşturur ve bu akde aykırılık ortaklığa rücu hakkı sağlar.

Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu yıllardır Türk Ticaret Kanunu'nun en çok tartışılan hükümleri arasında yer almıştır. Sorumluluğun müteselsil olması ve bunun adalet ve nesafet kuralları ile ne kadar bağdaştığı tartışmaların odak noktasını oluşturmaktadır. Belirtmek gerekirken; bu tartışmalar sadece Türk öğretisinde değil, yabancı öğretilerde de sık sık görülmüştür. Özellikle kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki benzer hükümler İsviçreli yazarların yoğun eleştirilerine uğramış; nihayetinde 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 757 vd. hükümleri son derece köklü değişikliklere uğramıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak "*Kuruluş*" (TTK m. 305-309) ve "*Olağan faaliyet*

⁴² Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 37.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz; İmregün, Hukuksal Sorumluluk, s. 263.

dönemi” (TTK m. 336 vd.) sorumluluğu ayırımı kaldırılmış; sorumluluk anonim şirketlerin tasfiyesinden sonra ve son bölüm olan Onbirinci Bölümde “*Sorumluluk*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı kaynak kanuna uygunluğu bakımından ve sistematik açıdan daha yerinde olmuştur⁴⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu,İsviçre Borçlar Kanunu sistemini benimsemekle birlikte belli başlı bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kaynak kanunda sorumlu olacak kişilerin yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler olarak ifade edilmesine karşılık; 6102 sayılı Kanunun 553. maddesinde sorumlu olacak görevliler; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları olarak düzenlenmiştir⁴⁵. Diğer bir fark ise, İsviçre BK 754. maddesinde sorumluluk; yöneticiler ve tasfiye ile uğraşanlara özgülenmekte, kuruculara yer verilmemektedir. Ancak; 6102 sayılı Kanun’da mevcut Türk Ticaret Kanunu’nda olduğu gibi (TTK 301 vd.) sorumlular arasında kurucular da yer almaktadır⁴⁶.

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA HAKİM OLAN İLKELER

1. Kusurdan Doğan Sorumluluk Şekli

Kanunumuzda kusurun tanımı yapılmamakla birlikte; kusur hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanmasıdır. Kusur TTK’nın 336. maddesinde ve yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu açısından ve 5411sayılı Bankacılık Kanunu’nun 110. maddesine dayanan şahsi iflas davaları açısından sorumluluğun doğması için aranan zorunlu şartlardan birisidir. TTK 320. maddesi uyarınca anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumlulukları esas itibariyle kusurdan doğan bir sorumluluk şekli

⁴⁴ Pulaşlı, Hasan; “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü Ve Müteselsil Sorumluluğu*” (Müteselsil), Batider, 2009, cilt XXV, sayı 1, s. 30.

⁴⁵ Pulaşlı, Müteselsil, s.30.

⁴⁶ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu arasında sorumluluğa ilişkin bu farklara tezimizin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

olarak belirlenmiş bulunmaktadır⁴⁷. Bunun nedeni madde metninde aynen yönetim kurulu üyelerinin şirket işlemlerinde gösterecek dikkat ve basiret hakkında BK'nın 528. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır denmesidir. Keza, kusurlu olmadığını ispat eden yönetim kurulu üyesi sorumluluktan kurtulur. TTK'nın 321. maddesi uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilere karşı yönetim kurulu üyelerinin şirket sözleşmesi ve genel kurul kararlarına aykırı hatta TTK'nın 137. maddesinde belirlenmiş hak ehliyeti dışındaki işlemlerinden dahi ortaklığın sorumlu olduğu düşünülürse, ortaklığın bu nedenle uğrayacağı zararlardan dolayı yönetim kurulu üyelerine rücu edilebilmektedir⁴⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren genel halleri düzenleyen TTK 336. maddesinin lafzı incelendiğinde 5. bentteki “kast veya ihmal” ibaresi, ilk dört bentte yer almasa da bu bentler için de şamil olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Zira 5. bent, “*Kanun veya esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmal ile yerine getirilmemesinden*” bahseder. Bu noktadan hareketle TTK'n 336. maddesinin 1-4. bentlerindeki görevlerle, kanun veya esas mukavelenin yüklediği sair görevleri “kasden veya ihmal ile” yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak istediği sonucuna varılabilir⁵⁰.

Daha önce de ifade edildiği gibi İsviçre Borçlar Kanunu sistemi benimsenerek; Borçlar Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin 43-44. maddelerinin anlayışı anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna uygulanmaktadır. Ayrıca sorumluluk halinde zararın tamamının birlikte dava edilmesi ve rücu ilişkilerine yönelik yeni düzenlemeler öngörmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinde belirtilen haller özel sorumluluk halleridir. Bu gibi durumlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları müteselsil sorumluluk şeklindedir.

⁴⁷Doğanay,s. 58. Kararın alınmasında ve uygulanmasında üyelere herhangi bir kusur isnat edilemiyorsa zarar doğmuş olsa bile üyeler bundan sorumlu tutulamazlar, (Kırca, İsmail; “*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu*”, BATİDER 2004, C. XXII, sa.3, s. 87).

⁴⁸İmregün, s. 262.

⁴⁹Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s.15.

⁵⁰Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s.15.

2. Müteselsil Sorumluluk

Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesi müteselsil sorumluluk nedeniyle yönetim kurulu üyeleri kasten veya ihmâl neticesinde, kendilerine Kanun veya esas sözleşme ile yüklenen sorumlulukları yerine getirmedikleri takdirde, meydana gelen zararın tamamından şirkete, ortaklara ve alacaklılara karşı sorumlu tutulmuşlardır. Bu hükmün düzenlenmesinden ortaya çıkan sonuç anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında tam teselsülün bulunduğu⁵¹.

Öğretide Kanunda müteselsil sorumluluk getirilmek suretiyle; davacılara sorumlu yönetim kurulu üyelerini birlikte dava etme olanağının verildiği, böylece davacılar lehine bir düzenleme ve üyelerin müteselsil sorumlulukları nedeni ile birbirlerini denetleme yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirecekleri ileri sürülerek müteselsil sorumluluk savunulmuştur⁵².

Müteselsil sorumluluk halleri TTK'nın 336. maddesinde 5 bent halinde öngörülmüştür. Bu haller;

i-Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından yapılan ödemelerin doğru olmaması,

ii- Dağıtılan ve ödenen kar paylarının gerçek olmaması,

iii-Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya intizamsız tutulması,

iv-Genel kuruldan çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi,

v-Kanunun veya sözleşmenin kendilerine yüklediği sair görevlerin kasten veya ihmâl ile yerine getirilmemesi,

⁵¹Helvacı, Mehmet; “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. maddesi ile getirilen Müteselsil Sorumluluğunun Anlamının Tanıtılması”(Müteselsil Sorumluluk), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I. İstanbul 2001, s.221.

⁵² Helvacı, Müteselsil Sorumluluk, s. 221.

olarak düzenlenmiştir.

6102 sayılı Kanun, farklılaştırılmış teselsül sistemini benimseyerek sorumluluk hallerini 549–553. maddelerde açıkça belirtmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu sisteminde sorumlu olan kişi, sorumluluğu ileri sürene karşı borcun tamamından mesul iken 6102 sayılı Kanun ile bu sorumluluk sistemi değiştirilerek eksik teselsül ve tam teselsül ayrımı da kaldırılmıştır. Müteselsil sorumlu olan kimseye borçtan tek başına sorumlu olsaydı ne kadar tazminatla sorumlu olacak idiyse dış ilişkide de sorumluluk bununla sınırlandırılarak borcu tamamından sorumlu olmaktan kurtulma imkânı getirilmiştir⁵³.

Buna göre; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi, değer biçilmesinde yolsuzluk, halktan para toplamak, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri kusurla ihlâl etmek sorumluluk sebepleri olarak sayılmıştır. 6102 sayılı Kanun'da yöneticilerin kimlere karşı sorumlu oldukları da gösterilmiştir. 6102 sayılı Kanun'da düzenlenen sorumluluk sistemi, kanunun 557. maddesi incelendiğinde açıkça anlaşılmaktadır. 6102 sayılı Kanun ışığında anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatların kendilerine yükledikleri görevleri yerine getirirlerken hem 6102 sayılı Kanun hem de Borçlar Kanunu ile diğer kanun hükümlerini ihlal suretiyle zarara sebebiyet vermeleri halinde sorumlulukları söz konusu olacaktır.

3. Bireysel Sorumluluk

Bireysel sorumluluk prensibinin anlamı, yönetim kurulu üyelerinin sırf yönetim kurulu üyesi olmalarından dolayı kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın sorumlu tutulamamaları, her bir üyenin kendi kusurlu fiillerinden sorumlu tutulabilmesi anlamına gelmektedir. 6762 ve 6102 sayılı

⁵³Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği, Mart 2008, Ankara, s. 1035.

Türk Ticaret kanunlarında yönetim kurulunun sorumlu olduğu hallerde bu sorumluluk tüm kurula yükletilmeyip bireysel olarak düzenlenmiştir. Sorumluluğun bireysel olmasından amaç; yürütme organının siyasal sorumluluğuna benzer bir sorumluluğun, yani kurul halinde sorumlu tutulmanın söz konusu olmamasıdır⁵⁴. TTK'nın 336. maddesinin üçüncü fıkrasına binaen aynı maddenin ikinci fıkrasının 5. bendinde yazılı görevlerden birisi, TTK 319. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerinden birisine veya dışarıdan bir murahhas müdüre bırakılmış ise o görevlerden doğan sorumluluk sadece görevlendirilen ilgili murahhas üye veya murahhas müdüre yükletilir⁵⁵. Bu işlemlerden dolayı müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz.

4. Sorumluluğun Sözleşmeden Doğması

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmeden doğmakta olup, aralarındaki sözleşmeye istinaden üstlendikleri görevleri yerine getirmeyen üyelere karşı davacılar sözleşmeye aykırılık sebebiyle dava açabilmektedirler⁵⁶.

⁵⁴Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 29; Arslan, Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, s. 147; Kendisine bir kusur yükletilemeyeceğini ispat eden yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu değildir. Kusuru ispat yükü yönetim kurulu üyeleri üzerindedir.

⁵⁵İmregün, s. 266. TTK 334. maddenin koyduğu ortaklıkla işlem yapma veya 332. maddede yer alan müzakerelere katılma yasağına riayet etmeyen üyenin bu davranışı bir zarara sebebiyet vermişse bu sorumluluk, TTK 334. maddesine yer alan şirketle işlem yapma yasağı, TTK 335. madde gereği şirketle rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da bireyseldir. Bununla birlikte TTK 339. maddesinde öngörülen ortaklığın durumu hakkında yanlış kanı uyandıracak desiseler kullanan veya gerçeğe aykırı beyanlarda bulunan yönetim kurulu üyesi zarardan şahsen sorumludur. Ortakların işlerinde gösterecekleri özen borcu, sadakat borcu, ortaklık işlemlerini inceleme ve denetleme görevi nedeni ile doğacak sorumluluklar, şirketle işlem yapma yasağı, rekabet etme yasağında sorumluluk bireyseldir. Yine ortaklık işlerinin görülmesi sırasında YK üyelerinin bu sıfatla üçüncü kişilere karşı ika ettikleri haksız fiillerden dolayı ortaklık sorumlu olmakla beraber, haksız fiili işleyen YK üyesine rücu hakkı saklıdır ve bu rücu hakkından doğan sorumluluk da bireyseldir. Genel kurul aleyhin suiniyetle iptal davası açılması durumunda da bireysel sorumluluk vardır.

⁵⁶Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 336.

Paydaşların en temel endişesi yatırımlarının değerlerinin başarılı şekilde gelişmesidir. Diğer taraftan yöneticilerin başka bir endişesi ise şirketin büyümesiyle kendileri için iş terfisi ve kariyer fırsatı sağlamaktır⁵⁷.

III. TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. ZARAR

Zarar, zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir. Zarar genel olarak sorumluluğun hangi türü olursa olsun bir sorumluluk şartıdır⁵⁸. BK md. 41 zarardan söz etmiştir. Ancak tanımını yapmamıştır. Tanım doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır.

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Zararın sorumluluk içindeki önemi onun bir giderim şekli olan tazminata da yansır.

Zarar kesindir, belirlidir ya da belirlenebilir, doğrudan doğruya meydana gelir, şahsidir yani tazminat alacaklıya aittir. Muhtemel zarar gerçekleşmediği için tazmin edilmez. Zararı ispat yükü BK md. 42'ye göre zarar görene düşer. Zararın ispatı ve tayini BK md.42'de düzenlenmiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için açılan davalar sözleşmeye veya haksız fiile dayanan davalardan büyük bir fark göstermezler. TTK' ya dayanılarak açılan sorumluluk davasında sorumluluğun şartı olan zarar bakımından bir fark yoktur. Kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmaya zarar denir. Zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark zarar

⁵⁷Chaganti, Rajeswararao; Sherman, Hugh; *Corporate Governance and the Timeliness of Change : Reorientation in 100 American Firms*, Westport, CT, USA: Greenwood Press, 1998. s. 48. <http://site.ebrary.com/lib/gazi/Doc?id=5003900&ppg=62>, (01/02/2011).

⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 85.

olarak nitelendirilir. Yönetim kurulu üyesinin şirkete, ortaklara ve alacaklılara verdiği zarar kanuna veya sözleşmeye aykırı bir davranışın sonucu olabilir. Anonim şirketler hukukunda sadece doğrudan zararın değil, genel hükümlere dayanarak tazmini talep edilemeyen ortaklar ve alacaklıların uğradıkları dolayısıyla zararların da tazmini mümkündür⁵⁹

B. KUSUR

Kusur, genel olarak hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanmasıdır⁶⁰. Kusurun içeriğinde hukuka aykırı bir davranış vardır. BK md 41/1 kusur sorumluluğunda kusuru sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir.

Kusur, kusur sorumluluğunda sorumluluğun yani tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayan bir unsurdur. BK md 41 kast ve ihmale yer vermiştir ancak bu kavramların ne olduğunu açıklamamıştır. Kast ve ihmal kavramlarının açıklanması doktrine bırakılmıştır. Kusur, kasıt (Vorsatz, Intention, Intention, Intentio) ve ihmalden (Fahrlässigkeit, Negligence, Culpa) oluşur.

C. İLLİYET BAĞI

Sorumluluğun temel öğelerinden olan illiyet bağı, davranış ve ortaya çıkan netice arasındaki neden sonuç ilişkisi olarak tanımlanabilir. İlliyet bağı temeli ve niteliği ne olursa olsun her türlü sorumlulukta büyük bir önem taşır⁶¹. Bundan dolayı akdi ve akit dışı sorumlulukta, kusurlu sorumlulukta ve kusur sorumluluğunda illiyet bağının varlığı aranır⁶². Sorumluluktan bahsedebilmek için zarar ile hukuka aykırı davranış arasında “tabi illiyet bağı”

⁵⁹ Bkz, s. 1...

⁶⁰ Eren, (Borçlar) s.551, Akdağ, s.67.

⁶¹ Eren, Fikret; Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.2, (Sorumluluk).

⁶² Eren, Sorumluluk, s. 2.

bulunmalıdır⁶³. Zararla eylem arasında bir bağın varolması demek; zararın eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak görülmesi demektir. Yargıtay 1984 tarihli bir kararında⁶⁴ *“bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte sözkonusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ilişkisine göre, ikincisinin nedeni sayılır”* demekle uygun illiyet bağı tanımına açıklık getirmiştir. Uygun illiyetteorisinin amacı, bir davranış veya olayın meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangisinin ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini tespiti yarayan objektif ölçüler koymaktır. Uygun illiyet bağının hesaplanmasında esas olan failin sonucu görebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için kanuna veya esas sözleşmeye aykırı fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Başka bir deyimle yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu tutulabilmesi için kusurlu davranışının ortaya çıkmış olan zararlı sonuca sebebiyet vermesi şartı aranır. Bununla birlikte normal bir biçimde oluruna gitseydi zarar meydana getirebilecek bir nedenin gerçekleşmesinden sonra, öteki bir neden gerçekleşmiş ve birinci neden henüz etkisini yürütmeden bu ikinci neden olursa uygun illiyet bağı kesilmiş olur. İlliyet bağının kesilmesi hallerinde herkes kendi eyleminin meydana getirdiği zarar derecesinde doğan zarardan sorumludur.

D. HUKUKA AYKIRILIK

Sorumluluk hukuku açısından ise hukuka aykırılık, hukuk normuna aykırılıktan daha dar bir anlam ve içerik taşır. Böylece sorumluluk hukuku

⁶³ Akdağ, s. 62.

⁶⁴ Yargıtay 4. HD. 22/11/1984 E.7641, K. 8641.

yönünden hukuka aykırılık kavramı belirli hak ve hukuki varlıkları zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlali ile sınırlıdır. Sorumluluk hukukunun başlıca amacı cezalandırmak değil gerçekleşen zararı karşılamak, denkleştirmek, yani tazmin ettirmektir.

IV. AMERİKAN HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Amerikan hukukunda, şirketler hukuku konusunda tam bir hukuk birliği olmasa da yöneticilerin sorumluluklarını doğuran yükümlülükler ortaktır. Şirket yöneticilerinin, şirkete ve hissedarlara karşı yükümlülükleri öncelikle görevlerinin önemi dolayısıyla özen ve sadakat yükümlülüklerini içermektedir. Birçok eyalet özen yükümlülüğünü makul bir kişinin aynı koşullar altında göstermesi gereken yükümlülük, sadakat yükümlülüğünü ise üyelerin şirketle işlem yapmasını yasaklayan bir yükümlülük olarak tanımlamaktadır⁶⁵. Diğer taraftan bazı eyaletler yöneticilerin kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermeleri gerektiği şartını aramakta iken Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute/ALI) her ikisinin de aynı sonuca ulaştığını vurgulamaktadır⁶⁶. Revised Model Business Act (RMBCA) düzenlemesinde⁶⁷ ise yönetim kurulu üyelerinin makul olarak şirket çıkarlarına uygun davrandıklarına inancı ile hareket etmeleri gerektiğini hükme bağlamıştır. Buna göre bir yönetim kurulu üyesi şirket esas sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ve belli şartların bulunması halinde aldığı karardan sorumlu tutulmaz. Bir ticari şirketin yürütme organlarının sorumluluğu ABD’de

⁶⁵Block, J. Dennis; Barton E. Nancy; Radin A. Stephen; The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, 5th ed., NewYork 2001, s.1.

⁶⁶Şehirali Çelik, Feyzan Hayal;Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, BTHAE, Ankara 2008, s. 107.

⁶⁷Model Business Corporation Act; Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association-ABA)’nin İş Hukuku bölümü tarafından hazırlanan ve 24 eyalet tarafından model kurallar bütünüdür, (Bebchuk, L.;*The Case for Increasing Shareholder Power*, , Harvard Law Review, Vol.118, 2004-2005 s. 833-844). RMBCA düzenlemesi ile ise bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenlemenin 8.31’de yer alan bölümünde sorumluluğu gerektiren şartlar; kararın iyiniyetli olarak alınmamış olması, yöneticinin makul şekilde kararın şirket menfaatine olduğunu düşünmemesi, kararın alındığı sırada konuyla ilgili yeterli düzeyde bilgi sahibi olunmaması, yöneticinin bağımsız veya tarafsız davranmamış olması, kararın alınması sırasında şirket faaliyetleriyle ilgili bilgi sahibi olunmaması veya kararın şirket ya da ortaklara adil davranma yıkımına aykırı şekilde alınmış olması olarak düzenlenmiştir.

öncelikle içtihat hukuku esası yoluyla belirlenmiştir⁶⁸. Örneğin kişisel çıkarın olmaması gerektiği ve kendisiyle işlem yapmanın yasağı *Lewis v. SL & E. Inc. kararında*⁶⁹ ve kararla ilgili olarak ve elverişli vakıalar makul çaba ile haberdar edilmiş ve bilgilendirilmiş olması *Aronson v. Lewis kararında*⁷⁰; kararın şirket çıkarlarına hizmet etmesine dair makul inanç *Treadway Cos., Inc. v. Care Co. kararında*⁷¹, iyi niyet ise *Aronson v. Lewis ve Disney kararlarında* vurgulanmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri kötüniyetle ve özellikle özen ve sadakat yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde şirket amacına uymayan işlem yaparlarsa sorumlu tutulmaları kaçınılmazdır. Bunun dışında çoğu federal eyaletlerde belirli, aynı zamanda devlet kanunlarıyla tanımlanmış görevlerin ihlalini şahsi sorumlulukla cezalandıran yasalar düzenlemeler mevcuttur⁷².

Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletler arasında tam bir hukuk birliği olmasa da organlarının sorumluluğu; Zarar (*damage*), Görevi ihmal (*breach of duty*), illiyet bağı (*causation, proximate cause*) ve kusur (*culpability*) unsurlarının varlığına bağlıdır⁷³. Sorumluluğun şartlarından şartları zarar ve nedensellik tezimizin asıl konusu olan ticari takdir yetkisi açısından herhangi bir farklılık içermediğinden ağırlıklı olarak kusur ve görevi ihmal kriterleri incelenecektir.

A. KUSUR

Amerikadaki yöneticiler ve müdürler, esas olarak hafif kusur dadahil olmak üzere kusurlarından dolayı sorumlu tutulmaktadırlar. Kusur ölçüsü somutlaştırılmış olduğundan yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin şirkette tam gün yada yarım gün çalışması, ücret alıp almaması, toplantılara katılıp

⁶⁸ Arsh, Samuel; *The Business Judgment Rule Revisited*, Hofstra Law Rev., Vol. 8, 1979, s. 9.

⁶⁹ Bu karar özellikle ticari takdirin hiçbir çıkar çatışmasını içermediğini öngörmektedir. *Lewis v. SL & E, Inc.*, 629 F.2d 764, 769, (2d Cir. 1980).

⁷⁰ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812, (Del. 1984).

⁷¹ Ticari takdir yetkisi ilkesi altında davacı aksini göstermedikçe yöneticilerin şirketin uygun çıkarı için hareket ettiği varsayılmaktadır, (*Treadway Co., Inc. v. Care Co.*, 638 F.2d 357, 382, 2d Cir. 1980).

⁷² Grass, R. Andrea; *Business Judgment Rule Schranken der Richterlichen Überprüfbarkeit von Management- Entscheidungen in Aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, Zurich 1998, s. 14.

⁷³ Grass, s. 21.

katılmaması, yaşı ya da sağlığı kusurun değerlendirilmesinde bir önem taşımaz⁷⁴. Bu katı kusur ölçüleri doğal olarak yöneticiler ve müdürler için yüksek bir sorumluluk riski oluşturduklarından bu riski ve buna bağlı masrafları azaltmak için ABD'deki birçok ticari şirket merkezlerini, sorumluluk davalarını mümkün olduğunca daha az sorumluluk hükümleri içeren mevzuata sahip eyaletlere nakletmişler ve birkaç kez hukuk politikası açısından eleştirilerle karşı karşıya kalmışlardır⁷⁵. Bu şekilde bazı eyaletler yönetim kurulu üyesinin belirli bir işle ilgili alınan karar konusunda, yeterli tecrübeye ve yeterli donanımına sahip olmaması ilgili üyeyi şahsi sorumluluktan muaf tutmaması⁷⁶ gibi özen yükümlülüğünün ihlali için yasaya göre sorumluluk dışında bırakmaya belirli bir kısıtlama getiren⁷⁷, sorumluluğu ağır kusurlu ve kasıtlı olarak özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasını kısıtlayan veya sorumluluğu miktar olarak sınırlayan hükümler çıkartmıştır⁷⁸.

B. ZARAR

Amerikan hukukunda da aynen Türk hukukunda olduğu gibi sorumluluğun doğabilmesi için öncelikli olarak aranan şart bir zararın doğmasıdır. Zarar olmazsa sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

C. İLLİYET BAĞI

İçtihat hukukunun genel sorumluluk hukuku prensiplerine göre yöneticilerin ve müdürlerin sorumlu tutulabilmesi ilgililerin kusurunun zarara sebebiyet vermesi gerekir⁷⁹. Amerikan hukukunda "proximate cause" olarak

⁷⁴US Supreme Court Center, *Bowerman v. Hamner*, 250 U. S. 504, 9/6/1919, <http://supreme.justia.com/us/250/504/index.html>, (01/02/2011).

⁷⁴*Gamble v. Brown*, 29 F.2d 366, 4th Cir. 1929, (naklen, Grass, s. 29).

⁷⁵Grass, s. 29.

⁷⁶Goldberg, s. 239; Grass, s. 29.

⁷⁷"A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director", (Grass, s. 29, dpn. 99).

⁷⁸Grass, s. 29.

⁷⁹Grass, s. 27.

ifade edilen bu kavram İsviçre hukuku ve dolayısıyla Türk hukuku ile benzerlik arz etmektedir.

Kusur olmadan bir yönetim kurulu üyesini sorumlu tutmak isteyen kimse bu üyenin görevlerini ihlal ettiğini ve kendisinin de belirli bir miktarda zarara uğradığını, fiil ile ihmal arasında bir illiyet bağının mevcut olduğunu; davalı olan üye ise özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya yerine getirseydi bile zararın doğacağını ispat etmelidir.

D. GÖREVİN İHMALİ

Yöneticilerin sorumlulukları bir taraftan eyaletlerin ve federal devletin münferit yasal hükümlerinden (*statutory standards*) diğer taraftan da içtihat hukukunun eskiden beri süregelen prensiplerinden ortaya çıkmıştır⁸⁰. Anonim şirket yöneticilerine karşı açılan sorumluluk davalarında yönetim kurulunun takdir yetkisi dahilinde verdiği kararların hâkim tarafından incelemeye tutulmasında ve incelemenin sınırlarını tayin hususunun özen ve kusur kavramlarıyla yakın ilgisi bulunmaktadır⁸¹. Mahkemeler ve doktrin yöneticilerin özen ve sadakat borçlarıyla birlikte verilen görevleri yerine getirme borcu da ticari takdir yetkisi açısından önemlidir.

1. Yönetici ve Müdürlerin Münferit Görevleri

a. Yönetim Kurulu Üyesi ile Şirket Arasındaki Güvene Dayalı İlişiden Kaynaklanan Yükümlülükler

ABD hukukunda şirketler hukuku düzenlemelerinde bütün eyaletlerinde yönetim kurulunun şirketin iş ve ilişkilerini yöneteceği hükme bağlanmıştır. Bu önemli görevi üstlenmiş olan yönetim kurulu üyeleri ve diğer

⁸⁰Jones, E; Directors' Duties: Negligence and the Business Judgment Rule SA Mercantile Law Journal/SATydskrif vir Handelsreg, Vol. 19, No. 3, s. 327, [http://www.journals.co.za/ej/ejour_ju_samlj.html], (03/01/2011).

⁸¹Kırca, Özen Borcu, s. 88.

yöneticiler görevlerini yaparlarken *güvene dayalı yükümlülükler* (fiduciary duties) olarak adlandırılan gerekli özeni ve sadakati göstermek zorundadırlar⁸².

(1) Verilen Görevleri Yerine Getirme Yükümlülüğü

Şirketin idaresi hususunda yöneticilerin geniş bir takdir yetkisi olmasına rağmen; yürütme organı şirketin amacına uygun davranmalıdır. Yöneticilerle müdürler için, bunların *kasten* veya *ağır kusurlu* olarak kendi temsil yetkilerini aşarlarsa veya şirket için amaçları ile kesinlikle ilgisi olmayan yükümlülükler girerlerse, şahsi bir sorumluluk oluşturur⁸³.

(2) Özen Yükümlülüğü

Sorumluluk hukukunda genelde ve özellikle ticari takdir yetkisi içinde yöneticilerin ve müdürlerin görevi olan özen yükümlülüğü (*duty of care*) merkezi bir öneme sahiptir. Yöneticiler nedensellik sınırlarının ötesinde, pervasızca bir hareketle ve ağır ihmaliyle özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için sorumlu tutulabilirler⁸⁴. İhmal ve şirket varlıklarının israfı (*waste*) iddiaları da özen yükümlülüğü ile ilgili iddialar olarak düşünülebilir. Genel olarak Amerikan hukukunda ve özellikle Delaware hukukunda⁸⁵ özen borcunun yasal bir tanımının yapılmasından kaçınılmış, içtihatlarla bırakılmıştır. Delaware Yüksek mahkemesi, *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*' davasında da ihmal standartlarını şu şekilde açıklamıştır. “Şirket yöneticisinin şirket kayıplarından dolayı ihmali nedeniyle sorumlu

⁸²Yükümlülüklerin hukuki temeli yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve pay sahipleri arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tartışmalı olduğundan tam olarak açıklanabilmiş değildir. Bu kapsamda özellikle temsil (agency) modeli ve yediemin (trust) modeli tartışılmakta ancak her ikisi de ilişkinin niteliğini tam olarak açıklayamamaları nedeniyle ilişkinin sui generis niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir, (Şehirali Çelik, s. 105).

⁸³Grass, s. 23.

⁸⁴Jay W. Eisenhofer; *Officers' and Directors' Liability under Delaware Law, Tort and insurance Practice Tips*, Vol. 22, Brief 65, 1992-93, s. 65.

⁸⁵Büyük anonim şirketlerin çoğunluğu Delaware eyaletinde kurulu olduğundan şirkete yöneticilerine karşı açılan özen yükümlülüğüne aykırılık, kötü yönetim, dolandırıcılık nedenlerine dayanan davalar özellikle Delaware hukuku tarafından şekil alır, (Eisenhofer, s. 65).

tutulması içinde bulunduğu şartlara bağlıdır. Eğer yönetici dikkatsiz davranarak açıkça güvenilir olmayan çalışanına güvendiye, görevini ifada ihmalkâr davranmıştır. Keza kasıtlı bir şekilde ya da ihmaliyle hata yaptığı hususunda açık tehlike sinyalleri veren çalışanı görmezden gelen yöneticiye karşı hukuk, sorumluluk yükümlülüğünü onun üzerine yıkmıştır⁸⁶”.

Önemi nedeniyle özen yükümlülüğü birçok federal eyalette şirket yasalarına doğrudan alınmıştır ve münferit eyaletlerde detaylardaki düzenlemeler farklılık gösterse de genelde aşağıdaki prensipleri içerirler⁸⁷:

- Yönetici veya müdür görevini sadakatleyerine getirmelidir.
- Olağan üçüncü bir kişinin benzeri bir durumda tatbik edeceği bir özen göstermelidir.
- Şirketin menfaatlerini mantıklı bir değerlendirmeden sonra mümkün olan en iyi şekilde muhafaza etmelidir.

Bahsedilen bu unsurlar İsviçre hukukunda da bulunmaktadır. TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının yanı sıra kanun yönetim kurulunun geniş kapsamlı bir menfaatlerin korunması yükümlülükleri belirlemiştir (İBK 717/I). Yürütme organlarının görevlerini yerine getirirken bir “makul özenli kişi” (*ordinarily prudent person*) gibi davranmaları gerekmesi, İsviçre sorumluluk hukukunda geçerli olan somutlaştırılmış kusur kavramı ile aynıdır⁸⁸.

(3) Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat borcu (*duty of loyalty*), yönetim kurulu üyelerinin her zaman şirketin ve pay sahiplerinin çıkarına ve iyi niyetle hareket etmeleri gereğinden yola çıkarak, şirketin çıkarlarının üyenin şahsi çıkarından üstün tutulması

⁸⁶Eisenhofer, s. 65; *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A2d 125, 130 (Del. 1963).

⁸⁷ Grass, s. 24.

⁸⁸ Grass, s. 25.

anlamına gelmektedir⁸⁹. Kötüniyet, hile ve kişisel çıkarla ilişkin iddialar sadakat yükümlülüğüne ilişkin iddialardır⁹⁰.

Amerikan uygulamasında bir çıkar çatışması olduğu takdirde her somut olay kendi özelliği ve şartlarına göre iptali istenen işlemin içeriğinin ne olduğu araştırılarak ona göre karar verilir⁹¹. Bunun yanı sıra ALI Kurumsal Yönetim İlkelerin 1.23 (a) bendinde, sadakat borcunun amacı bakımından yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticileri, kararları ve tasarruflarıyla “tarafli/ilgili” kılındıkları haller; i) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin işlem veya tasarrufunun tarafli olduğu; ii) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin, tasarruf veya işlemin taraflarından biriyle ticari, mali veya ailevi bir ilişkiye sahip olduğu ve bu ilişkinin yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin söz konusu işlem veya tasarrufla ilgili takdirini etkilemesinin makul surette beklenebileceği; iii) yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin söz konusu tasarruf veya işlem üzerinde önemli bir menfaate sahip olduğu ve bu menfaatin, yönetim kurulu üyesinin veya yöneticinin takdirini şirket aleyhinde etkilemesinin makul surette beklenebileceği haller; olarak gösterilmiştir. Bu husus, SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde yönetim kurulu üyesi, şirket hakkındaki gizli ve kamuya açık olmayan bilgiyi kendisi veya başkaları lehine kullanamaz, şirket hakkında yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veremez, haber yayamaz ve yorum yapamaz şeklinde yer almaktadır⁹².

Sadakat yükümünün olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Olumlu olan yönü yönetim kurulu üyesinin şirketin çıkarlarına göre hareket etmesi; olumsuz yönü ise şirkete ve pay sahiplerine zarar verecek şekilde davranmaktan kaçınma yükümlülüğüdür⁹³. Sadakat yükümlülüğü özellikle aşağıdaki yasakları içermektedir:

⁸⁹Şehirali Çelik, s. 107.

⁹⁰Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858,(Del. 1985).

⁹¹Ulusoy, Erol; Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 56.

⁹²SPK İlkeleri, Bölüm IV, s. 42.

⁹³Şehirali Çelik, s. 107.

(i) Rekabet Yasağı

Amerikan hukukunda corporate opportunity doctrine denilen anonim şirket yöneticilerinin görevlerinin ifası sırasında karşılaştıkları, akla uygun ve mantıklı bir şekilde ilişkilendirilebilen ticari fırsatların, şirkete ait olduğunu kabul ederek şirketin muvafakati olmaksızın kendi hesaplarına takip etmelerinin yasak olduğu bu doktrin esas olarak rekabet yasağını ifade etmektedir. Yöneticilere ve müdürlere şirket dışında ticaretle uğraşmak kesin olarak yasak olmamasına rağmen bunlar kuruldaki veya yönetimdeki mevkilerini rekabet amacıyla kötüye kullanamazlar⁹⁴. Özellikle şirketin varlık değerleri, donanımları veya personeli başka ticari faaliyetler için kullanmak, ticari sırları kendisi için kullanmak veya üçüncü kişilerin ulaşmasını sağlamak, çalışan personeli kendi işine almak, şirketin rakiplerinden gizli komisyon ödemeleri almak, şirket aleyhine talepler satın almak ve bundan haksız kazanç elde etmek ile makul sözleşmeler gereği rekabet yasaklarını ihlal etmek yasaktır⁹⁵.

(ii) Kendisiyle İşlem Yapma (Self Dealing Transactions) ve Çifte Temsil Yasağı

Kendisiyle işlem yapma ve çifte temsil yasağı sadece potansiyel menfaatler çatışması nedeniyle, birçok eyalette ilgili işlerin iptal edilebilirliğine neden olmaktadır⁹⁶. Bu bağlantıda çeşitli eyaletlerde tatbik edilen, bağımsız bir yöneticinin veya müdürün böyle bir işi gerçek bir üçüncü kişi ("at arm's length") ile aynı şekilde yapıp yapmayacağını test eden hakkaniyet ölçütü (*fairness test*) önemlidir⁹⁷. Yönetim kurulu üyesi, şirket hakkındaki gizli ve

⁹⁴Yönetim kurulu üyesi prensip olarak şirket ile işlem yapamaz ve rekabet edemez, (SPK İlkeleri, Bölüm IV, s. 41).

⁹⁵Grass, s.25-26.

⁹⁶Grass, s. 26.

⁹⁷Grass, s. 26. "Fairness test" yöneticilerin kendileri adına kullandıkları bir ticari fırsatta, şirketin talep hakkının olup olmadığını belirleyen bir ölçüttür. Hakkaniyet ölçütü olarak adlandırabileceğimiz bu ölçüt yöneticinin bir ticari fırsatı şirket lehine değil de kendi adına değerlendirmesinin hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmayacağını somut olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir. Bununla birlikte kullanılan iki ölçüt daha vardır. Bunlardan ilki "line of business test" tir. Bu ölçüt ticari fırsatın şirkete

kamuya açık olmayan bilgiyi kendisi veya başkaları lehine kullanamaz, şirket hakkında yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veremez, haber yayamaz ve yorum yapamaz.

(iii) Azınlık Hissedarlarına Farklı Muamele Etme Yasağı

Bir yönetim kurulunun (yöneticileri seçen) çoğunluk hissedarlarına, azınlığa karşı tercihli muamele etmeye meyilli olmaları seyrek rastlanan bir durum olmamakla birlikte sadakat yükümlülüğü tarafından sınırlar içinde tutulmaktadır. Sadakat yükümlülüğünün ihlali bir yöneticinin hisse senetlerinin dağıtılmasında veya geri satın alınmasında azınlık hissedarlara farklı muamele ettiği takdirde varsayılır. Sadakat yükümlülüğünün göz önünde tutulması şirket satın alımlarında ve birleştirmelerinde, satışta, şirket varlıklarının kullanım için verilmesi veya ipotek edilmesinde, tasfiyede veya tasfiye gelirlerinin dağılımında ve aynı zamanda şirket ana sözleşmesi değişiminde özellikle önemlidir. Sadakat yükümlülüğünün düzenleme içeriği bu konuda İBK 717/2 fıkrası da içindeki ayırım yapmama prensibi ile aynıdır⁹⁸.

aidiyetinin kabul edilebilmesi için şirketin bunu kullanabilecek mali imkana sahip olması gerekmektedir. Bununla ilgili en çarpıcı örnek Guth v. Loft davasıdır. Bu davada yumuşak içkiler imalatı hususunda en başarılı Amerikan imalatçılarından biri olan Pepsi - Cola iflas halinde iken Henry Guth adlı müteşebbis bir sermayedar Pepsi - Cola'nın kontrolünü ele geçirmiştir. Aynı zamanda kendisinin başkan ve müdür bulunduğu ve sermayesi oldukça iyi olan Loft şirketinin kontrolünü de elinde bulunduruyordu. Loft şirketinin imkânları Pepsi - Cola'ya sağlanınca Guth'un hemen hemen tüm hisse senetlerine sahip olduğu Pepsi - Cola büyük bir başarı sağlamaya başlamıştır. Bunun üzerine de Loft; sadakat yükümlülüğünün ihlaliinden dolayı Guth'a karşı dava açmış ve Loft'un imkânlarını Pepsi - Cola için kullanan Guth'un sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Delaware Yüksek Mahkemesi sahip olduğu tüm hisse senetlerinin Loft'a devrine karar vermiştir, (Scott, Struan; *Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments*, Vol. 66, Mod. Law Rev., s. 855). Üçüncü ölçüt ise "interest or expectancy test" yani şirketin, ticari fırsat üzerinde mevcut bir hakka ya da somut bir menfaate ya da beklentiye sahip olup olmadığı ölçütüdür.

⁹⁸Grass, s. 26.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ TAKDİR YETKİSİ

(Business Judgment Rule)

I. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

Ticari takdir yetkisinin⁹⁹söz konusu olduğu ilk karar olan¹⁰⁰ 1742 *Sutton* davasında; İngiliz Mahkemesi tarafından *şirket yöneticilerinin şirkete karşı sadece büyük hilelerle güveni ihlal ederek şirket varlıklarının boşa harcanmasında değil; güven ihlalini bulan özensiz davranışlarla şirket varlıklarının israf olmasına neden olunmuşsa da sorumlu olduklarına karar vermiştir*¹⁰¹. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından 1891 yılında verilen “*Briggs v. Spaulding*”¹⁰² ve “*Bowerman v. Hamner*”¹⁰³ kararları da konuyla ilgili

⁹⁹Business Judgment Rule (Ticari Takdir Yetkisi) Amerikan hukukunda *Directors’ and Officers’ Liability* içinde yeralan bir kavramdır. Bu durumda *director* ve *officer* terimlerinin ne anlama geldiğini açıklamakta yarar vardır. Officer terimi Amerikan ve İngiliz hukukunda farklı anlamlar taşımaktadır. Amerikan hukukunda *officer*, yönetim kurulu üyesi; *director* ise yönetim işlerinin icra safhasını yürüten yöneticidir. *Directory* yönetim kurulu üyeleri tarafından atanır. Amerikan hukukundaki *director* TTK’nın 342. maddesindeki icra müdürlerine benzemektedir. American Law Institute bir ortaklık görevlisinin basit bir memur değil de; *officer* sayılabilmesi için ortaklığın izleyeceği stratejiye karar verme yetkisine sahip olması gerektiğini açıklamıştır. İngiliz hukukunda Companies Act 1985’in 744. maddesindeki *officer* tanımı ise bambaşkadır. Bu hüküm uyarınca, *officer* terimi *director*, *manager* ve *secretary* statülerinin tamamını kapsayan bir üst kavramdır. İngiliz yargı içtihatlarına göre bir officer’ı basit bir memurdan ayırt eden özellik, gerçek bir otorite olması ve ortaklığın izleyeceği stratejiye karar verme yetki ve sorumluluğu taşımasıdır. Tüm bu bilgiler için bkz; Bandle, Daniel; L’assurance D&O, Analyse de l’assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Zurich, 1999, s. 133-134, (naklen; Tekil, Müge; *Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri için Sorumluluk Sigortası*, Prof. Dr.Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 118, dpn. 13).

¹⁰⁰ Block/Barton/Radin, s. 9; Holland, J. Randy; *Delaware Directors’ Fiduciary Duties: The Focus On Loyalty*, *U. Of Pennsylvania Journal Of Business Law*, Vol. 11:3 s. 679-680. [http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume11/issue3/Holland11U.Pa.J.Bus.L.675\(2009\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume11/issue3/Holland11U.Pa.J.Bus.L.675(2009).pdf), (04/03/2011).

¹⁰¹... in Sutton's case the lord chancellor held that directors of a corporation, are liable in equity, to the corporation, not only for gross frauds and breaches of trust, whereby the assets of the corporation are wasted, but are also liable to the corporation, if the assets of the corporation have been wasted by negligence on their part so gross as to amount to a breach of trust...' Putney, H. Albert; *Partnership, Private Corporations, Public Corporations, Liability Of Officers And Directors To Stockholders Or To Creditors Of The Corporation*, Popular Law Library, Vol. 8, Section 33, <http://chestofbooks.com/society/law/Popular-Law-8/Section-33-Liability-Of-Officers-And-Directors-To-Stockhold.html>, (04/03/2011).

¹⁰²US Supreme Court Case, *Briggs v. Spaulding*, 141 U. S. 132, 25/5/1891, <http://supreme.justia.com/us/141/132/case.html>, (04/03/2011).

sıklıkla atıf yapılan ilk örneklerdendir. Bu kararlar *yönetim kurulu üyelerinin karar verirken benzer şartlar altında makul derecede özen gösteren basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü altında olduklarına, ancak iş teamüllerinin de dikkate alınması gerektiğine* ilişkin kararlardır¹⁰⁴.

Ticari takdir yetkisinin asıl amacı şirketler hukukunda içtihatlarla düzenlenen ve birbirleriyle yarışan “yetki” ve “sorumluluk” kavramlarını uzlaştırmada etkili olabilmektir¹⁰⁵. Yetki; yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararı koruma, sorumluluk ise verilen bu kararlardan dolayı sorumlu tutulma anlamlarına gelmektedir. Ancak şirket yönetim kurulu üyelerinin kötü yönetimine bir çözüm olması nedeniyle ticari takdir yetkisi ile ilgili akademik çalışmalar sorumluluk kavramına ağırlık vermektedir¹⁰⁶.

Ticari takdir yetkisi iddianın esasını savunma olarak kullandığında, teorik olarak iki fonksiyonu yerine getirir. Bunlardan ilki, yönetici özenli ve iyi niyetli davrandığı takdirde mahkemeyi yöneticinin verdiği kararın esasını ayrıntılarıyla tekrar inceleme yükümlülüğünden kurtarmadır. İkinci fonksiyonu ise yöneticilerin özenli ve iyi niyetli olduklarına dair getirilen bir karene olma özelliği taşımasıdır. Sonuç olarak ticari takdir yetkisi *yönetim kurulu üyelerinin karar almalarındaki özgürlüğü ilkesi* olarak tanımlamak yerinde bir ifade olacaktır.

A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

1742 yılında *Charitable Corp v. Sutton* davası İngiltere mahkemesinde “...yöneticinin tabî olarak görevini makul özen ve sadakat içinde yerine getirdiği zorunluluğu kabul edilerek....” ifadesi; “iyi niyetli olmak” ve “gereken özen yükümlülük” kavramlarının önem kazanmasını sağlayarak; bugüne yol

¹⁰³US Supreme Court Case, *Bowman v. Hamner*, 250 U. S. 504, 9/6/1919, <http://supreme.justia.com/us/250/504/index.html>, (04/03/2011).

¹⁰⁴Block/Barton/ Radin, s. 1

¹⁰⁵Bainbridge M. Stephen; *The Business Judgment Rule As Abstention Doctrine*, Vand. Law Rev., Vol. 57, 2004, s. 84.

¹⁰⁶Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 84.

göstermede öncül olmuştur . İçtihat hukukunda yönetici sorumluluğuna ek olarak en azından 20 eyalet bu şartları kanunlaştırmıştır. Model Business Corporation Act'in (MBCA) 35'inci bölümünde bu şartlar tanımlanmıştır¹⁰⁷. Makul bir araştırmadan sonra dürüst bir şekilde, şirket yararına hareket etme tarzını benimsemiş olan yöneticilerin bu kararın olumsuz sonuç verdiği durumlarda kararlarından dolayı yargılanıp yargılanmaması gerektiği sorusu akla gelmektedir¹⁰⁸. Kırca; gerekli özenin gösterilerek alındığı, bununla beraber sonradan isabetsiz olduğu anlaşılan kararlardan ötürü yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Mahkeme kararın sınırlarını belirleyerek; kararı iyi niyet ve özen yükümlülüğü dâhilinde inceleyecektir.

Ticari takdir yetkisi, Amerikan kurumsal yönetim modeli içinde yaklaşık iki yüzyıldır çok mühim bir yere sahiptir¹⁰⁹. Geleneksel olarak bu ilke, yöneticileri sorumluluktan korumak için bir kalkan vazifesi görür¹¹⁰. Ticari takdir yetkisi Amerikan Hukukunda Yüksek mahkeme kararları ile geliştirilen bir ilke olmakla birlikte eyaletlerde farklı farklı formüle edilmiş; ancak asıl şeklini Amerikan Hukuk Enstitüsü" (American Law Institute-ALI) ve Delaware Yüksek mahkemesinin belirlediği prensipler dâhilinde almıştır¹¹¹. ALI

¹⁰⁷MBCA 35. Bölümde bu husus benzer olarak şu şekilde açıklanmaktadır.

"A director shall perform his duties as a director..., in good faith, in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with such care as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances " Burada şirket çıkarı kavramı ile şirketin ve pay sahiplerinin çıkarlarının kastedildiği düşünülmektedir. Çoğu zaman şirket tüzel kişiliği çıkarının pay sahibinin çıkarıyla örtüştüğü yargıtay kararlarıyla da ifade edilmektedir, (Şehirali Çelik; s. 106).

¹⁰⁸Block J. Dennis; Prussin Adam H.; *The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?* Bus. Law. Vol.37, 1981-82, s.32 (27-76); Kırca, Özen Borcu, s. 88.

¹⁰⁹Joseph Hinsey IV; Duty Of Care, "*Business Judgment and the American LawInstitute's Corporate Governance Project: The Rule, the Doctrine, and the Reality*" G.W.L. Rev. Vol. 52, 1984, s. 610. Arsht, s. 93; Ralph A. Peebles, *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in theClose Corporation*, Notre Dame Law Rev. Vol. 60, s. 456-57.

¹¹⁰Hinsey, s. 610.

¹¹¹Branson, M. Douglas; *The Rule That Isn't A Rule- The Business Judgment Rule*, , Valparaiso Uni. Law. R., Vol.36, s. 634. Virginia Hukukuna göre güvene dayanan yükümlülükler şu şekilde ayarlanmıştır. Yönetici komitenin bir üyesi olarak şirketin çıkarına en uygun olacak şekilde ve iyi niyetli olarak hareket ettiği takdirde güvene dayanan görevini yerine getirmiş olacaktır. Virginia hukukuna göre alışılmadık olan Virginia mahkemelerinin bu bölümü basitçe karar varırken iyi bir usulün takip edilmesi gerekliliği olarak yorumlamalarıdır. Eğer iyi bir usul izlenmişse, Virginia mahkemeleri kararın esasını, yerindeliğini ve hatta makul olup olmadığını incelemeyecektir, (Colley, John L.; Doyle, Jacqueline L.; Logan, George; *What Is Corporate Governance?*. Blacklick, OH, USA: McGraw-Hill Professional Publishing, 2004, s. 14.

<http://site.ebrary.com/lib/gazi/Doc?id=10083553&ppg=26>, (04/03/2011).

düzenlemesi, prensipte Amerikan Hukuk Estitüsü tarafından hazırlanan bir tavsiye taslak niteliğinde olmasına rağmen federal hukuk üzerindeki etkisi tartışmasıdır ve Model Business Corporation Act ‘in 4.01(c) bendinde yer almıştır. Özetle ifade etmek gerekirse bu düzenlemelerden çıkan sonuçlar; alınan kararın tarafsız bir biçimde alınan yönetim kararı olmalı, yönetici kararını verirken kişisel çıkardan arınmalı ve şirketin yararı için karar vermeli, kararın konusu ve esasına ilişkin değerlendirme yapabilmek için gerekli ve uygun bilgileri almış ve kendi vicdani kanaatine göre karar vermeli ve sonuncusu olarak ise mezkûr kararı verirken yönetici bu kararın doğru olduğu inancıyla hareket etmeleri olarak sıralanabilir¹¹². Yöneticiler bu şartları tam olarak yerine getirdiklerini ispatladıkları takdirde ticari takdir yetkisi onlar için “güvenli bir liman” (safe-harbor) oluşturur¹¹³. Bu şartlar yerine getirildiği takdirde şirket zarar etse bile yöneticinin özen yükümüne uygun hareket ettiği kabul edilir ve meydana gelen zarardan da sorumlu tutulmazlar¹¹⁴.

İlke, kanunla değil de yargı kararlarıyla şekillenen bir kavram olarak kalmıştır. Keza, yeni ve değiştirilmiş kanuni hükümlerle dolaylı yoldan düzenlense de açıkça tanımlanmamış ya da tarif edilmemiştir. Ticari takdir yetkisi, Delaware Yüksek Mahkemesinde ifade edildiği gibi gerekli bilgi ve enformasyonu edinmiş şirket yöneticilerinin iyi niyetli ve dürüst bir şekilde şirketin çıkarlarına uygun olarak karar aldıkları karinesidir¹¹⁵. Bu karinenin

¹¹² Branson, s.634; Eisenberg, A. Melvin; Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified, Vol.28, 1998, s. 49-50.

Model Business Corporation Act ‘in 4.01(c) bendinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

(c) A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:

(1) is not interested in the subject of the business judgment;

(2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and

(3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.

¹¹³ Branson, s.636 Branson bu terimi şu şekilde ifade etmektedir. Yöneticiler tüm bu şartları yerine getirdikleri takdirde ele geçirilemez bir limana yelken açarlar. Ancak diğer taraftan da karineler çürütüldüğü takdirde kendi suçsuzluklarını kanıtlamak için çok büyük sıkıntı çekerler, (Branson; s. 636).

¹¹⁴ Pulaşlı, Mütessesil, s. 58.

¹¹⁵ Aronson v. Lewis (1984) 473 2 d 805; Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985); Block/Radin/Barton, s. 11, dnp. 44-46 <http://supreme.justia.com/search.py?query=Aronson+v.+Lewis> “(...A presumption that the board acted independently, on an informed basis, in good faith and in the honest belief that its actions taken were in the best interest of the company) Monks, Robert A. G.;

anlamı yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerin aksi kanıtlanana kadar özen ve sadakat içinde yaptığının kabulüdür. Bu konuyla ilgili Aronson v. Lewis davası en çarpıcı örnekleridir. Bu davada, *“ticari takdir yetkisi yöneticileri korur, eğerki, onlar makul olarak edinebildikleri tüm maddi bilgileri edinerek konu hakkında bilgilenmiş ve görevlerini yerine getirirken gerekli özeni göstererek hareket etmişlerse...”* ifadesine yer verilmiş ve ayrıca karar alma usulü ile ilgili olarak *“ticari takdir yetkisi altında yöneticilerin sorumluluğu ağır ihmâl kavramına dayanır”* sonucuna varılmıştır¹¹⁶.

B. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNDE İSPAT YÜKÜ

1984 tarihli Aronson v. Lewis ve 1985 tarihli Smith v. Van Gorkom sonradan da istikrar bulan kararlarında ticari takdir yetkisinin şirket yöneticilerinin, şirket yönetimine ilişkin karar alırken bilgilendirilmiş olduğu temeline dayanarak, iyi niyetle ve şirketin çıkarları için en iyisi olduğuna dürüst bir inançla hareket ettiklerine dair bir karine olduğu belirtilmiştir. Ticari takdir yetkisi yönetim kurulu üyeleri için getirilmiş bir karine olma özelliği ispat yükünün davacı taraf üzerinde olduğunu göstermektedir. Davacı, davayı reddolunmasından kurtarmak amacıyla ticari takdir yetkisi karinesini çürütecek deliller sunmalıdır. İsviçre hukukunda ise delil yükü dağılımında İsviçre Borçlar Kanununa göre göreve aykırılık konusunda davacıya getirilen ispat yükü ticari takdir yetkisinde farklılık göstermektedir. Bu durumda davalının ticari takdir yetkisi unsurları içinden bir ya da birkaç şartın yerine getirilmediğini ispatlaması gerekecektir. Eğer davacı ticari takdir yetkisinin ortadan kaldırılması için gerekli delilleri ortaya çıkartamazsa, o zaman dava bu aşamada hemen reddedilir¹¹⁷. Ancak; eğer davacı bir veya birkaç ticari takdir yetkisi şartlarının yerine getirilmediğini ispat edebilirse, davranışının

Minow, Nell; Corporate Governance, 4. Basım, Chichester/ West Sussex 2008, s.496. [http://books.google.com.tr/books?id, \(08/02/2011\).](http://books.google.com.tr/books?id, (08/02/2011).)

¹¹⁶ Aronson v. Lewis (1984) 473 2 d 805; Hinsey, s. 615; Manning; *The Business Judgment Rule In Overwiev* (The Business Judgment Rule), Ohio St. Law, J. Vol. 45, s. 619; Molly J. Staab *The Business Judgment Rule in Kansas: From Black and White to Gray*, , Wasburn Law. J., Vol. 41, s. 242.

¹¹⁷ Grass, s. 149.

doğru ve uygun oluşunu veya en aşağı mevcut şartlar altında mazur görülebilir olduğunu ispat ederek, kendini aklamak davalıya düşecektir¹¹⁸.

İsviçre doktrininde yasal bir düzenleme olmadığı halde yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında sözleşme ya da sözleşme benzeri bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilerek kusurun ispat yükünün yönetim kurulu üyesinde olduğu kabul edilir¹¹⁹. Ticari takdir yetkisi hususunda zarar ve uygun nedensellik bağlantısındaki ispat yükünü ise davacıtaşır¹²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki İsviçre doktrininde uygulamada objektleştirilmiş kusur kriterine dayalı olarak sorumluluk atfedilen kişinin davranışı o olayda ve koşullarda bilinçli ve makul bir kimseden beklenen davranışla kıyaslanmakta yükümlülük ihlalinin ispatlandığı durumlarda artık kusurun aksi ispat edilmeyecek şekilde var olduğu kabul edilerek, ispat yükünün artık pek bir önemi kalmadığı görüş ağırlık kazanmaktadır¹²¹.

Amerikan Hukukunda ispat yükünün her zaman davalı üzerinde olmadığı durumlar vardır. Özellikle devralma girişimlerinde ispat yükü yer değiştirir; yani davalı yöneticiler üzerine düşer. Şirket ele geçirmelerine ilişkin sorumluluk davaları Amerikan mahkemeleri (özellikle Delaware Mahkemesi) tarafından *iki basamaklı teste* tabi tutulur. Bu konudaki başlıca yol gösteren 1985 tarihli *Unocal Co. v. Mesa Petroleum Co.*¹²² davasında *Unocal tests* ya da *Unocal standarts* olarak anılan özel şartlar belirlenmiştir ve sonraki davalara da öncülük etmiştir. Bu dava ile şirket ele geçirmelerinde hedef şirket yöneticilerinin davranış yükümlülüklerine ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir. Teste göre; kurulun kendilerine tanınan ilke korumasından yararlanmak için

¹¹⁸ Grass, s. 149.

¹¹⁹ Akdağ, s. 89, dñn. 234.

¹²⁰ Grass, s. 150.

¹²¹ Akdağ, s. 90.

¹²² Uyuşmazlık konusu olayda Unocal Corp'da azınlık pay sahibi olan Mesa Petroleum'un Unocal pay senetleri için yaptığı iki aşamalı aleni pay alım teklifi (self tender offer) yönelterek kendi pay senetlerini geri satın almak suretiyle karşılık vermişti. Nocal'ın pay alım teklifinden Mesa'nın yararlanması engellenerek Mesa'nın yararlanması engellenerek Mesa'nın Unocal'ı ele geçirmesi önemli ölçüde engellenmiştir, (Şehirali Çelik, s. 120). Ayrıca bkz; Moran v. Household Int'l Inc. (1985) 500 A.2d 1346 (Del Sup. Ct.); Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding Inc. (1986), 506 A.2d 173 (Del Sup. Ct.); Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Co. (1997), 535 A. 2d 1334 (Del. Sup. Ct.).

iki yükümlülüğü yerine getirmeleri gerekmektedir. İlk olarak, yönetim kurulu makul sebeplerle işletme yönetimi ve etkinliği konusunda bir tehlikenin (danger to corporate policy and effectiveness) varlığına inanmış olmalıdır. Bu şart ile ulaşılmak istenen amaç, hedef şirket yönetim kurulunun sırf kendi konumlarını korumak için savunma önlemi alınmasının önüne geçilmesidir¹²³. İkinci olarak ise yönetim kurulunun tehlikeye karşı hareketi orantı sınırları içinde olmalıdır. Yöneticiler ancak bu şartları yerine getirdikleri takdirde karine yer değiştirerek davacı üzerine düşer ve ticari takdir yetkisi uygulama alanı bulur¹²⁴. Yöneticilerin iyiniyetli olması ve akla mantığa uygun bir soruşturma yapmışlarsa da ispat yükü yer değiştirir. Mahkemelerce benimsenen bu yaklaşım savunma taktiklerinin akla uygunluğunu analiz etmeleri gerekçesine dayanarak mahkemelerin etkili bir biçimde ticari takdir yetkisini kullanmaları yönünden eleştirilmektedir.

C. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüş olan sorumluluk kurallarının temel amacı yöneticilerin kendilerinden beklenen özen borcuna uygun hareket etmelerinin sağlanmasıdır. Ticari takdir yetkisini destekleyen birçok pratik ve ekonomik nedenler bulunmaktadır. Bütün nedenlere dayanan ortak nokta paydaşların dava yoluyla sorumluluğu yöneticilere yüklenmesi, sonucunda paydaşların ve yöneticilerin bağlantılı olan çıkarını korumada önemli bir role sahip olmadığı için bu yol pek de etkili bir araç değildir. Bu ilkeye ihtiyaç duyulmasının başlıca nedenleri; yönetim kurulu üyelerinin yanılabilme ihtimali, risk almanın önemi, mahkemelerin yetersizliği, kötü niyetli paydaşların açtığı davaların önlenmesi gibi nedenler sayılabilir¹²⁵.

¹²³ Şehirali Çelik, s. 121.

¹²⁴ Branson, s.636.

¹²⁵ Block/Barton/Radin, 7-10

1. Yönetim Kurulu Üyelerinin Yanılabilme İhtimali

Ticari takdir yetkisi; makuliyi niyetli ve basiretli bir insanın dahi şirketin büyük kaybına yol açan yanlış kararlar verebildiğini ortaya çıkarmıştır. Ticari takdir yetkisi insan doğasından kaynaklanan bu yanılabilirliğin kabul ederek iyi niyetli kimselerin şahsi sorumluluk nedeniyle endişelenmelerini önlemeyi amaçlar¹²⁶.

2. Risk Almanın Önemi

Şirket kararlarının sürekli olarak yargısal denetime tabi tutulacağı tehlikesi; yanlış karar alma endişesiyle hareket eden yöneticinin risk almaktan kaçınma eğilimi göstermesidir. Bu da genelde risk alınmasını göze alan pay sahiplerinin ve dolayısıyla şirketin zararına neden olmaktadır. Şirket kararlarının bazen çok mühim riskler içerdikleri kabul edilmektedir ve ticari takdir yetkisi korumasından yoksun olan yönetici ya da müdürler böyle bir sorumluluğu üstlenmeye istekli olmayacaklardır¹²⁷. Keza bu tutum uzun vadede şirkete zarar verebilir; çünkü riskli girişimler potansiyel büyük kârları da içinde barındırırlar. Risk alınmaması dinamik değişimler ekonominin büyümesi ve gelişmesi için önemli bir araç olmasından dolayı ekonomiye zarar verebilir. Bu nedenle ticari takdir yetkisi yöneticileri şirkete çok yararlı olabilecek riskleri almaya teşvik eder¹²⁸.

3. Mahkemelerin Yetersizliği

Dava yolunun şirket kararlarını değerlendirmek açısından etkisiz bir araç olduğu mahkemelerce de kabul edilmektedir. Belli şartları taşıyan yönetim kurulu kararlarının ticari takdir yetkisi denetimine tabi olması hâkimlerin ticari konularda uzman olmadığı (judges are not business experts)

¹²⁶ Block/Barton/Radin, s.7.

¹²⁷ Kenneth B. Davis, Once More, *The Business Judgment Rule*, , Wisconsin Law Rev., Vol.573, 2000, s.580-583. Fischel, R. Daniel; *The Business Judgment Rule and The Trans Union Case* (The Business Judgment Rule), Bus Law, Vol. 40, 1985, s. 1442-1443.

¹²⁸ Block/Barton/Radin, s.9; Fischel, *The Business Judgment Rule*, s. 1442.

görüşünden kaynaklanmıştır¹²⁹. Mahkemeler; yöneticilerin söz konusu olayda daha nitelikli, eğitilmiş ve donanımlı olmaları nedeniyle şirket kararlarının yöneticiler tarafından daha iyi şekilde alınacağını defalarca ifade etmişlerdir¹³⁰. Bu nedenle şirket tarafından verilen kararların; mahkemeler tarafından belirlenmiş standartlara göre değerlendirilmesi iş dünyasında pek bilinmeyen alanlara girmeye engel olacaktır. Bununla birlikte var olan şirket iç denetimi hukuki sorumluluğa olan ihtiyacı azaltmaktadır¹³¹. Sonuç olarak; şirket yönetiminden kaynaklanan sorunların mahkeme salonlarında çözülmesinin doğru olmadığı, asıl olarak yönetici odalarında çözülmesi gerektiği savunulmaktadır¹³².

4. Kötüniyetli Paydaşların Açtığı Davaların Önlenmesi

Şirket paydaşlarının şirket kararlarını oybirliği ile almaları pek rastlanan bir durum değildir. Karara olumsuz oy veren bazı paydaşlar dava açarak buna karşı koymaya çalışabilir. Ancak eğer her karar mahkeme tarafından denetlenirse karar alma mekanizmasının düzgün şekilde işlemesi imkânsız hale gelir. Bu şartlar altında da yöneticiler paydaşlar tarafından çok kolay bir hedef haline gelir ve sonucunda şirket yönetimi her zaman, her karara karşı gelebilecek paydaşların elinde olur¹³³. Ticari takdir yetkisi küskün paydaşlardansa çoğunluğu oluşturan yöneticilerin şirketi temsiline imkân verir¹³⁴. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise konuya çoğunluk azınlık ilişkisi yönünden bakılması gerektiğidir. Şirket içindeki çoğunluk pay sahipleri şirketin ekonomik getirisinden en çok yararlanacak olanlar olmasına rağmen az paya sahip olan ortak ya da ortaklar da dava açma hakkına sahiptirler. Burada asıl tartışma konusu, bu davanın az pay sahibinin getirisi de büyük olmayacağından risk alma konusunda etki yapacağı değil, bu

¹²⁹ Dodge v. Ford Co., 170 N.W. 668, 684 Mich. 191.

¹³⁰ Örneğin; 1982 tarihli Joy v. North, 1988 tarihli In re J.P. Stevens&Co. Shareholders, Solash ve Telex Co. Davaları, (Block/Barton/Radin; s.9).

¹³¹ Fischel, The Business Judgment Rule, s. 1442-1443.

¹³² Block/Barton/Radin, s.9.

¹³³ Block/Barton/Radin; s. 9.

¹³⁴ Dooley P. Michael; Two Models of Corporate Governance, Bus. Law, Vol. 47, 1992, s. 461vd.

davaları stratejik amaçlı olarak sürekli bir dava tehdidi altında tutmak isteyebilecekleridir¹³⁵.

Ticari Takdir Yetkisi, sadece yöneticileri korumakla kalmaz; aynı zamanda paydaşları da korur. Manning'in ifade ettiği üzere ticari takdir yetkisi zamanla “koruma kalkanından” “saldırı silahına” dönüşmüştür¹³⁶. Misal olarak, bir hissedar (esasinda davacının barosuna kayıtlı bir avukat) davayı şirket lehine açmaktadır. Menfaati ihlal edilen/bulunmayan yöneticilerden bir kurul, dışarıdan da muhtemelen tamamlayıcı destek ile, meseleye ticari takdir yetkisi ile bakarak, şirket lehine olan bu iddianın yetkilendirilmediğini ve iptali gerektiğini karara bağlamaktadırlar. Benimsenen bu çözüm, mahkemeye sunuluyor ve bu alınan kararın davacıya karşı belirleyici olduğu; zira ticari takdir yetkisi denen şeyin "menfaati ihlal edilenler" kurulunca varılan kararların "yargı tarafından esasına inilmesine" engel olduğu iddia ediliyor. Böylece aslında bir koruma kalkanı olan ticari takdir yetkisi paydaşlar tarafından kullanılabilen bir saldırı silahı haline gelmektedir¹³⁷.

II. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ - TİCARİ TAKDİR DOKTRİNİ

İçtihatlarda ve doktrinde ticari takdir yetkisi ve ticari takdir doktrini arasındaki ayırımın pek önemsenmemesi¹³⁸ yanlış anlaşılmalara ve karışıklıklara neden olmuştur¹³⁹. Ancak şirket yönetimi üzerinde kontrolü hâkim hissedarların eline vermemek için ticari takdir yetkisinin yanı sıra *Business Judgment Doctrine* olarak adlandırılan ticari takdir doktrinlerinin de somutlaştırılması gereği duyulmuştur.¹⁴⁰ Bu bağlamda, ticari takdir yetkisi ile sadece yöneticiler değil, yöneticiler tarafından alınan kararlar da korunur hale

¹³⁵ Şehirali Çelik, s.114.

¹³⁶ Manning, The Business Judgment Rule, s. 615.

¹³⁷ Manning, The Business Judgment Rule, s. 615-616.

¹³⁸ Veasey, *New Insights Into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should We Trust the Courts?*, Bus. Law, Vol. 39, 1984, s. 1461-1462. Her iki kavram da bir olarak kabul edilmekle birlikte en azından ticari takdir yetkisinin ticari takdir doktrini de kapsadığı görüşü yaygındır.

¹³⁹ Hinsey, s. 610.

¹⁴⁰ Grass, s. 38.

gelmektedir. Esas noktaları aynı olmakla birlikte, ticari takdir yetkisi yöneticileri; ticari takdir doktrini ise yöneticilerin aldıkları kararlar korumaktadır¹⁴¹. İsviçre hukukundan farklı olarak¹⁴² ABD’de yönetim kurulu kararlarına, özen veya sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hissedarlar tarafından itiraz edilebilir. Amerikan uygulamalarında ticari takdir yetkisinin önemli tali bakış açısı olarak görülen ticari takdir doktrininin, yönetim kurulu tarafından verilen yönetim kurulu kararlarının ticari takdir yetkisi şartlarını taşıdığı takdirde hissedarların bu tür itirazlarına karşı koruduğu belirtilmektedir¹⁴³.

A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN YARIŞAN KAVRAMLARI

Delaware hukukunda şirket yöneticileri şirkete karşı üçlü güvene dayanan yükümlülük olarak adlandırılan; özen, iyi niyet ve sadakat yükümü altındadır. Ticari takdir yetkisi bu üç görevle ilgili olarak gündeme gelse de daha çok özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Bu konuyla ilgili olarak ticari takdir yetkisinin ticari kararlara yargısal müdahalede bulunulmaması için bir prensip; yargının kanuni özen derecesini yorumlama şekli yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğu yönünde bir karene; sorumluluktan koruyan bir kurtuluş beyyinesi olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁴⁴. Ancak ticari takdir yetkisinin asıl amacı ihmalkâr davranmaları durumunda yöneticileri sorumluluktan kurtarmaktır. İlke; gerekli bilgiyi edinen, iyi niyetli olan ve şirketin en iyi yararı için olduğuna inanan yöneticiler açısından şirket yöneticileri ve müdürleri lehine bir karene sağlar. Aslında ticari takdir yetkisinin usule ilişkin bir karene mi olduğu ya da sorumluluğu maddi olarak mı

¹⁴¹ Hinsey, s. 610.

¹⁴² Yönetim kurulu kararlarının iptali İsviçre hukukunda mümkün değildir, (Grass, s.38).

¹⁴³ Hinsey, s.611. Grass, s. 39.

¹⁴⁴ Bainbridge, Abstention Doctrine, s.90. Eisenberg, Melvin; The Divergence Of Standards Of Conduct And Standards Of Review In Corporate Law (Standards of Conduct), Fordham Law. Rev. Vol.62, 1993, s.444-445 (437-468); Johnson Lyman, The Modest Business Judgement Rule, The Business Law Rev.,Vol. 55, I. 2, 2000, s. 628-631; Sharfman, S., Bernard; Being Informed Does Matter: Fine Tuning Gross Negligence Twenty Plus Years After Van Gorkom, The Business Law Rev., Vol.65, 2007, s. 143-145.

sınırladığı ya da her ikisi birden mi olduğu tartışmalıdır¹⁴⁵. İlkenin içeriği ile ilgilenmeyip de usuli olarak sorumluktan kurtulma boyutunu ele alarak birkarine ya da kurtuluş beyyinesi olarak değerlendirilmesi, onun mahiyetine değil; tatbikşekline ilişkin bir konudur¹⁴⁶.

1. Sorumluluk Ölçütü Olduğu Görüşü

İçtihat hukukunda ticari takdir yetkisindeki iki anlayış birbiriyle yarış halindedir. Birinci anlayış ticari takdir yetkisine sorumluluk ölçütü olarak yaklaşır. Bundan dolayı örneğin bazı mahkemeler ve doktrin ticari takdir yetkisinin şirket yöneticilerinin iyi niyetli oldukları takdirde koruduğunu savunmaktadır. Bu görüşte olan belirgin bir isim Melvin Eisenberg' dir. *Eisenberg*; özen yükümlülüğünün bir davranış ölçütü ticari takdir yetkisinin ise sorumluluk ölçütü olduğunu iddia etmektedir¹⁴⁷. Aynı zamanda denetim ölçütünün, mahkemenin sorumluluk yükleyip yüklemeyeceğine göre üyenin davranışını denetlerken uygulanması gereken bir test olduğunu belirtmektedir. Böylece şirket yöneticilerinin davranış ölçütünün ihlalinin mutlaka sorumluluğa götürmeyecek ya da alınan kararın mahkemece bozulmayacaktır; çünkü sorumluluk ölçütü tarafından korunacaklardır¹⁴⁸.

Modern görüş ticari takdir yetkisini sorumluluğun ve denetimin somut ölçütü olarak görmektedir¹⁴⁹. Buradaki kilit nokta sınırlı da olsa kurul kararına objektif denetim keyfiyeti getirmesidir. 1982 tarihli *Cede Co.v. Technicolor, Inc.* davası bu yaklaşıma güzel bir örnek teşkil eder. Bu karar aynı zamanda sorumluluğun şartlarından olan illiyet ve zarar arasında bir bağlantı bulunamamasına rağmen salt özen yükümlülüğünün ihlaline dayanmış ve

¹⁴⁵ Tartışmalar için bkz; Arsht, s.93-94. Balotti, R., Franklin; Hanks, James J. Jr., Rejudging Business Judgment Rule, Bus. Law. Vol. 48, 1992-1993, s. 1345.

¹⁴⁶ Balotti/Hanks, s. 1339-1340.

¹⁴⁷ Eisenberg, Melvin; Standards Of Conduct, s.444-445. Akdağ da ticari takdir yetkisinin Amerikan şirketler hukukunda, yöneticilerin verdikleri kararlarda bir ölçü olarak kullanıldığını belirtmektedir, (Akdağ, s. 82).

¹⁴⁸ Eisenberg, Standards Of Conduct, s. 437.

¹⁴⁹ Omnicare, Inc. v. NCS Health Care, Inc., 818 A.2d 914, 927 (Del.2003). Bu yaklaşımı benimseyen kişiler arasında bile uyumsuzluklar vardır. Sadece sübjektif iyiniyetle ilgili olabileceği, akla uygun (makul) hareket etme gereksinimi olabileceği ya da ağır kusur olabileceği tartışılmaktadır, (Bainbridge, Abstention Doctrine, s .91).

tazminata hükmedilmiştir¹⁵⁰. Ancak buradaki asıl sorun yüksek mahkemenin bu karine kapsamını ticari kararlara yerindelik denetimi uygulanmaması yani kararlara yargısal bir müdahaleyi engellemekle yetinilmemiş; bununla birlikte, bazı durumlarda sırf özen borcunun yerine getirilmemesi durumunda zarar ve illiyet bağı bulunmasa dahi yerindelik denetimine tabi tutulmuştur¹⁵¹.

2. Kaçınma (Yargısal Müdahalede Bulunmama) Doktrini Olduğu Görüşü

Ticari takdir yetkisinin kaçınma doktrini olduğunu savunanlar, ilkenin yalnızca özensiz davranıştan dolayı (ağır kusur-hafif kusur) sorumluluk sütununu kaldırmakta olduğunu iddia etmektedirler. Bu açıdan ticari takdir yetkisi, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkileri dahilinde kullandıkları inisiyatiflere karşı, yargısal müdahale aleyhinde bir kaçınma doktrini olarak görülebilir¹⁵². Bu anlayış içinde iyi niyet karinesi sorumluluk ölçütü getirmemekte ancak özen yükümlülüğü iddialarının yargısal denetimine karşı bir karine oluşturmaktadır¹⁵³. Dolayısıyla mahkeme, davacı karineyi çürütmek gibi ağır bir yükümlülüğü taşıyamadığı zaman, idarecinin tutumundan doğan iddialarla ilgili esasa inmekten imtina eder. Bu ağır yükümlülük kurulun makul özen göstermesiyle ilgili olmasa da hile ya da kendisiyle işlem yapma gibi önşartlar içerir¹⁵⁴.

Lyman makalesinde¹⁵⁵, ticari takdir yetkisi bir “yargısal müdahalede bulunmama politikası” (non review policy) olarak adlandırmaktadır. Özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği hususunu doğrulamak için Brehm davasında olduğu gibi esasa bakmamalıdır. Mezkûr ilke karar alma sürecinde özenli davranan, bilgiye dayalı olarak hareket eden iyi niyetli yönetim kurulu üyeleri, sonradan hatalı ya da basiretsiz olduğu anlaşılan takdirleri sebebiyle

¹⁵⁰ Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 91.

¹⁵¹ Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 91.

¹⁵² Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 90.

¹⁵³ Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 90.

¹⁵⁴ Bainbridge, M. Stephen; *The Board of Directors as Nexus of Contracts*, Iowa Law. Rev. Vol. 88, 2002, s. 30

¹⁵⁵ Lyman, Johnson; *Modest Business Judgment Rule*, The Business Lawyer, Vol. 55, 2000, s 628-629.

sorumlu tutulmamaktadırlar. “Cede” davasında hatalı bir şekilde yapıldığı gibi mahkeme ticari takdir yetkisini alt etmek için özen ihlalinin içeriğini denetlememelidir. Lyman’ın aynı görüşte olduğu nokta karar alma mekanizmasındaki usulün incelenmesidir. Bainbridge’in “kaçınma doktrini” diye adlandırdığı ticari takdir yetkisini Lyman “yargısal müdahalede bulunmama politikası” olarak adlandırmaktadır. Ancak mahkeme tabî ki yine de özen yükümlülüğü ihmal olup olmadığını araştırmalıdır. Bu yasal bir araştırma olmakla birlikte ticari takdir yetkisine takılmadan, esasa inmeden yapılmalıdır. Bununla birlikte Bainbridge’in ticari takdir yetkisinin özenle ilişkili olmadığı ve kendi içinde araştırılması gerektiği savunmasına Lyman katılmamaktadır.

Sharfman ise makalesinde özetle¹⁵⁶; bütün mahkeme kararlarının özen sadakat ve iyi niyet yükümlülüklerini içerdiğini ve ticari takdir yetkisinin bu yükümlülüklerin ihlalinin ileri süren şikayetlere engel olmadığını belirtmektedir . Öncelikle şunu söylemek gerekir ki; özen yükümlülüğüne dayanan denetimi, ticari takdir yetkisi reddetmiştir. Bu ticari takdir yetkisini açıkça kaçınma doktrini ve yargısal müdahalede bulunmama politikası yapar. Ancak özen yükümlülüğünün doğasında sadece usulen de olsa bu tür davaların geride kaldığı artık bu noktada mantıksallık dahilinde özen ve sadakat yükümlülüğü karıştırmadığı sürece kurul kararlarına karışılmasını önler. Sharfman, eğer böyleyse günümüzdeki ticari takdir yetkisine yargısal müdahalede bulunmama ya da çekimser doktrin olarak bakılabileceğini ancak daha sınırlı olacağını savunmaktadır. Ancak bunun bir sorumluluk ölçütü (özen derecesi) olduğu görüşüne kesinlikle katılmamaktadır.

Yargı kararlarıyla şekillenen ticari takdir yetkisinin günümüzdeki tanımı Eisenberg’in ifade ettiği gibi bir sorumluluk ölçütü olmasından çok uzaktır. Ticari takdir yetkisi bir denetim yaparken denetimin esas noktası sorumluluk yüklememek ya da ihtiyati tedbir uygulamamak için mahkemenin yöneticilerin kararlarını denetlemekten kaçınma imkânı vermektir. Bunun da aslında bir

¹⁵⁶Sharfman, S., Bernard; *Being Informed Does Matter: Fine Tuning Gross Negligence Twenty Plus Years After Van Gorkom*, The Business Lawyer, Vol.65, 2007, s. 143-145.

yargısal denetimden uzak tutma ölçütü olduğu söylenilebilir. Ticari takdir yetkisinin etkisi alınan kararların usulen koşullara uygun bir karar olduğunu araştırmak olduğundan kararın yerindeliğini ve içinde bulunduğu duruma göre isabetliliğine bakılmaz. Bu bağlamda Sharfman ve Lyman'nın eleştirilerine katılarak ticari takdir yetkisinin bir kaçınma doktrini ya da aynı anlamı ifade eden yargısal müdahalede bulunmama politikası olarak nitelendirmek en doğru sonuç olacaktır.

III. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN UNSURLARI

Ticari takdir yetkisi yalnızca sorumluluk davalarının değerlendirilmesinde kapsamlı bir kavram sunmakla kalmamış kuralın uygulanması yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli kişilere sorumluluk hallerine öngörülebilir bir iyileştirme getirmiştir¹⁵⁷. Zira bu ilke, kararın akla uygun olup olmadığındansa; kurul üyelerinin karara varırken izledikleri usule ve işleyişine odaklanır¹⁵⁸. Böylelikle yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli kişilerin kendilerine karşı açılan sorumluluk davalarında karar almaya ilişkin davranışlarının hangi standartlara göre daha önceden açık olarak öğrenmeleri mümkün olabilecek ve dolayısıyla bu kimseler yönetimle ilgili kararlarda ilke kriterlerine göre hareket edeceklerdir¹⁵⁹. Bunun sonucu olarak da yöneticiler Türk Ticaret Kanunu ile getirilen şartlara uygun hareket ettikleri takdirde sorumlu olmayacaklar ve gereksiz yargılamalardan muaf tutulacaklardır.

¹⁵⁷ Pulaşlı, Tasarı, s. 58.

¹⁵⁸ Miller, S. Elizabeth/Rutledge E. Thomas; *The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgment Rule In Unincorporated Business Organizations?*, Del. J. Co. L. Vol.30, s. 346.

¹⁵⁹ Grass, s. 171.

A. YÖNETİM KURULU KARARI – İŞLETME FAALİYETİ İLE İLGİLİ TİCARİ KARAR

Ticari takdir yetkisinin yönetim kurulu üyelerine tatbik edilebilmesi için yöneticilerin “şeklen doğru” ve “bilinçli” (conscious business decision) bir şekilde alınmış bir kararın varlığı gerekmektedir¹⁶⁰. Alınan kararın sadece şeklen sınırlandırılmasının yeterli olmadığını içerik itibarıyla maddi yönden de kabul edilir olması gerekmektedir¹⁶¹. Bununla birlikte, ticari takdir yetkisinin uygulanabilmesi için yöneticiler tarafından alınmış bir karar hukuki sonuç doğurmaz, ancak karar hukuki etkisini ancak hukuki bir işlem ya da fiili bir hareket sonucu uygulamasıyla göstermektedir¹⁶².

Yönetim kurulu üyeleri hiçbir şey yapmamışsa veya yönetim kurulunun belirli bir durumda hiçbir şey yapmaması “bilinçli olarak alınan bir kararı” gereği ise üyeler koruma kapsamında olacaktır¹⁶³. Diğer bir taraftan ihmal sonucunda hareketsiz kalınması halinde ve genel olarak ticari takdir yetkisinin kullanılmasıyla ilgisi bulunmayan iddialar korunma kapsamında yer almayacaktır¹⁶⁴. 1984 tarihli *Aronson v. Lewis* davasında Delaware Yüksek Mahkemesi şu sonuca varmıştır; “*Ticari takdir ilkesinin sadece yöneticilerin davranışları kapsamında uygulanacaktır. Teknik açıdan konuşulursa, yöneticiler görevlerinden istifa etmişse ya da bilinçli olarak alınan bir karar yoksa bu ilkenin hiçbir rolü olmayacaktır. Ancak uygulanabilirlik ilkeleri*

¹⁶⁰ Grass, s. 49.

¹⁶¹ Knepper/Bailey bunu şu şekilde ifade etmektedir. “Şirket amaçlarının yasa ya da meşruiyet içinde ilerlemesi kararları; örneğin işletme politikası, muhakeme yeteneği, veya şirket çıkarlarını artırmak için şirket fonlarının tahsisatı ile ilgili kararlar ticari takdir yetkisi tarafından korunmaktadır, (naklen Grass, s. 49) Kuralın tatbik edilebilirliği için başka sınırlama yoktur; her türlü Yönetim Kurulu kararı esas olarak ticari takdir yetkisinin koruma alanına girer. *Hamilton*; Bir yan şirketin, sermayesinin azaltılması ve artık kazançların dağıtılması dahil yeniden düzenlenmesi (reorganizasyon); bir müdürün seçilmesi; aktif şirketin bir bölümünün satılması; bir mahkeme kararının derhal haczi yerine karşı partinin bir emre yazılı senedini kabul edilmesi; kâr getirmeyen bir ticari şubenin kapatılması kararlarını bu kapsamda örnek olarak göstermektedir. Buna karşılık, yönetim kurulunun sosyal veya siyasi angajmanlar hakkında karar vermesi halinde ticari takdir yetkisinin tatbik edilip edilmeyeceği, soru işareti olarak kalmaktadır, (naklen, Grass, s. 49-50)

¹⁶² Emrullah Kervankıran; *Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu -Türk Amerikan Hukuku İle Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirme-*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan Cilt. I, İstanbul 2007, s. 255.

¹⁶³ Grass, s. 52.

¹⁶⁴ Hinsey, s. 615; Johnson, *The Modest*, s. 635; Manning, *The Business Judgment Rule*, s. 622; Block/Prussin; s. 33.

açısından bilinçli karar muameleyi engellenmişse ortada bir yönetim kararı (ticari karar) vardır ve bu karar ilkenin koruması altında olacaktır¹⁶⁵.

B. KURUL KARARININ TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ OLMASI

1. Tarafsızlık-Yapılan İşlemlerin Şirket Menfaatini Gerçekleştirmeye Yönelik Olması

Yönetim kurulu üyelerinin bu ilke korumasından yararlanabilmesi için çıkar çatışmalarından uzak ve tarafsız olmaları gerekmektedir. Yapılan işlemin her iki tarafında da yer alan, yapılan işlemde şirketin veya pay sahiplerinin menfaatlerine aykırı olarak şahsi ve maddi bir menfaat sağlamaya çalışan yöneticinin, yapılan işlemde menfaati olan, dolayısıyla tarafsız olmayan bir yönetici olarak nitelendirileceği *Aronson – Lewis davasında*¹⁶⁶ ifade edilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün ihlalini teşkil eden işlemleri¹⁶⁷ ticari takdir yetkisinin korumasından yararlanmamaktadır. Bu nedenle de bir yöneticinin bir yönetim kurulu kararından şahsi menfaatinin olması halinde oy kullanımının şirket menfaatinin etkileyeceği ve kendi menfaatini şirket menfaatinin önünde tuttuğu varsayılır ve ilke korumasından yararlandırılmaz.

Bir yönetim kurulu kararının üyenin kendi menfaatini etkileyeceği şüphesi varsa, o üyenin tarafsız ve bağımsız olmadığı kabul edilir¹⁶⁸. Ticari takdir yetkisi esas olarak yöneticinin bu tür menfaat çatışmalarından muaf olduğu varsayımından yola çıkar. Eğer dava açan hissedar, yönetimin ilgili

¹⁶⁵ Aronson v. Lewis, 473 A2.d 805, 813 Delaware 1984.

¹⁶⁶ Aronson v. Lewis, 473 A2.d 805, 813 Delaware 1984.

¹⁶⁷ Kanunun gerekçesine göre buradaki işlem kavramının oldukça geniş yorumlanması gerekmektedir. Buna göre işletme yönetimi kapsamında verilen ve uygulanan kararlar, işlem kavramı içinde değerlendirilmektedirler. Bunlar hukuki bir işlemin uygulanması ile ya da fiili bir hareket yoluyla gerçekleştirilebilir. Ayrıca kanunun gerekçesinde bir işlemin şirketin menfaatine olabilmesi için gerekli kriterler de açıklanmıştır. Buna göre bir işlemin yapılmasının bu kapsamda değerlendirilebilmesi için işletmenin uzun vadede finans durumunu kuvvetlendirmeye ve rekabet gücünü artırmaya yönelik olması gerekmektedir. İşletmelerin Bütünlüğü Ve Butlan (İptal) Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu (UMAG) Gerekçe s. 22 vd., (naklen, Kervankıran, s. 255-256)

¹⁶⁸ Branson, s. 641; Block/Barton/Radin, s. 23.

kararda yöneticinin menfaati olduğunu ispat edebilirse, taraflı kabul edilir ve ticari takdir yetkisi iptal edilir. Tabi ki burada davacının sadece taraflı olduğunu tahmin ettikleri iddiaları yeterli değildir. Daha çok sebeplerini göstererek gerçek iddialarla, yöneticilerin davranışları ile ne derece şahsi menfaatler takip ettiğini göstermelidir. Eğer yöneticiler şahsi finansal menfaatlerini takip ediyorsa veya davranışları öncelikle yönetim kurulu içinde kendi mevkilerini korumaya yönelikse, o zaman burada tipik bir taraflılık kabul edilir¹⁶⁹. Bu gibi durumlarda üyelerin durumu yönetim kurulu başkanına bildirip toplantıya katılmamaları ve dolayısıyla kararın oluşumunda aktif olarak katkıda bulunmamaları gerekir¹⁷⁰.

Delaware Yüksek Mahkeme kararına göre dava açan hissedar ayrıca yöneticinin taraflılığının *önemli (materyal)* olduğunu ispat etmelidir. Bu *önemlilik* testinde mahkeme öncelikle, taraflı yöneticinin tartışmalı davranışı ile alınan karar sonucunda önemli finansal avantajlar elde edip etmediğini araştırmalıdır¹⁷¹.

2. Bağımsızlık-Özel Bir Amaç Gütmeden ve Dış Etkilerden Uzak Hareket Etmek

Tarafsızlığın yanı sıra bağımsızlık da ticari takdir yetkisi kavramının önemli bir faktörüdür. Bu bağlamda bağımsızlık, yöneticilerin kararlarında ve davranışlarında sadece şirketin ve bütün hissedarların menfaatini göz önünde tuttukları ve kendilerini dış etkiler ve üçüncü kişilerin özel menfaatleriyle yönlendirmedikleri anlamına gelmektedir¹⁷². *Grobaw v.*

¹⁶⁹Block/Barton/Radin, s.22; Manning, The Business Judgment Rule, s. 617. Fakat sadece bir yönetici kendisi şirkete (belki hatta yüksek oranda) ortak olduğu için, taraflılık kabul edilemez. Bu, kendi yönetim kurulu mevkisinde, diğer hissedarlara düşmeyen avantajlar sağlamaya çalışmadığı sürece geçerlidir. Normal çerçeve içindeki *yönetici ücretleri* ödenmesi de alanın taraflılığına neden olmaz, Block/Barton/Radin, s. 27.

¹⁷⁰ Grass, s. 175. TTK'nın 332. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin şahsi çıkarlarına veya 349. maddede sayılan yakınlarının çıkarlarına ilişkin konuların görüşülmesine ilişkin toplantılara katılmayacakları hükmüne bağlanmıştır. bu durumda ilgili üye menfaatini kurula bildirmek ve toplantı tutanağına yazdırmak zorundadır.

¹⁷¹ Grass, s. 54; Block/Barton/Radin, s. 24 vd.

¹⁷²Block/Barton/Radin, s. 23. Bir yönetici verilen kararda, genel olarak şirket menfaatine aykırı olan hiçbir şahsi finansal menfaatini şirketin elde edeceği menfaatin üstüne koyamaz.

Perot kararında belirtildiği üzere yönetici, eğer işletme yönetimi konusunda dışarıda duran kişi veya kurumların *hukuken veya fiilen* etkisi altında duruyorsa bağımlıdır¹⁷³. Burada yöneticilerin daima hissedarların çoğunluğu tarafından seçildiği gerçeği göz önünde tutulacaktır; ancak bir yöneticinin önemli bir hissedar grubu tarafından seçilmiş olması, onun baştan “bağımlı” olarak damgalamak için yeterli değildir. Buna karşılık, şirket oranı nedeniyle yöneticilerin münferit hissedarlara güçlü bir bağımlılığı olması durumu, kritiktir; bu durum özellikle, eğer çoğunluk hissedarları oyları ile bütün yönetim kurulunu artık bir seçimden bahsedilemeyecek kadar tayin edebilecek durumda olması halinde mevcuttur¹⁷⁴. Delaware Yüksek Mahkemesi, Kurulun bağımsızlığını her davada kendi içinde ayrı ayrı incelemektedir.

Olayda işlem yapan ve kararı alan yönetim kurulu üyeleri, alınan karardan şahsi bir menfaat elde etmemeli ve bağımsızlığı bozacak bir davranış içinde olmamalıdır¹⁷⁵. Ticari takdir yetkisinin uygulanabilmesi için yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun bağımsızlığını koruması ve herhangi bir menfaat elde edilmemiş olması anlamına gelmektedir.

Doktrinde “yapısal taraflılık” (*structural bias*) olarak belirtilen olgu önem taşımaktadır. Münferit yöneticilerin taraflılığı veya bağımlılığı diğer yönetim kurulu üyelerinin tarafsızlığı üzerinde negatif etki yapabilir. Bu da yönetim kurulunun belirli bir grup dinamiğinin boyunduruğu altında olan bir grup bireyler olmasına neden olur¹⁷⁶. Münferit yöneticiler sıklıkla birbirleri ile arkadaşça bir ilişki içindedir veya en aşağı geniş kapsamlı benzeri menfaatlere sahiptirler. Bunun sonucu ise yönetim kurulu üyeleri karar verirken, gerektiğinde şirketin aleyhine olarak, kendi kurul arkadaşlarının özel menfaatlerini göz önünde tutmaktadırlar. Hamilton’un ifade ettiği üzere, *ticari takdir yetkisinin eleştirilmeyen uygulamasına karşı temel tartışma konusu*

¹⁷³ Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, Del. 1988, (naklen, Grass, s. 55).

¹⁷⁴ Grass, s. 55.

¹⁷⁵ Block/Barton/Radin, s. 24.

¹⁷⁶ Grass, s. 55. Yönetim kurulu üyelerinden birinin veya bazılarının tarafsız olmadığı durumlarda kararın bu kişilerin dışındaki üyelerce alınması gerekmektedir, (Şehirali Çelik, s. 360).

“yapısal tarafsızlık” endişesidir. Yöneticilerin yakın iş arkadaşlığına, karşılıklı güven ve itimada dayanarak özel menfaatler içeren işlemlerde tamamen bağımsız olmayacaklar ve objektif bir değerlendirme yapamayacaklardır¹⁷⁷. Ancak yapısal tarafsızlık argümanları mahkemeler tarafından reddolunmaktadır¹⁷⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin tarafsız ve bağımsız olmasının anlamı özetle; yönetim kurulu üyelerinin karar alırken, dış etkilere uzak, bağımsız ve tarafsız bir şekilde hareket ederek, şirketin menfaati için en iyi kararı alma çabası içinde olmalarıdır.

C. ÖZEN BORCUNUN YERİNE GETİRİLMİŞ OLMASI

Ticari takdir yetkisi özen yükümlülüğünün olaya uygulanmasının özel bir şeklidir¹⁷⁹. Daha önceden de ifade edildiği gibi; yöneticilerin ticari takdir yetkisi koruması altına girebilmesi için makul derecede özen göstermelidirler. Özenin derecesi, karar almadaki usulde tüm alternatifleri değerlendirilerek gerekli bilgiyi edinme çabası ile ölçülür. Ticari takdir yetkisinin fonksiyonu, yönetim kurulu üyelerini kararlarından dolayı belirli şartlar altında, katı olan özen yükümlülüğü derecesinde ölçülmekten korumaktır; ancak özensiz yöneticileri şahsi sorumluluktan korumak değildir. Ticari takdir yetkisi de düzgün bir özen yükümlülüğünden farklı olarak belirli bir ölçüde özeni gerekli görmektedir; fakat burada yine içerikten daha çok süreç (usûl) önem arz etmektedir¹⁸⁰.

Delaware Yüksek Mahkemesi; ticari takdir yetkisi kavramını yöneticinin özen yükümlülüğüyle işlevsel ya da doktrinsel olarak doğrudan bağlantı kurmadan geliştirmiştir. Ticari takdir yetkisi ve özen yükümlülüğü arasındaki ilişki bazen karışıklığı yol açabilmektedir. MBCA 4.01(a) okunduğunda özen

¹⁷⁷ Hamilton, W. Robert; Black Letter Series, Corporations, Black Letter Series, 4th Editon, St. Paul 1997, s.78.

¹⁷⁸ Hamilton, s. 78.

¹⁷⁹ Block/Prussin, s. 32.

¹⁸⁰ Grass, s. 57.

yükümlülüğünün makul özenli insan davranışına dayanan objektif nitelikte standart davranış oluşturur. Buna karşılık ticari takdirin bileşenini oluşturan “*gerekli olan özen*” kararı verenin makul inancına dayanır.

Özen yükümlülüğünün önemli noktaları ticari takdir yetkisinin kodifikasyonunda etkili olmuştur. Amerikan Barolar Birliği Şirketler Hukuku Komitesi RMBCA konu hakkında şu açıklamada bulunmuştur. Ticari takdir yetkisini kodife etmeye ya da ticari takdir yetkisi ile yönetici davranışlarını arasındaki farklılıkları sergilememektedir. RMBCA, yöneticiler belirlenmiş standart özen içinde görevlerini ifa ettikleri takdirde sorumluluğa maruz kalmayacaklarını açıkça belirtmektedir.

Bir yöneticinin ticari takdir yetkisinin koruma alanına girebilmesi için yerine getirmesi gereken özen yükümlülüğü¹⁸¹ yöneticinin sahip olması gereken bilgi ve yöntem bakımından önem taşımaktadır. Keza karar almada izlenecek usul ve sahip olunması gereken bilgi düzeyi her olayda farklılık arz edeceğinden *bilgiye dayalı kararın* yapılan bir tarifi bulunmamaktadır¹⁸². Gereken özen kavramına Smith v. Van Gorkom davasıyla açıklık kazandırılmıştır. 1985 yılında Delaware Yüksek Mahkemesi’nin verdiği bu karar yönetim kurulu üyelerinin kararlarının yeterli bilgiye dayanıp dayanmadığı hususunda Delaware içtihat hukukunun temelini oluşturur. Smith v. Van Gorkom¹⁸³ davası yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ağırlaştırılmış

¹⁸¹ Block/Radin/Barton, s. 33.

¹⁸² Manning, The Business Judgment Rule, s. 617.

¹⁸³ Davayı özetlemeye çalışırsak; Jerome Van Gorkom, borsada işlem gören, demir yolları vagonu kiralama alanında çalışan ve yıllık cirosu birkaç yüz milyon US Doları olan Trans Union Corporation şirketinin başkanı ve CEO’su idi. Burada riske girmeye değmeyen vergisel düşüncelerle Trans Union yönetimi sıklıkla bir leveraged buyout (LBO) (=kaldıraçlı satın alma) konusunu tartışıyordu. CEO ise kaba bir hesaplama sonunda, eğer her hisse senedi fiyatı 50,- ile 60,- USD arasında bir fiyatta olsaydı, yönetimin böyle bir satın alımı yapabileceği, sonucuna ulaşmıştı. Bu - *yönetim* LBO’suna yönelik - kaba hesaplama dayanarak, artık emekli yaşına gelmiş olan ve kendi 75.000 adet Trans Union hisse senedini satmak isteyen Van Gorkom kendisinin bu tür işlemlerde uzman olan arkadaşı Jay A. Pritzker ile irtibata geçti. Van Gorkom, Pritzker’in Trans Union hisse senetlerini tanesi 55\$ fiyatla devralmasını teklif etti ve aynı zamanda bu fiyata devralmanın nasıl finanse edileceğine dair basit bilgiler verdi. Pritzker ilgilendi ve Trans Union yönetim kurulunda bir üstlenme kararı sağlamak için Van Gorkom’a üç gün süre tanıdı. Van Gorkom, diğer yönetim kurulu üyelerine toplantının amacını bildirmeden, derhal ertesi gün için bir yönetim kurulu toplantısına çağırdı. Van Gorkom toplantıdan bir saat önce planlanmış olan transaksyonu yönetimle görüştü. Bütün mevcut müdürler Trans Union hisse senetlerinin Pritzker’e satılmasına karşı çıktı. Yönetim kurulu toplantısı, Van Gorkom’un devir işlerini kaba hatlarıyla açıkladığı kısa bir sözlü sunumla başladı. Pritzker’in avukatları tarafından

olduğuna ilişkin bir karardır. Bu kararda yeterli özen ve özellikle yeterli seviyede bilgi hakkında sorgulama çok tartışılmıştır¹⁸⁴. Mezkûr dava, Trans Union adlı şirketin pay sahipleri tarafından, şirketin olması gerekenden daha düşük bir fiyatla satılması yönünde karar aldıklarından bahisle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna hükmedilmesi istemiyle açılmıştır. Davada ilk derece mahkemesi davalı yönetim kurulu üyelerini yeterli ve gerekli bilgiyi edinerek hareket ettikleri, ticari takdir yetkisi dâhilinde korunduklarına karar vermiş ve ayrıca paysahiplerinin de adil bir biçimde bilgilendirildikleri kanaat getirerek davalı yönünde karar vermiştir¹⁸⁵. Delaware Yüksek mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bozarak davalı yönetim kurulu üyelerinin birleşme müzakereleri sırasında yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle davalı yönetim kurulunu üyelerinin şahsen sorumlu olduklarına karar vermiştir.

hazırlanan bir devir alma sözleşmesi taslağı Trans Union’a doksan gün içinde daha iyi bir devir alma teklifini kabul etme hakkı tanıyordu fakat şirketin aktif bir şekilde başka alıcılara bakmasını yasaklıyordu; Van Gorkom bu sözleşme maddesine dayanarak 55\$ devir alma fiyatının adil olup olmadığının değerlendirilmesini serbest piyasaya bırakmayı gerekçe gösterdi ve yönetim kurulundan hissedarlara teklifi ibraz etmeyi talep etti. Van Gorkom 55\$ dolarlık fiyat teklifinin Pritzker’den değil, kendisinden kaynaklandığından bahsetmedi. *Van Gorkom’un açıklamalarından sonra yöneticiler, sözleşme taslağını okumadan, iki saat boyunca devir alma teklifini tartıştılar ve sonunda devir alımı onayladılar.* Van Gorkom daha aynı akşam operada Pritzker ile buluştu ve imzalanmış devir sözleşmesini ona teslim etti. Devir haftalar sonra Trans Union hissedarlar toplantısında büyük bir çoğunlukla kabul edildi. Bir grup küçük hissedar Pritzker tarafından ödenen 55\$ fiyatı çok düşük buldular ve Van Gorkom ile diğer Trans Union yöneticilerine karşı yüz milyon Dolarlık tazminat davası açtılar. Delaware yüksek mahkemesinin yöneticilerin davranış şeklini ticari takdir yetkisi kriterlerine göre inceledi ve davayı üçe karşı iki oyla kabul etti. Karar, sonucu nedeniyle sıklıkla sert kritiklere çarpmasına rağmen *Van Gorkom* Delaware yüksek mahkemesi tarafından tatbik edilen metot konusunda ticari takdir yetkisinin çalışma şekli için etkili bir örnek olmuştur: Mahkeme, davacıların anlam olarak hisse senetleri için ödenen fiyatın çok düşük olduğunu iddia ettikleri, bir sorumluluk davası ile karşı karşıyaydı. Fakat mahkeme değerlendirmede devir fiyatın adil olup olmadığı sorusuyla ilgilenmedi ve böylece Trans Union tarafından verilen ticari kararın sonucunun arkasını sormadı. Mahkeme daha çok yönetim kurulunun davranış şeklinin formel olarak özenli yöneticilerin bu büyüklükte bir işlemlerde tatbik ettikleri itina ölçüsüne uygun olup olmadığını incelemekle yetindi. Mahkeme, Trans Union Corporation için “doğru” devir alma fiyatını belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bilincindeydi. *Van Gorkom* ticari takdir yetkisinin görev ihmalleri konusunda yanlış kararları sınırlamaya yarayabileceğini gösteriyor. Şirket değerinin belki daha yüksek olması nedeniyle hissedarlarına 55\$ devir fiyatı teklif etmek yönetim kurulunun yanlış bir kararı olabilir. Fakat sorumluluğu oluşturan durum, yönetim kurulunun şirketi 55\$ karşısında satmaya hazır olduğu gerçeği değil, bilakis bu rakama *nasıl* geldiklerinin şekliydi, *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858, (Del. 1985); Grass, s. 61. Manning kararı şu şekilde ifade etmiştir; “*Mahkeme yöneticilere karşı kendi koyduğu ticari takdir yetkisini bu kararla değiştirmemiştir. Mahkemede nihai olarak şu sonuca varmışlardır; fiyatlama konusunda yöneticiler yanlış bir karar vermemişlerdir ancak hazırlıksız ve çok hızlı hareket ederek gerçekten bir karar vermemişlerdir, verememişlerdir,* (Manning, Bayless; *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*, , Bus. Law, Vol. 4, 1985, s. 4).

¹⁸⁴ Grass, s. 61.

¹⁸⁵ Kaye, E. James; “Corporate Law: Statutory Developments in Director’s Liability- State responses to *Smith v. Van Gorkom*”, Annual Survey of American Law, 1988, s. 433-440.

Yöneticilerin bu davadaki ihlali, birleşmeye hazırlıkla ilgili olağan bir şekilde edinilebilen gerekli bilgileri edinmemiş olmaları, konuya ilişkin yazılı bilgi sunulmamış olması, hissedarların birleşme teklifinin analizi ve kabulü ile ilgili maddi bilgiyi açıklamakta başarısız olmaları ve sadece iki saatlik bir toplantı sonucunda karara varılmasıdır¹⁸⁶.

Söz konusu davada eksik ve taraflı bilgi verilerek şirketin devri sağlanmıştır. Yeterli enformasyonun elde edilmemesi diğer üyeler bakımından sorumluluklarına neden olmuş, eksik ve taraflı bilgi vererek devre imkan sağlayan üyelerin ise esas sorumluluklarını doğurmuştur. Ticari takdir yetkisi ile elde edilen bu sonuca aynı zamanda SPK Kurumsal Yönetim İlkeleriyle getirilen “*Yönetim kurulu üyesi, diğer üyeleri yanıltmak amacıyla, toplantılarda görüşülen konularla ilgili eksik ve taraflı bilgi veremez*” ilkesindeki yasakla da varılabilmektedir.

Levine v. Smith davasında¹⁸⁷ belirtildiği üzere; eğer davacı karara katılan yöneticilerin çoğunluğunun gerekli bilgiyi edinmediklerini¹⁸⁸ ispat edebilirse, gereken özen yükümlülüğünün bir ihlalinin varlığı kabul edilmektedir. Yargı kararlarından tarafından verilen kararlara dikkat çekilerek ağır kusur kavramının çok geniş kapsamlı tutulduğu söylenebilir. *Block / Barton / Radin* bunu “tedbirsizce aldırmazlık” veya “bütün hissedarların menfaatlerinin kasıtlı bir şekilde göz ardı edilmesi” olarak tanımlarken; Grass ise; ağır kusuru *her türlü akıl dışında bulunan davranışlar* olarak ifade etmektedir¹⁸⁹.

Genel olarak ticari takdir yetkisi korumasından yararlanabilmek için ne kadar bilginin yeterli olacağı hususu net değildir. Ancak en son verilen yargı

¹⁸⁶Kaye, s. 433.

¹⁸⁷Levine v. Smith Supreme Court of Delaware, 1991591 A.2d 194.

¹⁸⁸Burada *bilgilendirilmedik* kavramından anlaşılması gereken, kendilerine verilen ölçü alınacak belgelerden akla yakınlık ve beklenebilirlik çerçevesinde bilgi almayan yöneticiler sayılmaktadır, (Grass, s. 58).

¹⁸⁹Grass, s. 58

kararlarında anlaşılan şudur ki; uzmanlar, kurul kararının yeterli bilgiye dayandığı ihtimalini oldukça genişletmişlerdir¹⁹⁰.

Goldberg, makalesinde subjektif olan bilgilendirilme temelinin objektif olabileceğine dair bir teste tabi tutulacağını tartışmıştır. Makalede özetle¹⁹¹;

Kurulun kararının yeterli bilgiye dayanıp dayanmadığı sorusuyla karşılaşıldığında, mahkeme davaya konu olan kararı etkileyen tüm faktörleri subjektif olarak değerlendirmelidir. Bu faktörler kararı alanların “bilgilendirilmiş” kabul edilmesi için ne kadar bilginin gerekeceğini belirlemekte kullanılmaktadır. Örneğin şirket birleşmesinin kurul tarafından onayı kararı; şirkete yeni bir bölüm açılması kararından daha fazla bilgiyi gerektirdiği hususu açıktır. Mahkeme kararın verilmeden evvel bilgi edinmede kullanılabilir müddeti değerlendirmelidir. Diğer aşamada mahkeme gerekli ve ilgili tüm bilgileri edinmek için gereken zamanı değerlendirmelidir. Daha sonra mahkeme kararı verenlere bilgi sağlayan uzman ve çalışanların güvenilirliğini ele almalıdır. Eğer güvenilebilirlikleri yüksekse, daha sonra yöneticilerin verdikleri kararın hatalı olduğu kanıtlansa bile verilen bilgiye güvenmekte haklı olduklarını savunabileceklerdir. Son olarak mahkeme, karar verilirken şirketin durumunu ve yöneticilerin dikkatindeki yarışan talepleri değerlendirmelidir. Başka bir deyişle eğer karara itiraz edildiğinde baskı taşıyan unsurlar mevcutsa, bilgi edinmek için gerekli çabanın miktarı daha az olabilir. Bu tip subjektif sorgulama tamamlandığında, mahkeme objektif parametreleri uygulamalıdır. Cevaplanması gereken soru benzer şartlardaki olağan özenli bir yöneticinin davranışı somut olaydakiyle uyum içinde olup olmayacağı sorusudur. Eğer sorunun cevabı evet ise mahkeme gereken özenin gösterilip gösterilmediği unsurunun varlığını kabul edecek ve yöneticiler diğer şartların da yokluğu halinde sorumlu tutulmayacaklardır. Bu analizin itiraz edilen kararın yargısal incelemesinin bakış açısını kabul etmesine rağmen; karar verilmeden önce kurul tarafından da kullanılabilir. Yukarıda belirtilen faktörleri uygulayarak ticari takdir yetkisinin

¹⁹⁰ Goldberg, s. 239.

¹⁹¹ Goldberg, s. 241-242.

şartlarının karşılamak için ne kadar bilgiye ihtiyaç duyulduğunu belirlenebilir. Gerekli olan tüm bilgi edinildikten sonra kurul kaçınılmaz olan yargının sonradan müdahalesinden korunabilecektir.

Konu hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olmasının yanı sıra özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinde yönetim kurulunun karar verme işleminin usulüne de bakılır. Yönetim kurulunun doğru ve düşünerek hareket edip etmediği incelenir; hareket alternatifleri göstermek ve onların etkileri konusunda incelemek için çalışmalar yapıp yapmadıkları dikkate alınır.

En son yargı kararlarında, mahkemelerin özen yükümlülüğü testinde özellikle aşağıda belirtilen hususlara dikkat edildiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁹².

- İlgili kararın tarafsız ve bağımsız yöneticiler tarafından alınması, gerekiyorsa sadece tarafsız ve bağımsız yöneticilerden meydana gelen komisyonların oluşturulması;

- Bütün yönetim kurulu üyelerinin ya da sadece münferit tarafsız yöneticilerden oluşan finans uzmanlarının veya avukatların getirtilmesi;

- Sadece yönetim kurulu üyelerinin ifadelerini dikkate almak yerine, müdürler ve danışmanların detaylı sorgulamalarının yapılması;

- Taraflı veya bağımlı yönetim kurulu üyelerinin dışarıda tutularak toplantılar yapılması;

- Toplantıların önemli belgelerinin zamanında dağılımı, bunların özenli yazıları ve gereğinde konuya hâkim kişilerle görüşmeler yapılması;

- Elde mevcut sürenin makul bir şekilde harcanması;

- Yönetim kurulu üyelerinin benzeri konularda tecrübelerinin veya tecrübesizliklerinin göz önünde tutulması;

¹⁹² Block/Barton/Radin, s. 82 vd.

- Çeşitli senaryoların işlenmesi ve ilgili kararın şirket için olası sonuçlarının görüşülmesi.

D. İYİ NİYETLE HAREKET ETMEK (GOOD FAITH)

1. İyi Niyetin Ticari Takdir Yetkisi İçindeki Anlamı

Ticari takdir yetkisi anlamı gerekli bilgiyi edinerek özen içinde hareket etmiş ve iyi niyetli yöneticilerin sorumluluğunu sınırlandırmak olduğundan iyi niyetin tanımlanması gerekmektedir. Buna rağmen Delaware Yüksek Mahkemesinin iyi niyetin tanımını yapmamış olması anlaşılamamaktadır¹⁹³. Keza; ne içtihat hukuku ne de son şirketler hukuku ile ilgili bilimsel çalışmalarda genel kabul görmüş bir tanım yapılmıştır. Şuana kadar güvene dayanan iyi niyetin tanımı bir soru işareti olarak kalmıştır¹⁹⁴. *Aronson v. Lewis* davasında iyi niyet, sübjektif iyi niyetten farklı olarak, *yönetim kurulu üyelerinin aldıkları kararlarda, niyet ettikleri davranışlarının şirketin en uygun menfaatine olduğu inancı* olarak açıklanmıştır¹⁹⁵.

¹⁹³İncelenen kararlarda Delaware Yüksek Mahkemesine iyiniyetin tanımının ne olduğu ile ilgili olarak herhangi bir soru da yöneltilmemiş olması da ilginçtir. Hatta 2006 yılındaki Disney paydaşlarının açtığı yöneticilerin iyiniyetli olup olmadığının çok kritik olduğu davada davacının avukatı bir kere bile iyiniyetin ne olduğuna dair bir soru sormamıştır. Nowicki, Elizabeth; The Unimportance of Being Earnest: Reflections on Director Liability and Good Faith, August 1 2006, s.18, dpn. 49. (SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921668 adresi üzerinden erişilmiştir), (26/03/2011).

¹⁹⁴Gold, S. Andrew; A Decision Theory Aproach To The Business Judgment Rule: Reflections On Disney, Good Faith And Judicial Uncertainty, Maryland Law Rev. Vol 66, 2007, s. 400. Aslında birçok şirketler hukuku ile ilgili mahkeme kararlarında iyiniyetin ne olduğu tartışılmış ancak eğilim en son yargı kararlarında iyiniyetin sadece güvene dayanan bir yükümlülük olduğu değil; kararında temelini oluşturduğu yönündedir, (Gold, s. 407, dpn. 44).

İyi niyetin tanımını yapmadan yöneticilerin iyiniyetli davranmalarını ya da iyiniyetli davranmadığı için cezalandırılacaklarını söylemek zordur, (Nowicki, s.3).

¹⁹⁵Aronson v. Lewis 473 A.2d at 812. Alman Hukukunda iyiniyet şartı açıkça yer almadığı için Alman Hukukunda daha çok Amerikan Hukukuna atıf yapılarak örnekler verilmektedir, (Kevankıran, s. 257).

Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Amerikan İhtisas Mahkemesi (American Chancery Courts¹⁹⁶) olarak adlandırılan ilk derece mahkemesi arasında iyi niyet konusunda bir husumet vardır. Amerikan Yüksek Mahkemesi iyi niyeti üçlü güvene dayanan sorumluluklardan sadakat ve özen yükümlülüğünün yanında ayrı bir unsur olarak görürken Amerikan İhtisas Mahkemesi iyi niyeti, sadakat yükümlülüğü içinde tali bir unsur olarak görmekteydi. *Caremark* kararı ile Chancery Mahkemesi iyi niyeti sadakat yükümlülüğüne bağlı olmaktan çıkararak ayrı bir şekilde ele almış ve şekillendirmiştir¹⁹⁷. Ancak Delaware Yüksek Mahkemesi 2003 tarihinde verdiği Disney kararı ile kötü niyet kavramına¹⁹⁸, 2005 ve 2006 yıllarında verdiği Disney kararları ile ise yönetim kurulu üyelerinden beklenen iyiniyet kavramına açıklık getirmiştir¹⁹⁹.

İyi niyet ve özen yükümlülüğüne ek olarak ilkenin uygulanabilmesi için üç temel unsur bulunmaktadır²⁰⁰. İlk olarak ilke korumasını isteyen yönetici söz konusu işlemi yaparken tarafsız olmalıdır. Delaware Yüksek Mahkemesi'nde *Aronson v. Lewis* davasında belirtildiği gibi yönetici ne bir işlemin her iki tarafında da yer almalı ne de genel olarak şirkete ya da tüm paydaşlara düşen yarara karşılık kendiyile işlem yaparak bundan bir şahsi çıkar elde etmemelidir²⁰¹. Tarafsızlık kriterinde olduğu gibi burada da

¹⁹⁶Chancery Courts'da görülen davaların dörtte üçü şirketler hukuku uyumsuzluklarına ilişkin olduğundan bu mahkemelerde görev yapan yargıçların şirket hukuku alanındaki bilgi ve deneyimlerine büyük ölçüde itibar edilmektedir.

¹⁹⁷Hill, A. Claire; McDonnell, H. Brett; Disney, Good Faith, and Structural Bias, *Journal of Corporation Law*, Vol. 32, No. 4, 2007, s.840-84; Gold, s. 408-409; Bainbridge, Abstention Doctrine, s. 88.

¹⁹⁸ Bu karara göre kötüniyet, ağır ihmalin de ötesinde olan, yönetim kurulu üyelerinin kasıtlı ve bilinçli hareketleri anlamına gelmektedir.

In *Re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, C.A No: 15452, (Del. Ch. 2003). Karar için bkz; [http://courts.delaware.gov/opinions/\(wfjurw555apzdx55ral5xv55\)/download.aspx?ID=240](http://courts.delaware.gov/opinions/(wfjurw555apzdx55ral5xv55)/download.aspx?ID=240), (26/03/2011).

¹⁹⁹In *Re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, C.A No: 15452, (Del. Ch. 2005), Karar için bkz; [http://courts.delaware.gov/opinions/\(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx\)/download.aspx?ID=64510](http://courts.delaware.gov/opinions/(tql2jyrz0vszd0qe14t22kqx)/download.aspx?ID=64510), (26/02/2011); In *re Walt Disney Co. Derivative Litig. (Disney V)*, 906 A.2d 27, 62 (Del. 2006). Karar için bkz; <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=77400>, (26/02/2011).

²⁰⁰Hansen, Charles; *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and The Business Judgment Rule*, a Commentary, *The Business Law Rev.*, Vol. 41, 1985-1986, s.1248.

²⁰¹ *Aronson v. Lewis* 473 A.2d at 812.

öncelikle, bir yöneticinin kendi şahsi menfaatlerini şirketin ve hissedarların menfaatlerinin önüne geçirmemesi gerekmektedir²⁰². Eğer yöneticinin menfaati varsa yapılan işlem ihtilaflı işlem olarak tahlil edilmelidir. Birçok eyalette ihtilaflı işlem (conflict transaction-askıda geçersiz işlem) ancak maddi vakıaların açığa çıkmasıyla ya da esasında adil bulunarak tarafsız olan yöneticilerin ve yahut paydaşlar çoğunluğu tarafından onaylanmışsa ayakta durabilir²⁰³. İkinci olarak kötü yönetim söz konusu olmamalı şöyle ki; makul bir insanın ticari takdirin için açıkça hoş görmeyeceğini anlayan bir davranışı olmalıdır. Üçüncü olarak ise yönetici “tarafsız” olmalı ya da dışardan bazı kişiler tarafından “baskı” altında bulunmamalıdır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri alınan kararı özgürce alamıyorsa iyi niyetle davranmış sayılmamaktadır.

Unsur, Amerikan Federal Bölge Mahkemesi’nce, *Otis & Co. ve Pennsylvannia R. Co. davasında* şu şekilde ifade edilmiştir²⁰⁴: Anılan davada davacı tarafından, şirket yöneticilerinin şirket hisselerini satarken sadece bir yatırım danışma şirketi ile temasa geçtiğini, başka şirketlerle temasa geçilmesi hususunun ihmal edildiğini, bu nedenle şirketin hisse satışında en iyi fiyatı elde edemediğini ve yaklaşık yarım milyon dolar zarara uğratıldığını iddia etmiştir. Mahkeme, söz konusu olayda, her ne kadar yanlış bir hareket tarzı benimsemiş olsalar da, iyi niyetle hareket ettiklerinden, yöneticilerin, şirket pay sahiplerine karşı sorumlu olmadıklarına karar vermiştir.

İyi niyet karinesinin çürütülmesine ilişkin Nowicki öncelikle şöyle bir usul izlenmektedir²⁰⁵.

i) Yöneticinin davranışı iyi niyetli ya da iyi niyetli olmayan olarak sınıflandırılır.

ii) İyi niyetli olanlar şirket ve paydaşların menfaati için en iyi olan davranışlardır.

²⁰² Grass, s.65.

²⁰³ Hansen, s.1248, dpn. 53.

²⁰⁴ Otis & Co. ve Pennsylvannia R. Co. (61 F. Supp. 905, D.C. Pa. 1945).

²⁰⁵ Nowicki, s. 60.

iii) Kötüniyetli olan ise bu tanımın dışında kalan davranışlarıdır.

Pratikte şikâyetçi olan davalı taraf yöneticilerin ticari takdir yetkisi kapsamında iyi niyetli olduğu karinesini çürütmelidir. Yöneticilerin davranışının iyi niyetin kapsamında olmadığını ispat yükü davacılarıdadır. Eğer davranışın iyi niyetli olmadığı sonucuna varılmışsa bu şirket çıkarına karşı kötü niyetten başka bir şekilde açıklanamayan bir niyetle mi yapıldığı sorusu ortaya çıkacaktır. Eğer bu sorunun cevabı evetse yönetici “kötü niyetli” olarak kabul edilecek, eğer cevap hayırsa yöneticinin “iyi niyetli olmadığı” kabul edilecektir²⁰⁶.

Black/ Barton/Radin’in yaptığı tanımda belirtilen bu kadar açık dikkatsizliğe gerçek yaşamda rastlamak pek mümkün olmamasına rağmen; yine de örneğin bir sorumluluk davasında bağımsız olmayan ve menfaati olan yönetim kurulu üyesinin menfaati ihlal edilen paydaşlar tarafından dava açıldığında sorumluluğuna gidilmesi için en azından iç işleyiş hakkında biraz bilgi sahibi olması gerekmektedir. Söz konusu davada yöneticilerin kötü niyetli olduklarını ispat etmek hiç de zor olmayacaktır. Herhangi bir menfaat olmaksızın karşı hizmet sunulması ya da hizmet olmaksızın bir para akışı olması durumları buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda ispat yükü artık davalı olan yönetim kurulu üyesine düşecektir. Nitekim Smith van Gorkom davasında da böyle olmuştur.

Kötü niyetli olma ve iyi niyetli olmama eş anlamlı değildir ve hukukta birbirleri yerine kullanılamazlar²⁰⁷. Yöneticiler ticari takdir yetkisi altında iyi niyetli olarak hareket etmeliler aksi takdirde yöneticilere koruma sağlanmaz. Davacı yöneticinin iyi niyetli olmadığını ispat ederse, yönetici koruma dışına çıkar. Buradaki esas nokta “iyi niyetli olmama” yani yöneticinin şirketin en iyi menfaatine göre hareket etmemesidir. Davacının kötü niyeti kanıtlama gibi zor bir görevi üstlenmesi gerekmemektedir. İyi niyetli olmama ya da kötü niyetli olma farkı dil bakımından pek önemli gözükme de; hukuki açıdan bu

²⁰⁶ Şema üzerinde ayrıntılı anlatım için bkz; Nowicki, s. 62.

²⁰⁷ Nowicki, s. 58.

fark önemlidir. Çünkü kötü niyetin varlığını kanıtlamak hastalıklı bir niyetle, kasıtlı olarak hatalı davranması, kötü niyetten başka şekilde açıklanamayacak çok kötü vakıalara karışması gerekmektedir. Kötü niyeti kanıtlamak iyi niyetli olmamayı kanıtlamaktan çok daha fazla uğraş gerektirir²⁰⁸.

2. Takdiri yetkisini kötüye kullanılması (Abuse of Discretion)

İçtihatlarla ve doktrinde hâkim olan görüşe göre yukarıda bahsettiğimiz unsurlar yerine getirilse dahi, belirli mahkeme kararları ticari takdir yetkisi korumasını sadece yöneticinin kendi takdir yetkisini kötüye kullanmaması halinde sağlamaktadır²⁰⁹. Burada ticari takdir yetkisi kavramının yöneticilerin şirket yönetimi konusunda geniş kapsamlı bir takdir yetkisi alanından yola çıktığı, göz önünde tutulmalıdır²¹⁰. Yöneticilerin davranışı ticari takdir yetkisinin tatbik edilmesinin haklı kılmayacağı kadar kabul edilemezse, mantıklı ve akla uygun değilse ve de yöneticilere tanınan takdir sınırlarını aşmışsa, o zaman takdir yetkisinin kötüye kullanımı söz konusudur²¹¹.

Bazı olağandışı davalarda mahkeme, iyi niyetin, bağımsızlığın ve özenin ötesinde komitenin kararını değerlendirerek takdir yetkisinin kötüye kullanımı olup olmadığı hususunu araştırır²¹². Böyle davalarda gereken özen, bağımsızlık ve iyi niyet konularında ispat yükünü davalı olan yönetim kurulu üyelerinin tarafına kaydırmak yerinde olacaktır. Bu tarz davalar;

- hakimpay sahipleri de dahil yöneticilerin kendiyle işlem yapma,

²⁰⁸ Nowicki, s. 58.

²⁰⁹ Block/Barton/Radin, s. 37. Hansen, s. 1242.

²¹⁰ Grass, s. 66.

²¹¹ Grass, s. 67.

²¹² Cramer v. General Tel. & Elec. Co., 582 F.2d 259 (3d Cir. 1978). Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 611 (Del. Ch.) ("The question is: did the Signal directors act recklessly in accepting a wholly inadequate price for Signal Oil?"), *aff'd*, 316 A.2d 619 (Del. 1974), Puma v. Marriott, 283 A.2d 693, 696 (Del. Ch. 1971) "Nor can it be said that their action was in reckless disregard of the interests of the corporation or the rights of its stockholders for the testimony discloses sound business reasons for paying the obligation.", (Arsht, s. 123, dpn. 129).

- şirketin malvarlıklarının tamamını ya da hemen hemen tamamını satma,
- payalım teklifini engellemek için senetleri devralma tekliflerini engellemek için çaba sarf etme,
- alınan kararın izlenmesi ile işletme için hayati önem arz eden muameleler konusundaki ve şirketin kârlılığındaki başarısızlığın şirketin geleceğini ciddi şekilde zarara uğratabilme, hususlarını içermelidir²¹³.

Bu hususlardaki inceleme ile kurul davranışının takdir yetkisinin makul uygulama sınırları içinde yer alıp almadığını belirler. Aslında bu uygulama yeni olmamakla birlikte hukuki muamelelerin özel öneme sahip olduğu yerlerde sıklıkla kullanılır²¹⁴. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere takdir yetkisinin kötüye kullanılması çok açık ve belirgin olarak mantık sınırları içerisinde akli olmadığı durumlarda olabilir ve ilke incelemesinden geçer. Gerçi hâkim bir ticari kararın doğruluğunu kendi şahsi bakış şeklinde ölçmeyi hesaba katmayabilir; fakat yöneticilerin takdir yetkilerini kötüye kullandıklarını tespit etmesi halinde ticari takdir yetkisi korumasını reddetmekle yükümlüdür²¹⁵. Bazı durumlarda sadece fiyattaki büyük bir adaletsizlik bile ticari takdir yetkisi uygulanmasını sınırlandıracaktır²¹⁶.

Delaware Mahkemesi takdir yetkisinin kötüye kullanılması ile ilgili olarak kararın içerik yönünden inceleme hususunda şu konulara açıklık getirmiştir. Tamamen bağımsız ve tarafsız olan yönetim kurulu üyelerinin gereken özeni göstermiş ve iyi niyetle hareket etmiş olmaları halinde, alınan kararın içeriği hukuka uygunluk açısından ya da akli ya da mantıklı olması

²¹³ Block/Prussin, s. 72.

²¹⁴ Block/Prussin, s. 72.

²¹⁵ Grass, s. 67.

²¹⁶ Bu şekilde, değeri takriben 760 milyon USD tahmin edilen bir yan şirket, yönetim kurulu tarafından 480 milyon USD fiyata satılmıştı. Mahkeme önce dava eden hissedarın, bir due care yükümlülüğü ihlalini gösterebilmeyi başaramadığını tespit etti. Fakat ticari takdir yetkisini, yönetim kurulunun bahsedilen fiyata satmakla kendi takdir yetkisini kötüye kullandığı gerekçesiyle, bu durumda yine de tatbik etmedi. Ticari takdir yetkisi; kastın yokluğu (fall short of intentional), hileli yönetim, sadece fiyattaki büyük adaletsizlik gibi sınırları vardır. Gimbel v. Signal Companies, 316 A.2d 599, 610 Del. 1974, (naklen, Grass, s. 67).

açısından yargısal denetime tabi tutulur²¹⁷. İçerik bakımından yargısal denetime tabi tutulması ticari takdir yetkisinin korumasını tehlikeye atar. Bu nedenle Delaware İhtisas Mahkemesi, ticari takdir yetkisini tatbik etmeyi diğer şartlara bağlı kılmayı ve tarafsız, iyi niyetli ve özenli yöneticilerin davranışını, olası bir takdir yetkisini kötüye kullanmaları hususunda incelemeyi reddetmiştir²¹⁸.

Ticari takdir yetkisinde güdülen amaç, kararın en iyi takdirinin ancak işi bilen ehil yöneticiler tarafından yapılabileceği için ihtiva yönünden yargısal denetime tabi tutulmasını sınırlandırarak yöneticilere bir koruma sağlamaktır. Bu durumda eğer takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının denetlenmesinde, mahkemelere sınırsız imkân tanınırsa, bu koruma ortadan kaldırılacak ve sonunda kararların dolaylı yoldan hâkimler tarafından alınabilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalınacaktır. Keza; eğer ticari takdir yetkisinin tatbik edilebilirliği takdir yetkisinin kötüye kullanılmamasına bağlı olsaydı, hâkimlerin denetiminden kurtarılma için getirilen bir kurum tekrar takdir yetkisinin kötüye kullanılması ile ortadan kaldırılmış olacaktır²¹⁹. Bu çelişkiyi göz ardı ederek, hâkimlerin davalarda takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını gerekçe olarak gösterip, ticari takdir yetkisi korumasından yararlandırmamaları bu ilke korumasını yöneticilere sağlamak istememelerinden kaynaklanmaktadır. Bütün bu nedenlerle; Delaware İhtisas mahkemesinin ve Alman Federal Mahkemesinin, Delaware Yüksek mahkemesinden farklı olarak, takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda, ticari takdir yetkisinin korunmasından yararlandırmayan görüş haklı bir görüş değildir.

²¹⁷ Block/Radin/Barton, s.39.

²¹⁸ Grass, s. 68.

²¹⁹ Ticari takdir yetkisi yürütme organlarını hâkimlerin takdir kontrolünden korumaktadır fakat bu sadece yürütme organlarının takdir yetkilerini kötüye kullanmamaları halinde tatbik edilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TİCARİ TAKDİR YETKİSİ VE BUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. 6102 SAYILI KANUN'DA TİCARİ TAKDİR YETKİSİ

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak kaynak İsviçre hukukundaki ve Kurumsal Yönetim (corporate governance) ilkelerindeki gelişmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir ve birçok yeniliğe yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 369. maddesi ile özen, tedbirli yönetici kavramı ile tanımlanmış ve özellikle şirketin menfaatlerinin gözetilmesi hususu vurgulanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 375. maddesinin kaynağı İBK 716/a hükmüdür. Bu gelişmeye paralel olarak kaynak kanundan farklı olarak kurumsal yönetime ilişkin yeniliklere de 6102 sayılı Kanun'da açıkça yer verilmiştir²²⁰. SPK' da yer alan şirketin daha iyi yönetimi ile ilgili ilkeler koyan kurumsal yönetimin, açık bir şekilde TTK'nın 375. maddesinin 5. fıkrasında yer verilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Burada ayrıca AB'nin 1991 tarihli 5. Yönergesindeki talepler de karşılanmıştır²²¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer alan basiretli iş adamı ilkesi terk edilmiş onun yerine Amerika ve İngiltere'de ortaya çıkıp gelişen ticari takdir yetkisi (business judgment rule) kavramı benimsenmiştir. Anılan madde, yürürlükteki Türk Ticaret Kanununun, Borçlar Kanununun 528. maddesine atıf yapan 320. maddesinden ayrılarak, "özen" borcunda, "tedbirli bir yönetici" ölçüsünü esas

²²⁰ Pulaşlı, Hasan; Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, C.XXIV, Sa.1, Ankara 2007, s. 58.

²²¹ Pulaşlı, CEO'nun Hukuki Durumu, s. 58.

almış ve şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapmıştır²²². Bunun ölçütü olarak da, “dürüstlük kuralı” kabul edilmiştir²²³.

Ticaret hukuku alanında meydana gelen önemli yenilikler, Türk hukukunda yönetim kurulunun şirketi temsil ve idare konusunda geniş bir takdir yetkisi olması, yönetim kurulu üyelerinin şirket yönetiminde giderek daha önemli hale gelmesi bu düzenlemelerin gereğini ortaya çıkarmıştır.

B. BUSINESS JUDGMENT RULE’ UN TÜRK HUKUKUNDAKİ KARŞILIĞI

Business judgment rule kavramı Amerikan Hukukunun doğurduğu bir kavram olup Türk hukukunda bu kavramın tam bir karşılığı ile ilgili bir netlik henüz bulunmamaktadır.

İlkenin, türkçedeki tam karşılığı *ticari iş kararı ilkesi* anlamına gelmektedir. 6102 sayılı Kanunun 369/I hükmünün gerekçesinde business judgment rule’un karşılığı *işadamı kararı* olarak ifade edilmiştir. Akdağ²²⁴ ve Şehirali Çelik²²⁵ kitaplarında; Kırca²²⁶ ve Kervankıran²²⁷ ise makalelerinde kavram için yeni bir ifade belirtmemiş, kavramı aynen *business judgment rule* olarak kullanmışlardır. Pulaşlı; makalesinde aynen gerekçede yer aldığı gibi business judgment rule ve işadamı kararı ilkelerini birlikte kullanmıştır²²⁸. Burada şunu belirtmek gerekir ki; business judgment rule, iş adamının iş hayatında karar alırken uyması gereken kuralları ifade etmektedir. *İşadamı kararı* deyiminin bu anlamı tam olarak karşılamaktan uzak olması ve hukuki bir kavram olmaması nedeniyle tercih edilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Ticari takdir yetkisi ya da ticari takdir ilkesi deyimleri ise belirtilmek istenen

²²² T.C. Kanun ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, 369. madde, s. 110.

²²³ Kendigelen; Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 221-222.

²²⁴ Akdağ, s. 81,

²²⁵ Şehirali Çelik, s. 105 vd.

²²⁶ Kırca, Özen Borcu, s. 85-96

²²⁷ Kervankıran, s. 249-263.

²²⁸ Pulaşlı, Mütessesil, s.55.

kuralları daha iyi açıklamaktadır. Tezimizde business judgment rule için ticari takdir yetkisi ifadesi tercih edilmiştir.

Amerikan ve İsviçre sorumluluk hukukunun kavramsal benzerliği göz önünde tutulduğunda, ticari takdir yetkisinin Türk hukukunda da yanlışkararları ve şirket açısından sunulan risklere girmeyi sorumluluktan çıkartan fakat asıl özen yükümlülüğü ihlallerini alışlagelmiş sertlikle cezalandırmaya devam eden mesafeli bir sorumluluk düzeni mi yaratacağı sorusu zamanla yanıt bulacaktır.

C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TİCARİ TAKDİR YETKİSİ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görevi kanunlarda ya da esas sözleşmede belirtilen kapsamdan daha geniştir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketi idare ve temsil yetkisi, mevzuatta ve şirket ana sözleşmesinde açıkça belirtilen işlerin yapılmasıyla sınırlı olmayıp bunun ötesinde bir anlam taşır²²⁹. Bu bağlamda kanunda ve ana sözleşmede açıkça belirtilen görevler dışında kalan işlerde şirketin idaresi yönetim kurulunun çoğu zaman takdire dayalı bir yetkiyi kullanmasını gerektirir²³⁰.

Takdir yetkisi etkisini piyasayı araştırmasında şirketin kârı gözetilerek alınan bir ticari kararda gösterir. Örneğin üçüncü şahıslarla akdi ilişkilere girilip girilmeyeceği, girilecekse bunun şartlarının belirlenmesi, yatırımlar yapılıp yapılmaması; üretim tesislerinin genişletilip genişletilmemesi; şube açma girişimleri, şirkete ait paranın para piyasasında mı yoksa sermaye piyasasında mı değerlendirileceği gibi konularda karar verme yetkisi *olağan*

²²⁹ Kırca, Özen Borcu, s. 85. Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamayı amaç edinen SPK, özellikle kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş olan anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna geniş yetkiler tanımıştır, <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1> (15/05/2010). Aynı yönde bkz; Hacımahmutoğlu, Sibel; AT ve Türk Hukukunda Anonim ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 162; Pulaşlı, Şirketler, s. 295.

²³⁰ Kırca, Özen Borcu, s. 86. Sadece sıhhatli genel kurul kararları, yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisini sınırlar. Yönetim kurulu üyeleri, kanuna, esas sözleşmeye veya afaki iyiniyet kurallarına açıkça aykırı olan genel kurul kararlarına itibar etmemekle yükümlüdürler, (TTK m. 381).

ve *olağanüstü*²³¹ ayrımı yapılmaksızın yönetim kuruluna aittir²³². Ticari takdir yetkisi ilkesinin önemi de kendisini burada gösterir. Sorumluluk davasında kasıt veya ihmallerinin varlığı ile kusurlu olarak karar alan üyeler kusurlu davranışlarından sorumlu olacaktır. İhmallerinin bulunup bulunmadığı özenle görevlerini ifa yükümlülüğünün yerine getirip getirmediğinin tespitine bağlıdır. *Tekinalp*; yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile sorumlulukları dolayısıyla kusur arasında bağlantı olduğunu, özensizliğin bazı durumlarda kusur olarak da nitelendirilebileceğini ancak her özensiz hareketin kusur oluşturmayacağını ve sorumluluk davasını haklı kılmayacağını savunmaktadır²³³.

Üyelerin sahip olduğu geniş takdir yetkisi sorumluluklarının da ağır olmasına neden olmuştur. Yurt çapında meydana gelen krizler ve iflaslar dolayısıyla sorumlulukları daha da genişleyen yönetim kurulu üyelerinin maruz kaldıkları tazminatlar nedeniyle artık bu görevi ifadan kaçınmışlar, böylece nitelikli, bilgili uzman kişiler pasif görevlerde kalmayı tercih etmişlerdir. Bu nedenlerle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını azaltmak, onlara bir nevi güvence sağlamak amacıyla Amerikan hukukunda geliştirilen ticari takdir yetkisi ilkesi uygulanmaya başlamıştır.

II. 6102 SAYILI KANUNA GÖRE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI

A. SORUMLULAR

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553 ve 554 üncü maddelerinde sorumluluk davası açılacak kimseler belirlenmiştir. 6102 sayılı Kanunun 553üncü maddesinde kurucular; yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler, tasfiye memurları olarak düzenlenmiş; 554. maddesinde ise denetçiler, işlem denetçileri ve özel denetçinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanun

²³¹ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp; s. 297. Kırca, Özen Borcu, s. 86.

²³² Kırca, Özen Borcu, s. 86.

²³³ Tekinalp, Ünal; Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, s.78.

ve 6102 sayılı Kanun arasındaki göze çarpan ilk fark 6102 sayılı Kanunun 553. maddesinin hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanabilir olması ve sorumluluk davasının yöneltilecek kimselerin açıkça kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları olarak belirtilmesidir²³⁴. Gerekçede haklı olarak, geniş anlama sahip uğraşan ifadesi ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle fiili organlar) kastedilmiştir²³⁵. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür²³⁶. İsviçre Federal Mahkemesi öğretide oldukça eleştirilen bir kararında küçük bir bankanın temsilcisinin bile sorumluluk hukuku açısından organ olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle böyle sakıncaları gidermek amacıyla şirketin iç işlerine ve idaresine karışmayan büyük pay sahiplerinin organ sorumluluğuna tabi olmadığı vurgulanmış ve sınırlandırılması gerektiği talep edilmiştir²³⁷. Sonuç olarak söylenebilir ki anonim şirketlerde organ sorumluluğu kaldırılmış ve yönetim organın da görevli şahıslara veya denetçi, işlem denetçisi ya da özel

²³⁴ Akdağ, s. 166.

²³⁵ Gerekçe, 553. madde, s. 206. Akdağ, buradaki yönetim ve tasfiye ile uğraşan ibarelerinin yerine seçilen yöneticiler kavramının dar yorumlandığı takdirde sadece şeklen sıfatına haiz olanların sorumluluğuna gidilmesi ve fiilen şirketin idaresinin oluşumunda etkili olan kimselerin sorumluluğun dışında kalması söz konusu olabileceğini, İsviçre kanun koyucusunun görevli kimseler yerine ilgili kimseler terimini seçmesindeki amacın fiili organlarında sorumluluk hükümlerine tabi olacağını vurgulamakta olduğunu ve 6102sayılı kanun gerekçesinde yer alan yönetici kavramının ancak geniş yorumlanmasıyla fiili organları da kapsayacağı görüşündedir, (Akdağ, s. 166-167).

²³⁶ Gerekçe, 553. madde, s. 206.

²³⁷ BGE, 117 II, 441-442, (naklen Pulaşlı, Hasan; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu* (Hukuki Sorumluluk), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin, Ankara 2009, s. 581).

denetçi görevinde bulunan kişilere dayanan sorumluluk türü benimsenmiştir²³⁸.

1. Kurucular

Yeni Kanun'un 337. Maddesine göre kurucular pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler²³⁹ ve birinci fıkrada yazılı işlemi, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılır. Söz konusu üçüncü kişi, kendisi hesabına iş gören kimsenin bildiği veya bilmesi gereken bir hususu kendisinin bilmediğini ileri süremez.

Birleşme, bölünme ve tür değiştime gibi şirket yapısının değiştirilmesinde ve yeni kuruluş şeklinin sözkonusu olduğu sermaye artırımı ve azaltılması gibi hallerde kuruluşa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu 337. maddede kesin olarak bir belirtilmese de kuruluş hakkındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yönetim kurulu üyeleri ile sözkonusu işlemleri denetleyip rapor düzenleyen işlem denetçilerinin sorumlu olacağının oldukça açık olduğunu aynı kuruluşa katılan ve etkili olan kişiler; örneğin nakdi ödemelerin yatırıldığı bankalar, sözkonusu işlemlerde yaratıcı nitelikte etkili olan avukatlar, danışmanlar, bunları onaylayan noterler ve işlemleri fiilî organ olarak gerçekleştirenler ile sicil müdürleri de sorumlular kapsamına dahildirler; ancak katılanların sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir²⁴⁰

2. Yönetim Kurulu Üyeleri

Kaynak İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından seçilerek ticaret siciline ismen kaydedilmektedirler. Keza yönetim

²³⁸ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk s. 581.

²³⁹ Kurucunun hukuken kişi niteliğini taşıması, yani gerçek veya tüzel kişi olması, taahhütte bulunacak ve kurucular beyanını imzalayacak ehliyetinde olması gerekir. Yani benzeri (quasi) kişiler ve diğer elbirliği mülkiyeti toplulukları kurucu olamaz, (Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 582).

²⁴⁰ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 582.

kurulu üyeleri dışında şirket sözleşmesi uyarınca ve kanunun esnek olarak düzenlediği hükümler aracılığıyla yöneticilik yapan şahıslar da sorumlu tutulabileceklerdir²⁴¹. İBK'da yapılan değişiklikle ortaklığın yönetimi ile ilgili olan şahıslar olarak değiştirilmiş, usulüne uygun olarak organ görevi verilmeden organsal yetki ve görevleri kullanan ve şirket adına maddi organ olarak hareket eden şahıslar da (fiili organ) sorumluluk kapsamına alınmıştır²⁴². 6102 sayılı Kanun incelendiğinde sorumlu yönetim kurulu üyeleri;

a. Fiili Yönetim Kurulu Üyesi

Yönetim kurulu üyesi olmamakla birlikte bu organ üzerindeki hakimiyeti kullanmasına göz yumulan kimi yetkiler sayesinde anonim şirketin işlerine karışan ve iradesinin şekillenmesine fiilen katılan kişiler olgu organ²⁴³ fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilirler. Tüzel kişinin yetkili organ tarafından seçilmemiş ve sicile tescil edilmemiş bir kimse yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlık ve temel hususları aşacak bir biçimde yardımcı olmuşsa fiili organdır²⁴⁴. Tazminat yükümlüsü olan bu kişiler tazminattan tüm malvarlıkları ile sorumludurlar²⁴⁵. Ancak fiili organ eylemde bulunan kişinin yükümlülüklerinin ihlâlinden doğan zararlara sebebiyet vermesi veya bunları ödemesi mümkün olmalıdır. Anonim şirketin organı, yönetimden şekli anlamda bir bütün olarak sorumlu iken, fiili organın sorumluluğu ise sadece açıklanan kapsamda ve maddi anlamda karıştığı görevlere ve alanlara ilişkindir.

²⁴¹ Bilgili, s. 92.

²⁴² Bilgili, s. 92.

²⁴³ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 9.

²⁴⁴ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 583. Bilgili, s. 92 İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre; “Bir kimsenin organ konumunda olduğunun kabul edilmesi için, bu kişinin şirkete karşı özel bir ilişki içinde bulunması ve bu ilişkiden doğan yükümlülükleri kişisel karar alma yetkisine dayanarak yerine getirmiş olması gerekir. Ancak karar almada sadece yalın bir yardımda bulunma yeterli değildir.” BGE 117 II 573. naklen, Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 583. Yine İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı kararında fiili organ “Şirketin yetkili organlarınca seçilmiş ve sicile tescil edilmemiş, şirket organlarınca alınabilen kararları alan ve gerçekte şirketi yöneten ve şirket iradesine uygun bir biçimde oluşturan bütün kişiler, maddi ve görevsel açıdan organ telakki edilir” olarak tanımlanmıştır. BGE 117 II 573. (naklen, Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 586).

²⁴⁵ Helvacı, s. 10-11; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 11.

b. Şirketler Topluluğu İlişkisi ve Fiili Organ Durumu

Şirketler topluluğu 6102 sayılı Kanunun 195 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Tam bağlı yönetim kurulu²⁴⁶, hakim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorunda olan aksi halde işlerini yitirecek üyelerden oluşur. Bu durumdaki yönetim kurullarının şirketlerinin menfaatlerini hakim şirketin menfaatine üstün tutmaları gerektiğini kabul etmek ve aksi takdirde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmek doğru olmayan bir yaklaşım olacaktır²⁴⁷. Tam bağlı yönetim kurulu, hakim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorundadır. Buna göre tam bağlı şirketin yönetim kurulu üyesi değil, aksine hâkim şirketin yönetim kurulu sorumlu olur²⁴⁸.

c. İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği

İnançlı yönetim kurulu üyeliği, çeşitli sebeplerle şirket yönetiminde bizzat yer almak istemeyen veya hukuken yer alması mümkün olmayan menfaat sahiplerinin anonim şirket yönetiminde temsiline imkân tanıyan bir kurumdur²⁴⁹. İnançlı yönetim kurulu üyesinin; güvenilir yönetim kurulu üyesi, “saman adamlar” (*Strohmänner, Strohleute*), “şekli” (*Pro-forma VR*), “görünüşte” (*Dekor VR*) ve “bağımlı” (*abhängiger VR*) gibi terimlerle ifade edildiği görülmektedir²⁵⁰. İnançlı yönetim kurulu üyeliği, menfaat sahibi bakımından şirket yönetiminde temsil edilme ve böylelikle şirket yönetimine daha etkili katılarak çıkarlarını koruma aracıdır. Burada yönetim kurulu üyesi,

²⁴⁶ Bir şirket doğrudan ceya dolaylı bir şekilde bir diğer şirketin paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahipse bağlı şirketin yönetim kurulu tam bağlı bir yönetim kuruludur. Gerekçe, 203. madde, s. 79.

²⁴⁷ Gerekçe, 203. madde, s. 79.

²⁴⁸ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 586.

²⁴⁹ Akdağ, s. 251; Korkut, Ömer; Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 5. Esasen fiilî organlık, *İsviçre hukukunda* uygulanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu 754 m.’de, “*yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler*” sorumlu tutulmaktadır. Bu hükme dayanarak İsviçre hukukunda, gerek Federal Mahkeme kararlarında gerekse doktrinde fiilî organ uygulaması kabul edilmektedir. Buna göre, anonim şirketin yönetimiyle ilgili olan şahıslar, şeklen organ olarak atanmamış dahi olsalar, şirketin almış olduğu kararları etkiliyor, şirket işlerinde güç ve nüfuz kullanıyor iseler, fiilî organ olarak sorumlu tutulabileceklerdir, (Korkut, s. 201).

²⁵⁰ Korkut, s. 7.

kendi adına, fakat üçüncü bir kişinin çıkarına ve onun talimatları doğrultusunda görev yapmaktadır.

Sorumluluk hukuku açısından inançlı yönetim kurulu üyesinin şirket karşısındaki konumu diğer yönetim kurulu üyeleri gibidir. Zira; inançlı yönetim kurulu üyesi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi, görevini kendi sorumluluğu altında yerine getirmekle yükümlü ve şirkete karşı aynı şekilde sorumlu tutulmaktadır. Farklı olan husus, inançlı üye ile menfaat sahibi arasındaki sözleşme ilişkisi ve bu sözleşme gereği inançlı üyenin menfaat sahibi karşısındaki bağımlılığıdır. Ancak inanan kişi, inançlı üye aracılığıyla tipik organ biçiminde hareket ederek tüzel kişinin iradesinin oluşmasına bilfiil ve kesin olarak katılmış ve etkili olmuşsa, fiilî organ olarak sorumlu olur²⁵¹. Belirtmek gerekir ki, menfaat sahibi ile inançlı üye arasındaki sözleşme ilişkisi taraflar arasında geçerli olup, inançlı üyenin şirkete karşı olan yükümlülüklerine bir etkisi bulunmamaktadır²⁵².

d. Kamu Tüzel Kişilerinin Temsilcisi

Kamu tüzel kişilerinin temsilcilerinin de sorumlulukları söz konusudur. 6102 sayılı Kanun'un 334. maddesine göre göre kamu tüzel kişisi şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiil ve yaptıkları işlemlerden dolayı sorumlu olacaktır.

Doktrinde sorumluluk konusunun çözümünün altyapısını oluşturan yönetim kurulu üyeliği sıfatının kamu tüzel kişinin mi yoksa temsilcisinin mi yönetim kurulu üyeliği sıfatını kazanacağı tartışmalıdır. *Tekinalp*; yönetim kurulu üyeliği sıfatına kamu tüzel kişinin haiz olduğunu, tüzel kişinin bu üyeliği temsilci aracılığıyla kullandığını, temsilcinin tayin ve azlinin kamu tüzel kişide olmasının ve temsilcinin fiillerinden sorumluluğunun kamu tüzel kişisine yüklenmesinin de bunun ispatı olduğunu savunmaktadır²⁵³. *İmregün*,

²⁵¹ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s.585.

²⁵² Korkut, s. 5.

²⁵³ Tekinalp, Tüzel Kişilerin Temsili, s. 135.

de; kamu tüzel kişinin üye sıfatını kazanacağını, pay sahibi olma şartının burada uygulanmayacağını, kamu tüzel kişinin pay sahibi sıfatı ile yönetim kurulu üyesi olmadığını savunmaktadır²⁵⁴. Çamoğlu ise kamu tüzel kişinin üye sıfatını kazanmasının kabul edilemeyeceğini, üyelik sıfatının tespitinin sorumluluk probleminin çözümü ile ilgisi olmadığını, bunun ayrı olarak kamu tüzel kişinin sorumluluğu fıkrasında düzenlendiğini ve üye sıfatıyla sorumlu olup olmadığının araştırılmasına gerek olmadığı düşüncesindedir. Üyelik sıfatına haiz olup olmadığı sorununa ise TTK'nın 312/II'nci fıkrasında özel ve kamu tüzel kişi ayrımı yapmadan pay sahibi olan hükmi şahsın yönetim kurulu üyesi olamayacağını belirttiğini ve bu hükmün de ancak bir tüzel kişinin pay sahibi olsa da yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanamayacağı şeklinde yorumlanabileceği görüşündedir²⁵⁵. Ancak bu görüş; 6102 sayılı Kanunun 359. maddesi ile tüzel kişilere yönetim kurulu üyesi olma imkanı getirilmesiyle geçerliliğini kaybetmiş gibi gözükmemektedir²⁵⁶. Ayrıca, Çamoğlu ne kamu tüzel kişinin ne de onun temsilcisini bu sıfatı kazandığı görüşündedir. Temsilcinin hukuki durumun tespitinin yürürlükteki kanunun 275. maddesinde (6102 sayılı Kanun 334) genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yetkilerine sahip olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce kanun koyucu yönetim kurulunun temsilcisinin üye sıfatına haiz olacağı düşüncesinde olsaydı bunun kanunda üyenin hak ve yetkilerine sahip olacağı yönünde bir düzenleme şeklinde değil de üye olarak temsil edeceği şeklinde düzenlenmesi gerekirdi.

Sonuç olarak yasada açıkça kamu tüzel kişilerinin temsilcilerin fiil ve işlemlerinden dolayı bizzat yönetim kurulundaki temsilcinin değil; kamu tüzel kişinin şirket ve pay sahiplerine karşı sorumlu olacağını düzenlemiştir. Temsilcinin sorumluluğuna yer verilmemiş ancak kamu tüzel kişinin temsilciye rücu hakkı olduğu belirtilmiştir. Doktrinde tartışılan başka bir husus doğrudan temsilciye ya da şirketle birlikte temsilciye dava açılıp açılmayacağı sorunudur. Genel de olumlu olarak yanıtlanan bu husus

²⁵⁴ İmregün, Anonim Ortaklıklar, 192.

²⁵⁵ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 206-207.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Gerekçe, 359. madde, s. 106.

yöneticilerin hak ve görevlerine sahip olan temsilcinin, üyelere uygulanan sorumluluk hükümlerine de tabi olması gerekmektedir.

e. Tüzel Kişi Şirketin Yönetim Kurulundaki Temsilcisi

Bir anonim şirkette paysahibi olan ticaret şirketi kendi çıkarlarını temsil etmek amacıyla yönetim kuruluna bir gerçek kişi üye gönderebilir. Hatta 6102 sayılı Kanunun 359/II fıkrası uyarınca bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçilebilir. Ancak tüzel kişi kendisinin belirleyeceği bir kişiyi²⁵⁷ kendisiyle birlikte bir gerçek kişiyi de tescil ve ilan ettirecek ve şirketin web sitesinde tescil ve ilan yayınlanacaktır. Belirlenen bu gerçek kişi toplantılara katılma ve oy hakkına sahiptir. Ancak kullanılan oy tüzel kişisindir. Bu hükümle birlikte şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence sağlanmıştır²⁵⁸. Bu fıkra ile gerekçede de belirtildiği gibi daha adaletli bir sorumluluk sistemi kabul edilmiş ve tüzel kişinin temsilcisinin üye seçilmesi sağlanarak tüzel kişinin temsilcinin eylem ve kararlarından sorumlu olmayacağı gibi bir teori reddedilmiştir. Bu durumda sorumluluk, tüzel kişinin adına oy kullanan ve eylemde bulunan işlem yapan kişiye değil, doğrudan tüzel kişiye ait olacaktır²⁵⁹.

f. Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi

6102 sayılı Kanunun 360'ıncı maddesinde esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, belirli bir grup oluşturan paysahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu madde yönetim kuruluna üye "önerme hakkına ilişkin bir imtiyaz" sözkonusudur²⁶⁰. Bu kanun hükmü çerçevesinde genel kurulda ilgili hak sahiplerince yönetim kurulu üyeliğine önerilen ve genel kurulca seçilen üyenin sorumluluk açısından incelenmesi gerekmektedir. Yönetim

²⁵⁷ Tüzel kişi adına tescil ve ilan edilecek kişi tüzel kişi tarafından belirlenir. Genel kurul tarafından seçilemez, esas sözleşmeye bu yolda bir hüküm konulamaz. Gerekçe, 359. madde, s. 106

²⁵⁸ Gerekçe, 359. madde, s. 106.

²⁵⁹ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s.584.

²⁶⁰ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s.584.

kurulu yeleri genel kurulca se ildi inden kendi sorumluluğu altında hareket etmek durumundadır. Yönetim kurulu  yeleri kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlaliyle şirkete, pay sahiplerine ve  irket alacaklılarına verdiği zararlardan kişisel olarak sorumlu olurlar²⁶¹.

g. İcracı Olan Ve İcracı Olmayan  ye

SPK ilkeleri yönetim kurulunda icracı olan ve icracı olmayan olmak üzere yerine getirdikleri görev bakımından iki farklı tip yönetim kurulu üyesinin bulunabileceğini belirtmektedir. SPK ilkeleri İngiltere’de hazırlanan öz-düzenlemelerde olduğu gibi icracı üyelerin en üst düzeyinde bulunan icra başkanı (chief executive officer) ya da genel müdür ile icracı olmayan üyelerin en üst düzeyinde bulunan yönetim kurulu başkanının(chairman) aynı kişi olmamasını d zenlemektedir²⁶². Böylece yönetim kurulunda ortaklığın yönetime ilişkin işlemleri ile yönetimin kurulunun işlemesine ilişkin işlemlerinin birbirinden ayrılması sa lanabilir²⁶³. İcracı olmayan üyelerin yönetim kurulunda etkin olabilmeleri ve kendilerinden beklenen icracı üyeler üzerindeki gözetim fonksiyonlarını yerine getirebilmelerisayıları ile yakından ilgili olası dolayısıyla SPK ilkeleri icracı olmayan  ye sayısının yönetim kurulu  ye sayısının yarısından fazla olması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer vermektedir²⁶⁴.

B. YÖNETİCİLER

Modern anonim şirketler artık sadece üretim yapmak değil, en etkin üretimi gerçekleştirme baskısını üzerlerinde hissettiklerinden anonim şirketlerin eğitimlerinin bu konuda eğitim almış yöneticiler (icracı  yeler

²⁶¹ Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s.584.

²⁶² SPK İlkeleri, Bölüm IV. Yönetim Kurulu, 3. Yönetim Kurulunun Oluşumu ve Seçimi, 3.2.1, s. 48.

²⁶³ Hacımahmuto lu; s. 191. Ortaklığın bir i  organı olarak denetim organının zorunlu unsur olmadığı tekli yönetim kurulu sisteminde, böyle bir ayırım öngörülmemekte; böyle bir ayırımın benimsenip benimsenmemesi her ortaklığın kendi gereksinimlerine göre kendisinin karar verip uygulayacağı bir konu olarak kabul edilmektedir. Hacımahmuto lu, s. 191.

²⁶⁴ SPK İlkeleri, Bölüm IV. Yönetim Kurulu, s. 48

yadaüye olmayan yöneticiler) tarafından yerine getirilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir²⁶⁵. Modern anonim şirketlerin çoğunlukla büyük sermayeli olması ve sınır ötesi faaliyetleri onlara uluslar arası düzeyde rekabet olanağı sağlarken, uzman yöneticiler tarafından da yönetilmelerini de kaçınılmaz kılmaktadır ve bu da yönetim kurulunda farklı niteliklere sahip üyelerin ya da üye dahi olması zorunlu bulunmayan profesyonel yöneticilerin yer alması gerçeğini de beraberinde getirmektedir²⁶⁶.

6102 sayılı Kanun'un 553/I uyarınca yöneticiler çevresine öncelikle yönetimle görevli kişiler, 370/II uyarınca yönetim kurulu yetkileriyle donatılmış murahhas müdürler veya 368 ve 375/1-d uyarınca müdürler ve 368. madde uyarınca gerektiğinde ticari mümessil ve ticari vekiller de dahildir. Genel kurul toplantısına katılan, ancak hiçbir özel görev ve fonksiyon icra etmeyen pay sahipleri sorumlulukla ilgili bu kapsama dahil değildir²⁶⁷.

C. TASFİYE MEMURLARI

6102 sayılı Kanun 553/I. hükmüne göre şirketin tasfiye durumuna girmesi halinde; tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlâl ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarardan sorumludurlar.

D. DENETÇİLER VE İŞLEM DENETÇİLERİ

6102 sayılı Kanun 554. maddesi uyarınca şirketin ve şirketler topluluğunun yıl sonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi; şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını

²⁶⁵Hacımahmutoğlu, s.173.

²⁶⁶Hacımahmutoğlu, s. 174.

²⁶⁷Pulaşlı, Hukuki Sorumluluk, s. 586. İsviçre Hukukundaki “tasfiye ile uğraşan kişilerin” değerlendirilmesi ve tartışmalar için bkz; s. 14.

veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyen işlem denetçisi ve özel denetçiler; kanunî görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur. Bu maddeye göre sorumluluk kusur ilkesine bağlanmıştır. Kusuru iddia eden taraf ispatlayacaktır.

III. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ

Ticari Takdir yetkisinin Türk Hukuku'nda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına uygulanabilirliğini inceleyebilmek için öncelikle ticari takdir yetkisine yardımcı olacak kaynakları incelememiz gerekmektedir.

A. TİCARİ TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK HUKUKUNA UYGULANABİLİRLİĞİ AÇISINDAN YARDIMCI OLACAK KAYNAKLAR

1. Kurumsal Yönetim

Kurumsal yönetim kavramı öncelikle Amerika ve İngiltere gibi sermaye piyasasının geliştiği ülkelerde ortaya çıkmıştır. Amerika'da 1970'li yılların ortalarında doğan bu kavram devir işlemleri ve davalarda yeni savunma tekniklerini içererek gelişmeye başlamıştır. 1981 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü; *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (Kurumsal yönetim İlkeleri: Analizler ve Tavsiyeler) olarak adlandırılan taslak hazırlamıştır²⁶⁸.

Kurumsal yönetim ilkelerini ilk olarak OECD 1999 yılında yayımlamıştır. Amerika'da Enron ve WorldCom; İtalya'da Parmalat; Hollanda'da Ahold ve Çin'de Yanguangxia gibi şirket skandalları kurumsal yönetim kavramının önemini artırmıştır. İlkeler gözden geçirilmiş ve 2004

²⁶⁸ Hansen, s. 1237.

yılında yeniden yayımlanmıştır²⁶⁹. Uluslararası alandaki ve çeşitli ülkelerdeki uygulamalara paralel olarak SPK tarafından 2003 yılında yayımlanan ve 2005 tarihinde bazı eklemeler ve düzenlemeler yapılan “Kurumsal Yönetim ilkeleri” oluşturulmuştur²⁷⁰. Kurumsal yönetim konusunda uluslararası alanda öncü ve belirleyici bulunan OECD Türkiye’de de bu konuda bir çalışma yapmış, bir rapor hazırlamıştır²⁷¹. 17 Ekim 2006 tarihinde “Türkiye’de Kurumsal Yönetim Pilot Çalışma” konulu bir rapor Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği’nde düzenlenen bir basın toplantısı ile kamuoyunun bilgisine sunulmuş, OECD rapor sonuçları ve Kurumsal Yönetime ilişkin Türkiye’nin gelecekte izlemesi gereken yola ilişkin görüşler aktarılmıştır²⁷².

Şehirli, Kurumsal yönetimi, anonim şirketlerin idaresinde ve faaliyetlerinde kâr elde etme ve pay sahiplerine dağıtma ana unsuru ve amacını taşıyan geleneksel yapıların yanında, hissedarlar ve yöneticiler de dahil olmak üzere şirket çalışanları, müşteriler, alacaklılar, fon sağlayanlar, devlet vb. menfaat gruplarının haklarının korunması ve bu çerçevede söz konusu menfaat grupları arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini hedefleyen bir anlayış olarak tanımlamaktadır²⁷³.

Bugün Kurumsal Yönetim ilkelerinde iki farklı menfaat grubundan bahsedilmektedir. *Pulaşlı* kitabında, HAAŞ’lerdeki iki farklı menfaat grubunu iç içe geçmiş iki üçgen olarak ifade etmektedir²⁷⁴. İç üçgende tepe noktasında yönetim kurulu alt uçlarında ise yönetici ve denetçiler bulunmaktadır. İşletme yönetiminde *dahili üçgen* olarak adlandırılan bu üçlü ilişkide icra yetkisine sahip yöneticinin sevk ve yönetim işlevi ile üst yönetim ve kontrol gözetim işlevi ve denetçilerin denetim işlevleri arasında denge sağlamaktadır. Öte taraftan dış üçgenin tepe noktasında işletme, alt uçlarında ise hissedarlar ve diğer çıkar grupları bulunmakta ve bununla

²⁶⁹Yanlı, Veliye; “*Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi*”, İstanbul 2007, 2. Cilt, s. 1581.

²⁷⁰Yanlı, s. 1582.

²⁷¹Yanlı, s. 1581.

²⁷²Yanlı, s. 1581.

²⁷³Şehirli, Kübra, Kurumsal Yönetim, SPK, Ankara, 1999, s. 8.

²⁷⁴Pulaşlı, Hasan; Corporate Governance A.Ş. Yönetiminde Yeni Model (Kurumsal Yönetim), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2003, s. 2.

güçlerin denkleştirilmesi amaçlanmaktadır²⁷⁵. Burada işletme üst yönetimi olarak yönetim kurulu ile icra yetkisine sahip yöneticilerin devamlı ve etkin şekilde hareket eden pay sahipleri ve özellikle kurumsal yatırımcılar tarafından kontrol edilmesi söz konusudur²⁷⁶. Dahili Corporate Governance sermaye şirketi içerisindeki güçler arasındaki çıkar çatışmaları ve oyunları ile ilgiliyken harici Corporate Governance ise piyasa güçlerini özellikle şirketleri kontrol eden kurumları sermaye ve çalışma piyasalarını ve bankaları kapsamaktadır²⁷⁷. Dolayısıyla kurumsal yönetimde işletmenin yönetim kurulu, yönetici ve denetçiler ile işletme, hissedarlar ve diğer çıkar grupları arasındaki işlevsel kombinasyonu ve aynı zamanda bu güçlerin uygun bir şekilde dengelenmesi amaçlanmaktadır²⁷⁸.

Kurumsal yönetim kavramını genel olarak bir işletmenin en iyi şekilde yönetilebilmesi, denetlenebilmesi ve bu ikisinin birbirlerini dengeleyebilmesi için gerekli olan ilkeler olarak tanımlayabiliriz. Kurumsal yönetim, geniş anlamda şirket sahipliğine (ana sahip, pay sahibi ve menfaat sahipleri) ilişkin kuralları içerir. Geleneksel yönetimden kurumsal yönetime geçiş büyük şirketlerde sahiplik, yönetim ve denetim fonksiyonlarının birbirlerinden giderek ayrılması sonucunda gerçekleşmiştir. Geleneksel yönetimde şirket sahipliği "kurucu ana sermayedar" anlamına geldiğinden, kararlar ve uygulamalar şirket sahibinin iradi ve takdiri kararlarına bağlı bulunmaktadır. Geleneksel yönetim ile kurumsal yönetim arasındaki en temel fark "kurallar" (rules) ve "takdir" (discretion) yönündendir²⁷⁹.

Kurumsal yönetim dünya çapında ilgi görmüş, yaygınlık kazanmış, her ilgili uluslararası kuruluş ve ülke bu konuda davranış kodeksleri çıkarmış, yönetim kurullarını yıllık bildirimde bulunmakla yükümlendirmiştir. Ancak anılan ilkelerle ilgili son söz henüz söylenmemiştir. Bu ilkelerin, davranış

²⁷⁵Pulaşlı, Kurumsal Yönetim, s. 2.

²⁷⁶Pulaşlı, Kurumsal Yönetim, s. 2.

²⁷⁷Pulaşlı, Kurumsal Yönetim, s. 3.

²⁷⁸Pulaşlı, Kurumsal Yönetim, s. 5.

²⁷⁹Gürbüz, A. Osman/Ergincan, Yakup; 2004 Kurumsal Yönetim: Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, İstanbul 2004, s. 11.

kuralları mı yoksa geleceği şekillendiren ilkeler mi oldukları açıklık kazanmamıştır

Etkili bir kurumsal yönetim anlayışının oluşturulabilmesi için, yönetim anlayışının birtakım ilkelere uygun olması gerekmektedir. Aşağıda kurumsal yönetim anlayışının olmazsa olmaz şartları olan ilkelere değinilecektir²⁸⁰.

a. Hakkaniyet (Fairness-Integrity) İlkesi

Hakkaniyet ilkesi, kurumun geleceği ile ilgili olarak tüm tarafların fikirlerini dengeli olarak değerlendirilmesi, farklı ve birbirini dışlayacak nitelikte olabilecek bu görüşler arasında bir dengenin sağlanabilmesidir²⁸¹. Bu ilke, şirket yönetiminin aldığı kararlarda yalnızca mülkiyet hakkı bulunan hissedarları değil, aynı zamanda şirketin uzun dönemde kârlılığını ve varlığını sürdürmesine yardımcı olacak tüm tarafları dikkate alması anlamına gelmektedir. Bu ilke uyarınca hem pay sahipleri hem de şirketle ilgili tüm menfaat grupları arasında, şirket işleyişi ile ilgili hiçbir faaliyette dürüstlük kurallarına aykırı olarak bir ayırım yapılmayacaktır²⁸². Böylece pay sahipleri ortaklığa karşı kendilerini güven içinde hissetmelerini ve bu şekilde şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin haksız ve yolsuz işlemleri ile zarara uğramayacakları hakkında makul bir güvence teşkil eder²⁸³. Burada dürüstlüğü, yani somut olay adaleti belirlenirken sadece yazılı kurallara değil işlemi yapan kişinin niyeti ve ahlaki anlayışı da belirleyici rol oynamaktadır²⁸⁴. Teknik anlamda eşit işlem ilkesi ve pay sahibinin haklarının korunmasına verilen önem, söz konusu kurumsal yönetim ilkesinin yansıması niteliğindedir²⁸⁵.

²⁸⁰Paslı, Ali; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, (Corporate Governance), İstanbul, 2005, s. 52.

²⁸¹Tuzcu, Arcan; Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı: İmkb-100 Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2003, s. 36.

²⁸²Cadbury Report, Parg. 3.2. – 3.7.

²⁸³Paslı, s. 52; Cadbury Report, Parg. 3.3.; SPK İlkeleri, Bölüm I- Paysahipleri, 8. Pay Sahiplerine Eşit İşlem İlkesi, s. 18-19.

²⁸⁴Cadbury Report, Parg. 3.3.

²⁸⁵Paslı, s. 52.

Şirket yöneticileri faaliyetlerini yerine getirirken alınan kararlardan etkilenen tüm kesimlere karşı eşit uzaklıkta olması adil bir yönetim anlayışına sahip olmanın bir gereğidir²⁸⁶. Başka bir deyişle yönetimin yapmış olduğu eylemlerle ilgili olarak, konuyla ilişkili tüm taraflara açıklanabilecek nitelikteki bilginin eş zamanlı ve eşit bir biçimde paylaşılması gerekmektedir.

Azınlık pay sahiplerinin korunmasına yönelik olarak, şirket yönetiminde bulunan kişilerin yolsuz işlemlerinin, piyasalardaki fırsat eşitliğini bozucu eylemlerin yasaklanması, tüm pay sahiplerine makul sınırlar içinde zararlarını telafi edebilme imkânının verilmesi, yatırımcıların aktif bir şekilde şirket yönetimine katılmalarını sağlayıcı düzenlemeler yapılması ve özellikle şirket işleyişi içinde belli kişilerin menfaatlerinin ön plana alınmasının önlemesine yönelik girişimler bu ilkenin yerleşmesi için gereken başlıca hususlardır²⁸⁷.

b. Şeffaflık-Kamuyu Aydınlatma (Transparency-Openness-Disclosure) İlkesi

Şeffaflık ilkesi ilke ile ortaklığın mali durumu, performansı, mülkiyet ve yönetim yapıları gibi temel konuları ile ilgili gerçek, yeterli, açık ve karşılaştırılabilir bilgilerin, olması gereken zamanda kamuya açıklanması sağlanmaya çalışılmaktadır²⁸⁸. Zira yatırımcılar şirketleri gerçek anlamda inceleyebilme gerçek piyasa değerlerini anlayabilme, performanslarını karşılaştırabilme ve kendisi için en doğru yatırım kararını verebilme imkânını bu ilke sayesinde bulabilirler²⁸⁹.

Anonim Şirketlerde şirket yönetimine hakim olan yeni anlayışa göre ilgililerin ortaklığa güven duymaları için onlara ortaklığın resminin gösterilmesi

²⁸⁶Tuzcu, s. 36.

²⁸⁷Paslı, s. 53.

²⁸⁸SPK İlkeleri, Bölüm II-Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık, Parg., 1. Konuyu Aydınlatma Esasları ve Araçları, s. 21.

²⁸⁹Paslı, s. 17.

gerekir. Bu husus doktrinde “*güven bana*”dan “*göster bana*”ya geçiş olarak açıklanmaktadır²⁹⁰.

Şeffaflığın etkin olabilmesi için öncelikle iki koşulun bulunması gerekmektedir²⁹¹:

1. Şeffaflıklarını artırmaları beklenen hedef gruplar (bankalar, şirketler, hükümetler vs.) talep edilen bilgiyi vermeye yetisine ve istekliliğine sahip olmalıdır.

2. Bilgiyi kullanacak olanlar ise kabul görmüş standartlara göre bilgiyi sağlayanları değerlendirmek üzere sunulan bilgiyi kullanabilme yetisine sahip olmalıdır.

Dolayısıyla, şeffaflık sunulan bilginin nitelikleri ve bilgiyi sunmak için gösterilen isteklilikle sınırlı olabilmektedir. Bu noktada önce bilginin nasıl olması gerektiğinin belirlenmesi için temel özellikleri ortaya konulacak ardından da bilginin sağlanması için ne gibi düzenlemeler olması gerektiği ele alınacaktır.

Bununla birlikte bu ilkenin kurumsal yönetim anlayışının gerektirdiği şekilde hayata geçirilmesi, ticari hayatın gerçekleri arasında bir hayli zordur. Zira şirket yöneticilerinin, çoğunluk pay sahiplerinin veya başka bir menfaat grubunun, şirket mali durumu ve işleyişi ile ilgili birçok tamamıyla ve doğru bir şekilde kamuya açıklanmasını istememeleri kendi şahsi menfaatleri ile çelişebileceği için her zaman için görülebilecek bir durumdur²⁹². Bu bağlamda, şeffaflık ilkesinin kanuni düzenlemeler, cezalar ve sıkı bir denetim sistemi ile güvenceye bağlanması gerekliliği kaçınılmazdır²⁹³. Ancak uzun dönemde; tamamen saydam olan bir, tüm ilgili gruplarla ilişki içinde ve onları

²⁹⁰ Paslı, s. 54.

²⁹¹ Şeffaflığın Önemi Üzerine Bir Değerlendirme, Türkiye Bankalar Birliği Bankacılık ve Araştırma Grubu, <http://www.tbb.org.tr/turkce/arastirmalar/Transparency.doc>, (06/04/2011).

²⁹² Paslı, s. 54.

²⁹³ Paslı, s. 54.

her konuda bilgilendirerek sağladığı güven ortamı nedeniyle cazibesini artacağı ve yararlı olacağını anlamaları gerekir²⁹⁴.

c. İç Sorumluluk - Hesap Verilebilirlik (Accountability)

Kurumsal yönetimin dayandığı temel ilkelerden bir diğeri hesap verilebilirliktir. Hesap verilebilirlik, karar veren ve faaliyette bulunan tüm kişilerin, verdikleri kararlar ve yaptıkları faaliyetlerden sorumlu olmaları ve hesap verme zorunluluğu ilkesidir²⁹⁵.

Hesap verilebilirlik, alınan kararların doğruluğunu kanıtlama ve sorumluluğunu kabullenme gerekliliğine işaret etmektedir. Hesap verilebilirliğin artmasıyla birlikte şirket yöneticilerinin beklenmedik kararlar alma eğilimleri sınırlanacak ve bu sayede alınan kararlara taraf olanların güvenleri zedelenmeyecektir²⁹⁶. Bu sayede, şirket ile ilgili karar verecek olan taraflar daha etkili karar alabileceklerdir.

Bu ilkenin iç sorumluluk olarak adlandırılmasının sebebi; şirket yöneticilerinin söz konusu hesap verme sorumluluklarının ve onların kararlarından kaynaklanan zararların belirli kurallar doğrultusunda tazmin etme zorunluluğunun esasen ortaklığa ve dolayısıyla pay sahiplerine karşı olmasıdır²⁹⁷. Yöneticileri seçen ve gerektiğinde azleden pay sahipleri olduğu için bu tür sorumluluğun pay sahiplerine karşıdır. Bu sorumluluk yöneticilerin şirket adına yaptıkları faaliyetlerden dolayı hesap vermeleri, bu işlem ve eylemlerin şirket ve pay sahipleri açısından yerindeliğini kanıtlamaları esasına dayanmaktadır²⁹⁸. Bahsedilen hesap vermenin esas yeri pay sahiplerinden oluşan genel kuruldur²⁹⁹. Sonuç itibarıyla, bu nedenlerle bu hesap verme faaliyetinin, iç sorumluluk olarak vasıflandırılması mümkündür.

²⁹⁴ Paslı, s. 54.

²⁹⁵ Tuzcu, s. 35.

²⁹⁶ Tuzcu, s. 35.

²⁹⁷ Paslı, s. 56.

²⁹⁸ Paslı, s. 56.

²⁹⁹ Paslı, s. 56

d. Dış Sorumluluk (Responsibility) İlkesi

Dış sorumluluk ilkesi, genel olarak Anonim Şirket tüzel kişiliğinin ve bu bağlamda şirket yöneticilerinin, şirket dışında kalan ancak şirket işleyişinden etkilenen tüm ilgililerin de menfaatlerini karar alma sürecinde dikkate almalarını, onlara da bazı haklar tanınmasını, bu menfaat grupları ile sıkı bir işbirliği içine girilmesini ifade eder³⁰⁰.

Şirketle ilgili olarak alınan kararlar ve gerçekleştirilen uygulamalar hakkında şeffaf olunması, bu düzenlemelere ilişkin uygulamalar hakkında kamunun aydınlatılması kadar, yapılanların sorumluluğunun da üstlenilmesi gerekmektedir³⁰¹. Yaptıklarından dolayı sorumlu tutulamayacak bir şirket yönetiminin tüm kişi ve grupların beklentilerini dengeleyecek bir biçimde davranması beklenemez³⁰².

2. Tedbirli Yönetici Kavramı

Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak karar verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde sorumlu tutulmaması esasına dayanır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 369. madde gerekçesinde; Yargıtay içtihatlarında³⁰³ basiretli iş adamı ölçüsünün sertliğe ve aşırılığa kaçılarak uygulandığı, aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulanmanın adaletsiz sonuçlar doğuracağı, bu nedenle maddede basiretli iş adamı ölçüsüne yer

³⁰⁰ Paslı, s. 57. Ayrıntılı bilgi için bkz; SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm III- Menfaat Sahipleri, s. 32-36.

³⁰¹ Tuzcu, s. 36.

³⁰² Tuzcu, s. 36.

³⁰³ HGK, 16.12.1976 gün E. 76/5406, K. 76/5406, Batider, C. IX, sa.1 s.211; Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, "Bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması" demektir. Yine Yargıtay'ın yaptığı başka bir tarife göre de basiretli hareket etmek, "bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir" anlamına gelmektedir. Objektif ölçü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin davranışı olacaktır. Uygulamada bir olgu olarak ekonomiye etki yapan enflasyon için hükümetçe alınacak tedbirleri önceden tahmin etmeme, basireti bir iş adamı gibi davranma mükellefiyetine aykırılıktır", (13.HD. 16.04.1996, E. 96/3653 K. 96/3920)

verilmediği belirtilmiştir³⁰⁴. Basiretli olmak; gerek hukuki gerekse fiili muamelelerde gösterilmesi gereken dikkat, ihtimamve tedbir demektir. Tacir tüm bu hukuki ve fiili faaliyetlerini yaparken, ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri alacak ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak, taahhütler altına girecektir. Belirtilen sübjektif kavramların; yani dikkat, ihtimam ve tedbirin tayininde ise objektif ölçülerin kullanılması gerekir. 6762 sayılı Kanundaki basiretli işadamı ölçüsü özen konusunda sübjektif ve objektifkriterlerin belirlenmesinde çok tartışmalı yorumlara neden olması sebebiyle, 6102 sayılı Kanun ile basiretli iş adamı ölçüsü yumuşatılmış ve tedbirli yönetici kavramı Kanunda yerini almıştır.

Maddede kullanılan “tedbirli yönetici” kavramının bir taraftan kusurda ölçü rolü oynadığı, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade ettiği belirtilmiştir³⁰⁵. Kavramın, bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbirleri, kapsamadığı ifade edilmiştir³⁰⁶. Madde gerekçesinde, *“Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz”* şeklindeki 6102 sayılı Kanunun 553. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün, söz konusu sınırı çizdiği ve *“Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur”* şeklindeki 557. maddenin de “özen yükümlülüğü”nün kişi bazlı olarak değerlendirilmesini gerekli kıldığı belirtilmiştir³⁰⁷. *Moroğlu*, maddede geçen “tedbirli bir yönetici” ifadesini hiç risk alamayan bir tedbirliliği ifade etmesi

³⁰⁴ Gerekçe, 369. madde, s. 111.

³⁰⁵ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

³⁰⁶ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

³⁰⁷ Gerekçe, 369. madde, s. 110. Yönetim kurulu üyeleri mevzuat, esas sözleşme ve genel kurulun kendilerine yüklediği görevleri kasten veya ihmalen yerine getirmemeleri halinde müteselsilen sorumlu olur, (SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV - Yönetim Kurulu, Parg. 2.5., s. 41).

nedeniyle “tedbirli ve işbilir bir yöneticinin özeniyle” şeklinde ifade edilmesi gerektiği görüşündedir³⁰⁸.

Madde gerekçesinde, tedbirli yönetici ölçütünün basiretli iş adamı ölçütünden tamamen farklı olduğunu; ancak buna Alman hukukunun kaynaklık etmediği vurgulanmıştır³⁰⁹. Klasik Alman doktrinde “özen borcu”nun ölçütünün şirketin lehine olanı mutlaka yapmak, zararına olandan da mutlaka kaçınmak olarak belirlendiği, 6102 sayılı Kanun hükmünün ise bu kurala dayanmadığı özellikle ifade edilmiştir³¹⁰. Bu kural benimsenirse; ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan tüm riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis ederek önlem alması gerekeceği, aksi takdirde sorumlu tutulacağı ifade edilerek, hükme esin kaynağı olan yeni doktrinin daha gerçekçi olduğu vurgulanmıştır³¹¹. *Pulaşlı*, Amerikan Hukukunda geliştirilmiş bir kavram olan ticari takdir yetkisine, ekonomik rizikoların da girdiğini belirterek, gerekçe de yer verilen “tedbirli yönetici ölçüsüne Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 93. paragrafının kaynaklık etmediği³¹²” görüşüne katılmadığını ifade etmektedir³¹³. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, “şirketin lehine olanı muhakkak yapmak, zararına olandan muhakkak kaçınmak³¹⁴” özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez düşüncesinin de gerçeği yansıtmadığından bu görüşe katılmanın imkanı olmadığını belirtmektedir³¹⁵. “Basiretli iş adamı” kavramı her anlama gelebilecek şekilde

³⁰⁸ Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirmeler ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 156.

³⁰⁹ Gerekçe, 369. madde, s. 111. Alman hukukunda piyasalara daha fazla güven sağlamak amacıyla 2002 yılının ilk yarısında yayımlanan On- Nokta – Program (10 – Punkte – Programm) kanun taslağında öngörülen değişiklikler 22/09/2005 tarihinde kanunlaştı. Bu değişikliklerden biri de 93/I hükmündeki yönetici kurul üyelerinin özen yükümüne ilişkin olarak eklenen Business Judgment Rule ilkesidir. Böylelikle Almanya, Business Judgment Rule ilkesini yasal bir kural olarak kabul eden *ilk Avrupa ülkesi* olmuştur. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir. “Yönetici kurul üyeleri yönetim yetkilerinin, düzenli ve vicdanen kani olan bir yöneticinin özeniyle kullanırlar. İşletmeye ilişkin kararda yönetici kurul üyesinin temelde uygun bilgilerle işletmenin menfaatleri doğrultusunda hareket ettiği akla uygun olarak kabul edilebiliyorsa, özen yükümü ihlal edilmemiş olur” (Pulaşlı; Mütelselsil, s. 56).

³¹⁰ Gerekçe, 369. madde, s. 111.

³¹¹ Gerekçe, 369. madde, s. 111.

³¹² Gerekçe, 369. madde, s. 111.

³¹³ Pulaşlı, Mütelselsil, s. 55.

³¹⁴ Gerekçe, 369. madde, s. 111.

³¹⁵ Pulaşlı, Mütelselsil, s. 55

genişletilebileceğinden ve kararın verildiği anda mevcut olmayan fakat sonradan ortaya çıkan hususlardan da yönetim kurulu üyesi sorumlu tutulabileceğinden, 6102 sayılı Kanunda bu kavramdan kaçınılmasının isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Keza Yargıtay kararlarında objektif özenin son derece katı uygulanması, doktrinde de bu kavramın kargaşaya ve tartışmalara neden olması bu değişimi zorunlu kılmıştır.

3. Ticari Takdir Yetkisinde İspat Yükü

Amerikan hukukunda ticari takdir yetkisi kural olarak yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilere getirilmiş güvenli bir liman olarak tarif edilmekle birlikte bunun nedeni yönetim kurulu üyelerinin özenli davrandığının ve ispat yükünün davacı üzerinde olduğunun kabulüdür³¹⁶. İsviçre ve Alman hukukunda ise kusurun ispatı davalı olan yönetim kurulu üyelerine düşmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesine göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulması için getirilen kusur karinesine göre ispat yükü davalı yönetim kurulu üyesi üzerindeydi. Bu durum 6102 sayılı Kanun Tasarısı'nın 369. maddenin üçüncü fıkrasında değiştirilmiş ve tasarının ilk halinde, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu sisteminde benimsenen kuralın aksine, yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karine olarak kabul edilmiş, ispat yükü bunun aksini iddia eden tarafa yüklenmekteydi³¹⁷. Bu açıdan 6102 sayılı Kanunun bu hükmü, İsviçre³¹⁸ ve Alman sisteminden uzaklaşarak, ispat yükünün davacı üzerinde

³¹⁶ Ancak İsviçre Hukukunda ticari takdir yetkisi unsurlarından bir yada daha fazlası yerine getirilmediği takdirde kusurlu olunmadığının ispat yükü davalı yönetim kurulu üyelerinin üzerindedir. Business judgment rule un açıkça düzenlendiği Alman hukukunda kusursuzluğun ispat yükü yönetim kurulu üyesindedir.

³¹⁷ Kervankıran, s. 262. 6102 sayılı Kanun Tasarısı'nın kaldırılan 369. maddenin üçüncü fıkrası hükmü "Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir" olarak düzenlenmişti.

³¹⁸ İsviçre Hukukuna göre yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduğunun ispatı sorumluluk davasına ilişkin taleplerin hukuki mahiyetine göre özellik gösterir. Ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşme ya da sözleşme benzeri bir ilişki bulunduğundan burada yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğun davranışı kabul edilmekte ve kusurluluğun ispatı davalı yönetim kurulu üyelerine

olduğu Amerikan sistemine yaklaşmış olduğunu göstermekteydi.³¹⁹ Ancak bu durum kendisinden beklenen özeni göstermediği halde kusurlu kabul edileceğine ilişkin eski düzenlemenin tam tersi bir düzenlemeyle üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettiklerini kabul ederek birçok tartışmalara neden olmuştur³²⁰. Keza 6102 sayılı Kanunun 553/I hükmünde kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin tasfiye memurlarının ve kusurlarının bulunmadığı ispatlanmadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de alacaklılara karşı verdikleri zarardan sorumlu olacakları öngörülmektedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri kendi kusursuzluklarını ispatlamak zorundadırlar³²¹. Bu hükümlerin birbiriyle çatışması 369/III madde hükmünün metinden çıkarılmasıyla sonuçlanmıştır. Böylece gerekçede vurgulanan çağdaş düzenlemelere uyum sağlama yönündeki çabanın bir anlamda akamete uğramış olması bir tarafa, bu değişiklik gerekli özenin gösterildiği gibi oldukça güç bir hususun ispatı yükünün de yine yöneticilerin üzerinde kaldığı görüşüne dayanak oluşturmuştur³²².

Amerikan hukuk sistemindeki gibi ispat yükünün davacı üzerine düşmesi; ancak ticari takdir yetkisi şartlarının mevcut olmadığına dair delil ölçüsünün yumuşaması durumunda ve davalı yönetim kurulunun dava sırasında işbirliği yapıp yapmadığının hakimler tarafından ispat takdiri içinde değerlendirmeye alındığı durumlarda söz konusu olabilir. Ticari takdir yetkisinin ortadan kaldırılması için, davacı kendisinin normalde ulaşabildiği delillerle, münferit ticari takdir yetkisi unsurlarının yerine getirilmediğini, sebeplerini açıklayarak gösterebilirse yeterli olabilecektir. O zaman yönetim kurulu kendi açısından beklenebilirlik çerçevesinde hal ve keyfiyetin hazırlanmasına katılabilir; eğer davalı yönetim kurulu üyeleri işbirliğini reddederse, o zaman hakim, onun doğruluğundan tamamen emin olmasa

düşmektedir,(Pulaşlı, Müteselsil, s. 36. Akdağ, s.89, dñn. 231). Alman hukukunda kusursuzluğun ispat yükü yönetim kurulu üyesindedir, (Akdağ, s.89, dñn. 231).

³¹⁹ Kervankıran, s. 262, bkz; dñn. 15.

³²⁰ Akdağ, s. 89-90.

³²¹ Pulaşlı, Müteselsil, s. 37. Kusursuzluğu ispat hukuki bir işlem olmadığından herhangi bir şekle tâbi değildir, (HUMK, m. 288).

³²² Kendigelen, s. 222.

dahi, davacının ifadelerinden yola çıkabilir. Dolayısıyla işbirliğinin kabul edilmemesi yönetim kurulu üyeleri aleyhine delil sağlar. Eğer davacı, mesela yönetim kurulu üyelerinin bir karar için yetersiz bilgi sahibi olduğunu göstermek isterse, o zaman genelde yönetim kurulunun karar verirken hangi verileri göz önünde tuttuğunu ve hangilerini tutmadığını ispat etmeyeceklerdir. Burada ticari takdir yetkisinin ortadan kaldırılması için davacının, adı geçen zamanda ulaşabildiği ve onlar göz önünde tutulsaydı muhtemelen başka ve daha iyi bir kararın ortaya çıkacağı belirli bilgilere dikkati çekmesi, yeterli olmalıdır. Eğer davalılar davacının bu iddialarını çürütemezlerse hakim böyle bir durumda ticari takdir yetkisinin tatbik edilebilirliğini reddedecektir. Uygulamada ticari takdir yetkisinin ortadan kaldırılması için çoğunlukla her olay için ayrı ayrı değerlendirilmek zorunda kalınacaktır.

Kusuru ispat yükünü davacı üzerine yükleyen hükmünün madde metninden çıkarılması ticari takdir yetkisinin genel prensibine aykırı olmakla birlikte; Türk hukukunda olumsuz bir vakıanın ispatı çok zor olduğundan; değiştirilen yeni düzenlemenin yerinde olduğu söylenilebilir³²³. Keza ulaşılacak istenen amaç özen içinde hareket ettiğinin ispatı bununla ilgili delilleri elinde bulunduran yönetim kurulu açısından daha kolay ulaşılabilip açıklanabilecek niteliktedir.

4. Farklılaştırılmış Teselsül

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki tam teselsül anlayışından belirgin bir şekilde ayrılarak kaynak İsviçre Hukuku'nda benimsenen "farklılaştırılmış teselsül" sistemi benimsenmiştir³²⁴. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumlulardan her

³²³ Arkan, Sabih; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler – Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, BTHAE, Ankara 2005, s. 53; Akdağ, s. 90; Pulaşlı, Müteselsil, s. 36.

³²⁴ Kaynak İBK 759. maddesinin 1/7/1992 tarihinde yürürlüğe giren yeni metin şu şekildedir: "Birden çok kimse aynı zararı tazminle yükümlü ise bunlardan her biri zarardan kendisine isnat edebilecek şahsi kusuru ve durumun gerekleri ölçüsünde müteselsilen sorumludur.

birinin sorumluluğu, bu kişinin tek başına sorumluluğuna gidilse mahkum olacağı tazminat miktarıyla sınırlandırılmakta³²⁵, sorumlu kişilerin farklı kusur dereceleri dikkate alınmaktadır³²⁶. Tam teselsülün aksine burada yönetim kurulu üyelerinin zararın tümünden sorumlu olmaları değil, kusurlarının derecesine göre farklılaştırılmış müteselsil sorumlulukları söz konusudur³²⁷. Bundan çıkan sonuçlar; ilk olarak farklılaştırılmış teselsül sisteminde, hiçkimse uygun illiyet bağına göre kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu değildir; ikinci olarak her sorumluluk dış ilişkideki kişisel kusurun varlığına bağlıdır, üçüncü olarak ise kusur derecesi artık teselsülde dikkate alınacaktır³²⁸.

Mutlak teselsül sistemi sorumlular açısından haksız sonuçlara yol açabiliyordu ve ödemek durumunda olmadıkları zararları da ödemek zorunda kalıyorlardı. *Helvacı* makalesinde³²⁹ kusurlarının derecesine göre farklılaştırılmış teselsül uygulamasının, sorumluların bir kısmının ödeme gücünün bulunmaması halinde riskin, alacaklıların üzerine devredilmiş olduğunu, teselsülün alacaklılar bakımından gerekli ve faydalı olan bütün sonuçlarının terkedildiğini savunmaktadır. Zira alacaklı diğer borçluların ödeme güçlüğü içinde olmaları halinde, durumu iyi olan borçludan ancak onun tek başına sorumlu olduğu takdirde ödemekle yükümlü olduğu miktarı

Davacı zararın tamamı için birden fazla kişiye davasını yöneltebilir ve hâkimden bu davada davalılardan her birinin ödemesi gereken tazminatı belirlemesini talep edebilir.

Hâkim birden fazla kimse arasındaki rücu davasını durumun bütün gereklerini gözeterek karara bağlar”; *Helvacı*, *Müteselsil Sorumluluk*, s. 228.

Yeni TTK’nın 557. maddesinde bu düzenlemeye paralel olarak farklılaştırılmış teselsül şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

(2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.

(3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.

³²⁵ *Helvacı*, *Müteselsil Sorumluluk*, s. 229. *Helvacı*;Avrupa Birliği Perspektifinden TTK Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri: Uluslararası Konferans 16-17 Aralık 2008, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler* (Yenilikler),Ankara 2010, s. 255.

³²⁶ *Pulaşlı*, *Müteselsil*, s. 45.

³²⁷ *Akdağ*, s. 39.

³²⁸ *Pulaşlı*, *Müteselsil*, 45-46

³²⁹ *Helvacı*, *Müteselsil Sorumluluk*, s. 232. Aynı yönde; *Akdağ*, s. 228.

talep edebilecek gerikalan alacağı için bir talepte bulunamayacaktır. Ancak Gerekçede böyle bir durumdan bir kimsenin sorumluluğu nedeniyle meydana gelen zararın bir başkasına yükletilmesinin yanlış ve adalete aykırı olduğu ve alacaklının uğradığı kaybın genel hükümler nedeniyle ve hakimın takdirinin doğal sonucu olduğu savunulmaktadır.³³⁰ Yeni anlayış ile adalete uygun olarak davacı kayba uğramamış ve onun zararını kanuna aykırı olarak başkalarına yükletilmesine engel olunmuştur³³¹. Kanımca acz durumu nedeniyle alacaklının ödenemeyen zararının sorumlu olmayan bir kimseye yüklemek ve bunu iç ilişkide rücu ederek acz olan o kişiden ödenen bedelin iadesini beklemek hak ve nesafet duygularıyla bağdaşmamaktadır. Yapılması gereken İBK’da yapılan değişiklik ve 6102 sayılı kanundaki düzenlemedeki gibi herkesin kusuru dolayısıyla sorumlu olması ve ödenecek tavan miktarının hakim takdiri ile belirlenmesidir.

İsviçre doktrininde de savunulduğu gibi farklılaştırılmış teselsül sistemi sorumlulara bir kurtuluş imkanı getirilmediği savunulmaktadır. Bunun nedeni olarak da yöneticilerin sorumluluk doğuran davranışlarından ötürü denetçilere de dava açılabilmekte ve denetçiler de iyi bir sigorta sistemi ile korunmuş tüzel kişiler olduğundan ödeme kabiliyetlerinin gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinden yüksek olduğu kolaylıkla söylenebilir³³². Sonuç olarak denilebilir ki rücu mekanizması malvarlığı yeterli olmayan yönetim kurulu üyeleri açısından işlememekte ve ödeme yükü sigorta şirketleri üzerinde kalmaktadır.

Yeni düzenlemede 557.madde ile getirilen “*kendi kusuruna ve durumun gereklerine göre zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde*, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur” hükmün amacı mutlak teselsül uygulamasını, uygun illiyet ilkesi ile aşacak tarzda genişletmek isteyen eğilimlerin önünün kesin olarak alınmış olmasıdır.³³³ İsviçre Hukuku’na göre eğer bir organ üyenin bir zararın meydana

³³⁰ Akdağ, s. 228

³³¹ Ayrıntılı açıklama için bkz; Gerekçe, 557. madde, s. 210-211.

³³² Helvacı, Yenilikler, s. 255.

³³³ Pulaşlı, Müteselsil, s. 46.

gelmesinde herhangi bir payı yoksa böyle bir zarara uygun illiyet bağına göre en azından birlikte sebep olmuş değilse, bundan kesinlikle sorumlu değildir³³⁴.

a. Farklılaştırılmış Teselsülde Sorumluluğun Kapsamı

Yönetim Kurulu Üyesinin sorumluluğunu verdikleri zararlar kusur arasındaki illilik oranıyla sınırlandıran farklılaştırılmış teselsül ile sorumluluk şu anlama gelmektedir³³⁵;

Her bir üye, önceden olduğu gibi, yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde meydana gelen zarardan şahsen sorumludur. Hakim İsviçre Borçlar Kanunu 43/1'e göre örneğin hafif ihmal ve durumun gerekleri ya da İsviçre Borçlar Kanunu⁴⁴'de yer alan özel sebeplerden dolayı tazminat miktarında bir indirim giderse, sonuçta ödenecek tazminat miktarı asıl zarardan daha düşük olabilir.

Aynı zarar için birden fazla kişi sorumlu ise, önceden olduğu gibi üyeler arasında müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu durumda zarar gören, hükmedilen tazminatı alana kadar zarardan müteselsilen sorumlu olanlardan her birine başvurabilir.

Tek başına sorumlu olsaydı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddelerde yer alan bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilecek herkes, birlikte müteselsil sorumlu olduğu kimsenin şahsi defilerden yararlanmasının mümkün olmadığı hallerde dahi, bu defileri ileri sürebilir.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere farklılaştırılmış teselsül prensibi ile müteselsil sorumlulukta olduğu gibi üyeler zararın tamamından sorumlu olmayacak; bireysel indirim sebeplerinden yararlanarak sadece kendilerine yükletilebilecek kısmından sorumlu olacaklardır.

³³⁴Pulaşlı, Müteselsil, s. 46.

³³⁵Böckli; Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zurich Basel Genf 2004, 486 vd. (naklen Akdağ; 232 - 233).

Hakim, her bir sorumlunun indirim sebeplerini göz önünde bulundurmak suretiyle önce dış ilişkideki müteselsil sorumluluk miktarlarını tespit etmektedir³³⁶. Sorumlunun mahkûm edilebileceği üst sınırı belirledikten sonra kusura ve durumun gereklerine göre tazminatta indirim yapıp yapılmayacağını takdir edecektir³³⁷. Ancak burada unutulmaması gereken müteselsil sorumluluktaki amaç zarar görenin zararının en iyi şekilde tazmin etmek ve bu yolla alacaklıyı borçlulardan herhangi birinin aczine karşı korumak olduğundan kusurun derecesi dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlemektedir; iç ilişkideki sorumluluk ilişkileri hakkında öngörülmüş değildir³³⁸.

³³⁶ Akdağ, s. 233.

³³⁷ Akdağ, s. 233. Helvacı, Yenilikler, s. 255. İsviçre Federal Mahkemesinin Birinci Hukuk Dairesinin 11/6/1996 tarihli kararında bir anonim şirketin azınlık pay sahiplerinin şirket yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri aleyhine açtıkları dava nedeniyle tartışılan İBK 759'a ilişkin olup Federal mahkeme bazı tespitlerde bulunmuştur. Bu tespitler;

a) İsviçre Borçlar Kanunu 759/2'nin, davacının birden fazla sorumlu aleyhine zararın tamamını talep ederek açtığı davada hâkimden davalılardan her birine düşen zarar payını tespit etmesini isteyebileceği şeklindeki lafzı anlaşılır değildir. Meclisteki görüşmeler sırasında hükme dahil edilen bu fıkra açık olmadığı için yoruma ihtiyaç göstermektedir.

Federal Mahkeme kararlarına göre yasa öncelikle lafzı ile yoruma tabi tutulur. Ancak lafzi yorum yeterli olmadığı veya farklı yorumlara açık olduğu takdirde hükmün gerçek manasını anlamak için, yasanın hazırlık çalışmaları, yasanın ruhu, amacı, dayanağı ve diğer yasa hükümleri ile olan bağlantıları gibi hususlara müracaat etmek gerekmektedir. Bu hususlardan hazırlık çalışmaları ve tarihsel açıklamalar ancak açık bir şekilde anlaşıldıkları takdirde yoruma esas tutulabileceklerdir.

b) Bu yöntemlerle İsviçre Borçlar Kanunu 759'a bakıldığında yasa koyucunun iki önemli yenilik getirdiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, hükmün birinci fıkrası ile düzenlenen farklı bir teselsül bir prensibinin varlığıdır. Buna göre dış ilişkide yönetim kurulu üyelerinden birinin müteselsilen mahkûm edilebileceği zarar miktarı, bu kişinin kendisine atfedilebilecek kusurun ve genel şartların meydana çıkaracağı sorumluluk miktarından fazla olmayacaktır. Yasa koyucunun 759/2 ile getirdiği, ikinci yenilik ise pay sahibinin dava açma olanağını kolaylaştıran, daha çok usuli bir yeniliktir. Buna göre, birden fazla sorumluya karşı zararın tamamı için dava açan davacı bir taraftan hâkimden bunlardan her birinin dış ilişkisi bakımından sorumluluğunun tabanını şahsen belirlenmesini isteyebilirken; diğer taraftan sadece yasanın Almanca metninden anlaşılabileceği gibi bu yolla dava ettiği birden fazla sorumlulardan hakkında dava reddedilenler bakımından dava masraflarına katlanmak yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Hükmün 3. fıkrası ise bir yenilik taşımamakta ve sorumluların rücu haklarını düzenlemektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu 759/2'nin anlamı, gerek hazırlık çalışmaları, gerek 759'un genel sistematığının birlikte değerlendirilmesi sonucunda, birden fazla sorumluya zararın tamamı için dava açan haklı davacının dava harç ve masraflarının riskine katlanmak zorunda kalmayacağıdır. Bir başka söyleyişle davacının açtığı davayı miktar olarak tamamen kazanması durumunda davalılardan bir veya birkaçının sorumsuz olduğunun tespit edilmesi dava harç ve masraflarının tamamının zarar kendilerine yükletilen geriye kalan diğer davalılarca karşılanması gerekecektir. Davacı böyle bir durumda kesinlikle dava harç ve masraflarından sorumlu olmayacaktır", (Helvacı, Müteselsil, s. 230–231).

³³⁸ Helvacı, Yenilikler, s. 255. Akdağ, s. 228.

b. Zararın Tamamı İçin İlgilerin Hepsine Birlikte Dava Açılması

İsviçre Borçlar Kanunu 759/2 uyarınca davacı uğradığı zararın tamamı için birden fazla kişiye davasını yöneltebilir ve hâkimden bu davada davalılardan her birinin ödemesi gereken tazminatı belirlemesini talep edebilmektedir. Bu düzenleme ile davacı davasını tüm yönetim kurulu üyelerine yöneltebilmekte ve farklılaştırılmış teselsüldeki sorumluluk hesabının yapılmasını hâkimden talep edebilme imkânı getirilmektedir. Hâkim şahsi indirim sebeplerini takdir ederek bir sorumluluk tavanı belirleyecektir. İsviçre hukukunda zararın tamamından ne anlaşılması gerektiği tartışılmalı olmakla birlikte birden çok davalı tarafından verilen birden fazla zararın toplamı olduğu görüşü hususunda büyük bir çoğunluk birleşmektedir³³⁹. Adeta her sorumlu bir zarar kaynağıdır ve bunların verdikleri zararların toplamı zararın tamamını oluşturur³⁴⁰. Dolayısıyla zararın tamamı üyelerin tek başına veya birlikte verdikleri zararların toplamına dayanır. Farklılaştırılmış teselsül, farklı tazminat yükümlüsü müteselsilen sorumlu grupların ortaya çıkması sonucunu da doğurabilir³⁴¹.

Davacıya ilgililerin hepsini “birlikte dava edebilme” olanağı veren düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun sadece Almanca metninde bulunmaktadır³⁴². Hâkim Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddeleri gereğince kusur ilkesine göre her davalının sorumlu olacağı oranı tespit edecektir. Davacının davalıları birlikte dava etmesinin anlamı davalıların tek davalı olarak kabul ederek dava bazı davalılar bakımından reddedilse bile her bir davalıya karşı davacının talebi kabul edilmişse davacı dava giderlerine

³³⁹ Akdağ, s. 239–240.

³⁴⁰ Pulaşlı, Müteselsil, s. 47. Gerekçe, 557. madde, s. 212.

³⁴¹ Pulaşlı, Müteselsil, s. 47. İsviçre Federal mahkemesi 11/06/1996 tarihli kararda; davacılar 5.309.298 İsviçre frangı(CHF) tutarındaki tazminatı, yedi yönetim kurulu üyesi ile denetim organından müteselsilen talep etmişlerdi Yüksek mahkeme denetim organının sorumlu olmadığına ve 1 ilâ 7. numarasında davalı olarak yer alan yedi yönetim kurulu üyesinin 3.211.803 CHF’den ve 1 ilâ 5. numarasında yer alan üç yönetim kurulu üyesinin de ayrıca 805.555 CHF’den müteselsilen sorumlu olduklarına karar verdi ve kalanı da ispat edilmemiş zarar olarak reddetti. (BGE 122/III 324) Pulaşlı, Müteselsil, s. 47.

³⁴² Gerekçe, 555. madde, s. 213. Pulaşlı, Müteselsil, s. 48.

mahkûm olmayacaktır³⁴³. Federal Mahkeme 16/6/1996 tarihli bir kararında bu hükmü zorunlu dava arkadaşlığı olarak yorumlamış ve sadece ilk derece mahkemesinde geçerli olacağını hükme bağlamıştır³⁴⁴.

c. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Farklılaştırılmış Teselsül Ve Rücu İlişkisinin Değerlendirmeleri

Yeni Türk Ticaret Kanununun 557. maddesinin gerekçesinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğun neden terk edildiğine ve farklılaştırılmış teselsül sisteminin tercih edilmesine açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Gerekçede öncelikle müteselsil sorumluluğun ağırlaştırılmış sorumluluk anlamına gelmediği vurgulanmaktadır. Bu sorumluluğun birden çok kişinin birlikte verdikleri zararlardan zarar görene karşı sorumlu olduklarını, sorumluların tek başlarına sorumlu tutulsalardı bağlı olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren bir rejimle karşı karşıya bırakılmaları şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmektedir. Ancak burada gözden kaçırılan bir husus *Akdağ*'ın belirttiği gibi farklılaştırılmış teselsülün zararın birlikte gerçekleşmesine ya da hukuki sebebine bakılmaksızın üyelere şahsi indirim sebeplerini uygulama imkânı getirmesidir³⁴⁵. Yönetim kurulu üyeleri tek başlarına verdikleri zarardan sorumlu olacaklar. Kusurlu bulunmayan üye kusursuzluğunu ispatladığı takdirde zararı tazmin yükümlülüğü altında olmayacaktır³⁴⁶. İkinci olarak sorumluluğun, dolayısıyla tazminat hukukunun uygun nedensellik bağı ilkesine dayandığını, kişilerin tek başına verdikleri zararlardan tek başına sorumlu tutulmaları gerektiğini, alacaklının korunması amacıyla buna aykırı davranılmasını hak ve nesafet

³⁴³ Gerekçe, 557. madde, s. 213.

³⁴⁴ Gerekçe, 557. madde, s. 213.

³⁴⁵ Akdağ, s. 242.

³⁴⁶ Müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde yönetim kurulu üyeleri kusursuzluklarını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecekler, kusursuzluklarını ispat etmeyenler ise kusurlu olmasalar bile sorumlu kalacaklardır (Arslanlı, s. 173; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 22). Sorumluluk için kusurun aranmadığı 336. maddenin 1-4 bentlerinde öngörülen hallerde ise yönetim kurulu üyeleri kusursuzluklarını ispat ederek sorumluluktan kurtulamazlar, (Atan, s. 31).

kurallarına aykırı olduğunu belirtmektedir. Yine burda uygun nedensellik bağının dışında kalan kişilerin alacaklıların korunması uğruna sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir³⁴⁷. Bunun nedeni ise sorumlu olabilmek için sorumluluk şartlarının tamamının özelliklede uygun nedensellik bağının yerine getirilmesi gerekmektedir. Üyeler kusur derecelerine bakılmaksızın ancak kusurlu olmaları veya kusursuz olduklarını ispa edemedikleri takdirde zararın tamamından sorumlu olmaktadırlar. Dolayısıyla burda illiyet bağı kalkmamakta sadece bastırılmaktadır³⁴⁸. Yeni Ticaret Kanunu'nun 557. madde gerekçesinde³⁴⁹ yer verilen örneklerde müteselsil sorumluluk kavramından hareketle uygun nedensellik bağı aranmadan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabileceği izlenimi verilmektedir³⁵⁰. Üçüncü olarak ise gerekçe, alacaklıların tek başlarına ve birlikte verdikleri zararların birbirlerinden ayrılması gerektiğini ve kusurun ağırlığına ve indirim olgularına göre farklılaştırılmış teselsüle gitmek gerektiğini açıklamaktadır. Tekrar belirtilecek olursa; müteselsil sorumlulukta sadece kusurlu yönetim kurulu üyelerinin müteselsil olarak sorumlu olmaları sözkonusudur. Yeni sistemde hakimin görevi birlikte verilen ve tek başına verilen zararları ayırmak değil; üyelerin şahsi kusurlarına göre bireysel indirim sebeplerini ileri sürmelerine imkan verir³⁵¹. Böylelikle her üye için sorumlu oldukları tavan miktar belirlenecektir.

6762 sayılı Türk Ticaret kanununda,6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun aksine müteselsil sorumlular arasındaki rücu ilişkisini düzenleyen bir hüküm yer almamaktaydı³⁵². Yeni Türk Ticaret kanunu ile bu eksiklik giderilmiş ve rücu sistemine ilişkin olarak "Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim

³⁴⁷ Akdağ, s. 242.

³⁴⁸ Akdağ, s. 242. Kanun Gerekçesinde yer verilen örneklerde müteselsil sorumluluk kavramından hareketle uygun nedensellik bağı aranmadan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabileceği izlenimi verilmektedir.

³⁴⁹ Gerekçe, 557. madde, s. 210-211.

³⁵⁰ Akdağ, s. 243.

³⁵¹ Akdağ, s. 246.

³⁵² Akdağ bu düzenleme getirilmeseydi de Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki düzenlemeye istinaden rücu davasında davacının, sadece sorumluluk davasının davalılarına değil; diğer bütün sorumlulara başvurabilecek olduğunu savunmaktadır, (Akdağ, s. 246).

tarafından belirlenir” hükmü getirilmiştir. Hâkim durumun gereklerine göre rücu davasında rücuu sadece sorumluluk davasının davalıları yönünden değil, durumun gereklerini dikkate alarak tüm sorumlular yönünden düzenlemiştir. Aslında bu hükümle getirilen esas yenilik Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinden ayrılarak rücuun kapsamını belirlerken takdir yetkisine göre değil “durumun bütün gereklerini dikkate alarak” karar verecektir³⁵³.

Sonuç olarak getirilen farklılaştırılmış teselsül sistemi ve rücuu ilişkisi Yargıtay ve doktrinde tartışılan husulara açıklık getirmesi bakımından faydalı olmuştur. Aynı zamanda farklılaştırılmış teselsül sistemi ile bireysel indirim sebepleri dikkate alınarak alacaklıyı korumaya yönelik olan ödeme gücü yüksek olan kişiden aslında sorumlu olmadığı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtarmış, üyelere açıkça bir koruma sağlamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sadece kendi fiillerinden, kendi kusurundan sorumlu tutulması daha özgürce karar almalarını sağlamaktadır. Bu da ticari takdir yetkisi ile amaçlanan yetenekli ve deneyimli kimselerin üye olma isteklerini artırma maksadına hizmet etmektedir.

5. Türk ve Amerikan Hukukunda Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası

1970’li yılların ortalarında yönetim kurulu üyelerinin yasal sorumlulukları çok fazla gündeme gelmeye başlamış ve bunun sonucu olarak da şirketlerde pay sahibi olanlar şirket menfaatleri doğrultusunda hareket etmedikleri gerekçesi ile yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açmaya yönelmişlerdir. Bu durum, yönetim kurulu üyelerine şirket tarafından sorumluluk sigortası yaptırılması ya da sigorta primlerinin ücrete yansıtılması gereğini doğurmuştur. Nitekim ABD’de 1985 itibarıyla büyük şirketlerin %85’i yönetim kurulu üyelerine sorumluluk sigortası yaptırmıştır.

³⁵³ Akdağ, 246. Böylece yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna Borçlar Kanunu’nun 43 ve 44. maddelerine göre sadece kusurun derecesi değil durumun gereklerinin de dikkate alınması, garanti altına alınmış olacaktır,(Akdağ, s.246).

Hukuki sorumluluk rizikosu özellikle profesyonel yöneticiler üzerinde belirgin bir psikolojik baskı yaratmakta ve anonim şirket için önemli yatırımlara, yeni girişimlere, cesaret gerektiren işlere imza atmaktan kaçınmaları sonucunu doğurabilmektedir³⁵⁴. Bu nedenle de yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan tazminat davalarında üyelerin mağdur olması önlemek amacıyla özenli olmaları ile birlikte sorumluluk sigortası da yaptırılmasında yarar bulunmaktadır.

a. Amerikan Hukukunda Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası

Son yıllarda büyük şirketlerde sıklıkla meydana gelen finansal bunalımlar yatırımcıları ticari faaliyetlerdeki kurumsal yönetim ve risk yönetimi hakkında kaygılara neden olmuştur. Şirket yönetim kurulu üyelerinin yönetime ilişkin kararlarından dolayı şahsen mesul tutulabilirler. Hiç kimse sorumluluklarının kapsamının somut olarak belirlenmeden bu yükümlülüğün altına girmek istemez. Uzmanlık gerektiren yönetim kurulu üyeliği gibi bir vazifeyi icra eden kişilerin, icra ettikleri faaliyetler bakımından bir ölçüde dokunulmaz sayılmaları onların daha güvende ve özgür çalışmalarını sağlayacağı açıktır. Güvencesi olmadan bu görevi üstlenen kimseler aldıkları yanlış bir kararda tüm birikimlerinin kaybolması sonucuyla karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu nedenle uzmanlık gerektiren meslekleri icra eden kişilerin vazife ve mesleklerini gerektiği gibi icra etmemelerinden başka bir deyişle onların mesleklerini yanlış ve eksik uygulamalarından dolayı zarar görenlerin de koruma altına alınması gerektiği de oldukça açıktır³⁵⁵.

Yönetimin devri yöneticilerin karar alırken kendi çıkarlarını üstün tutacağı düşüncesiyle yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ihtilafı

³⁵⁴ Tekil; s. 116.

³⁵⁵ Can, Mertol; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na Genel Bir Bakış! (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları yeniden Gözden geçirilmesi gerekn Bir Düzenleme mi?), BTHAE, Ankara 2006, s. 2.

artırabilir³⁵⁶. Mağdur olduklarında yatırımcıların şirkete ve yöneticilere dava açtıklarında sorumluluk riskini azaltmak ve ispat yükümlüğünden kurtulmak amacıyla yöneticilerin ve müdürlerin sorumluluk sigortası (D&O insurance) modern toplumlarda öncelikli bir araç olmuştur. Amerika ve Kanada gibi ülkelerde kamu kurumları yatırımcıları korumak maksadı ile sigorta talep etmektedirler. Ancak herhangi bir düzenleme olmasa dahi birçok firma gönüllü olarak olası davalardaki potansiyel kayıplara karşı sigorta yaptırmaktadır³⁵⁷. Özellikle Enron skandalından³⁵⁸ sonra daha önce görülmemiş tahkikatlarla ve sorumluluk davalarıyla karşı karşıya kalmışlardır³⁵⁹.

³⁵⁶ Chen, Tsai-Jyh;Li,Shu-Hsing ; Directors' & Officers' Insurance, Corporate Governance and Firm Performance.,International Journal of Disclosure & Governance, Vol. 7, 3 Aug 2010, s. 244.

³⁵⁷ Chen/ Li, s.245.

³⁵⁸ 2000 yılı ABD'nin en büyük 500 şirketi (Fortune 500) sıralamasında yedinci sırada olan Enron, 1980 yılında Houston'da kurulmuş, esas faaliyet alanından uzaklaşarak, enerji ticareti başta olmak üzere, pek çok değişik alanda faaliyet göstermeye başlamıştır. 2000 yılı gelirleri 100 milyar doları aşan Enron, zaman içerisinde, kendi başına adeta bir enerji borsası haline gelmiş ve ABD ile Avrupa'da enerji ticaretinin yüzde 20'sini gerçekleştirmekteydi. Bunun yanı sıra, şirket birçok yeni alana da girmişti. Enron, bir yandan ABD'de enerji piyasasının liberalleştirilmesi için var gücüyle çabalarırken, diğer yandan da bu piyasada önemli bir oyuncu haline gelmişti. Bir zamanlar hızla yükselen hisse fiyatları ile Wall Street'in en gözde şirketlerinden olan bu firmanın geleceği, Amerika'da enerji endüstrisinde serbestleştirmeye gidileceği haberleri ile parlamıştı. Ancak, kendi tepe yöneticilerinin ellerindeki şirket hisselerini büyük karlarla satmalarının akabinde, hissedarların birikimleri ve çalışanların tasarrufları yok olarak bu iflas olayı gerçekleşti. Şirketin muhasebe ve denetim uygulamaları titiz bir incelemeye tabi tutuldu ve şirketin denetiminden sorumlu ve beş büyük muhasebe firmasından biri olan Arthur Andersen firması da ağır eleştirilere hedef oldu. Enron olayında, halka açık bir şirketin kendisini olduğundan daha karlı göstermesi ve özellikle bu gösterimde de denetim şirketinden yardım alması söz konusudur. ABD Tahvil ve Bono Mübadele Komisyonu'na (US Securities and Exchange Commission – US SEC) göre halka açık şirketlerin bağımsız denetim kuruluşlarına denettirilmesi zorunludur. Denetim raporları yatırımcıların karar vermesinde önemli bir etkiye sahip olduğundan, şirketler kendilerini karlı göstererek hisselerinin değerini arttırıyorlar ve bu noktada denetim firmalarda bu amacın gerçekleşmesine yardımcı oluyor. Böylece şirketin gelirlerini ve kârını şişirerek borçlarını gizlemesine olanak tanıyan, karmaşık bir mali yapılar zinciri oluşturuluyor. Enron son üç yıl içerisinde karlarını bu şekilde yarım milyar dolar civarında şişirdi. Özel amaçlı ortaklıkların ücretler şeklinde Enron üst yöneticilerine yüklü miktarlarda para aktarmaktaydı. SPE'ler, (Special Purpose Entities) Enron ve Enron'un denetçisi olan Arthur Andersen firması ile ilgili olarak yapılan kriminal araştırmaların temelinde yer almaktadırlar. Şirketin kötüye giden durumunu gizlediler. Andersen'in 2001 Kasım ayında Enron'u yeniden değerlendirmeye almasıyla, çeyreğe ilişkin 618 milyon dolarlık zararı belgeleyen rapor ortaya çıktı. Özel amaçlı ortaklıklara ilişkin açıklamalar piyasanın güvenini iyice sarstı ve 2001 Aralık ayında Enron iflasını açıkladı. Süer, Ayça Zeynep; Profesyonel Muhasebe Mesleğinde Enron skandalı ve Sonrası Gelişmeler,[http://archive.ismmmo.org.tr/docs/sempozyum/06Sempozyum/2oturum/AycaZeynepSuerp df, \(06/04/2011\).](http://archive.ismmmo.org.tr/docs/sempozyum/06Sempozyum/2oturum/AycaZeynepSuerp df, (06/04/2011).)

³⁵⁹ Almanya gibi bazı ülkeler, müdürlerin ve yöneticilerin sorumluluk sigortası, sigortalı müdürlerin veya yöneticilerin dikkatsizliği veya aldatıcı hareketleri sonucu doğan zarar daha da artmasına olumsuz bir etkide bulunabileceği nedeniyle yasaklanmıştır, Chen/Li, s.245.

Yöneticilerin ve müdürlerin sorumluluk sigortası (D&O insurance) hem şirketin varlıklarını hem de bireylerin şahsi varlıklarını korumaktadır. Şahsi korumayı genişletmek amacıyla şirket tarafından veya bireyler tarafından satın alınabilmektedir. Müdürlerin ve yöneticilerin sorumluluk sigortası dolandırıcılık, güvene dayanan sorumluluklar ve çalışanların şahsi haklarını içeren grevlerin ihlali gibi sadece büyük zararları (exposure) karşılar³⁶⁰.

Şirketler müdür ve yöneticilerin sorumluluk sigortasını iki amaçla satın alır. Bunlardan ilki yöneticilerin ve müdürlerin tazminat ödemeleri için yapılan ödemenin şirkete ödenmesi ikincisi ise müdürlerin ve yöneticilerin karşılanmamış harcamalar ve zararlarının tazminidir³⁶¹. Müdürlerin ise bireysel olarak bu sigortayı satın almadaki ilk nedeni şirketin tazmininin ihtiyaçlarını eksik karşılayacağını düşünüyorlarsa daha büyük miktarda koruma sağlamak için; ikinci olarak, sigortadaki boşlukları doldurmak için üçüncü olarak ise, iflas ya da diğer benzeri durumlarda şirket zararın tazminini sağlayamayacaksa buna karşı koruma sağlamak gibi sebeplerle satın alırlar.

Eyalet kanunları, şirket eyaletin tazmin düzenlemelerinde müdürlerin ve yöneticilerin özelleşmiş sorumluluklarının şirketin tazmin edip edemediğinden bağımsız olarak şirketlerin müdürlerin ve yöneticilerin sorumluluk sigortası (D&O insurance) yaptırmalarına izin vermektedir³⁶². Bunu nedeni daha önce de açıklandığı üzere sigorta müdürlerin ve yöneticilerin sorumluluk ve şirketin tazmini arasındaki boşluğu doldurmakta ancak sigortanın kapsamı eyaletlerde farklılık gösterebilmektedir.

³⁶⁰ Barker, Jud; Langdon, David; O'Neil, George; Poirier Lisa; Sardi Linda; Simoncelli, Wendy; (*members of the CPCU Society's Connecticut Chapter*) Directors And Officers (D&O) Insurance: Overview, Trends, And The Effects Of Corporate Scandals, CPCU eJournal1/1/2006. Vol.59, Iss.1, s. 7-8.

³⁶¹ Barker/Langdon/O'Neil/Poirier/Sardi/Simoncelli, s. 7-8.

³⁶² Bunu nedeni daha önce de açıklandığı üzere sigorta müdürlerin ve yöneticilerin sorumluluk ve şirketin tazmini arasındaki boşluğu doldurmakta ancak sigortanın kapsamı eyaletlerde farklılık gösterebilmektedir. Örneğin bazı eyaletler eğer sorumluluk müdür ya da yöneticilerin kasıtlı olarak dürüst davranmadıkları ya da hukuki olmayan yollarla kişisel çıkar elde etmişlerse sigorta ödemesine izin vermemektedir, (Barker/Langdon/O'Neil/Poirier/Sardi/Simoncelli, s. 7-8).

Müdürler ve yöneticilerin ihmal sorumluluğuna karşı sigorta yaptırılması, katı olan sorumluluk rejiminin yetenekli kişilerin yönetici olmaktan cayma olasılığını hafifletmektedir³⁶³. Sigortacılar risk derecelerine göre primleri belirlediğinden yöneticiler ve müdürler primleri olabildiğince düşük tutabilmek amacıyla doğabilecek sorumluluk olasılıklarını azaltmak hususunda teşvik edilmiş olacaktırlar³⁶⁴. Yöneticilerin ve müdürlerin karar verme sürecinin öngörülemez olması ve yönetici veya müdürden beklenebilecek pek çok görev olduğu göz önüne alındığında, sigortacıların düşük riskli yöneticileri yüksek riskli yöneticilerden ayırt edebilme konusunda karşı karşıya kalabilecekleri güçlükler nedeniyle sigorta ücretinin genelde sorumluluğun caydırıcı etkisini hafiflettiği gerçeğinden kaçınmak mümkün değildir³⁶⁵. Yöneticiler ve müdürlerin şahsen dava edilmesi durumunda sorumluluk sigortası savunma masraflarının karşılanması ve tazminatın ödenmesi gibi mali ve hukuki yardım gibi mali olmayan teminatlar sağlanır.

Yöneticilerin ve müdürlerin sorumluluk sigortası neden oldukları zararı sigorta güvencesi altına alarak onların sorumluluklarını bir ölçüde hafifletmiş olmaktadır. Bu da müdürlerin ve yöneticilerin bu görevi kabul etmelerine özendirerek ve güven içinde yerine getirmelerini sağlayacaktır. Ancak Türk hukukunda bu konuda bir düzenleme yapılmış değildir. Bu alanda genel ve özel kloxlar getirilerek sigorta faaliyetleri daha da önem kazanacaktır.

b. Türk Hukukunda Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası

Sorumluluk sigortasının konusunu sigortalının malvarlığının pasif kısmındaki artışlar oluşturmaktadır³⁶⁶. Malvarlığının pasif kısmında bir artış şeklinde ortaya çıkan zararlar içerisinde, sigorta hukuku tarafından himaye altına

³⁶³Kubilay, Huriye; Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, Ankara 2003, s. 547.

³⁶⁴ Kubilay, s. 547-548.

³⁶⁵ Kubilay, s. 548.

³⁶⁶ Can, Mertol; Türk Özel Sigorta Hukuku: (Ders Kitabı) Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2009, s. 165.

alınmış olanlar ise borçlar ve bazı masrafların sigortasıdır³⁶⁷. Y&M sorumluluk sigortasında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin düzenlendiği bölümde "Sigorta" başlığını taşıyan 361'nci maddede bu kurum yer almaktadır: "*Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket güvence altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirilmesinde dikkate alınır.*"

Bu sigortayla, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirkete verebilecekleri zararlar güvence altına alınmaktadır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, hem sigortanın kim tarafından yaptırılacağı hem primin kimin tarafından ödeneceği hakkında bir hüküm yoktur³⁶⁸.

İlk defa 6102 sayılı Kanunla getirilen Y&M Sorumluluk sigortası, gerekçede de belirtildiği gibi; diğer gelişmiş ülkelerde oldukça yaygın olan yetenekli ve öngörülü kişilerin müdür ya da yönetici olarak yönetim görevini sorumluluk tehdidi altında olmadan icra etmelerini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Zira her ne kadar şirket zararı karşılayacağını taahhüt etse de, yönetim kurulu üyeliği şahsi sorumluluk gerektirir ve oldukça büyük risk taşır. Bu nedenle yönetim kurulu üyeleri bu görevi kabul etmek için sorumluluk sigortasının yapılmasını talep edebilirler. Türk hukukunda bu sigortanın yaptırılması için herhangi bir olanak olmamasına rağmen bir başlangıç olması ve sigortacılık faaliyetlerinin gelişmesi açısından oldukça önem taşımaktadır.

³⁶⁷ Can, s.165

³⁶⁸ Tekil, Müge, s. 123, 139 vd.

B. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ ŞARTLARININ 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ KAPSAMINDA İNCELENMESİ

1. Yönetim Kurulunun Karar Alması

Yönetim kurulu kararları ortaklığın iç ve dış ilişkilerinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanıdır³⁶⁹. Yönetim kurulu üyelerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları onlara yüklenen bir görev aynı zamanda sahip oldukları bir haktır. Ticari bir karar alınmadan önce yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini tam olarak yerine getirebilmelerini temin edebilmek için her türlü bilgiye zamanında ulaşmaları sağlanır³⁷⁰. Konuyla ilgili yeterli bilginin edinilip üyelerin önüne sunulması gerekmektedir.

Karar alma süreci ve bu sürecin oluşumu özen borcu bakımından önem taşır³⁷¹. Üyelerin toplantıya çağırısı ile toplantı günü arasında yeterli bir zamanın bulunması, toplantı süresi toplantıda yapılan tartışmalar, toplantı sırasında uzmanların görüşlerine başvurulması, tarafsız kalmayacak ve etki altında bulunan üyelerin toplantıya iştirak etmemesi, toplantı yetersayısı, karar yetersayısı gibi hususlar kararın özenli ve ciddi bir biçimde alınıp alınmadığı konusunda önem taşır³⁷². Toplantıya katılan üye sayısı arttıkça kararın güvenilirliği de artmaktadır; zira oybirliği ile alınan bir kararda edinilen bilgilerin yeterli olduğu kanısı oluşacak ve karardaki güvenilirlik artacaktır³⁷³. 6762 sayılı TTK'nın 338. maddesine göre karara karşı oy vererek toplantı tutanağına geçiren kurul üyesi sorumluluktan kurtulacağı gibi tutanağa geçirilen karşı oyun gerekçesi özen borcunun incelenmesi kapsamında önem

³⁶⁹ Bu niteliğiyle yönetim kurulu kararı bir hukuki işlemdir, (Aytaç, Kayıtlı Sermaye, s. 262; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 304; Domaniç, s. 597).

³⁷⁰ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 41.

³⁷¹ Kırca, Özen Borcu, s. 94. Yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağırılmasına ve toplantıya hazırlanılmasına ilişkin süreçler, tüm yönetim kurulu üyelerinin toplantıya tam olarak hazırlanmasına olanak sağlayacak şekilde düzenlenir, (SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 46).

³⁷² Grass, s. 89-90.

³⁷³ Şehirali Çelik, s. 362.

taşıyabilir³⁷⁴. Dolayısıyla karşı oy gerekçesi özen borcunun yerine getirilip getirilmediği hususunda davacı tarafından ileri sürülebilecek ve mahkemeler tarafından göz önüne alınması gereken bir unsur niteliğine sahip olacaktır. Tüm bu nedenlerle sorumluluk davasında incelenecek belgeler arasında yer alan müzakere zaptının özenli ve ayrıntılı bir biçimde tutulmasında üyeler açısından büyük bir fayda vardır³⁷⁵.

2. Alınan Kararın Tarafsız ve Bağımsız Olması

Yönetim kurulu üyelerinin en yüksek seviyede başarı sağlayabilmeleri için; dış etkilere uzak kalarak karar alma, yürütme ve temsil görevlerini bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durum SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde de belirtilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin yetenek, beceri ve deneyim düzeyleri ile bağımsızlık derecesi, yönetim kurulunun performans düzeyini ve başarısını belirlemekte ve şirketin hedefe ulaşmadaki başarısını doğrudan etkilemektedir³⁷⁶.

Alınan kararda kararın tarafsızlığının ve bağımsızlığının değerlendirilmesi açısından karardaki toplantı ve karar yetersayısı önem arz etmektedir. Kararın oybirliği ile alınması ya da büyük bir çoğunlukla kabul edilmesi kararın güvenilirliği açısından önemli bir unsur gibi gözükse de her zaman özen borcunun yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Nitekim şirket içindeki kontrol mekanizmasının değişmesi durumunda, üyelerin yetki kaybı korkusu nedeniyle yani kendi çıkarları için oybirliği ile karar aldığı durumlarda kararın güvenilirliği söz konusu olmayacaktır.

SPK Kurumsal Yönetim İlkelerine göre yönetim kurulunda yer alan bağımsız üyelerin, şirketin, pay ve menfaat sahiplerinin çıkarlarını herşeyin üstünde tutabilme ve kararlarda tarafsız olabilme avantajına doğal olarak sahip oldukları kabul edilmektedir³⁷⁷. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri yönetim

³⁷⁴ Şehirali Çelik, s. 362.

³⁷⁵ Kırcı, Özen Borcu, s. 94.

³⁷⁶ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 37.

³⁷⁷ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 37.

kurulunun şirketin çıkar çatışmasından uzak karar alabilmelerinde en büyük etkindir³⁷⁸. Bu nedenle kurumsal yönetimin daha doğru uygulanması, kararların daha tarafsız alınabilmesi için yönetim kurulundaki bağımsız üye sayısının artması sağlanmalıdır.

Yönetim kurulu üyeleri alınan kararla ilgili gerekli bilgileri edinmekle yükümlüdürler. Kendilerine sunulan bilgi ile sınırlı kalmadan ilave bilgi talep edebilirler. Böylece diğer şartlar da karşılandığı takdirde sorumlu tutulmaları engellenebilecektir. Oybirliği ile alınan karara ile alınan verilebilecek en güzel örnek ise; Smith v. Van Gorkom davasıdır. Yargıtay 11. H.D.'nin 2002 tarihli bir kararında kusurlu ve kötü yönetimleri ile anonim şirketin faaliyetini durdurmasına ve bunun sonucunda şirket aleyhine takip yapan alacaklının alacağını tahsil edememesine neden olan yönetim kurulu üyelerinin alacaklı davacıya karşı doğrudan doğruya sorumlu olduğu görüşünü benimsemiştir³⁷⁹.

3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Sadakat Borçları ve Şirket İle Çıkar Çatışmaları Arasındaki İlişki

Yönetim kurulu üyeleri için öngörülen özen ve sadakat borçlarının temelini anonim şirketlerde mülkiyet ve kontrol ayırımına dayalı olarak ortaya çıkan temsil problemini oluşturmaktadır. Bu yükümlülükler sayesinde şirket yöneticilerinin şirketin ve pay sahiplerinin çıkarlarını gözetmelerini ve şahsi çıkarlarını ikinci planda tutmaları sağlanmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri şirket çıkarına aykırı şekilde sonuçlanabilecek ihmalkâr davranışları özen borcuna, kendi şahsi çıkarının şirket çıkarından öncelikli olarak gözetilmesinde ise sadakat borcuna aykırılık söz konusu olacaktır³⁸⁰. Bu

³⁷⁸ Şehirali Çelik, s. 362. Ayrıca bkz, Özkorkut, Korkut; Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007, s. 5 vd.

³⁷⁹ Yargıtay 11. H.D. 11/03/2002 tarihli E. 2001/9198, K. 2002/2097 (Karar yayınlanmamıştır).

³⁸⁰ Özen borcuna uygun davranışın tespitinde şirket çıkarına hareket edilmiş olup olmadığı hususunun irdelenmesi aşamasında sadakat borcu ile özen borcu içiçe geçmiş olabilir, (Şehirali Çelik, s. 360 vd.).

nedenle yükümlülüklerin, şirket yöneticileri ile pay sahipleri arasında dikey çıkar çatışması çözümünde işlevi olduğu vurgulanmaktadır³⁸¹.

Yönetim kurulu üyeleri görevlerini ifa ederken sadakat yükümlülüğüne uygun olarak kendi çıkarlarını gözetmeden şirketin çıkarlarına uygun olarak hareket etmelidirler³⁸². Zira üyelerin kendi menfaatlerini ön plana çıkarmaları özen borcuna aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerin tarafsız kalamayacakları, kendilerinin ve yakınlarının çıkarlarını ilgilendiren bir işlem yapmaları halinde özen yükümü çok ciddi şekilde araştırılmalıdır³⁸³. Bununla birlikte üyenin kararını verirken bağımsız hareket edip etmediği, üçüncü bir kişinin etkisi altında kalıp kalmadığı araştırılır³⁸⁴.

Özen borcuna uygun davranış kapsamında şirket çıkarının gözetilmiş olması şartının yönetim kurulu üyelerinin şahsi çıkarlarını değil şirketin çıkarlarını gözetmeleri gerektiğinden hareketle şirket çıkarı kavramının yönetim kurulu üyelerinin şahsi çıkarları dışındaki çıkarlar olarak yorumlanması mümkündür³⁸⁵. Ancak şirket çıkarı ile şahsi çıkarında kesiştiği durumlar mümkün olabileceğinden bu yoruma katılmamaktayız. Burada şirket içindeki çıkar grupları arasından yönetim kurulu üyelerinin şahsi çıkarları kapsam dışı kaldığında da, şirket bünyesinde başta pay sahipleri ve çalışanlar olmak üzere farklı çıkar grupları mevcuttur. Şirket çıkarının bu bağımsız şirket gruplarından olup olmadığına ise farklı görüşlerin olduğu hala kesinleşmemiş bir konudur. Kurumsal yönetim ilkelerinde de şirketin çıkarı

³⁸¹ Şehirali Çelik, s.108.

³⁸² Aynı yönde Kırca, Özen Borcu, s. 94 “...Dava anonim şirket yöneticisinin eylemlerinden doğan zararların tazmini istemine ilişkindir. Davacılar, davalı yöneticinin şirketi borçlandırarak, aleyhlerine takipte bulunmasına, hacizler yapılmasına neden olduğunu ve şirket makinelerini kendi çıkarına kullandığını ileri sürerek bu zararların tazminini istemektedirler. Yöneticilerin eylemleri doğrudan zarara yol açmışsa, yani bu eylemler sonunda yöneticiler, ortakların veya alacaklıların mal varlığında doğrudan azalmaya yol açmışsa, bu zararı veren yöneticilere karşı, zarar gören adına tazmin istemiyle dava açılması mümkündür. Ancak zarar doğrudan değil, dolayısı ile, yani ortak veya alacaklıların değil,

onların çıkarlarının bağlı olduğu şirket varlığında azalma oluşmuşsa, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davada, hükmolunacak tazminatın şirkete verilmek üzere istenmesi gerekmektedir”. [11. HD, 7.3.2002, E. 2001/10145, K. 2002/1999, (www.kazanci.com.tr)].

³⁸³ Kırca, Özen Borcu, s. 94. 6762 sayılı TTK’nın 332. maddesi bu gibi durumlarda müzakerelere iştirak yasağı getirilmiş ve yasağa aykırı davranış nedeniyle doğan zarardan üyenin sorumlu tutulacağını hükme bağlamıştır.

³⁸⁴ Kırca, Özen Borcu, s. 95; Grass, 83.

³⁸⁵ Şehirali Çelik, s. 365.

diğer çıkarların yanında ayrıca belirtilmekte ve farklı çıkarlar arasında bir denge kurulması gerektiği vurgulanmaktadır³⁸⁶. Şirket çıkarı kavramının geniş olarak şirket içindeki çıkar gruplarının tümü olarak anlaşılması da mümkündür³⁸⁷. Bu durumda yönetim kurulunun yeterli araştırma yaparak aldığı kararlarda bütün çıkar gruplarını dengeleyici bir sonuca varması durumunda şirket çıkarına uygun hareket edilmiş olacaktır.

4. Yönetim Kurulu Üyelerinin İyiniyetli Olması

Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin kararlarını alırken iyi niyetli davranmaları esastır. Kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetim kurulu üyesi görevini basiretli biçimde ve iyi niyet kuralları çerçevesinde yerine getirir. İyi niyet unsuru, uygulamada yöneticilere isnat edilen hatanın diğer ticari takdir yetkisi şartları uyulmadığı takdirde önem arz eder. Yönetim kurulu tarafından verilen karar için hiçbir mantıklı neden görülüyorsa, o zaman kötü niyetinvar olduğu kabul edilebilir³⁸⁸.

Görevin basiretli ve iyi niyet kuralları çerçevesinde ifa edilmesi, benzer durumlarda ve benzer koşullar altında, asgari olarak gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterildiği anlamına gelir³⁸⁹. Kurumsal yönetim ilkelerinin IV. Bölüm 2.3. paragrafında yer alan bu ilkesinden de anlaşılacağı üzere yönetim kurulu üyelerinin karar alırken iyi niyetli ve basiretli davranılması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca burada basiretin tanımı da yapılmakta, benzer durumlarda benzer şartlar altında gösterilmesi gereken dikkat ve özen olarak belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa bu tanım Amerikan hukukunda Delaware Yüksek Mahkemesince yapılan tanımın aynısıdır. Dolayısıyla aslında hukuk sistemimize yeni girmiş olan ticari takdir yetkisinin aslında eskiden beri var olduğunu ve kurumsal yönetim ilkeleri ile de pekiştğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın yönetim kurulu üyeleri için basiretli iş

³⁸⁶ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 37.

³⁸⁷ Şehirali Çelik, s. 365.

³⁸⁸ Grass, s. 65.

³⁸⁹ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, Bölüm IV, s. 40.

adamı ölçüsünü kullanmasının ilkesel bir nitelik taşımamasına rağmen kararlarında son derece katı uygulanan özen derecesi bu ilkenin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmesini zorunlu kılmıştır.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, toptan zeytinyağı ticareti ile uğraşan bir anonim şirket, yine anonim şirket statüsündeki tacire yüklü miktarda zeytinyağı satmış; ancak zeytinyağı vaat edilen kalitede çıkmamıştır. Gerçek değerinin üç katı oranında bedel ödemek istemeyen alıcı şirketin yönetim kurulu üyesi, satıcı şirketin yönetim kurulu üyesi ile görüşmeler yapmış; satıcı şirketin murahhas azası zeytinyağının gerçek değeri üzerinden tahsilât yapmayı kabul etmiştir. Bu arada, belirtmek gerekir ki, alıcı şirketin ticarî satımlarda geçerli olan altı aylık ayıba karşı tekeffülden doğan zamanaşımı süresi geçmiştir. Satıcı şirketin murahhas azası buna rağmen ticarî doğruluk ve dürüstlük kurallarına uyarak indirim teklifini kabul etmiştir. Bu üyenin görev süresi bittikten sonra yerine seçilen selefleri, bu üyenin eksik tahsilât yapılmasına ve şirketin zarara uğramasına neden olduğu iddiası ile hakkında sorumluluk davası açılmasını sağlamıştır. İlk derece mahkemesi kusurlu fiili ile şirketin eksik tahsilât yapmasına neden olan üyenin bu zararı gidermek zorunda olduğuna karar vermiş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de kararınanmıştır. Bu karar hakkında karar düzeltme başvurusunda bulunulmuşve ilginç bir şekilde aynı daire kendi kararını şu gerekçelerle bozmuştur: *"...Ancak, bu olgunun bu davalıların kusurlu hareketleri sonucu şirket zararına doğmuş bir fark olarak kabulünü ve davalılardan tahsiliyoluna gidilmesini kolaylıkla benimsemek imkânı görünmemektedir. Zira; en geniş yetkiler verilen murahhas aza ..., daima şirket yararına ve şirket çıkarları doğrultusunda tasarruflarda bulunacağı inancıyla yetkilendirilmiş olup, kişisel çıkarları da iddia ve ispat edilemediğine göre, üstelik laboratuara tahlilleri sonucu çok düşük kalitede olduğu saptanmış tortulu yağlar için ayıp ihbarı süresi geçmiş olsa dahi sırf dürüstlük kurallarına uygun olarak ve ileride şirketin ticari ilişkilerinde güven itibarını kuvvetlendirecek şekilde esasen bozuk olan yağların gerçek değerine uygun bir fiyat üzerinden tahsilatı tamamlatmalarında, MK'nın 2. ve 3. maddelerinin*

ışığı altında iyi niyetin varlığını ve TTK'nın 336 ve 342. maddelerine giren bir sorumluluk hâli bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir. Bir şirketin her zaman kâr etmesi düşünölemeyeceğı gibi, kasıt ve ihmâl olmaksızın sadece iyi niyetli davranışlar sonucu kazanç kaybına uğraması hâlinde de, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi, hak ve nesafet kurallarına da uygun düşmez³⁹⁰”. Yargıtay normun ruhundan hareket ederek son dereceyinde ve ticaret hayatının gereklerine de uygun bir karar vermiştir. Gerçekten de murahhas azanın yaptığı şey, para kaybına neden olsa da şirketin gelecekteki itibarını ve çıkarını korumak amacıyla iyi niyetli olarak aldığı yerinde bir karardır.

5. Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Sadakat Borcu

Türk hukukunda ve Türk hukukuna kaynaklık etmiş diğer hukuk çevrelerinde sadakat borcunun var olduğu kabul edilmekle birlikte Türk özel hukukunda sadakat borcunun pozitif bir hukuk normu olarak düzenlenmiş haline rastlanmamaktadır. Bu borç MK 2/l fıkrasında düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından çıkmaktadır. Bu hükmün kaynağı olarak sözleşmeler hukukundaki “bona fides negotia”, eşya hukukundaki “civiltier uti” gösterilebilir³⁹¹. Sadakat borcu kodifikasyon çalışmaları sırasında örnek alınan Kara Avrupası ölkelerinde giderek önem kazanarak Yüksek Mahkeme kararları ile yeri sağlamlaşırken, ABD’de ise hukuk sisteminde yerini almış ve uzun süredir uygulanmakta bir kavramdır³⁹².

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve pay sahipleri arasındaki güven temeline dayanan ilişki yönetim kurulu üyeleri için sadakat (bağlılık) yükümlölüğünü de beraberinde getirir³⁹³. Sadakat borcu özen yükümünü de

³⁹⁰ 11. HD, 23.5.1986, E. 2998/K. 316, (Eriş; Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, C. II, Ankara 2004, s. 1953).

³⁹¹ Akın, Murat Yusuf; *Şirketler Hukukunda Ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu*, İstanbul, İMKB, 2002, s.4-5; Ansay, s. 134; Manavgat, s. 292; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 332.

³⁹² Akın, Sadakat Borcu, s.1.

³⁹³ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 76; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 231

içine alan bir üst kavramdır³⁹⁴. Sadakat borcunun yönetim kurulu üyeleri için de kabul edilmesinin nedeni, gerçekte yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında güven ilişkisi üzerine kurulu vekâlet ve hizmet akdinden kaynaklandığı söylenebilir. Yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde göstermekle yükümlü bulundukları ihtimam derecesinin ne olması gerektiği objektif ölçüler içerisinde ele alınmalıdır³⁹⁵. Bu kıstasa göre yönetim kurulu üyesi; dikkatli, makul basiretli bir idarecinin aynı hal ve şartlar altında göstermesi gereken dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür³⁹⁶. Ülkemizde uygulama şekli itibarıyla, genellikle yönetim kurulu üyeleri bir ücret veya kârdan belirli bir hisse aldıkları için kanun koyucu onların bu işi yaparken göstermesi gereken ihtimam derecesini belirtmek için, BK'nın 528. maddesi hükmüne yollamada bulunmayı uygun görmüştür³⁹⁷.

Üyelerin ispat gücü de hesaba katılırsa kasıtlı ve hileli davranışlarıyla şirketi zarara uğratmalarını bir yana bırakırsak; ihmallerinin bulunup bulunmadığı kendilerine yüklenen özen borcunu yerine getirip getirmediğinin tespitine bağlıdır³⁹⁸. Bunun işlevi ihmal kavramının belirlenmesidir³⁹⁹. Ticari takdir yetkisinin Türk hukukuna uygulanabilirliğinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu ayrı ayrı incelemek daha faydalı olacaktır.

a. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusurluluk temeline dayanmaktadır. Özen borcu; hem yönetim kurulu üyelerinin işlem ve eylemlerinde kusurlu olup olmadıklarını saptamaya yarayan bir ölçü hem de yönetim kurulu üyelerine kanun ya da esas

³⁹⁴ Çamoğlu, Özen Borcu, s. 392.

³⁹⁵ Doğanay, s. 58.

³⁹⁶ Doğanay, s. 58; Pulaşlı, Şirketler, s. 323.

³⁹⁷ Doğanay, s. 58.

³⁹⁸ Kırca, Özen Borcu, s. 87.

³⁹⁹ Kırca, Özen Borcu, s. 87.

sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş bir borç olduğundan kusuru belirleyecek bir ölçü olmaktan daha ileri bir anlam taşımaktadır⁴⁰⁰. Keza yönetim kurulu üyeliği görevinin icrası bağlamında yasanın kendisine yüklediği özen borcunu gereğince yerine getirmeyen üye kusurlu sayılır⁴⁰¹. Zira özen yükümü sadece kanun ya da sözleşmenin yönetim kurulu üyelerine somut olarak yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve itinayı değil başlı başına görevler yaratan ve yükleyen bir kaynağı da ifade eder⁴⁰². Bunun hukuki sonucu ise; özenin ihlali akdin ihlalini teşkil etmesi ve yönetim kurulu üyeleri vazifelerini icra ederken kasıtlı ya da kusurlu olarak verdikleri zararlardan dolayı şirkete pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olmalarıdır (TTK 336-338. maddeler). Yönetim kurulu üyelerinin özen gösterme borcunun derecesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinin hükmünün Borçlar Kanunu'nun 528/II. fıkrasına yollaması ile şirket işlerini ücretle gören ortağın özen borcu, vekilin özen borcu hususundaki hükümlere tabi olduğu belirtilerek belirlenmektedir⁴⁰³. Bunun sonucunda da BK'nın vekâleti düzenleyen 390. madde hükmüne göre vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabi olduğunu belirtmektedir. İşçinin sorumluluğu da BK'nın 320 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Yönetim Kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde böyle bir çözüm şekli anonim şirketlerin mahiyeti ile bağdaşan bir durum değildir⁴⁰⁴.

TTK 320. maddenin atıf yaptığı BK 528/II sadece ücret alan yönetim kurulu üyesinin özen ölçüsünü tanzim etmekte olduğundan ücret almayan yönetim kurulu üyesinin ne olacağı sorunu doktrinde farklı görüşlere sebebiyet vermiştir. Atan; TTK'nın 528/II maddesine binaen; objektif özeni göstermekle mükellef olan işçilerin sadece ücretle⁴⁰⁵ iş gören işçiler

⁴⁰⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 328.

⁴⁰¹ Çamoğlu Ersin, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batider, Cilt XXVII, sa. 1, s. 9.

⁴⁰² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 328.

⁴⁰³ Pulaşlı, (Şirketler), s. 324.

⁴⁰⁴ Kervankıran, s.259.

⁴⁰⁵ Ücret kavramından ne anlaşılması gerektiği de doktrinde tartışma konusu olmuştur. Yönetim kurulu üyelerinin vazifelerinin ifası karşılığında açıkça bir ücret belirlenmişse özen borcunun objektif olacağı şüphesizdir. Ancak TTK'nın 333. maddesine binaen kararlaştırılmamışsa her toplantı için alınacak huzur hakkını Hirsch, Mimaroğlu, Özaydın ve Yargıtay ücret olarak değerlendirirken;

olduğunu, yönetim kurulu üyelerinin ücretsiz çalıştıkları takdirde TTK'nın 138/l delaletiyle BK'nın 528/l gereğince adi şirket şeriki gibi kendi işlerinde mutad olan sübjektif özeni göstermeleri gerektiğini savunmaktadır⁴⁰⁶. Doktrinde ağırlıklı görüş yönetim kurulu üyelerinin, ister ücret alsın ister almasın, şirket işlerini görürken dikkatli, makul ve basiretli bir idarecinin aynı hal ve şartlarda göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermesinin ve bu özenin ölçüsünün de herhalde objektif olarak takdir edilmesinin gerekli olduğudur⁴⁰⁷. Yargıtay da 1962 tarihli bir kararında yönetim kurulu üyelerinin tedbirli bir şirket idarecisi gibi hareket etmeleri gerektiğini belirterek özen borcunun objektif nitelikte olduğunu kabul etmiştir⁴⁰⁸.

Diğer kararları gibi yönetim kurulunun takdir yetkisine dayanarak aldığı ve uyguladığı kararlara karşı yargı yolu açıktır⁴⁰⁹. Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ile sorumlulukları dolayısıyla kusurları arasında bağlantı vardır. Özen borcuna aykırılığın yaptırımı çoğu kez yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılabilmesidir; çünkü özensizlik bazı durumlarda kusur olarak değerlendirilebilmektedir⁴¹⁰. Kusur iradenin hukuka aykırılık yönünden saptırılması özensizlik ise yönetim kurulu üyeliğinin üyelere yüklediği görevi onların ortaklığın menfaati için dikkatle yerine getirmemeleridir⁴¹¹.

Yönetim kurulu üyelerinin üzerine düşen özen borcu ağırlaştırılabilir de hafifletilemez ve anonim şirketlerin mahiyetleri gereği hafif kusur halinde getirilen sorumluluktan beraat şartı da geçerli değildir⁴¹².

Arslanlı, Ansay ve Arar huzur hakkının ücret olmadığı görüşündedirler, (Çamoğlu, Özen Borcu, s. 394-398)

⁴⁰⁶ Atan, Turhan; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s.22. Arslanlı da aynı şekilde ikili bir ayrıma giderek; yönetim kurulu üyeleri şirket işlerini ücretle görüyorlarsa görevlerini yerine getirirken vekil, ücretsiz görüyorlarsa adi şirket ortağı gibi özen göstermeye mecbur oldukları görüşündedir, (Arslanlı, s.152; Mimaroglu, s.36).

⁴⁰⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 296. Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim kurulu Üyelerinin Özen Borcu*, Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 394. Helvacı, Mehmet; *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (Hukuki Sorumluluk)*, İstanbul 1995, s. 37 Pulaşlı, (Şirketler), s. 324. İmregün, *Ortaklıklar*, s.231. Ansay, s.108-109.

⁴⁰⁸ Tic. D. 16.12.1962 E. 4545 K. 4384, Batider. C. II Sa. 3, s.490.

⁴⁰⁹ Kırca, Özen Borcu, s. 87.

⁴¹⁰ Kırca, Özen Borcu, s. 87, dpn. 11.

⁴¹¹ Kırca, Özen Borcu, s. 87-88, dpn. 11.

⁴¹² Arslanlı, s. 156.

b. 6102 sayılı Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu

Özen ve bağlılık yükümünü düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 369. maddesinin gerekçesinde 320. maddenin göndermelerden oluşan bu nedenle de görsel olmaması bir yana karmaşaya da yol açan ve öğretide şiddetle eleştirilen bir hüküm olmuştur. Bu hükmün yeniden ele alınıp yeni bir düzenleme yapılmadı; ancak getirilen yeni düzenleme öngörülen yeni kavramlarla yeni tartışmaların da kaynağı olacağı benzetilmektedir. Yeni Türk Ticaret Kanununun 369. maddesinin 1. fıkrasında yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir. bunun yanı sıra özenli bir yönetici gibi davranam yükümünden somut olayda bir işadama gibi karar verme ölçüsünün anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁴¹³. Helvacı, ikinci fıkra ile getirilen 203 ilâ 205'inci madde hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin düzenleme ile TTK'daki yollamalar ile varılan sonucun açık olmamasının doğurduğu sakıncaların Kanundaki tek maddelik düzenleme ile son bulacağı görüşündedir⁴¹⁴.

Genel kurulun aksine, şirkette devamlı olarak faaliyette bulunan yönetim kurulu ile şirket arasında, organik bir bağ mevcuttur⁴¹⁵. Bu nedenle yönetim kurulu üyeleri görevlerini yerine getirirken, özenli bir şekilde hareket etmek zorundadırlar⁴¹⁶. Bu özen yükümü, doktrinde genel kabul gören görüş uyarınca, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet akdi olarak nitelendirilmesi sonucunda doğmaktadır. Bu borcun bağımsız bir borç mu yoksa kusurun bir derecesi mi olduğu hususu tartışmalıdır⁴¹⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun, 369. maddesinde, yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini yerine getirirken

⁴¹³ Çamoğlu, İflas, s. 11.

⁴¹⁴ Helvacı, Yenilikler, s. 199.

⁴¹⁵ Sezgin, s. 366.

⁴¹⁶ Çamoğlu, s. 389. Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 67 vd. İmregün, s. 173.

⁴¹⁷ Çamoğlu, Özen Borcu, s. 389. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 296. Helvacı, Yönetim Kurulu, s. 47 vd.

tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmeleri gerektiği ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek zorunda oldukları düzenlenmiştir⁴¹⁸. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunda açık olarak öngörülmeleyen dürüstlük kuralı gözetilerek şirket menfaatinin gözetilmesi yükümü; yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkimpay sahibi ve pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirilmemesi kastedilmiştir⁴¹⁹. Yine bu hüküm menfaat çatışması çıkan hallerde yönetim kurulu üyelerinin gerekli önlemleri almasını ve hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için şirket menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder⁴²⁰. Getirilen bu düzenleme, yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar⁴²¹.

c. 6102 sayılı Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Derecesi

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun 320. maddesinde yer verilen nesnel ve öznel özen ölçülerinin açık olmadığı, bu durumun farklı yorumlara ve tereddütlere yer açtığı, bu nedenle 320. maddedeki ölçütün terk edildiği 369. madde gerekçesinde ifade edilmektedir⁴²². 6762 sayılı Kanunun 320. maddesindeki ölçütün terk edilmesinin bir başka nedeninin ise, bu maddedeki ölçütün, işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olduğu ifade edilmektedir⁴²³. Madde gerekçesinde konu, ücret alan ve almayan yönetim kurulu bakımından örnek verilerek açıklanmaya çalışılmış; bunun bir çelik üretim şirketindeki yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu şeklinde yorumlanabileceği, ücret almayan üyenin özen borcunun

⁴¹⁸ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴¹⁹ Akdağ, s. 80.

⁴²⁰ Akdağ, s. 80.

⁴²¹ Akdağ, s. 80.

⁴²² Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴²³ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

ise içerikten ve sınırdan yoksun olduğu belirtilmiştir⁴²⁴. Ayrıca, işletme konusuna bağlanan özenin, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada özeni ya zorla kapsadığı ya da kapsam dışı bıraktığı ifade edilmiştir⁴²⁵. Gerekçede ayrıca, 6102 sayılı Kanun ile getirilen “tedbirli yönetici” kriterinin, yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerdiği ve bu nedenle yürürlükteki maddede öngörülenden daha geniş ve amaca uygun olduğu ifade edilmiştir⁴²⁶.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan *TTK’nın 203 ve 205 inci madde hükümleri saklıdır* hükmü kanun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; şirket menfaatinin gözetilmesi zorunluluğu, şirketler topluluğunda bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri yönünden sorun çıkarır. Bu durumda bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinden şirketin menfaatini topluluğun, bir topluluk şirketinin ve hakim şirketin menfaatinin önünde tutmak istemek gerçeği görmezlikten gelme anlamı taşır. Bu problemi çözmek amacı ile ikinci fıkra kaleme alınmıştır. 202’nci madde uyarınca, hakim şirketin bağlı şirketin kaybına sebep olacak tasarruflarda rol oynaması halinde, kaybı belli bir ölçüde denkleştirmesi gerekir. Anılan hüküm esasında denkleştirme yapılması şartı ile şirketin menfaatinin feda edilmesine izin vermekte; ancak denkleştirme, süresi içinde gerçekleşmediği takdirde, belli bir sürede dava açmayan yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmaya elverişli bulunmaktadır. 203’üncü maddede düzenlene tam hâkimiyet halinde, bağlılık yükümü ortadan kalkmakta, 204’üncü madde ise bunun istisnasını düzenlemektedir. Fark edildiği üzere bu hüküm yönetim kurulu üyelerine getirilen özen borcunu ağırlaştırmaktadır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesinin 26/II’ nci maddesinde “Yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık borcuna ilişkin hüküm, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan davalara uygulanmaz. Bu davalarda özen ve bağlılık borcu 6762 sayılı kanuna göre değerlendirilir.”

⁴²⁴ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴²⁵ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴²⁶ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

“Nesnellik”ten anlaşılması gerekenin; “görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gerekli yetenek ve öğrenime sahip olma” dır. Madde gerekçesindeişin gerektirdiği “özen”in “nesnel olarak” belirleneceği, o konuya ilişkin uzman bilgisinin aranmayacağı belirtilmiştir⁴²⁷. Ancak *Akdağ*; yapılan işin büyüklüğü ve karmaşıklığının gösterilmesi gereken özenin ağırlaşacağını uzmanlık gerektiren bir işte sorumluluğun ve özen borcunun orantılı olarak arttığı görüşündedir⁴²⁸. Bilgisinin yetmediği durumlarda uzman kişilerden bilgi alınması durumunda özen borcu yerine getirilmiş olacaktır. *Pulaşlı* da yönetim kurulu üyeliği için uzman bilgisi aranmayacağına ilişkin bu gerekçeye katılmamaktadır⁴²⁹. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve doktrininde, yönetim kuruluna seçilen kişinin, üyelik için gerekli beceri, bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekliliğinin savunulduğunu belirtmektedir⁴³⁰. Ayrıca, yönetim kurulunun görev ve yükümlülüklerinin kanundan doğduğu, bunların birçoğunun devir ve feragat edilemez, geri alınamaz nitelikte yetkiler olduğu, bu nedenle bu görevi yerine getirecek kişilerin yetenekli, bilgili ve deneyim sahibi olması gerektiğini; yönetim kurulu üyesinin her konuda uzman olmasa dahi, özel konularda uzman kişilerden bilgi alarak bu eksikliğini gidermesi gereken kişilerden olduğunu ifade etmiştir⁴³¹.

Özenin derecesinin belirlenmesinde baskın görüş, Amerikan ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi objektif bir ölçüye başvurulması gerektiği yönündedir.⁴³² Ölçünün objekteştirilmesi, özenin her olay için bir kereye mahsus tespit edilmesi ve her kimse için her koşulda bu ölçünün uygulanması anlamına gelmez⁴³³. Gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği, her olayın kendi bünyesinde incelenmeli ve ölçü olarak da

⁴²⁷ Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴²⁸ *Akdağ*; s. 72.

⁴²⁹ *Pulaşlı*, *Müteselsil*, s. 52.

⁴³⁰ *Pulaşlı*, *Müteselsil*, s. 53.

⁴³¹ *Pulaşlı*, *Müteselsil*, s. 57.

⁴³² *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, s. 296 vd. *İmregün*, *Ortaklıklar Hukuku*, 230vd.; *Helvacı*, *Yönetim Kurulu*, s.43vd.; *Kervankıran*, s. 260.

⁴³³ *Akdağ*, s.72.

normal tedbirli bir insandan aynı şartlar altında o olayda beklenen davranış dikkate alınmalıdır. Özenin ölçüsü belirlenirken, dava konusu olayın mahiyeti, işin önemi, ilgili kimselerin mensup oldukları sınıflar ve onlardan beklenebilen bilgi derecesi ve davranış, yaş ve cinsiyet gibi her duruma göre değişebilen özellikler dikkate alınır ve onun davranışları ile zarar verenin davranışları kıyaslanır⁴³⁴. Kusursuz sayılabilmenin çitası, belirli bir bilgi ve donanımına sahip olduğu takdirde yükselir ve bu kişiler kusurun objeleştirilmesi savıyla göstermeleri gereken özenin daha az olduğu iddiasında bulunamazlar⁴³⁵.

Madde gerekçesinde, “nesnellik için”, *diligentia quam in suis*’in (kişinin aynen kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi) yeterli olmadığı, bunun yerine “benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özenin esas alınacağı vurgulanmıştır⁴³⁶. Yine aynı şekilde hukukçu ya da işletme bilgisine sahip iki yönetim kurulu üyesinden örneğin hukuki alanda gösterecekleri özenin derecesi aynı olmayacaktır⁴³⁷. Federal Mahkeme şirketin sermayesinin büyük bir bölümünü çok spekülative bir kağıda yatıran yönetim kurulu üyesinin aynı hisse senedinden kendisi için üç kat daha fazla almasını mazeret olarak kabul etmemiştir⁴³⁸. Yönetim ve temsil konusunda yeterli bilgiye ve tecrübeye sahip olunmaması kişiyi sorumluluktan kurtarmamasına rağmen; Kanton Thurgau Yüksek mahkemesinin konuyla ilgili bir kararında ev hanımı ve anne olan eşin şeklen yönetim kurulu üyesi olmasına rağmen eşinin iş ve kararlarında herhangi etkisi bulunmaması ve şirketin yönetiminde de etkin bir rol oynamasının mümkün olmaması nedeniyle sözleşmeye aykırı davranışı ile zarar arasında gerek kusur gerekse illiyet bağının oluşmaması gerekçesiyle kadın açısından sorumluluğu reddetmiştir⁴³⁹. Bu karar her ne kadar yerinde bir karar gibi gözükse de kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanmasıyla

⁴³⁴ Kaneti, Selim; Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, Ankara 1980, s.74 vd.

⁴³⁵ Akdağ, s. 73

⁴³⁶ Akdağ, s. 74; Gerekçe, 369. madde, s. 110.

⁴³⁷ Akdağ, s. 73.

⁴³⁸ Akdağ, s. 74.

⁴³⁹ Akdağ, s. 75, dñn. 200.

sorumluluk altına da girdiği, özellikle kötüye kullanım açısından diğer kararlara da öncülük edeceği ve üçüncü kişilerin iyiniyetini suistimal etmesi açısından tehlikeli bir karar olduğu kanaatindeyiz. Türk Hukukunda da subjektif ve objektif özen ayrımı yapıldığını bunun anonim şirketler için de geçerli olduğunu mesleki bilgi ve tecrübeye ihtiyaç olmadığını ve kendi işinde gösterdiği özenin yeterli olduğunu savunan yazarlar olmasına rağmen doktrinde ağırlıklı görüş bilgisizlik ve mesleki tecrübesizliğin sözleşmenin yüklediği yükümlülüklerden ve sorumluluktan kurtarmayacağı yönündedir⁴⁴⁰. Yeterli bilgi ve donanıma sahip olmayan kimse görevi kabul etmekle birlikte özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve sorumluluğu da kabul etmiş sayılır.

IV. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE AÇILAN SORUMLULUK DAVASI

Şirkete karşı olan özen ve sadakat borcuna aykırılık, yönetim kurulu üyelerinin sözleşme nedeniyle tabi oldukları yükümlülükler olduğundan, sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. Bununla birlikte pay sahipleri veya alacaklıların açacakları davaların da aynı sözleşme temeline dayalı olup olmadığı hususunda *Ansay*, pay sahipleri ile şirket alacaklılarının açacakları davaların şirketin açacağı dava ile aynı hükümlere bağlamanın pek mümkün olmadığını⁴⁴¹, Çamoğlu ise pay sahipleri ve şirket alacaklılarının açacakları davaları da sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılabilceği görüşündedir⁴⁴². Normalde ortaklar ve alacaklılarla yönetim kurulu üyeleri arasında bir sözleşme bağı bulunmamaktadır. Ancak anonim şirket ve yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşmesel bir bağ bulunduğu ve ortakların ve alacaklıların dava hakkı şirketin dava hakkından kaynaklandığından, ortaklar ve alacaklıların dava haklarının da sözleşmeye aykırılık temeline dayandığı kabul edilmiştir.

⁴⁴⁰ Akdağ, s. 76.

⁴⁴¹ *Ansay*, s. 139.

⁴⁴² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 342.

A. ŞİRKETİN DAVA HAKKI

Anonim şirketlerde yönetim kurulu aleyhine hukuki sorumluluk davası açabilmek için öncelikle TTK 341. maddesi gereğince adi ekseriyetle karar verilmiş olması gerekmektedir⁴⁴³. Mezkûr hüküm uyarınca, anonim şirket genel kurulu eski ve yeni yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması hususunda dava açılmasına gerek olmadığına karar verirse ve bu menfi karara karşı şirket esas sermayesinin en az onda birini temsil eden hisse sahipleri dava açılması yolunda oy kullanırlarsa bu karar tarihinden itibaren en geç bir ay içerisinde Ticaret Mahkemesine dava açmaya zorunludurlar⁴⁴⁴. Ancak bu sürede geçse de dava hakkı düşmez⁴⁴⁵.

TTK'nın 356. maddesi hükmüne öre yönetim kurulu üyelerine dava açılıp açılmaması hususunda karar almak üzere şirket genel kurulunu kural olarak denetçiler toplantıya çağırır. Her hissedar, yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket müdürleri aleyhine dava açabilmek hakkına sahiptirler. Bu mefhumda; yapılan tahkikat sonucunda şikâyet konusu olayın gerçekten meydana geldiği açıklığa kavuşursa denetçiler şirket genel kurulunu toplantıya çağırmaya zorunludur (TTK 353/b.8)⁴⁴⁶. Şirket namına dava açma hakkı denetçilere aittir. Ancak azınlığın isteğiyle dava açılması halinde azınlık, denetçiler dışında bir vekil tayin edebilir. Dava açılması talebinde bulunan azınlık, ortaklığın bu nedenle göreceği muhtemel zararlara karşı teminat olmak üzere paylarını bir bankaya yatırmak zorundadırlar⁴⁴⁷. TTK'nın

⁴⁴³ Bu hüküm amir hüküm mahiyetinde olduğundan bu ekseriyet şekli ana sözleşme ile artırılmaz, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.308; Doğanay, s. 64).

⁴⁴⁴ Müstakil Ticaret Mahkemesi olmayan yerlerde bu tür davalara bakan Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmaya zorunludur.

⁴⁴⁵ Ansay, s. 40; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.308; Doğanay, s. 64; Pulaşlı, (Şirketler), s. 332.

⁴⁴⁶ TTK'nın 341. maddesi hükmü dava şartı mahiyetinde olduğundan şirket denetçileri anonim şirket genel kurulunca yönetim kurulu üyeleri aleyhine hukuki sorumluluk davası açılması hususunda karar alınmadan doğrudan doğruya yetkili ve görevli mahkemede dava açılmışsa, mahkeme davanın mevsimsiz açıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermeyecek ve davacıya anonim şirket genel kurulundan hukuki sorumluluk davası açılmasına muvafakat ettiklerine ilişkin karar getirmeleri hususunda HUMK 39–40 maddeleri uyarınca uygun bir mehil verecektir. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir, (HGK.20/9/1985 gün ve E.3980, K.6455- Yarg.11.H.D. 17/06/1980 gün E.3268, K..3234). Du durum dava ekonomisi açısından da yerinde bir karardır, (Doğanay, s. 65).

⁴⁴⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.309; Pulaşlı, (Şirketler), s. 332. Teminat verme zorunluluğunun diğer bir nedeni ise talepte bulunan ortakların %10'a sahip olup olmadıklarının kesin tespiti ve böylece olur olmaz açılacak davaların önlenmesidir.

341. maddesine göre; davanın reddi halinde azınlık ortaklığa karşı tazminatla yükümlüdür. Çamoğlu, bu hükmün yönetim kurulu üyelerinin dava nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın genel hükümlere göre azlıktan talebine mani olmadığı görüşündedir⁴⁴⁸. Bundan dolayı da TTK341/II son cümledeki hüküm *yatırılan teminat sadece ortaklığın bu yüzden uğradığı zararların karşılanmasına tahsisolunmuştur* şeklinde yorumlanmalıdır. Ortaklığın dava nedeniyle uğradığı zarar ise dava masrafları ve vekâlet ücretinden ibarettir. Ortaklığın dava hakkı, iflas halinde iflas idaresince, iflastan başka tasfiye hallerinde ise tasfiye memurlarınca kullanılır (TTK 450m. TTK 219/I)⁴⁴⁹.

B. ŞİRKET VE ALACAKLILARIN DAVA HAKKI

1. Dolaylı Zararlara Dayanan Davalar;

Ortaklığın malvarlığında eksilmelere yol açan her davranış hisse oranlarını etkiler ve eğer alacaklıların alacakları da tam olarak karşılanamıyorsa; bundan alacaklılar birinci derecede etkilenir. Keza ortaklığın gördüğü doğrudan zarar, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararına sebebiyet vermektedir. İşte bu dava ile güdülen amaç ortaklığın doğrudan doğruya gördüğü zararın gidererek ortakların ve alacaklıların da dolaylı olarak uğradıkları zararı gidermektir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 758.maddesinde açık yazalım; şirket alacaklıları şirketin iflas etmeden dolayısıyla sebep olunan zararın tazmini için dava açamayacakları yer almaktadır. İflas halinde de dava hakkı iflas idaresine geçeceğinden şirket alacaklılarına tanınan bu dava hakkının önemi yoktur⁴⁵⁰. Ancak iflas idaresinin talebi reddetmesi halinde alacaklılar dava

⁴⁴⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.309.

⁴⁴⁹ ABD hukukunda şirketin ödemezlik durumuna düşmesi halinde şirkete *receiver (yediemin)* ya da *trustee* tayin edilir. Bu şahıs diğer meselelerle birlikte, müdürler ve idarecilere karşı muhtemel dava haklarını da araştırır. Bu bakımdan şirket müdürlerinin sorumluluğunu gerektiren davaların büyük bir çoğunluğu iflas durumlarında *receiver* ya da *trustee*'ler tarafından açılan davalardır, (Conard F., Alfred (Çev. Özsunay, Ergun); *Birleşik devletler'de Şirket Müdürlerinin ve İdarecilerin Sorumluluğu*, Batider, Cilt 2, Sa. 2, Ankara 1963, s. 234).

⁴⁵⁰ Ansay, s.51.

yoluna başvurabilir. Türk Hukukunda ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 758.maddesine benzer bir hüküm olmadığından bu nedenle şirket alacaklıları iflastan önce dahi dava hakkına sahip olduğu savunulmaktadır.

Dolayısıyla zararlar nedeniyle açılan davanın hukuki dayanağını doktrin ortakların ve alacaklıların dava haklarından kaynaklanmasına binaen akde aykırılık temeline dayandığı kabul edilmektedir⁴⁵¹. Dava tarihinde ortak ya da alacaklı sıfatına haiz kimseler tazminatın şirkete ödenmesi olarak taleplerini yöneltirler. Buna ilişkin olarak Yargıtay 11. H.D. kararında “*Dava, dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası olup, davacı, dava dışı anonim şirketten alacaklı olan bir şirkettir. Ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerektiğini*”⁴⁵² belirtmiştir. Ortaklığa yapılan ödeme diğer talep haklarını ortadan kaldırmasına rağmen ortaklar ya da alacaklılara yapılan ödeme talep hakkını düşürmez.

2. Doğrudan Zararlara Dayanan Davalar;

Şirket ortakları ya da alacaklılarının yönetim kurulu üyelerinin fiilleri sonucunda ortaklığın zararından bağımsız olarak zarara uğrayabilirler. Bu durum da ortaklığın da zarar görüp görmemesi önemli değildir. Şirket ortakları ya da alacaklıları doğrudan doğruya meydana gelen zararlardan

⁴⁵¹ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 141; Ansay, s. 147; Pulaşlı, Şirketler, s.338. Tartışmalar için ayrıca bkz, Akdağ, s. 114; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.310.

⁴⁵² Yargıtay 11. HD, 11.3.2002 tarihli E. 2001/9498, K. 2002/2079 kararı, (Kazancı İçtihat Bankası)

dolayı tazminatın kendilerine verilmesini talep edebilirler. Bu davanın hukuki dayanağı sözleşmeye aykırılıktır⁴⁵³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 758. maddesinde şirket alacaklılarının dolayısıyla zararları nedeniyle dava hakkı ancak iflas haline hasredildiği halde doğrudan zararlar için böyle bir sınırlama yoktur⁴⁵⁴. Keza Türk hukukunda da böyle bir sınırlama mevcut değildir.

Pay sahibinin dava açabilme yetkisi yönünden şirketle aynı düzeyde kabul edilerek alacaklıdan ayrılmıştır. Kanun şirketin borçlarını ödediği sürece alacaklının zarara uğramadığı varsayımını kabul etmiştir⁴⁵⁵.

C. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE AÇILAN SORUMLULUK DAVASINDA HÂKİMİN İNCELEME YETKİSİ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarında, yönetim kurulu takdir yetkisi çerçevesinde verdiği kararların hâkim tarafından incelemeye tabi tutulmasında, bu incelemenin sınırlarının belirlenmesi hususunun kusur ve özen kavramlarıyla yakın ilgisi bulunmaktadır⁴⁵⁶. Ticari takdir yetkisinden yararlanılabilmesi için, şirket işleri özenli bir şekilde takip edilmiş ve kararlar özenle alınmış olmalıdır⁴⁵⁷. Yönetim kurulu üyelerinin toplantıya katılmaları hem görevlerinin gereği hem de özen yükümlülüklerinin bir parçasıdır⁴⁵⁸. Önemli ve mazur görülebilir bir sebebi olmaksızın yönetim kurulu toplantılarına katılmayan üye, ticari takdir yetkisi korumasından yararlanamayacaktır⁴⁵⁹.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle ilgili aldıkları kararların hakim tarafından içeriğine girerek incelenmesinin önlenmesini amaç edinen ticari takdir yetkisi prensibine göre; bağımsız ve tarafsız şirket yönetim kurulu,

⁴⁵³ Ansay, s.51.

⁴⁵⁴ Ansay, s.52.

⁴⁵⁵ Gerekçe, 555. madde, s. 208.

⁴⁵⁶ Kırca, Özen Borcu, s. 88.

⁴⁵⁷ Pulaşlı, Müteselsil, s. 60.

⁴⁵⁸ Pulaşlı, Müteselsil, s. 60.

⁴⁵⁹ Pulaşlı, Müteselsil, s. 60.

mevcut duruma göre gerekli araştırmaları yapıp, uzman kişilerden yeterli bilgileri toplayıp, kararın o anki şartlara göre şirketin menfaati için en uygun karar olduğunu düşünerek iyi niyetle hareket ettiği takdirde, şirket daha sonra bu karar nedeniyle zarara uğrasa dahi, yönetim kurulu üyelerinin özensizliğinden bahsedilemeyecek ve sorumluluklarına gidilemeyecektir⁴⁶⁰. Bu durumda kararın içeriğine bakmaksızın davanın reddedilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin bu hususta özen borcunu yerine getirip getirmediği, kararın verildiği tarihteki şartlara göre deđerlendirilmelidir⁴⁶¹. Diğer bir deyişle, TTK'nın 320. maddesinde öngörülen özen borcu, kararın verilmesi aşamasında yerine getirildiyse, yönetim kurulunun özensizliğinden bahsedilemeyecek ve bu şekilde şirkete karşı açılacak sorumluluk davalarının önü engellenecektir⁴⁶². Bu durumda hâkim karar verirken, yönetim kurulu kararının yerindeliğini yani bu kararın şirket açısından isabetli bir karar olup olmadığını mı yoksa hâkimin yerindelik incelemesi yapmayıp, sadece kararın alınmasında özenli davranılıp davranılmadığını mı araştırmakla yetinecektir⁴⁶³. *Kırca*'ya göre, sorumluluk davalarında hâkim, yönetim kurulu kararlarını yerindelik açısından inceleyememeli, gerekli özenin gösterilerek alındığı ancak sonradan isabetsiz olduğu anlaşılan kararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilememelidir⁴⁶⁴. Bunun gerekçesi ise, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve bu nedenle vekilin (yönetim kurulu üyesinin) kararın sonucunun (isabetli olması) değer, kararın alınması sırasında özenli davranmayı üstlenmesidir⁴⁶⁵. Ayrıca

⁴⁶⁰ Grass, s. 3; Pulaşlı, Mütelselil, s. 55; Kervankıran, 249 vd.; Akdağ, s. 82. Alınan karar kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık teşkil ediyorsa diğer kriterler başvurmasına gerek kalmayacak, hakim alınan kararın yerinde olup olmadığını denetleyebilir ve diğer koşulların gerçekteleşmiş olması kaydıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna hükmedebilir, (*Kırca, Özen Borcu*, 85-86).

⁴⁶¹ *Kırca, Özen Borcu*, s. 90.

⁴⁶² *Kırca, Özen Borcu*, s. 96.

⁴⁶³ *Kırca, Özen Borcu*, s. 88.

⁴⁶⁴ *Kırca, Özen Borcu*, s. 88.

⁴⁶⁵ *Kırca, Özen Borcu*, s. 89; Gümüş; vekilin özen borcuna ilişkin kitabında aynı sonuca anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında vekâlet ilişkisinin olduğunun kabul edilmesi veya bu ilişkiye TTK hükümlerini tamamlayıcı nitelikte olmak üzere BK'nun adi vekaletle ilişkin hükümlerinin uygulanacağı görüşünden hareketle varmaktadır. Zira vekâlet ilişkisinde vekil, belirli bir sonucun sağlanmasını değer, üstlendiği işi belirli bir özen ölçüsünde yerine getirmeyi borçlanır. Bu nedenle vekil kural olarak sonuçtan sorumlu değerildir. Gümüş, Alper M.; *Türk İşviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001. Aynı yönde, *Kırca*, s. 87. Vekil sonuca erişmemekten değeril;

yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararın sırf isabetsiz olması (yerinde olmaması) nedeniyle üyeleri sorumlu tutmak, onları ekonomi kurallarının izin verdiği riskleri üstlenmekten alıkoymak da bu da anonim şirketin bazı fırsatları kaçırmamasına, muhtemel kazançlardan mahrum kalması sonucunu doğurabilmektedir⁴⁶⁶.

Şirketin yönetimi için gerekli bilgi ve deneyime sahip oldukları varsayılarak hareket eden şirket yöneticilerinin kararlarının şirket yönetiminden uzak ve bu konuda teorikte ve pratikte bilgiye sahip olmayan hâkimler tarafından esasa girilerek incelenmesi adil değildir. Ancak hâkimin yerindelik denetimi yapamaması onun sorumluluk davaları nedeniyle önüne gelen yönetim kurulu kararlarını hukuka uygunluk açısından inceleyemeyeceği anlamına gelmez. Bu bağlamda hâkimöncelikle yönetim kurulu kararının herhangi bir kanun veya şirket ana sözleşmesinin açık bir hükmüne aykırılık teşkil edip etmediğini araştırarak; sorumluluk için aranan diğer şartların da mevcut olması durumunda kararın kanun veya şirket ana sözleşmesinin açık bir hükmüne aykırılığı üyelerin sorumluluğunu doğuracaktır⁴⁶⁷. Bu bağlamdahâkimler mümkün olduğunca kararın esasına girmekten kaçınmalı; ancak belirtilen ilkeler doğrultusunda hareket ederek incelemelerde bulunmalıdır. Diğer bir taraftan yeniliklere açık olmak ve bir takım riskler üstlenmek yöneticiliğin bir parçası olduğundan, hukuka uygun ancak isabetsiz olan kararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak, onları kazançlı yatırımlara girişmekten ve risk üstlenmekten alıkoyacaktır⁴⁶⁸. Ancak, takdir yetkisinin şirket menfaatlerine uygun kullanılmadığı somut verilerle açıkça ortaya konabiliyorsa, sorumluluk davasına bakan hâkim bu durumu da inceleyebilecektir⁴⁶⁹.

yaptığı faaliyetlerde özen göstermemesinden dolayı sorumludur, (Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 407. Ancak vekil varolan sözleşmede sonucu garanti etmiş ancak ifayı yerine getirmede başarısız olmuşsa tazminat borcu söz konusu olacaktır

⁴⁶⁶ Kırca, Özen Borcu, s. 90.

⁴⁶⁷ Kırca, Özen Borcu, s. 88, dpn. 12.

⁴⁶⁸ Kırca, Özen Borcu, s. 89.

⁴⁶⁹ Ancak bu halde dahi, takdir yetkisi kararın alındığı tarihteki şartlara göre değerlendirilmelidir. Karar tarihinde mevcut verilere göre şirket lehine sonuçlar doğurması beklenen bir işlem sonradan ortaya çıkan gelişmeler sebebiyle şirketi zarara uğratmışsa, yönetim kurulu üyeleri bundan dolayı

Hâkimlerin şirket yönetimine ilişkin olarak yeterli bilgi ve deneyime sahip oldukları düşünülse bile, aldıkları kararların piyasa baskısından ve rakiplerinin varlığından uzak olacağından alacakları kararların yerinde olmayacağı savunulmaktadır⁴⁷⁰. Ayrıca ücret alınmaması, ödül ya da sorumluluk gibi karar alma aşamasına etki edecek olan önemli faktörler de yer almayacaktır. Alınan kararda ortaya çıkabilecek sonuçların ayrıntılı olarak değerlendirilmesi, birbiriyle karşılaştırılması ve bir sonuca varılması durumunda da hâkimlerin değerlendirmesinin yeterli olmadığı düşüncesi yerinde olacaktır. Öte yandan, hâkimin yönetim kurulunun yerine geçecek şekilde karar alması, yönetim kurulunun takdir yetkisine müdahale etmesi anlamına geleceğinden, hâkimin görevi yalnızca yönetim kurulu üyelerinin kendilerine Kanunla veya sözleşme ile verilmiş olan görevleri yerine getirip getirmediğini incelemekle sınırlı olmalıdır.

Şirketle ilgili kararların denetlenmesinde bu yola gidilmesinin nedeni zamana ve şartlara göre uygun karar almak zorunda olan yönetim kurulu üyeleri şirketi idare ve temsil konusunda geniş takdir yetkisine sahip olmalarıdır⁴⁷¹. İşletmeyle ilgili kararlar çoğunlukla risklerin ve fırsatların değerlendirilmesinden sonra alındığından yöneticiler ticari takdir yetkisini kullanırken geleceğe yönelik tahminler ve beklentileri de dikkate almaları gerekmektedir⁴⁷².

sorumlu tutulamaz, (Kırca, Özen Borcu, s. 90; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 73).

⁴⁷⁰ Fischel; The Corporate Governance Movement, Vand. Law Rev, Vol. 35, N. 6, 1982, s.1288.

⁴⁷¹ Kırca;Özen Borcu, s.88. Grass, s. 1vd.;

⁴⁷² Akdağ; s. 83.

V. TİCARİ TAKDİR YETKİSİ İLKESİNİN İPTAL DAVALARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

Mehaz kanun olan İsviçre Hukuku'nda⁴⁷³ ve Alman Hukuku'nda⁴⁷⁴ yönetim kurulu kararlarına karşı münferit hissedarların iptal davası açabilmesi mümkün değildir⁴⁷⁵. Türk Hukukunda yönetim kurulu kararlarının yokluk veya butlan şeklindeki hükümsüzlüğünün defi olarak veya tespit davası yoluyla ileri sürülebilmesi uygulama ve öğretide kabul edilirken, yönetim kurulunun bu kadar ağır bir sakatlığı bulunmayan kararlarının akıbeti konusu sürekli tartışılmış ve iptal imkânının tanınmaması eğilimi ağırlık kazanmıştır⁴⁷⁶. Yapılan köklü değişikliklerle de bu durum değişmemiştir⁴⁷⁷.

İptal davasının kabul edilmeme nedeni hukuk güvenliğinin sarsılmasından ve yönetim kurulunun işleyişinin sekteye uğramasından korkulmasıdır. Kısa süreli olan ve sadece belli kişiler tarafından açılacak olan iptal davasının tüm bunlara neden olabileceği düşünülerek reddedilmesi; ancak süreye bağlanmayan ve herkes tarafından açılacak olan hükümsüzlük davasının kabul edilmiş olması açık bir çelişkidir⁴⁷⁸. Keza hükümsüzlük iptal davasıyla kıyaslanamayacak derecede hukuk güvenliğini sarsacak niteliktedir⁴⁷⁹.

Ticari takdir doktrini ile ticari kararların de koruma altına alınmasıyla, ilkenin iptal davalarında da uygulanabileceği savunulmaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan ticari bir karar, menfaatleri ihlal

⁴⁷³ Grass, s. 78; Özkorkut, s. 145; Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2009, s. 131.

⁴⁷⁴ Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yönetim kurulu ile genel kurul arasında bir ara denetim organı olarak gözetim kurulu bulunmaktadır. Bu ikili organ yapısı yönetim kurulunun sürekli gözetim altında olmasını temin etmektedir. Bu da APOK 202 ve 206. paragraflarında kayıtlı sermaye sistemi düzenlenmesine rağmen yönetim kurulunun bu sistem içindeki alacağı kararlara karşı iptal imkanı tanınmasını gerekli kılmamaktadır. Nitekim iptal imkânı da tanınmamıştır, (Özkorkut, s. 119; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 132; Ayaç, Zühtü; *Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu*, Prof. Dr. Ernst. E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 267).

⁴⁷⁵ Özkorkut, s. 145; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 131.

⁴⁷⁶ Özkorkut, s. 145.

⁴⁷⁷ Özkorkut, s. 145.

⁴⁷⁸ Özkorkut, s. 119.

⁴⁷⁹ Özkorkut, s. 119.

edilen ya da kararın yanlış olduğunu düşünen paydaşlar tarafından açılan bir iptal davasıyla zarar meydana gelmeden hukuka uygun duruma getirilecektir. Amerikan hukukunda uygulanan bu durum Manning'in ifade ettiği gibi⁴⁸⁰ aslında yönetim kurulu üyelerine koruma sağlayan ilke ile yönetim kurulu üyelerinin kararlarına karşı menfaati zedelenen kişiler tarafından, şirket için ilerde çok kazançlı olabilecek bir kararın iptaline neden olunabilecektir. Yani üye kararlarına karşı bir saldırı aracı olarak kullanılabilir. Diğer bir taraftan alınan kararın iptaliyle henüz zarar meydana gelmeden kararın etkilerinin doğmasına da engel olunabilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus alınan kararın ilke şartlarına uyularak alınıp alınmadığı sorunudur. İlke şartlarına uyularak alındığı takdirde, kararın karar alma usulüne göre özen yükümlülüğünü yerine getirilerek alınması durumunda çıkabilecek sorunlar ortadan kalkacaktır.

⁴⁸⁰ Manning, The Business Judgment Rule, s. 605.

SONUÇ

Yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yüklenmesi onların görev ve yetkilerini kullanırken hukuka uygun olarak kullanmalarına zorlayacak en etkili yoldur. Ancak söz konusu sorumluluk yükletilirken dengeli hükümler getirilmesi gerekmektedir. Sorumlulukla ilgili hükümlerin ağırlaştırılması iyi bir yönetici bulunmasını güçleştirecek; sorumluluğu önleyici hükümler getirilmesi ise kötü yönetime neden olacak her iki durumda da çıkarlar zedelenecek, şirketin zararına sebebiyet verilecektir. Amerikan hukukunda pay sahipleri ve yönetim arasında oluşan çıkar çatışmalarını gidermek amacıyla yararlandıkları prensiplerden en önemlisi içtihatlarla getirilen ve geliştirilen ticari takdir yetkisidir. Ticari takdir yetkisinin yaşanan ekonomik krizler ve büyük şirketlerin iflasları nedeniyle taşıdığı önem artmış ve artık şirketler hukukunda sorumluluğun temel yapıtaşı haline gelmiştir. Öncelikli olarak yöneticilere hareket serbestisi sağlamayı amaçlayan ticari takdir yetkisi kuralı, şirketin zarar etmesiyle sonuçlanan kararlarından dolayı ispat yükünün davacı üzerinde olması nedeniyle davalı olan yönetim kurulu üyeleri lehine güçlü bir karine sağlamaktadır. İchtihatlarla artık yerleşen bu ilkeye göre; şirketin yararına olduğu inancıyla hareket eden, iyi niyetli gerekli bilgiyi edinmiş olan ve doğrudan şahsi menfaat sağlamayan yönetim kurulu üyeleri aldıkları kararların sonuçlarından sorumlu tutulmazlar.

Ticari takdir yetkisinin doğmasında hâkimlerin ticari konularda uzman olmaması, yönetim kurulu üyelerinin verdikleri kararların daima risk içermesi ve üyenin bu riskleri değerlendirerek karar alması gerekliliği etkili olmaktadır. Keza sürekli sorumluluk endişesi altında olan ve tüm malvarlıklarını kaybetmesi tehlikesiyle karşı karşıya olacak olan yönetim kurulu üyeleri şirketi idare ve temsil konusunda etkili olamayacaklardır. Bu nedenle onlara bir nevi dokunulmazlık sağlayacak olan bu ilke şirketin daha iyi yönetimi sağlanacaktır. Bununla birlikte, ilke ile kararların içeriğine girilmesi ve ticari sırların açığa çıkması engellenebilmektedir. Bu sayede kötü niyetli olarak açılan davaların da önüne geçilebilecektir.

Hukuk sistemimizde ticari takdir yetkisinin uygulanması açısından herhangi bir engel olmadığı gibi aslında hukuk sistemimizde varolduğu ancak uygulanamadığı savunulabilir. Zira ticari takdir yetkisinin uygulanabilme şartlarına Ticaret Kanunumuzun genel ilkelerinden ya da kurumsal yönetim ilkelerinden ulaşılabilir. Örneğin; yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararın ticari bir karar olması gerekliliği TTK' dan kaynaklanan bir zorunluluktur. İlke, işletme ile ilgili alınmış yanlış ya da isabetsiz ticari bir karar varsa sorumluluk doğacak ve pay sahiplerinin alacaklıların ya da şirketin dava hakkı söz konusu olabilecektir. Ticari takdir yetkisinin diğer şartı olan üyelerin alınan kararlarda tarafsız ve bağımsız olmasının önemi SPK'nın yayınladığı kurumsal yönetim ilkelerinin IV. kısmında açık bir şekilde ifade edilmektedir. Hatta bu kapsamda bağımsız üyelerin sayısının yönetim kurulunda artmasının, bir şirkette kurumsal yönetimin doğru ve tarafsız olarak uygulanmasının önemli unsurlarından birtanesi olduğu da belirtilmektedir. Amerikan hukukunda yine bu ilke kapsamında yer alan bir diğer şart, şirketin menfaatini üyenin kendi şahsi menfaatinden üstün tutması gerekliliğidir. Üyelerin yeterli bilgiyi edinmedikleri ve bu nedenle zarara sebep oldukları Smith van Gorkom davasında ve Loft'un kaynaklarından yararlanarak Pepsi'yi güçlendirerek elde edilen menfaatlerin şirkete iade etmesiyle sonuçlanan Guth v. Loft davasında olduğu gibi Türk hukukunda da şirketin menfaatini üstün tutma ve farklı menfaat grupları arasında da bir denge sağlanma prensibi hâkimdir. Keza, kurumsal yönetim ilkelerinde de şirketin çıkarı diğer çıkarların yanında ayrıca belirtilmekte ve farklı çıkarlar arasında bir denge kurulması gerektiği vurgulanmaktadır. İlkenin uygulanabilirliği açısından özen borcunun yerine getirilmesi gerekliliği zaten kanunumuzda açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetim kurulu üyesi görevini basiretli biçimde ve iyi niyet kuralları çerçevesinde yerine getirir. Burada basiretin tanımı da yapılmakta, benzer durumlarda benzer şartlar altında gösterilmesi gereken dikkat ve özen olarak belirtilmiştir. Daha önce de ifade edildiği gibi kurumsal yönetim ilkeleri ile getirilen bu tanım Amerikan hukukunda Delaware Yüksek Mahkemesince yapılan tanımın aynısıdır. Dolayısıyla aslında Ticaret Kanunumuza yeni

girmiş olan ticari takdir yetkisinin aslında eskiden beri var olduğunu, kurumsal yönetim ilkeleri ile de pekiştiğini ancak uygulanmadığını söyleyebiliriz.

6102 sayılı Kanunun ilk halinde Amerikan hukukunda olduğu gibi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulması için yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karine olarak kabul edilmiş, kusurlu olduklarını ispat yükü bunun aksini iddia eden tarafa yüklenmiştir. Ancak Türk hukuk sisteminde maddeler arasında çelişkiye neden olması ve ispatının usul hukukunda bakımından zor olması nedeniyle bu madde hükmü kanun metninden çıkarılmış ve kusursuzluğu ispat yükü Alman ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi davalı yönetim kurulu üyelerine yüklenen bir yükümlülük haline gelmiştir.

Sonuç olarak açıklanan nedenlerle aslında sistemimizde uzun yıllardır var olan ticari takdir yetkisine uyum sağlanması pek de zor olmayacak gibi görünmektedir. Yargıtay'ın bu konuda daha hassas olması kararlarında kanunumuzda artık açıkça yer alan bu ilkeyi uygulayarak içtihat birliğinin sağlanması gerekmektedir. İlke şartlarının sorumluluk davalarında uygulanması, yönetim kurulu kararlarının kanunun emredici ve açık düzenlemesine aykırı olmadığı durumlarda kararların yükümlülük ihlali teşkil edip etmediği konusunda yol gösterici olacaktır. Dolayısıyla, alınan karar nedeniyle sorumluluk davasının söz konusu olduğu takdirde; kararın kanuna ve ana sözleşmeye yani hukuka uygunluğu denetlenmeli, kararı içeriğine de girerek birtakım ticari sırların açıklanmasına neden olabilecek derecede bir denetim yani yerindelik denetimi yapılmamalıdır. Mahkemeler yönetim kurulu üyelerinin görevlerini icra ederken yeterli bilgiyi edinmiş yerine getirdikleri özen yükümlülüğü değerlendirilirken yeterli bilgiyi edinerek ve iyi niyetli olarak hareket etmişse kararın esasına inmemelidirler. Ayrıca mahkemeler gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünü değerlendirme konusunda daha dikkatli olmalı, gerekçede yer aldığı gibi tedbirli yönetici ölçütünü esas almalı ve yöneticileri umulmadık vakılardan sorumlu tutulmamalıdır. Böylece başka deyişle *şirketler hâkimler tarafından değil yönetim kurulu üyeleri tarafından yönetilmeleri* sağlanacaktır. Hatta ticari takdir doktrininin iptal kararlarında da

uygulanabilecek olması, alınan kararların zaman içerisinde tahmin edilenden daha farklı bir şekilde sonuçlanmasını önleyecek ve şirketin zararına sebebiyet vermesi de engellenebilecektir.

KAYNAKÇA

Akdağ, Necla Güney; Türk hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.Bası, İstanbul 2010.

Akın, Murat Yusuf; Şirketler Hukukunda Ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İMKB İstanbul, 2002.

Ansay, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982.

Arkan, Sabih; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, Konferans, Bildiriler – Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, BTHAE, Ankara 2005.

Arsht, Samuel; *The Business Judgment Rule Revisited*, Hofstra Law Rev. Vol. 8, 1979.

Arslan, İbrahim; Anonim Sirketlerde Yönetim YetkisininSınırlandırılması, Konya 1994.

Arslanlı Halil; Anonim Şirketler (I. Umumi Hükümler), 3. Bası, İstanbul 1960.

Atan, Turhan; Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Aytaç, Zühtü; *Kayıtlı Sermayeli Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali Sorunu*”, Prof. Dr. Ernst. E. HIRSCH’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, ss. 257-290.

Bahtiyar Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2007.

Bainbridge, M. Stephen; *The Business Judgment Rule As Abstention Doctrine*, Vand. Law Rev, Vol. 57, I. 1, 2004.

Bainbridge, M. Stephen; *The Board of Directors as Nexus of Contracts*, Iowa Law. Rev. Vol. 88, 2002.

Balotti, R., Franklin; Hanks, James J. Jr., Rejudging Business Judgment Rule, *Bus. Law*. Vol. 48, 1992-1993.

Barker, Jud; Langdon, David; O'Neil, George;Poirier Lisa; Sardi Linda; Simoncelli, Wendy; *(members of the CPCU Society's Connecticut Chapter)Directors And Officers (D&O) Insurance: Overview, Trends, And The Effects Of Corporate Scandals*, *CPCU eJournal*, Vol. 59, 2006.

Bebchuk, L.; *The Case for Increasing Shareholder Power*, *Harvard Law Rev.*, Vol. 118, 2004-2005.

Bilgili, Fatih; *Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıklarının Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu*, Ankara 2004.

Block, J. Dennis; Barton E. Nancy; Radin A. Stephen; *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 5th ed., NewYork 2001.

Block, J. Dennis; Prussin Adam H.;*The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions:Viva Zapata?* *Bus. Law.*, Vol. 3, 1981-1982.

Branson, M. Douglas; *The Rule That Isn't A Rule- The Business Judgment Rule*, *Valparaiso Uni. Law. Rev.*, Vol. 36, 2002.

Colley, John L.; Doyle, Jacqueline L.; Logan, George. *What Is Corporate Governance?*. Blacklick, OH, USA: McGraw-Hill Professional Publishing, 2004,<http://site.ebrary.com/lib/gazi/Doc?id=10083553&ppg=26>, (04/03/2011).

Chen Tsai, Li Jyh Shu-Hsing ; *Directors' & Officers' Insurance, Corporate Governance and Firm Performance*. *International Journal of Disclosure & Governance*, Aug 2010, Vol. 7, Aug 2010.

Chaganti, Rajeswararao, Sherman, Hugh, *Corporate Governance and the Timeliness of Change : Reorientation in 100 American Firms*,Westport, CT,

USA: Greenwood Press, 1998,

<http://site.ebrary.com/lib/gazi/Doc?id=5003900&ppg=62>.

Conard F., Alfred; *Birleşik Devletler’de Şirket Müdürlerinin ve İdarecilerin Sorumluluğu*, (Çev. Özsunay, Ergun), Batider, Cilt 2, Sa. 2, Ankara 1963.

Çamoğlu, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluk İle) (Hukuki Sorumluluk), İstanbul 2010.

Çamoğlu, Ersin; *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu* (Özen Borcu), Öktem’e Armağan, Ankara 1970, ss. 389-402.

Çamoğlu, Ersin; “*Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu*”, Ankara 1970.

Çamoğlu Ersin, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batider, Cilt XXVII, sa. 1, (5-17).

Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006.

Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre (Çev. Özdemir, Salim); Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

Doğanay; Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin “Hukuki” Sorumlulukları, Batider, C. XVII, S. 3, Ankara 1994.

Dooley P. Michael; *Two Models of Corporate Governance*, Vol. 47, Bus. Law, 1992.

Eisenberg, Melvin; *The Divergence Of Standards Of Conduct And Standards Of Review In Corporate Law*(Standards of Conduct), Fordham Law Rev. Vol. 62, 1993.

Eisenberg, A. Melvin; *Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified*(The Business Judgment Rule), California Law Revision Commission, Vol. 28, 1998.

Eisenhofer, Jay W.; *Officers' and Directors' Liability under Delaware Law*, Tort and Insurance Practice Tips, The Brief, Vol. 22, 1993.

Eren, Fikret; Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.2,(Sorumluluk).

Fischel, R. Daniel; *The Business Judgment Rule And The Trans Union Case*(The Business Judgment Rule), Bus Law, Vol. 40, 1985.

Fischel; *The Corporate Governance Movement*, Vand. Law Rev., Vol. 35, N. 6, 1982.

Gold, S. Andrew; *A Decision Theory Aproach To The Business Judgment Rule: Reflections On Disney, Good Faith And Judicial Uncertainty*, Maryland Law Rev., Vol. 66, 2007.

Grass, R. Andrea; Business Judgment Rule Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management- Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zurich 1998.

Gümüş, Alper M.; Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

Gürbüz, A. Osman/Ergincan, Yakup; 2004 Kurumsal Yönetim: Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler, İstanbul 2004.

Hacımahmutoğlu, Sibel; AT ve Türk Hukukunda Anonim ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Hamilton; Robert W.; Black Letter, s. http://www.amazon.com/Black-Letter-Corporations-Outline/dp/0314257071#reader_0314257071 (15/02/2011).

Hansen, Charles; *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and The Business Judgment Rule, a Commentary*, The Business Law Rev.,Vol. 41, 1985-1986.

Helvacı, Mehmet; (Editör; Özkorkut, Korkut); *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler* (Yenilikler), Avrupa Birliği Perspektifinden TTK Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri: Uluslararası Konferans, *BTHAE*, Ankara 2010.

Helvacı, Mehmet; “*Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. maddesi ile getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması*” (Müteselsil Sorumluluk), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, ss. 219-232.

Helvacı, Mehmet; İsviçre *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu* (Yönetim Kurulu), Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, ss. 174-184.

Helvacı, Mehmet; *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (Hukuki Sorumluluk), İstanbul 1995.

Hill, A. Claire; McDonnell, H. Brett; *Disney, Good Faith, and Structural Bias*, Journal of Corporation Law, Vol. 32, No. 4, Summer 2007.

Hinsey, IV Joseph; Duty Of Care, “*Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: the Rule, the Doctrine, and The Reality*” G.W.Law. Rev., Vol. 52, 1984.

Holland, J. Randy; *Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus On Loyalty*, University Of Pennsylvania Journal Of Business Law, Vol. 11:3 2009,

[http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume11/issue3/Holland11U.Pa.J.Bus.L.675\(2009\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume11/issue3/Holland11U.Pa.J.Bus.L.675(2009).pdf), (04/03/2011).

İmregün, Oğuz; *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, İstanbul 1989.

İmregün, Oğuz; “ *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu*”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, ss. 255-278.

İzmirli, Yadigar; *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001.

Jones, E; *Directors’ Duties: Negligence and the Business Judgment Rule*, SA Mercantile Law Journal/SA Tydskrif vir Handelsreg, Vol.19, no. 3, [http://www.journals.co.za/ej/ejour_ju_samlj.html], (03/01/2011).

Kaneti, Selim; *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi*, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, 21-22 Ekim Ankara 1977, Ankara 1980.

Karayağın, Yaşar; *İsviçre Borçlar Kanununda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler*, Batider, C.XVII, sa.1, Ankara 1993, ss. 1-48.

Kaye, E. James; “*Corporate Law: Statutory Developments in Director’s Liability- State responses to Smith v. Van Gorkom*”, Annual Survey of American Law, Vol. 429, 1988.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kendigelen; Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s. 221-222.

Kenneth B. Davis, *Once More, The Business Judgment Rule*, Wisconsin Law Rev., Vol. 573, 2000.

Kervankıran, Emrullah; “*Alman Hukuku’nda Business Judgment Rule’nin Kodifikasyonu -Türk Amerikan Hukuku İle Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirme-*” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan Cilt.I, İstanbul 2007.

Kılıçoğlu, Mustafa; *Sorumluluk Hukuku*, Cilt 1, Ankara 2002.

Kırca, İsmail; “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu”(Özen Borcu), BATİDER, C XXII, sa.3, Ankara 2004, ss. 85-96.

Kırca, İsmail; İbra Kararının Geri alınması ve Bankacılık Kanunu’nun 133. maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, Batider, C. XXIII, sa. 3, Ankara 2006, ss. 31-51.

Kubilay, Huriye; Anonim Ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, Ankara 2003, ss. 537-562.

Lyman, Johnson; Modest Business Judgment Rule, The Business Lawyer, Vol. 55, 2000.

Manning, Bayless; *The Business Judgment Rule In Overwiev* (The Business Judgment Rule), Ohio St. Law J., Vol. 45, 1984.

Manning, Bayless; *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*, Bus. Law, Vol. 4, 1985.

Miller, S. Elizabeth/ Rutledge E. Thomas; *The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgment Rule In Unincorporated Business Organizations*, Delaware Journal of Corporate Law , Vol. 30, Issue 2, 2005.

Mimaroğlu, Sait Kemal; Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes’uliyeti, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.

Molly, J. Staab; The Business Judgment Rule in Kansas: From Black and White to Gray, Wasburn Law. J., Vol.41, 2001-2002.

Monks, Robert A. G; Minow, Nell; Corporate Governance, 4. Edition, Chichester/ West Sussex 2008, [http://books.google.com.tr/books?id,\(08/02/2011\)](http://books.google.com.tr/books?id,(08/02/2011)).

Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirmeler ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2009.

Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2009 (Hükümsüzlük).

Nowicki, Elizabeth; The Unimportance of Being Earnest: Reflections on Director Liability and Good Faith, August 1 2006, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921668, (26/03/2011).

Özkorkut, Korkut; Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996.

Paslı, Ali; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), İstanbul, 2005.

Peeples, Ralph A., *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation*, Notre Dame Law Rev. Vol. 60, 1984-1985.

Poroy Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin; Anonim Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 12. Basım, İstanbul 2011.

Putney, H. Albert; Partnership, Private Corporations, Public Corporations, *Liability of Officers And Directors To Stockholders Or To Creditors Of The Corporation*, Popular Law Library Vol. 8, Section 33.

<http://chestofbooks.com/society/law/Popular-Law-8/Section-33-Liability-Of-Officers-And-Directors-To-Stockhold.html>, (30/01/2011).

Pulaşlı Hasan; Şirketler Hukuku, 8. Bası, Adana 2011.

Pulaşlı, Hasan; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin, Ankara 2009, ss. 571-590.(Hukuki Sorumluluk)

Pulaşlı, Hasan; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü Ve Müteselsil Sorumluluğu*, Batider, Cilt XXV, Sa. 1., 2009, ss. 27-63. (Müteselsil)

Pulaşlı, Hasan; *Corporate Governance A.Ş. Yönetiminde Yeni Model(Kurumsal Yönetim)*, BTHAE, Ankara 2003. (Kurumsal Yönetim)

Pulaşlı, Hasan; *Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu*, Batider, C.XXIV, Sa.1, Ankara 2007, ss. 17-62.

Reisoğlu, Seza; *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Cilt.I, Ankara 2007.

Scott, Struan; *Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments*, , Mod. Law Rev., Vol. 66, 2003.

Sezgin, Ayşegül; "Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği" Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, ss. 365-382.

Sharfman, S. Bernard; *Being Informed Does Matter: Fine Tuning Gross Negligence Twenty Plus Years After Van Gorkom*, The Business Lawyer, Vol. 65, 2007.

Şehirli Çelik, Feyzan Hayal; *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008.

Şehirli, Kübra; *Kurumsal Yönetim*, SPK, Ankara, 1999.

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Rehberi, Ankara 2005, <http://spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf&submenuheader=null>.

Steiger, v. F. (çev. Çağa, T.); *İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1968.

Tandoğan, Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.II, Ankara 1987.

Tekil, Müge; *Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri için Sorumluluk Sigortası*, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, ss. 115-144.

Türkiye Bankalar Birliği Bankacılık ve Araştırma Grubu, Şeffaflığın Önemi Üzerine Bir Değerlendirme,

<http://www.tbb.org.tr/turkce/arastirmalar/Transparency.doc>, (06/04/2011).

Tekinalp Ünal; *Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili*, Ankara 1965.

Tekinalp, Ünal; *Fondaki Bankanın Hukuku*, İstanbul 2003.

Tic. D. 16.12.1962 E. 4545 K. 4384, Batider. C. II Sa. 3.

Tuzcu, Arcan; *Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı: İmkb-100 Örneği*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2003

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği, Mart 2008, Ankara 2008.

Ulusoy, Erol; *Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Yanlı, Veliye; "Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi", C.II, İstanbul, 2007.

ÖZET

ÇELİK İclal, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Ticari Takdir Yetkisi ve Bundan Doğan Sorumluluğu, Master Tezi, Ankara 2011.

Ticari takdir yetkisi hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla getirilmiş ve gerekçesinde de bu ilke geniş bir şekilde açıklanmıştır. 6102 sayılı Kanunun 553. madde hükmü“*hiçkimse kontrolü dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar sebebiyle, gözetim yükümü dolayısıyla sorumlu tutulamaz*” yeni tartışmalara neden olacak niteliktedir. Çalışmamızın amacı Amerikan hukuku kaynaklı içtihatlarla geliştirilen ticari takdir yetkisinin uygulanabilme şartlarını ayrıntılı olarak incelenerek, ilkenin Türk hukukuna uygulanmasına yardımcı olabilmek ve çıkabilecek tartışmaları ı ışık tutabilmektir.

Ticari takdir yetkisi Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını sınırlandırmak maksadıyla getirilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin aldıkları kararlarda uyulması gereken şartlar belirtilerek yönetim kurulu üyeleri için bir nevi *davranış kuralları* getirilmiştir. Sorumluluk davasının söz konusu olduğu hallerde ise *özen ölçütü* getirmektedir. Bununla birlikte ticari takdir doktrini ile de yönetim kurulu aleyhine *iptal davası* açılabilmesine imkân verilerek alınan kararın öncelikli denetimi sağlanarak daha zarar çıkmadan alınan kararın yerine getirilmesi engellenebilecektir.

Sonuç olarak ticari takdir yetkisi yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarmamaktadır. Yönetim kurulunun karar alınmasını önleyici, işlem yapılmasını geciktirici gereksiz nitelikte sorumluluk davalarının açılmasına engel olunması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davalarında belirtilen ilke şartlarına uyulduğu takdirde alınan kararın hakimler tarafından incelenmesine ve yerindelik denetimine tabi tutulmasına engel olunmaktadır.

Anahtar Sözcükler

1. Türk Ticaret Kanunu
2. Ticari Takdir Yetkisi
3. Sorumluluk Davası
4. Basiretli İş Adamı
5. Özen Yükümlülüğü
6. Sadakat Yükümlülüğü

ABSTRACT

ÇELİK İclal, The Business Judgment of The Board Members in Corporations and Their Liability under Business Judgment Rule, Master's Thesis, Ankara, 2011.

The business judgment rule has been adopted with the Turkish Commercial Code No:6102 and explained in detail in the preamble of the law. The Article 553 of the Code, *no person shall be held responsible for monitoring responsibility due to actions that are against law and company's constitution that are out of control* would cause new argumentations. The purpose of our thesis is to examine in detail, the conditions which the business judgement rule that is derived from the jurisprudence of the American court is applicable and help the principle's implementation to Turkish law and illuminate the probable discussions.

The business judgment rule is brought to Turkish law with the purpose of limiting the responsibility of the board members of the Stock Exchange Companies. The conditions to be abided during decisions of the Board members are determined and a kind of code of conduct is brought. In cases which a "liability action" a measure of "diligence" is adopted. In addition to that, this principle, provides the possibility of filing an annulment case, the "ex ante review" of directors' decisions is made possible and therefore avoids the implementation of the decision without causing company loss.

As a result, the business judgment rule does not release the directors from liability. It aims to preclude filing irrelevant/unnecessary liability actions and prevent causing later transactions which prevents the decision-making process of the board. In this context, if the mentioned rule conditions are obeyed/abided in actions against directors, the taken decision shall not be reviewed by the judges.

Keywords

1. Commercial Code
2. Business Judgment Rule
3. Liability Action
4. Prudent Business Man
5. Duty of Care
6. Duty of Loyalty