

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
ŞAHSÎ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DAVALARDA
MADDÎ HUKUKUN USÛL HUKUKUYLA ETKİLEŞİMİ**

DOKTORA TEZİ

Ali ESKİOCAK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY

Nisan 2022

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
ŞAHSÎ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DAVALARDA
MADDÎ HUKUKUN USÛL HUKUKUYLA ETKİLEŞİMİ**

DOKTORA TEZİ

Ali ESKİOCAK

Tez Danışmanı: Prof Dr. Sıtkı Anlam ALTAY

Nisan 2022

ÖNSÖZ

“Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla Etkileşimi” adlı bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde doktora tezi olarak hazırlanmıştır.

Tez konusunun belirlenmesinden tezin hazırlanıp bu aşamaya gelmesine kadarki tüm süreçlerde yakın ilgi ve desteğini esirgemeyen, değerli fikirleri ile her zaman yeni ufuklar açan, ayrıca manevî olarak da varlığını ve desteğini her zaman hissettiğim değerli Hocam, tez danışmanım Sayın Prof. Dr. S. Anlam Altay’a sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Ayrıca, yetişmemde önemli katkıları bulunan ve kendisinden çok şey öğrendiğim Hocam Sayın Av. Sümer Altay’a teşekkürlerimi sunuyorum. Almanca kaynaklardan yararlanma konusunda bana destek sağlayan, yorulmadan beni dinleyen ve sorularım hakkındaki yaratıcı fikirlerini paylaşan, her zaman yanımda olan dostum ve kardeşim Mehmet Emin Alpaslan’a değerli katkıları ve samimi dostluğu için teşekkür ediyorum. Bu vesileyle ayrıca, tükenmek bilmeyen enerjisi ve özverisi ile her koşulda ve her zaman yanımda olan, kendisini ve değerli ailesini tanıdığım için kendimi şanslı hissettiğim kardeşim Av. Selçuk Tomul’a da teşekkür ediyorum.

Her zaman olduğu gibi bu süreçte de bana destek olan ve bana inanan sevgili annem Münire Eskiocak ile babam Hasan Eskiocak’a ve sevgili kardeşlerime; hayatın getirdiği tüm zorluklarda sabırla ve sevgiyle elimi tutan ve bana yaşama enerjisi veren sevgili eşim Zarif Eskiocak ile oğlum Hasan Eskiocak’a varlıkları için teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR CETVELİ	XII
RÉSUMÉ	XVI
ABSTRACT	XX
ÖZET	XVI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASININ MADDÎ HUKUK YÖNÜ

I- Genel Olarak	4
II- Yasal Düzenlemelerin İncelenmesi	5
A- Ana Hatlarıyla 6762 Sayılı ETTK. 'daki Sorumluluk Sistemi	5
B- Ana Hatlarıyla 6102 Sayılı Yeni TTK. 'da Sorumluluk Düzeni	
Konusunda Yer Alan Düzenlemeler ve Getirilen Yenilikler	11
1- Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçları	11
2- Sorumluluğa İlişkin Hükümler	17
III- Sorumluluk Davasının Amacı, Konusu, Koruduğu Menfaat ve	
Bazı Kurumlarla İlişkisi	21
A- Sorumluluk Davasının Amacı ve Konusu	21
B- Korunan Menfaat	25
C- Malvarlığının Korunması İlkesi ile İlişkisi	28
D- Kurumsal Yönetim İlkesi ile İlişkisi	31
E- Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Davalarıyla İlişkisi	33
F- “Compliance” Kavramı ile İlişkisi	37

IV- Sorumluluğun Kaynağı ve Niteliği	41
V- Sorumluluğun Unsurları	45
VI- Sorumluluğun Özellikleri	48
A- Organa Özgü Sorumluluk	48
B- Kişisel Sorumluluk	50
C- Kusur Sorumluluğu	51
D- Müteselsil Sorumluluk ve Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi	58
E- Doğrudan – Yansıma Zarar Ayırımı	65
F- Özen ve Bağlılık (Sadakat) Borcu	77
1- Özen Borcu	77
2- Bağlılık (Sadakat) Borcu	96
G- Aslî Sorumluluk - Gözetim Sorumluluğu	100
H- “Zararın Tamamı”nın Dava Edilebilmesi	107
I- Tazminatın Ortaklığa Verilmesi	113

İKİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASI AÇMA HAKKININ NİTELİĞİ, DAVANIN TARAFLARI VE DAVA HAKKININ KULLANILMA YÖNTEMLERİ

I- Dava Hakkının Niteliği	117
A- Hakların Nitelendirilmesinde Metodolojinin Belirlenmesi	117
B- Hakkın Nitelendirilmesi Konusundaki Görüşler	118
C- Alacak Hakkı, Talep Hakkı ve Dava Hakkı Ayırımının Etkileri	126
D- Dava Takip Yetkisi ve Dava Yetkinliği	129
E- Görüşümüz	131
II- Davanın Tarafları	146
A- Davacılar	146
1- Genel Olarak	146
2- Anonim Ortaklık	147
3- Pay Sahipleri	150
a- Genel Olarak	150
b- Katılma İntifa Senedi Sahipleri ve Oydan Yoksun Hisse Sahiplerinin Durumu	154

c- İntifa ve Rehin Hakkı Sahiplerinin Durumu	156
d- Pay Sahipliği Sifatının Ortaya Konulması	157
e- Dava Açılırken Pay Sahipliği Sifatına Sahip Olunması Gereği ile Bu Sifatın Dava Sonuna Kadar Korunmasının Gerekip Gerekmediği	159
f- Anonim Ortaklığın Alacak Hakkını Temlik Etmesinin Pay Sahiplerinin Açtıkları Davalara Etkisi	163
g- Pay Sahipliği Sifatının Kazanılmasından Önceki İşlemler Nedeniyle Dava Açılıp Açılmayacağı	165
4- Hacizli Alacaklıların Dava Açıp Açamayacakları	166
a- Şirket Alacağının Haczi Durumunda	166
b- Pay Senetlerinin Haczi Durumunda	169
5- Birden Fazla Kişinin Dava Açması	172
B- Davalılar	175
1- Sorumlular Çevresi	175
a- Yönetim Kurulu Üyeleri	175
aa- Genel Olarak	175
bb- TTK. m. 334'e Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi Hâlinde Davalı	180
cc- TTK. m. 359'a Göre Tüzel Kişinin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi Hâlinde Davalı	182
dd- TTK. m. 360 Bağlamında Seçilen Yönetim Kurulu Üyeleri	187
ee- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri	188
ff- Mahkemece Kendilerine Yönetim Yetkisi Verilen Kayyım ve Komiserler	189
b- Yöneticiler	190
aa- Genel Olarak	190
bb- Yönetim Yetkilerinin Devri (TTK. m. 367) ve TTK. m. 553/2 Hükmünün Kapsamı Bakımından Yönetici	193
cc- TTK. m. 375/1-d Uyarınca Atanan Müdür ve Aynı İşleve Sahip Kişiler ile İmza Yetkisini Hâiz Kimseler	197
dd- Ticarî Temsilci ve Ticarî Vekiller	199
ee- TTK. m. 371/7 Uyarınca Atanan Kimselerin Durumu	201
ff- Komiteler	205

c- Fiilî organ	206
d- Pay Sahipleri Tarafından Açılan Sorumluluk Davalarında Anonim Ortaklığın Davalı Olarak Gösterilip Gösterilemeyeceği	
e- Zarar Verici İşlem veya Fiilin Tarafı Olan Üçüncü Kişilerin Davalı Olarak Gösterilip Gösterilemeyeceği	215
2- Davalılar Arasındaki İlişki	217
3- Tarafta İradî Değişiklik (HMK. m. 124)	221
III- Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale (Aslî Müdahale – Fer’î Müdahale)	223 226
IV- Dava Hakkının Kullanılma Yöntemi ve Geçici Hukukî Koruma Önlemleri	234
A- Eda Davası	235
B- Tespit Davası	237
C- Belirsiz Alacak Davası	238
D- Takibe Dayalı İflâs Davası	241
E- İlâmsız Takip ve İtirazın İptali Davası	243
F- İstisnaî Hallerde Doğrudan Doğruya Şahsî İflâs Davası	244
G- Tahkime Elverişli Olup Olmadığı	247
H- Delil Tespiti Yaptırılması	250
I- Davadan Önce veya Davada İhtiyatî Haciz Talep Edilmesi	251
J- Zarar Doğurucu İşlemlerin Durdurulmasının İhtiyatî Tedbir Yoluyla Talep Edilebilmesi Sorunu	252
K- İhtiyatî Tedbir Yoluyla Kayyım Atanmasının Talep Edilmesi Sorunu	254
L- Sorumluluk Davasının Bilgi Alma ve İnceleme Davası ile Bir Arada Açılamaması Sorunu	256
V- Objektif Dava Yığılması	258
VI- Davaların Birleştirilmesi	261

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVALARINDA

SAVUNMA VASITALARI VE İSPAT

I- Usûle İlişkin Savunma Sebepleri	265
A- Dava Şartları	265

1- Arabuluculuğa Başvuru Şartı	266
2- Görevli Mahkeme	269
3- Hukukî Yarar	271
4- Dava Takip Yetkisi	274
5- Genel Kurul Kararı	276
6- Özel Kanunlarda Yer Alan Dava Şartları	286
B-İlk İtirazlar	287
1- Yetki İtirazı	287
2- Tahkim İtirazı	290
II-Esasa İlişkin Savunma Sebepleri (İtiraz ve Def'iler)	291
A- Genel Olarak	291
B- Organ Sıfatına Sahip Olmamak	294
C- İbra	298
1- Genel Olarak	298
2- İbra Kararının Hukukî Niteliği	299
3- Açık – Örtülü (Zımnî) İbra Kararı	302
4- İbranın Kapsadığı Kişi, İş ve İşlemler	305
5- İbra Kararının Geri Alınamaması	310
6- İbranın Sakatlığının İleri Sürülmesi	312
a- Yokluk ve Butlan	313
b- İptal	314
c- İrade Sakatlığı	315
7- Sorumlulardan Bir Kısımının İbra Edilmiş Olmasının Diğer Davalıların Sorumluluğuna Etkisi	317
8- İbra Etmeme Üzerine Menfî Tespit (İbra) Davası veya Genel Kurul Kararının İptali Davası Açılması	318
9- İbra Yasağı	324
D- Hak Düşürücü ve Zamanaşımı Süreleri	325
1- TTK'da Düzenlenen Süreler	325
2- Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Süreler	333
E- Yönetim Yetkilerinin Devri	335
F- İhlâlin Kontrol Dışında Kaldığı Savunması (TTK. m. 553/3)	343
G- Özen Borcunun (Ölçüsünün) Yerine Getirildiği – İş Adamı Kararı Savunması (Business Judgement Rule)	345

H- Zarar Görenin Rızası ve Bu Bağlamda Hakkın Kötüye Kullanıldığı Savunması	350
I- Zarar Birlikte Sebebiyet Verme (Birlikte Kusur)	360
J- Dava Açılmasına İlişkin Genel Kurul Kararının Geçersizliği	362
K- Aşırı Yararlanma (Gabin) ve İrade Sakatlığı	364
L- Yönetim Kurulu Toplantısına Katılmamak, Karara Olumsuz Oy Vermek, Çekimser Oy Kullanmak	365
M- Ortaklık ile Yapılan Sorumluluğu Azaltan Sözleşmeler	368
N- Takas Beyanı	371
III- Karşı Dava	376
IV- İspat	379
A- Genel Olarak	379
B- İspat Yüğü ve İspatın Konusu	381
1- İspat Yüğü	381
a- Kavram	381
b- Sorumluluğun Unsurları Bakımından İspat Yüğü	383
aa- Hukuka Aykırı Fiil, Zarar ve Uygun Nedensellik Bağ	
Unsurları Yönünden İspat Yüğü	383
bb- Kusur ve Bu Bağlamda Özen Borcu Bakımından İspat Yüğü	383
c- Gözetim Yükümlülüğü Bakımından İspat Yüğü	389
2- Karineler	391
3- İspatın Konusu	393
a- Hukuka Aykırı Fiil (Kanun ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali)	394
b- Zarar	402
aa- Davacı Pay Sahiplerinin Yansıma Yoluyla Zarara Uğradıklarını İspat Etmelerinin Gerekli Gerekmediği	403
bb- Şirket Zararı	404
c- Uygun Nedensellik Bağ ve Bu Bağlamda TTK. m. 553/Son Hükümü.....	409
d- Kusur	412
4- Gözetim Yükümlülüğü Bakımından İspatın Konusu	414
5- Somutlaştırma Yüğü	417

C- İspat Ölçüsü	421
D- Özel Kanunlarda İspat Konusunda Yer Alan Hükümler	423
E- Deliller	424
1- İspata Elverişli Deliller	424
2- Delil Sözleşmesi	427
3- Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller	429
4- Ortaklığın Ticarî Defter ve Kayıtları	430
5- Tarafların Elleriindeki Belgeleri İbraz Mecburiyeti	432
6- Üçüncü Kişilerin Elinde Bulunan Deliller	433

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA, HÜKÜM VE HÜKMÜN İCRASI

I- Mahkemece Yargılama Yapılması ve Hüküm Verilmesi	437
A- Yargılama Usûlü	437
B- Yargılamanın Kapsamı ve Sınırları	438
1- Taraflarca Getirilme ve Teksif İlkeleri	438
2- Sorumluluğun Unsurlarının Araştırılması	439
3- Davalılarla Sınırlı Olarak İnceleme Yapılması ve Davalı Gösterilmeyen Yöneticilerin Durumunun Sınırlı Bir Şekilde Dikkate Alınması	440
4- Dava Konusu İş ve İşlemlerin Yapıldığı Sıradaki Somut Koşulların Değerlendirilmesi Zorunluluğu	443
5- Yerindelik İncelemesi Yapılamaması	445
C- İncelemenin Aşamaları	447
D- Sorumluluğun Unsurlarının İncelenmesi Bakımından Bir Sıralama Olup Olmadığı	448
E- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesinin Uygulanması	450
F- Zararın Varlığının Tespit Edilmesine Rağmen Miktarının Belirlenememesi Halinde Hakîmin Takdir Hakkı (TBK. m. 50/2)	459
G- Hüküm	460
1- Tazminat Şirkete Ödenmek Üzere Karar Verilmesi	461
2- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Bağlamında Her Bir Davalının Sorumlu Olduğu Miktarın Belirlenmesi (TTK. m. 557/2)	462

3- Tahsilde Tekerrür Olmamak Kaydıyla Hüküm Kurulması	463
4- Davaların Birleştirilmesi Hâlinde Verilecek Hüküm	465
5- Yargılama Giderleri	466
6- Hükümün Etkisi	471
a- Yeni Sorumluluk Davaları Bakımından	471
b- Rücu Davaları Bakımından	476
aa- Genel Olarak	476
bb- Davanın İhbarı Hâlinde Durum (İhbar ve Fer'î Müdahalenin Etkisi)	478
II- Kanun Yolları	482
III- Hükümü İcraya Koyma Yetkisi	483
A- Genel Olarak	483
B- Davacının İcra Yetkisine Sahip Olması	485
1- Tek Davacı Varsa	485
2- Birden Fazla Davacı Varsa	486
3- Aynı Davalı Aleyhine Ayrı Ayrı Davalar Açılmış ve Hükümler Alınmışsa	486
4- İlâmlı Takipte, Borcun Şirkete Ödenmesi Yolunda Talepte Bulunulması	487
C- Dava Açmayan Anonim Ortaklığın ve Pay Sahiplerinin Durumu	488
D- Tahsilde Tekerrüre Yol Açılmaması Gereği	492
E- Paranın İcra Dosyasından Şirkete Ödenmesi	494
F- Yargılama Giderlerine İlişkin Hüküm Fıkrasının İcrası	494

BEŞİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVALARINDA ÖZEL DURUMLAR

I- Zararın Giderilmesinin Sorumluluk Davasına Etkisi	496
A- Genel Olarak	496
B- Birden Fazla Şirket Zararının Varlığı Hâlinde Zararın Giderilmesi	497
C- Zararın Giderilmesi Hâlinde Şirketin Sahip Olduğu Diğer Hakların Durumu	498
D- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Bakımından Zararın Kısmen Giderilmesinin Sonuçları	499

E- Zararın Giderilmesine Yönelik Anlaşmalar	500
II- Sorumlulardan Bir veya Birkaçının İbra Edilmesinin TBK. m.	
166/3 Bakımından Değerlendirilmesi	501
III- Sorumluluk Davalarında Sulh, Kabul ve Feragat İşlemleri	509
IV- Sorumluluk Davası Kapsamında Rücu İlişkisinin İncelenip	
İncelenemeyeceği	514
V- Şirketin Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Sorumluluk Davasına Konu	
Olup Olamayacağı	519
SONUÇ	523
KAYNAKÇA	535

KISALTMALAR CETVELİ

AATUHK	6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkına Kanun
AktG	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bent
bkz.	Bakınız
BankK	5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BÜHFD	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CA	İngiliz Şirketler Kanunu (2006)
CPR	İngiliz Medenî Usul Kuralları
dn.	Dipnot
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
EBK	818 sayılı Borçlar Kanunu
ETTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HUAK	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
KYİ	Kurumsal Yönetim İlkeleri
KYT	Kurumsal Yönetim Tebliği
m.	Madde
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
N.	Numara
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMSF	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

RÉSUMÉ

Les membres du conseil d'administration, qui sont l'organe représentatif et exécutif de la société anonyme, sont investis de pouvoirs et d'attributions étendus à tous les stades de leur activité (Code de Commerce turc art. 365, art. 374). En cas de perte résultant de la violation de ces obligations, il est inévitable que la responsabilité soit mise en avant. Ceci est principalement une conséquence naturelle de la règle générale de "l'équilibre autorité-responsabilité". Dans ce contexte, l'existence et l'effectivité des actions en responsabilité ont un rôle dissuasif pour que les administrateurs ne manquent pas à leurs obligations. D'autre part, en raison du principe de la responsabilité limitée avec les actifs contre les créanciers de la société anonyme (Code de Commerce turc art. 329/1), la protection des actifs est importante pour empêcher les créanciers de subir des pertes. De plus, la question de la responsabilité revêt une importance particulière au regard des principes de gouvernance d'entreprise. Parce que la comptabilité et la responsabilité sont les éléments clés du principe de gouvernance d'entreprise dans les sociétés anonymes qui sont les acteurs les plus importants de la vie économique d'aujourd'hui.

Par conséquent, des réglementations détaillées prises en vertu du Code de Commerce turc concernant les obligations et les responsabilités des membres du conseil d'administration; en outre, les dispositions relatives aux poursuites en responsabilité ont été réglementées de manière plus détaillée et systématique et des changements importants ont également été introduits à cet égard. Dans ce cadre, un régime de responsabilité spéciale a été institué pour les administrateurs en dehors des dispositions de responsabilité générale, tandis que les articles 549 à 552 du Code de Commerce turc réglementent la responsabilité spéciale, l'article 553 et les articles suivants du Code de Commerce turc réglementent les dispositions relatives à la responsabilité générale. Ces articles sont relativement larges et complets par rapport à l'ancien code.

Diverses études monographiques ont été réalisées en matière de responsabilité juridique des membres du conseil d'administration et ce sujet a été largement examiné

dans les travaux sur le droit des sociétés anonymes. Cependant, l'aspect droit matériel de la responsabilité juridique a été principalement examiné dans la doctrine mais les questions liées aux actions en responsabilité et l'aspect procédurale de l'action ont trouvé une place limitée dans la doctrine. Les expressions similaires sont souvent utilisées concernant la nature du droit d'action des actionnaires et créanciers, mais l'aspect procédurale n'est généralement pas examiné avec une explication détaillée, des analyses et une caractérisation. Cependant, cette question est étroitement liée à des questions importantes telles que la relation entre les demandeurs, la litispendance, le jugement définitif, l'exécution du jugement et les caractéristiques des défenses.

Dans notre étude, en raison de l'importance des actions en responsabilité et de l'augmentation du nombre des actions en pratique, nous essayons d'expliquer les caractéristiques de l'action en responsabilité (l'aspect procédural) ainsi que l'aspect du droit matériel. Cependant, notre étude n'est pas une thèse de procédure civile, c'est une thèse de droit matériel et il vise à examiner les questions liées au droit procédural en commençant par la nature de la responsabilité, l'engagement de l'action jusqu'à l'exécution du jugement définitif rendu.

En conséquence, le sujet de notre étude est de décrire l'aspect de droit substantiel de l'action en responsabilité et d'examiner les domaines où la responsabilité des membres du conseil d'administration intersecter avec le droit procédural. Donc l'objectif de cette étude est l'aspect de droit substantiel de la responsabilité. Les problèmes procéduraux sont examinés dans cette perspective.

La responsabilité civile des membres du conseil d'administration a été examiné conformément à l'article 553 et les dispositions suivantes. L'analyse a été faite pour les personnes qui ont le droit d'action avant la déclaration de faillite, mais pas pour les autres qui ont le droit d'action après la déclaration de faillite (administration de la faillite, créanciers). La responsabilité des membres du conseil d'administration et des dirigeants a été prise en considération. Par ailleurs, la responsabilité résultant de la fondation, les cas particuliers de responsabilité régis par l'article 549 et suivants du Code de Commerce turc, la responsabilité de contrôleur qui est régie par l'article 554 du Code de Commerce turc, l'action particulière en responsabilité régie par l'article 193 du Code de Commerce turc, l'action en responsabilité à l'égard d'un groupe de

sociétés régi par l'article 202 et les dispositions suivantes du Code de Commerce turc et la révocation des personnes responsables entre elles selon leurs relations internes (action en révocation) sont exclues du champ de cette étude.

Notre étude, préparée dans ce contexte, se compose de cinq grandes parties, dans la première partie, les principes de l'aspect droit matériel de l'action en responsabilité ont été examinés. Dans ce cadre, les réglementations légales antérieures et nouvelles en matière de responsabilité, les innovations apportées par la Code de Commerce turc, la base juridique (la source), le but, l'objet, l'intérêt qu'elle protège, ses éléments, sa relation avec divers actions et institutions et ses caractéristiques sont important. La source de responsabilité est basée sur la relation contractuelle entre les membres du conseil d'administration et la société, et les éléments de responsabilité sont l'illégalité, le dommage, le lien de causalité et la faute. La responsabilité des membres du conseil d'administration appartient à l'organe de gestion, est personnelle et fondée sur la faute. Sur cette note, la présomption de responsabilité a été révoquée et le fardeau de la preuve repose sur le demandeur. Alors que le principe de solidarité différenciée a été inclus dans l'article 557 du Code de Commerce turc, il a été mis l'accent sur l'application des dispositions de relation de causalité ainsi que les articles 51-52 du Code des Obligations turc. En ce qui concerne le devoir de diligence, la méthode de référence indirecte au devoir de diligence de l'employé qui était régie par l'article 320 du précédent Code de Commerce a été abandonnée par l'article 369 du Code de Commerce turc, et le devoir de diligence a acquis l'objectivité par l'adoption de « *business judgement rule* (*agir avec diligence, bonne foi et loyauté en decision de gestion*)». En outre, dans l'exposé des motifs de l'article, il a été clairement indiqué que le critère de prudence sont pertinents avec la « *business judgement rule*» Le devoir de diligence est lié à des éléments d'« illégalité » et de « faute ». Par conséquent, cet article signifie l'objectivation de la faute. De ce fait, la frontière entre les éléments d'illégalité et de faute est devenue encore plus incertaine. La délégation de gestion (art.367 du Code de Commerce turc) est une situation qui a un impact sur la responsabilité, avec une délégation valable il y aurait partage responsabilité primaire - responsabilité de surveillance (art. 553/2 du Code de Commerce turc). La nouvelle règle, régie par l'article 557/2 du Code de Commerce turc qui prévoit qu'une action en justice peut être intentée pour l'ensemble du dommage et qu'il peut être demandé au juge de déterminer l'indemnisation de chaque défendeur dans une même action en

justice, est importante pour fixer qu'il n'est pas nécessaire que le demandeur tienne compte du principe de solidarité différenciée, et que ce principe est une règle qui ne s'adresse qu'au juge et à la décision qu'il établira.

Dans la deuxième partie, les caractéristiques du droit d'intenter une action en responsabilité, les parties de l'action et les modalités d'exercice du droit d'action sont discutées. La caractéristique du droit d'action qui pourrait être exercé par d'autres personnes que la société est importante. Le résultat est étroitement liée aux questions critiques telles que les défenses qui pourraient être invoquées par les défendeurs, et avec quelles défenses pourraient être invoquées contre quel demandeur, la relation entre les demandeurs, la litispendance, le jugement définitif, l'exécution du jugement. Après une évaluation détaillée, notre opinion est que les actionnaires et les créanciers ont chacun individuellement un droit substantiel d'engager une action en responsabilité. En outre, la manière d'exercer le droit de la demande réglementé par la loi est également importante. Étant donné qu'il n'y a pas de disposition ou de déclaration restrictive dans la loi concernant la manière de demande du dommage de l'entreprise, il est également possible d'appliquer tous les recours disponibles en vertu du droit de la procédure civile, de l'exécution et de la faillite. Il est possible de demander des mesures provisoires. Bien qu'il existe une réglementation générale quant aux parties à l'action en responsabilité dans la loi, il est important d'examiner ce sujet. A cet égard, l'action intentée par l'actionnaire avant la faillite n'est soumise à aucune condition. Le montant (ratio) de l'action (la part) n'est pas important. En ce qui concerne le défendeur, les défendeurs sont comptés dans la loi. A ce propos, il est important de déterminer qui entrera dans le champ d'application du concept de « dirigeants », qui est réglementé pour être responsable aux côtés des membres du conseil d'administration. La position des personnes qui ont le droit d'action peut varier selon les avis sur la caractéristique du droit d'action. A notre avis, il n'y a pas d'obstacle légal au dépôt d'actions en responsabilité distinctes par des personnes ayant droit d'action, et cette situation ne constitue pas une litispendance.

Dans la troisième partie de notre étude, les instruments de défense relatifs aux actions en responsabilité et à la question de la preuve sont abordés. Les moyens de défense sont importants en ce qui concerne l'instance pendante, la détermination de l'existence des éléments de responsabilité et le calcul du montant de l'indemnité. Parmi

les conditions d'action, en tant que moyens de défense en matière de droit procédural, la décision de l'assemblée générale et l'intérêt à agir revêtent une importance particulière. À notre avis la décision de l'assemblée générale devait être recherchée comme condition d'action. En outre, bien que l'intérêt à agir soit une condition générale d'action, il prend plus d'importance pour la cette étude, car dans les actions en responsabilité l'événement qui constitue une violation de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 Code Civil turc). En outre, l'adoption du principe de solidarité différenciée a accru l'importance des motifs de défense individuels. Les motifs matériels de la défense peuvent être très divers, tels que le fait de ne pas être investi d'un organe de gestion, la libération, la prescription, la forclusion, l'exécution du devoir de diligence et la délégation de pouvoir. De plus, comme dans tous les procès, la question de la preuve est également très importante dans les actions en responsabilité. Cependant, un système de preuve spécial et une méthode de preuve n'ont pas été prévus en termes des actions en responsabilité. Par conséquent, des questions telles que la charge de la preuve, l'objet de la preuve, l'échelle de la preuve et les preuves propres doivent être déterminées en tenant compte des caractéristiques spécifiques de l'action en responsabilité, et cela a été examiné dans ce cadre dans notre étude.

Dans le quatrième chapitre, le déroulement du procès, le jugement et l'exécution du jugement sont expliqués. En particulier, l'accent mis sur le lien de causalité et l'acceptation du principe de solidarité différenciée avec de nouvelles dispositions obligent le juge à procéder à un examen précis. Dans ce contexte, des questions telles que l'impossibilité du contrôle d'opportunité, la mise en œuvre du principe de solidarité différenciée et la prise en compte de la situation des responsables, qui ne sont pas parties au procès, sont les aspects originaux de la procédure. L'effet du jugement à la fin de l'action est également un sujet discuté dans la doctrine. À notre avis, le jugement ne constituera pas *res iudicata* (l'autorité de la chose jugée) pour les autres actions en responsabilité et les actions en révocation. Cependant, il convient de noter que l'effet de l'intervention en cas de dénonciation d'instance et d'intervention accessoire, pourrait être important en termes d'action en révocation, et de fait, il peut avoir un effet plus important que *res iudicata*. Une autre question importante est celle de savoir qui a le pouvoir d'exécuter le jugement et les possibilités dans cette question. Le point le plus prégnant ici est que le droit de réclamation de l'actionnaire (le demandeur)

comprend le pouvoir d'exécuter le jugement, mais le paiement perçu au stade de l'exécution doit être versée à la société.

Dans le cinquième chapitre, quelques situations particulières liées aux actions en responsabilité sont examinées. Dans ce contexte, il a été analysé que l'effet du recouvrement partiel ou total du dommage sur les autres parties responsables dans le cadre de diverses possibilités, la transaction et le désistement d'action (la validité et caractère obligatoire), l'examen de la libération d'une ou plusieurs des personnes responsables au sens de l'article 166/3 du Code des obligations turc, la pertinence de la révocation dans le cadre de l'action en responsabilité et les opérations collusoires de l'entreprise dans le cadre de l'action en responsabilité. Notre avis a été indiqué en conjonction avec l'analyse des arguments de la doctrine et de la pratique sur ces questions.

ABSTRACT

The members of the board of directors, which are the representative and executive body of the joint stock company, have been granted wide and comprehensive powers and duties regarding every stage of their activity (TCC. art. 365, art. 374). In case a loss arises as a result of violating these duties, it is inevitable that liability will come to the fore. This is mainly a natural consequence of the general rule of "authority-responsibility balance". In this context, the existence and effectiveness of liability lawsuits have a deterrent role for directors not to breach their obligations. Also, in consequence of having the principle of limited liability with assets against creditors at joint stock company (TCC. art. 329/1) the protection of the assets is important in terms of preventing the creditors suffering from losses. Moreover, the issue of liability has a particular importance in terms of corporate governance principals. Because, accountability and liability are the key elements of the corporate governance principal at joint stock companies that are the most important players of the today's economic life.

Therefore, comprehensive regulations made under the TCC regarding obligations and liabilities of the board members; besides that, provisions related to liability lawsuit have been regulated in a more detailed and systematical manner and also important changes introduced in this regard. In this context, a special liability system has been established for the board members apart from the general liability provisions, while articles 549-552 of TCC regulates special liability, article 553 and following articles of TCC regulate the provisions related to general liability. These articles are relatively broad and comprehensive compared to the former code.

Various monographic studies have been carried out with regard to legal responsibility of the board members and this subject has been discussed comprehensively in the studies on the law of joint stock companies. However, substantive law aspect of the legal liability has been mostly examined in the studies, and limited place has been given to the matters related with liability lawsuit and also

civil procedure law dimensions of liability. In this regard, while similar expressions are often used regarding nature of the right to action, which the persons (shareholders and creditors) have right of litigation other than partnership, generally it is not touched with a detailed explanation, analyzes and characterization upon procedural law dimensions. However, this issue is closely related with the important matters such as the relationship between the plaintiffs, pendency, final judgment, execution of the judgment, as well as what the defenses (objections and defenses) can be put forward by the defendants and which defense can be based on against which plaintiff.

In our study, due to importance of liability lawsuits and day by day increasing number of lawsuits in practice, it is tried to explain features of litigation phase of liability along with substantive law dimension. However, our paper is not a study on law of civil procedure, it aims to address the procedural law related issues beginning with nature of the liability, filing a lawsuit until enforcement of final judgement delivered end of proceedings by focusing on the substantive law (law of obligations and commercial law) basis of liability.

Accordingly, subject of our study is to outline the substantive law aspect of the liability lawsuit and examine the areas where board members' liability interacts with the procedural law; while all these explanations are made it has been considered that the focus of this study is substantive law aspect of the liability, and it has been striven for giving the insight into lawsuit dimension of the matter with this regard.

Also, in our study, with respect to legal liability of the board members it has been focused on article 553 and following provisions, and analysis has been made for the persons who have right to sue before declaration of bankruptcy, but not for the others who have right to sue after the declaration of bankruptcy (bankruptcy administration, creditors). Again, in terms of responsibility, only liability of board members and executives have been taken into consideration. Besides that, liability resulting from incorporation, special liability cases regulated under article 549 and following provisions of TCC, responsibility of auditors which is regulated under article 554 of TCC, a the particular action for responsibility regulated under article 193 of TCC, liability lawsuit in respect of group of companies regulated under article 202 and following provisions of TCC and revocation of responsible persons to each other

according to their internal relations (revocation action) are excluded from the scope of this study.

Our study, prepared in this context, consists of five main parts, in first part principals of the substantive law aspect of liability lawsuit have been examined. In this scope, the previous and new legal regulations regarding liability, the innovations brought by the TCC, the legal basis (source), purpose, subject, the interest it protects, its elements, its relationship with various lawsuits and institutions and its characteristics are important. The source of liability is based on the contractual relationship between the board members and the partnership, and the elements of liability are illegality, damage, proper relation of causality and fault. Liability of the board members is pertaining to the managing body, is personal and based on fault. On that note, the presumption of liability has been revoked and the burden of proof rests on the plaintiff. While the principal of differentiated joint liability has been included in article 557 of the TCC it has been put emphasis on the application of provisions of relation of causality and also articles 51-52 of the TCO. With regard to duty of care, the method of indirectly referencing to the employee's duty of care which was regulated under article 320 of the previous TCC has been abandoned by article 369 of TCC, and duty of care has been gained the objectivity by adoption of "*care of a prudent manager*" criteria. Besides, in article's preamble it has been clearly stated that criteria of prudent manager are relevant with "*business judgement rule*". Duty of care is related with elements of both "*illegality*" and "*fault*". Therefore, the said article means the objectification of the fault. As a result of that the border between the elements of illegality and fault has become even more uncertain. The delegation of management (art.367 of the TCC) is a situation that has an impact upon the liability, with a valid delegation there would be division of primary liability-liability for supervision (art. 553/2 of the TCC). The new rule, regulated under article 557/2 of the TCC that states a lawsuit can be filed for the whole of the damage and the judge can be requested to determine the compensation for each defendant in the same lawsuit, is important in respect of setting forth that it is not necessary for the plaintiff to take into account the differentiated joint liability principle, and that this principle is a rule that addresses only the judge and the decision s/he will establish.

In second part, characteristics of right to apply liability lawsuit, the parties to the lawsuit and the methods of exercising the right of action are discussed. Characteristic of the right of action which could be exercised by other than partnership is important in many aspects. The conclusion could be reached is closely related with the critical questions such as what defenses could be alleged by the defendants, and along with what defenses could be relied on against which the relationship between the plaintiffs, pendency, final judgement, enforcement of the judgement. After a detailed assessment, our opinion is that shareholders and creditors each individually have a substantive right for apply to liability lawsuit. Besides that, how to exercise the right of claim which is regulated under the code is also important. Since there is no restrictive provision or statement in the code regarding how to claim the company's damage, it is also possible to apply all remedies available under civil procedure and enforcement bankruptcy law and even possible to apply for temporary legal protection measures for the compensation of the company's damage. Although there is a general regulation as to the parties to the liability lawsuit in the code, it is important to reveal who could be on the plaintiff and the defendant side and under which circumstances. In this regard, neither bringing an action by shareholder before the bankruptcy is subject to any condition, nor the amount (ratio) of the share is important. As regard to defendant, it is counted in the code who is included. On that note, it is important to determine who will fall within the scope of the concept of “managers”, which is regulated to be responsible alongside the board members. Also, the position of the persons who have the right of action against each other may vary pursuant to the argument to be adopted on the characteristic of the right to action. In our opinion, there is no legal obstacle to the filing of separate liability lawsuits by persons have right of action, and this situation does not constitute pendency.

In third part of our study, defense instruments relating to the liability lawsuits and the matter of proof are discussed. The grounds of the defense are important in regard of pending the case, determining the existence of the elements of liability and calculating the amount of the compensation. Among the conditions of action, as grounds of defense in terms of procedural right, both decision of general assembly and elements of the legal interest have a particular importance. We reached the conclusion that the decision of the general assembly should be sought as a condition of action. In addition, although legal interest is a general condition of action, it gains more

importance for the research subject lawsuit of this study, because of that at liability lawsuits the event that constitutes violation of the prohibition of abuse of right (art. 2 Turkish Civil Code) occurs often. Besides that, the adoption of the differentiated joint liability principle has increased the importance of individual defense grounds. The substantive defense reasons can be very diverse, such as not being vested with a managing body, releasing, time bar and periods of prescription, performing the duty of care for the delegation of authority. In addition, as in every lawsuits, the matter of proof is very important in liability lawsuits as well. However, a special evidence system and proof method have not been foreseen in terms of liability lawsuits. Therefore, issues such as the burden of proof, the subject of the proof, preponderance of proof and eligible evidence for proof should be determined by taking into account the specific characteristics of the liability lawsuit, and it has been examined within this framework in our study.

In the fourth chapter, the subjects of making a trial by the court, giving the verdict and execution of the verdict are explained. In particular, laying emphasis on the causal relation and the introduction of the differentiated joint liability principle with new provisions it requires the court to conduct a precise examination. In this context, issues such as the inability to conduct a review of expediency, the implementation of the principle of differentiated joint liability, and the consideration of the situation of those responsible, who were not shown a party in the case, are the original aspects of the proceedings. The effect of the verdict at the end of the case is also a subject discussed in the doctrine. In our opinion, the verdict will not constitute a final judgment in respect of both other liability lawsuits and revocation actions. However, it should be noted that the effect of the intervention in case of third party notice and accessory intervention, could be important in terms of the revocation action, and in fact, it may have a further effect than the final judgment. Besides that, another important issue is that who has the power to enforce the judgment and related possibilities. The most striking point here is that the claimant shareholder' right to claim includes the power to enforce the judgement, but the receiving collected at the enforcement stage must be paid to the company.

In the fifth chapter, some particular situations related to liability lawsuits are discussed. In this context, it has been analyzed that the effect of partial or complete

recovery of the damage on the other responsible parties in the context of various possibilities, the execution of the settlement agreement and release and their validity and bindingness, the examination of the release of one or more of the responsible persons in terms of article 166/3 of the Turkish Code of Obligations, whether the revocation relevance can be assessed within the scope of the liability lawsuit, whether the collusive transactions of the company can be the subject of a liability lawsuit, and our opinion has been indicated in conjunction with analyzing arguments in the doctrine and practice on these issues.

ÖZET

Anonim ortaklığın temsil ve icra organı olan yönetim kurulunun üyelerine, faaliyetin her aşaması ile ilgili olarak geniş ve kapsamlı yetkiler tanınmış ve borçlar yüklenmiştir (TTK. m. 365, m. 374). Bu borçlara aykırı davranılması sonucunda bir zararın ortaya çıkması hâlinde ise, sorumluluğun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Bu durum, esasen, genel bir kural olan “*yetki – sorumluluk dengesi*” nin doğal bir sonucudur. Bu bağlamda, sorumluluk davalarının varlığı ve etkinliği, yöneticilerin yükümlülüklerini ihlâl etmemeleri konusunda caydırıcı bir role sahiptir. Diğer yandan, bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıkta, alacaklılara karşı malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olması (TTK. m. 329/1) nedeniyle de, malvarlığının korunması, alacaklıların zarara uğramaması açısından önemlidir. Ayrıca, sorumluluk konusu, kurumsal yönetim (*corporate governance*) ilkesi bakımından da özel bir yere sahiptir. Zîra, günümüzde ekonomik hayatın en önemli aktörleri olan anonim ortaklıklarda hesap verebilirlik ve sorumluluk, kurumsal yönetim ilkesinin temel unsurlarındandır.

Bu nedenle, TTK’da yönetim kurulu üyelerinin borç ve yükümlülükleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, bunun yanı sıra sorumluluk davasına ilişkin hükümler daha ayrıntılı ve sistematik bir şekilde düzenlenmiş ve ayrıca bu konuda önemli yenilikler getirilmiştir. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyeleri açısından genel sorumluluk hükümlerinin dışında özel bir sorumluluk sistemi oluşturulmuş, TTK. m. 549-552 hükümlerinde özel sorumluluk sebeplerine yer verilerek, TTK. m. 553 vd. hükümlerinde de sorumluluğa ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümler, eski kanuna göre oldukça geniş ve kapsamlıdır.

Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu bakımından bugüne kadar çeşitli monografik çalışmalar yapılmış ve konu anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin eserlerde de ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak, yapılan çalışmalarda, hukukî sorumluluğun daha çok maddî hukuk yönü incelenmiş, sorumluluk davasına ilişkin

hususlara ve sorumluluğun medenî usûl hukuku boyutlarına sınırlı olarak yer verilmiştir. Bu bağlamda, ortaklık dışında sorumluluk davası açabilecek kimselerin (pay sahipleri ile alacaklıların) sahip oldukları dava hakkının mâhiyeti konusunda, öğretide çoğu zaman benzer ifadeler kullanılmakla birlikte, konunun usûl hukuku boyutları konusunda genellikle ayrıntılı açıklama ve analizler ile nitelendirmelere yer verilmemiştir. Oysa, bu konu, davalıların ileri sürebilecekleri savunmaların (itiraz ve def'îlerin) neler olabileceği ve hangi davacıya karşı hangi savunmaya dayanılabileceği hususun yanı sıra, davacılar arasındaki ilişki, derdestlik, kesin hüküm, hükmün icrası gibi önemli konuları da yakından ilgilendirmektedir.

Çalışmamızda, sorumluluk davalarının bu önemi ve dava sayısının uygulamada her geçen gün artması nedeniyle, sorumluluğun maddî hukuk boyutunun yanı sıra, dava aşamasına ilişkin özellikleri inceleme konusu yapılmaya çalışılmıştır. Ancak, bu çalışmamız, bir medenî usûl hukuku çalışması olmayıp, sorumluluğun maddî hukuk (borçlar hukuku ve ticaret hukuku) temelini merkez almak suretiyle dava hakkının niteliğinden başlamak üzere, davanın açılmasından dava sonucunda elde edilecek hükmün icrasına kadarki usûl hukuku sorunlarını ele almayı hedeflemektedir.

Buna göre, çalışmamızın konusu, sorumluluk davasının maddî hukuk cephesinin esas hatlarıyla birlikte ortaya konulması ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun usûl hukuku ile etkileşim içinde bulunduğu alanların incelenmesi olup, bu açıklamalar yapılırken çalışmanın merkezinin sorumluluğun maddî hukuk boyutu olduğu göz önünde tutularak davaya ilişkin konu ve sorunların bu bağlamda incelenmesine gayret edilmiştir.

Ayrıca, çalışmamızda, yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu bakımından TTK. m. 553 vd. hükümleri esas alınacak ve sadece iflâstan önce dava açma hakkı olan kimseler bakımından inceleme yapılmış, buna karşılık iflâstan sonra dava açma hakkı olan kimseler (iflâs idaresi, alacaklılar) incelenmemiştir. Diğer yandan, sorumlular bakımından da, sadece yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin sorumluluğu dikkate alınmıştır. Bunların yanı sıra, kuruluştan doğan sorumluluk ile TTK. m. 549 vd. hükümlerinde düzenlenen özel sorumluluk hâlleri, TTK. m. 554'te yer alan denetçinin sorumluluğu, TTK. m. 193'te düzenlenen özel sorumluluk davası, TTK. m. 202 vd. hükümlerinde şirketler topluluğu hukuku bağlamında sorumluk

davaları ile sorumluların aralarındaki iç ilişkiye göre birbirlerine rücu etmeleri (rücu davaları) de bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu çerçevede hazırlanan çalışmamız beş ana bölümden oluşmakta olup; birinci bölümde, sorumluluk davasının maddî hukuk cephesinin esasları incelenmiştir. Bu kapsamda, sorumluluk ile ilgili eski ve yeni yasal düzenlemeler, TTK'nın getirdiği yenilikler, sorumluluğun hukukî temeli (kaynağı), amacı, konusu, koruduğu menfaat, unsurları, çeşitli dava ve kurumlarla ilişkisi ve özellikleri önem taşımaktadır. Sorumluluğun kaynağı, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayanmakta olup, sorumluluğun unsurları, hukuka aykırılık, zarar, uygun nedensellik bağı ve kusurdur. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, organa özgüdür, kişiseldir ve kusura dayanır. Bu bağlamda, kusur karinesi kaldırılmış ve kusuru ispat yükü davacıya yüklenmiştir. TTK. m. 557'de farklılaştırılmış teselsül ilkesine yer verilerek, TBK. m. 51-52 ile nedensellik bağı hükümlerinin uygulanmasına vurgu yapılmıştır. Özen borcu konusunda, eTTK. m. 320'de yer alan, işçinin özen borcuna dolambaçlı yollarla atıf yapılması yöntemi TTK. m. 369 ile terkedilmiş ve *“tedbirli bir yöneticinin özeni”* kriteri kabul edilerek özen borcu objektifleştirilmiştir. Ayrıca, madde gerekçesinde tedbirli yönetici kriterinin *“iş adamı kararı (business judgement rule)”* ile ilgili olduğu açıkça ifade edilmiştir. Özen borcu, gerek *“hukuka aykırılık”* ve gerekse de *“kusur”* unsuru ile ilgilidir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, kusurun da objektifleştirilmesi anlamına gelir. Böylece, hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki sınır iyice belirsiz hâle gelmiştir. Yönetim yetkilerinin devri (TTK. m. 367), sorumluluğu etkileyen bir durum olup, geçerli bir devir ile birlikte, aslî sorumluluk - gözetim sorumluluğu ayırımı söz konusu olur (TTK. m. 553/2). TTK. m. 557/2'de düzenlenen, zararın tamamı için dava açılabileceği ve hâkimden aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini talep edilebileceği yolundaki yeni kural, farklılaştırılmış teselsül ilkesini davacının dikkate almasının gerekli olmadığını, bu ilkenin sadece hâkime ve tesis edeceği hükme hitap eden bir kural olduğunu ortaya koyması bakımından önemlidir.

İkinci bölümde ise, sorumluluk davası açma hakkının niteliği, davanın tarafları ve dava hakkının kullanılma yöntemleri ele alınmıştır. Ortaklık dışında sorumluluk davası açabilecek kimselerin sahip oldukları dava hakkının niteliği birçok açıdan önemlidir. Ulaşılabilecek sonuç, davalıların ileri sürebilecekleri savunmaların neler

olabileceği ve hangi davacıya karşı hangi savunmaya dayanılabileceği hususun yanı sıra, davacılar arasındaki ilişki, derdestlik, kesin hüküm, hükmün icrası gibi önemli konuları yakından ilgilendirmektedir. Ayrıntılı değerlendirmelerden sonra görüşümüz, pay sahipleri ile alacaklıların sorumluluk davası açma konusunda ayrı ayrı birer maddî hakka sahip oldukları yönündedir. Diğer yandan, kanunda tanınan talep hakkının nasıl kullanılacağı da önemlidir. Şirket zararının hangi yollarla talep edilebileceği konusunda kanunda sınırlayıcı bir hüküm veya ifade öngörülmediğinden, şirket zararının tazmini için medenî usûl ve icra iflâs hukukunun tanıdığı tüm imkânlarla başvurulması ve hatta geçici hukukî koruma tedbirlerine başvurulması da mümkündür. Kanunda sorumluluk davasının tarafları bakımından genel bir düzenleme yer almakla birlikte, davacı ve davalı tarafta kimlerin yer alabileceğinin ve hangi koşullar altında bunun söz konusu olacağının ortaya konulması önemlidir. Bu bağlamda, pay sahibinin iflâstan önce dava açabilmesi, herhangi bir şarta bağlı olmadığı gibi, pay miktarı (oranı) da önemli değildir. Davalı sıfatı bakımından ise, kanunda sorumlular çevresine dâhil kimseler sayılmıştır. Bu konuda, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra sorumlu olacağı düzenlenen “yöneticiler” kavramının kapsamına kimlerin gireceğini tayin etmek önemlidir. Ayrıca, dava hakkına sahip kimselerin birbirlerine karşı konumu da, dava hakkının niteliği konusunda benimsenecek görüşe göre değişiklik gösterebilecektir. Görüşümüze göre, dava hakkına sahip kimseler tarafından ayrı ayrı sorumluluk davası açılmasına hukuken bir engel olmayıp, bu durum derdestlik teşkil etmez.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde de, sorumluluk davalarına ilişkin savunma vâsıtaları ve ispat konusu ele alınmıştır. Savunma sebepleri, davanın görülebilmesi, sorumluluğun unsurlarının varlığının tespiti ve tazminat tutarının hesaplanması bakımından önemlidir. Usûle ilişkin savunma sebepleri olan dava şartları arasında genel kurul kararı ve hukukî yarar unsurları özel bir önem taşımaktadır. Ulaştığımız sonuç, genel kurul kararının bir dava şartı olarak aranması gerektiği yönündedir. Ayrıca, hukukî yarar genel bir dava şartı olmakla birlikte, sorumluluk davası bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık (TMK. m. 2) teşkil eden hâllerle sıklıkla karşılaşılabileceğinden, bu şart inceleme konumuz olan dava için daha da önemlidir. Diğer yandan, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabul edilmesi, bireysel savunma sebeplerinin önemini artırmıştır. Esasa ilişkin savunma sebepleri, organ sıfatına sahip olunmaması, ibra, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler, yetki devri özen

borcunun yerine getirildiği gibi savunmalar olmak üzere çok çeşitli olabilir. Ayrıca, her dava gibi sorumluluk davasında da ispat konusu çok önemlidir. Ancak, sorumluluk davası bakımından özel bir delil sistemi ve ispat yöntemi öngörülmemiştir. Bu nedenle, ispat yükü, ispatın konusu, ispat ölçüsü ve ispata elverişli deliller gibi hususların sorumluluk davasının kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekmekte olup, çalışmamızda bu çerçevede inceleme yapılmıştır.

Dördüncü bölümde ise, mahkemece yargılama yapılması, hüküm verilmesi ve hükmün icrası konuları açıklanmıştır. Özellikle yeni hükümlerle nedensellik bağına yapılan vurgu ve farklılaştırılmış teselsül ilkesinin getirilmiş olması, mahkemenin titiz bir inceleme yapmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, yerindelik incelemesi yapılamaması, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması, davada taraf gösterilmeyen sorumluların durumunun karşılaştırma yapılmaksızın dikkate alınması gibi hususlar yargılamanın özgün yönleridir. Dava sonunda verilecek hükmün etkisi de, öğretide tartışılan bir konudur. Kanaatimiz, hükmün gerek diğer sorumluluk davaları gerek rücu davaları bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönündedir. Ancak, ihbar ve ferî müdahale hâllerinde söz konusu olan müdahalenin etkisinin rücu davası bakımından önemli olabileceğini ve aslında bunun kesin hükümden daha ileri bir etki doğurabileceğini belirtmek gerekir. Ayrıca, diğer bir önemli sorun da hükmü kimlerin icraya koyma yetkisine sahip olduğu ve buna ilişkin olasılıklardır. Burada en çok dikkati çeken husus, davacı pay sahibinin talep hakkının hükmü icraya koyma yetkisini de kapsadığı, ancak icra aşamasında sağlanan tahsilatın şirkete ödenmesi gerektiğidir.

Beşinci bölümde de, sorumluluk davalarına ilişkin bazı özel durumlar ele alınmıştır. Bu bağlamda, zararın kısmen veya tamamen giderilmesinin çeşitli olasılıklar bağlamında diğer sorumlulara etkisi, sulh ve feragat işlemlerinin yapılması ve bunların geçerliliği ile bağlayıcılığı, sorumlulardan bir veya birkaçının ibra edilmesinin TBK. m. 166/3 bakımından değerlendirilmesi, sorumluluk davası kapsamında rücu ilişkisinin incelenip incelenemeyeceği, şirketin yaptığı muvazaalı işlemlerin sorumluluk davasına konu olup olamayacağı değerlendirilmiş ve bu konularda öğretide ve uygulamada ileri sürülen görüşler de değerlendirilerek kişisel görüşlerimiz ortaya konulmuştur.

GİRİŞ

Sermaye ortaklıklarının ekonomik hayat içerisinde çok yaygın olarak kullanılmaları, ortaklıkların büyüklüğü, faaliyet gösterdikleri alanların gerek konu ve gerekse yer itibarıyla genişliği, istihdam bakımından da çok yüksek kapasitelere ulaşmaları, bir yandan TTK'da tek kişi ortaklığına dahi imkân verilirken diğer yandan sermaye piyasasının ülkemizde gelişerek halka açık anonim şirket sayısının her geçen gün artması ve hatta kamu otoritelerinin halka arzları teşvik etmesi, anonim ortaklıkları ekonomik hayatın en önemli ve vazgeçilmez süjeleri hâline getirdiği gibi, ortaklığa ilişkin menfaatlerin korunmasının ve hesap verebilirlik ilkesinin önemini de artırmıştır. Bu konuda, TTK'da sorumluluğa sebebiyet verecek durumların önlenmesi amacıyla başta özen borcu olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin borçları konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca genel kurulun ve yönetim kurulunun yetki ve görev alanları konusundaki sınırlar da çizildiği gibi, sorumluluk konusundaki hükümler de eski Kanun'dan farklı olarak toplu bir şekilde ele alınmıştır.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu bakımından bugüne kadar çeşitli monografik çalışmalar yapılmış ve konu anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin eserlerde de ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak, yapılan çalışmalarda, hukukî sorumluluğun daha çok maddî hukuk yönü incelenmiş, sorumluluk davasına ilişkin hususlara ve sorumluluğun medenî usûl hukuku boyutlarına sınırlı olarak yer verilmiştir. Bu bağlamda, ortaklık dışında sorumluluk davası açabilecek kimselerin (pay sahipleri ile alacaklıların) sahip oldukları dava hakkının mâhiyeti konusunda, öğretide çoğu zaman benzer ifadeler kullanılmakla birlikte, konunun usûl hukuku boyutları hakkında genellikle ayrıntılı açıklama ve analizler ile nitelendirmelere yer verilmemiştir. Oysa, bu konu, davalıların ileri sürebilecekleri savunmaların neler olabileceği ve hangi davacıya karşı hangi savunmaya dayanılabileceği, davacılar arasındaki ilişki, derdestlik, kesin hüküm, hükmün icrası gibi önemli konuları yakından ilgilendirmektedir.

Çalışmamızda, sorumluluk davalarının önemi ve dava sayısının uygulamada her geçen gün artması nedeniyle, sorumluluğun maddî hukuk boyutunun yanı sıra, davaya, diğer bir deyişle medenî usûl hukukuna ilişkin özellikleri inceleme konusu yapılmaya çalışılacaktır. Ancak, hemen belirtelim ki, bu çalışmamız, bir medenî usûl hukuku çalışması olmayıp, sorumluluğun maddî hukuk (borçlar hukuku ve ticaret hukuku) temelini merkez almak suretiyle dava hakkının niteliğinden başlamak üzere, davanın açılmasından dava sonucunda elde edilecek hükmün icrasına kadarki usûl hukuku sorunlarını ele almayı hedeflemektedir.

Bu bakış açısıyla hazırlanan çalışmamız beş ana bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde, sorumluluk davasının maddî hukuk cephesinin esasları incelenmiş, bu bağlamda, konu hakkındaki eski ve yeni yasal düzenlemeler, yeni kanunun getirdiği yenilikler, davanın hukukî temeli, amacı, konusu, koruduğu menfaat, unsurları, çeşitli dava ve kurumlarla ilişkisi ve ayrıca, organa özgülük, kişisel sorumluluk, doğrudan-dolaylı zarar ayırımı, yetki devrinin sorumluluğa etkisi, kusur sorumluluğu ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi, özen borcu ve “*business judgement rule*” (iş adamı kararı) gibi sorumluluğun özellikleri ayrı ayrı başlıklar altına ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise, öncelikle sorumluluk davasına ilişkin maddî hak ile dava açma hakkının hukukî niteliği özellikle pay sahipleri bakımından incelenecek, bu konuda öğretide yer alan açıklama ve görüşler değerlendirilecek, daha sonra dava hakkının kullanılma yöntemleri dava türleri bağlamında ele alınacaktır. Ayrıca iflâstan önce dava açabilecek kimseler ile hakkında sorumluluk davası açılacak kişiler, aslî-fer’î müdahale, tarafta iradi değişiklik, objektif dava yığılması, davaların birleştirilmesi gibi usûl hukukuna ilişkin temel kurumlar üzerinde de durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde de sorumluluk davalarına ilişkin usule (dava şartları ve ilk itirazlar) ve esasa dair savunma vâsıtaları (itiraz ve def’îler) açıklanacak, ayrıca karşı dava açılmasına değinilecek, daha sonra ispat bağlamında medenî usûl hukukunun önemli kurumları olan ve sorumluluk davalarında da büyük önem taşıyan ispat yükü, ispatın konusu, ispat ölçüsü ve deliller sorumluluk davası çerçevesinde ayrı ayrı incelenecektir.

Dördüncü bölümde ise, yargılamanın kapsamı ve sınırları, incelemenin aşamaları, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması, hüküm verilmesinde söz konusu olabilecek özel durumlar, hükmün etkisi ve nihâyet hükmü kimlerin icraya koyma yetkisine sahip olduğu gibi konular gerek sorumluluk davasının özellikleri ve gerekse medenî usûl ve icra iflâs hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde açıklanacaktır.

Son (beşinci) bölümde de, sorumluluk davalarına ilişkin özel durumlar olarak tespit ettiğimiz, zararın giderilmesinin sorumluluk davasına etkisi, sorumlulardan bir veya birkaçının ibra edilmesinin TBK m. 166/3 bakımından değerlendirilmesi, sulh, kabul ve feragat işlemleri, sorumluluk davası kapsamında rücu ilişkisinin incelenip incelenemeyeceği ve şirketin yaptığı muvazaalı işlemlerin sorumluluk davasına konu olup olamayacağı değerlendirilecektir.

Tüm bölümlerden sonra ise, genel değerlendirmelerimiz ve çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar sonuç kısmında ortaya konulacaktır.

Buna göre, çalışmamızın konusu, sorumluluk davasının maddî hukuk cephesinin esas hatlarıyla birlikte ortaya konulması ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun usûl hukuku ile etkileşim içinde bulunduğu alanların incelenmesi olup, bu açıklamalar yapılırken çalışmanın merkezinin sorumluluğun maddî hukuk boyutu olduğu göz önünde tutularak davaya ilişkin konu ve sorunların bu bağlamda incelenmesine gayret edilecektir. Ayrıca, çalışmamızda, TTK m. 553 vd. hükümleri esas alınacak ve sadece iflâstan önce dava açma hakkı olan kimseler (ortaklık ve pay sahipleri) bakımından inceleme yapılacak, buna karşılık iflâstan sonra dava açma hakkı olan kimselere (iflâs idaresi, alacaklılar) incelenmeyecektir. Diğer yandan, sorumlular bakımından da sadece yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler bakımından inceleme ve değerlendirme yapılacak, buna karşılık kurucular ve tasfiye memurları bakımından bir inceleme yapılmayacaktır. Bunların yanı sıra, kuruluştan doğan sorumluluk ile TTK m. 549 vd. hükümlerinde düzenlenen özel sorumluluk hâlleri, TTK m. 554'te yer alan denetçinin sorumluluğu, TTK m. 193'te düzenlenen özel sorumluluk davası, şirketler topluluğu hukuku bağlamında sorumluluk davaları (TTK m. 202 vd.) ile sorumluların iç ilişkiye göre birbirlerine rücu etmeleri (rücu davaları) da bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASININ MADDÎ HUKUK YÖNÜ

I- Genel Olarak

Yönetim kurulu üyeleri açısından TTK'da genel sorumluluk hükümlerinin dışında özel bir sorumluluk sistemi oluşturulmuş olup¹, TTK m. 549-552 hükümlerinde özel sorumluluk sebeplerine yer verilmiş ve TTK m. 553 vd. hükümlerinde sorumluluğa ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri gerek ortaklığa gerek pay sahiplerine ve gerekse alacaklılara verdikleri zararlardan dolayı sorumlu olup, bu kimseler doğrudan uğradıkları zararın tazminini TTK m. 553 vd. hükümlerine göre talep edebilirler. Bunun yanı sıra, pay sahipleri ve belirli koşullar dahilinde alacaklılar, kendileri için yansıma zarar teşkil eden şirket zararının şirkete tazminini talep etme hakkına sahiptirler. Sorumluluk davasının özgün bir yapısı olup, bu özellik kendisini pay sahipleri tarafından şirket zararının tazmini için açılan davalarda daha belirgin bir şekilde göstermektedir.

Bu bağlamda, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin borç ve yükümlülükleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapılması, sorumluluk davasına ilişkin hükümlerin daha ayrıntılı ve sistematik bir şekilde düzenlenmiş olması ve ayrıca bu konuda önemli yenilikler getirilmiş bulunması, davanın maddî hukuk boyutlarının ortaya konulmasının önemini artırmaktadır. Gerçekten, özen borcu konusunda yeni bir ölçü düzenlendiği gibi (TTK m. 369), kusurla ilgili yeni bir yaklaşım benimsenmiş (TTK. m. 553), ayrıca mutlak teselsül ilkesine karşı farklılaştırılmış teselsül ilkesi (TTK. m.

¹ Yaşar Karayalçın, “İsviçre Hukukunda Mütessesil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, C. II, s. 665; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Gülören Tekinalp, Ortalıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, **İÜHFM**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, Cilt: XLVII, Sayılar: 1-4, İstanbul, 1982, s. 350; yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun, özel kurallara (aktif ve pasif taraf sıfatının özel düzenlemesi, görev ihlali, teselsül ve zamanaşımı gibi) tâbi bulunmakla birlikte, genel sorumluluk hukukunun bir parçası olduğu yönünde bkz. Thierry Luterbacher, **Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Hrsg. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2015, Art. 754, N. 30.

557) getirilmiştir. Diğer yandan, yönetim yetkilerinin devrinin sorumluluğa etkisi konusunda da özel bir düzenleme (TTK m. 553/2) yapılmıştır. Bunun yanı sıra kontrol dışı olaylardan dolayı sorumluluğun olmayacağı açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca, yargılama giderleri ve zararın tamamının tazmininin talep edilmesi gibi usûl hukukunu da ilgilendiren özel hükümlere yer verilmiştir.

Bu bölümde, sorumluluk davasının maddî hukuk temeli, diğer bir deyişle hukukî sebep olarak sorumluluk davasının mâhiyeti, amacı, kaynağı, unsurları, çeşitli ilke, kavram ve davalarla ilişkisi, özellikleri eski ve yeni kanun hükümleri ve öğretide savunulan görüşler dikkate alınarak açıklanacaktır. Zîra, sorumluluk davasının bu maddî hukuk temeli, dava hakkının niteliğinden başlamak üzere, davanın taraflarını, dava şartlarını, sorumluluk ve savunma sebeplerini, ispata ilişkin hususları, mahkemece yargılama yapılıp hüküm verilmesini ve hatta hükmün icra edilmesini etkileyecek ve hatta belirleyecektir.

II- Yasal Düzenlemelerin İncelenmesi

A- Ana Hatlarıyla 6762 sayılı ETTK'daki Sorumluluk Sistemi

6762 sayılı eTTK döneminde, eTTK m. 305-308 hükümlerinde kuruluştan doğan sorumluluk hâlleri düzenlenmiş, 309. maddede ise bundan dolayı dava açılması ve dava açabilecek kimseler hüküm altına alınmış, kuruluştan sonraki döneme ilişkin sorumluluk ise ayrıca eTTK m. 336'da öngörülmüştü. ETTK m, 342 ve 346'da ise müdürlerin sorumluluğu ile ilgili olarak da ayrıca özel hükümlere yer verilmişti. ETTK m. 336. hükmünde ise, öncelikle örnek olarak dört bent hâlinde sorumluluk sebepleri sayılmış ve beşinci bentte de esasen ilk dört bendi de kapsayacak şekilde kanunun ve esas sözleşmenin yüklediği görevlerin kasten veya ihmal ile yerine getirilmemesi genel bir sorumluluk sebebi olarak öngörülmüştü. Bu hükme istinaden gerek şirket gerek pay sahipleri ve alacaklılar, doğrudan uğradıkları zararın tazmini amacıyla yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma imkânına sahip bulunuyorlardı². Bu hükümlerin yanı sıra, eTTK m. 309'da da, yönetim kurulu üyelerinin kuruluştan doğan sorumluluğu bağlamında ortaklığın dışında, pay sahipleri

² Yarg. 11. HD'nin 02.03.2011 T., 2009/8537 E. ve 2011/2100 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ve alacaklıların da tazminat şirkete verilmek üzere dava hakkına sahip olduğu düzenlenmişti³. Kuruludan sonraki dönemde şirket zararı için pay sahipleri ile alacaklıların dava açma imkânları konusunda ayrıca bir düzenleme bulunmamakla birlikte, eTTK m. 340'ta yer alan “336-337. maddeler gereğince yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında 309. maddenin uygulanacağı” yolundaki yollama dolayısıyla öğretide⁴ ve Yargıtay kararlarında⁵, eTTK m. 309'a istinaden⁶ bu kişilerin kuruludan sonra da şirket zararı için dava açabilecekleri kabul edilmekteydi. Buna göre, pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları bakımından eTTK m. 336'ya, şirket zararları için de eTTK m. 309'a dayanarak dava açmaları söz konusu idi.

Ayrıca genel kurul toplantısında ibra kararı alınmış olsa dahi azlığın isteği⁷ ile ortaklık adına sorumluluk davası açılacağı (eTTK m. 341) öngörülmüştü⁸. Buna göre, ibra kararı alınmış olsa bile, yüzde on oranında paya sahip azlığın talep etmesi hâlinde yine şirket adına dava açılması gerekmektedir. Azlığın talebi ile açılacak davalar bakımından, dava açılmasını talep eden azlığın paylarının teminat olarak gösterilmesi⁹, sorumluluk davası için bir dava şartı olarak kabul edilmişti.

³ Kuruludan doğan sorumluluk hâllerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruludan Doğan Hukukî Mes'uliyeti**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1964, s. 22 vd.

⁴ Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 182, 188-189; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II**, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 676; Ersin Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 124, 132 vd.; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 116, 129.

⁵ “... zarar doğrudan değil, dolaylı ise yani ortak veya alacaklının değil, onların çıkarlarının bağlı olduğu şirket varlığında azalma olmuş ise 6762 Sayılı TTK'nın 340. maddesi yollamasıyla, aynı Kanun'un 309. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davada, hükmolunacak tazminatın şirkete verilmek üzere istenmesi ve hükmedilmesi gerekmektedir” (Yarg. 11. HD'nin 26.05.2015 T., 2014/13218 E. ve 2015/7120 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD'nin 07.05.2017 T., 2015/13693 E. ve 2017/2703 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶ Alacaklıların eTTK m. 309'a dayalı olarak kuruluş işlemlerinden doğan zararlar için dava açması konusunda bkz. Domaniç, **Kuruludan Doğan Hukukî Mesuliyet**, s. 68.

⁷ Azlığın ibraya olumsuz oy vermesinin dava açılması için yeterli olmadığı, azlığın ayrıca dava açılmasını talep etmesi gerektiği konusunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 119; Turhan Atan, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1967, s. 39; Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 118.

⁸ ETTK'da, şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ibra etmeme kararı verilmesinin yeterli olmadığı ve eTTK m. 341'de özel bir merasimin öngörüldüğü yolunda bkz. Birinci Bölüm, II, A.

⁹ Bu konudaki bir görüş teminatın %10 ile sınırlı olduğunu savunmakta iken (Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 121; Atan, s. 41); diğer bir görüş, dava açılmasını isteyen azlık ne kadarsa, hepsinin bunun sonucuna katlanarak teminat vermeleri gerektiğini ileri sürmekteydi (Helvacı, **Sorumluluk**, s. 123).

Ayrıca, şirket adına dava açma ve davayı takip yetkisi, eTTK'ya göre bir organ olan denetçilere ait bulunmakla birlikte¹⁰, eTTK m. 341/2 uyarınca azlığın oylarıyla dava açıldığında pay sahiplerinin denetçinin açacağı dava için azlık sıfatıyla vekil tayin etme hakları vardı. Azlığın vekil tayin etmesi hâlinde, bu vekilin konum ve fonksiyonu, dava açan denetçinin temsil yetkisinin kalıp kalmayacağı, çatışma hâlinde sorunların nasıl çözümleneceği, eTTK döneminde tartışmalıydı¹¹.

Sorumluluk hükümleri bağlamında, şirket işlemlerinin icrası aşamasında görevlendirilen ve yönetim kurulu üyesi veya ortak olmayan müdürlerin, şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hükümlerine tâbi olduğu düzenlenmiş (eTTK m. 342) ve ayrıca yönetim kurulu üyelerinin belli hâllerde müdürlerin eylemlerinden dolayı da sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştı (eTTK m. 346).

Şirket adına açılacak davalar bakımından bu yönde bir genel kurul kararı alınmasının dava şartı teşkil ettiği eTTK m. 341'de açıkça düzenlenmiş ve bu doğrultuda da Yargıtay tarafından genel kurul kararının mevcudiyeti re'sen incelenerek, eksikliği hâlinde davacı şirkete bu eksikliği gidermesi için süre verilmesi öngörülmüş idi¹².

¹⁰ Denetçilerin sorumluluk davası açması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklarda Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar", **Makaleler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, Cilt I, s. 35 vd.; bu konuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 11.07.2005 T., 2004/10773 E. ve 2005/7423 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹ Bu konuda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 119-120; İlhan E. Postacıoğlu, "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti ile İlgili Bazı Meseleler", **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 999 vd.; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 119. ETTK m. 341'e dayalı olarak şirketçe açılan sorumluluk davasında asıl davacının, şirket ve onun denetçisi olduğu, şirket denetçileri ile azlık vekilinin görüş ayrıklığına düşmeleri halinde, yasanın emredici hükümleri dışında, asıl davacı şirket olduğundan şirket denetçisinin iradesi dikkate alınarak davanın yürütülmesi gerektiği, aksi halde, davada bir tarafın iki başlı yönetiminin ortaya çıkabileceği, ancak usûl hükümlerinin böyle bir çözümsüzlüğe imkan tanımasının mümkün olmadığı, şirket denetçisinin veya vekilinin, azlığın hukuki menfaatlerini zedeleyebilecek tarzdaki davranışları bakımından azlığa karşı sorumlu olacakları hususunun ise ayrı bir davaya konu edilebileceği, karara konu somut olay bakımından da azlık vekiline sadece emredici hükümlere aykırılık halinde ve kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak temyiz hakkının tanınması ve bu hususun mahkemelerce de re'sen dikkate alınması gerektiği yolunda bkz. Yarg. 11. HD'nin 24.12.2001 T., 2001/7414 E. ve 2001/10326 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹² Bu yönde bkz. Yarg. HGK'nın 13.12.2018 T., 2017/11-105 E. ve 2018/1936 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD'nin 01.12.1997 T., 1997/6877 E. ve 1997/8681 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); genel kurul kararının varlığının dava şartı olarak aranacağı yönünde ayrıca bkz. Atan, s. 37; Sait Kemal Mimaroğlu, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1967, s. 111; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 117; Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 851; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 110.

Alacaklıların dava hakkı bakımından ise, gerek Kanun'da gerek öğreti ve Yargıtay kararlarında, ortaklığın iflâs etmiş olması veya alacağın tahsil kâbiliyetinin kalmamış olması şartı çoğunlukla aranmamaktaydı¹³.

ETTK'nın 337. maddesinde de yeni seçilen veya tayin edilen yönetim kurulu üyelerinin seleflerinin (kendilerinden önceki üyelerin) belli olan yolsuz işlemlerini denetçilere bildirmek zorunda oldukları, aksi takdirde seleflerinin belli olan yolsuz işlemlerinden doğan zarardan dolayı onlarla birlikte müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmişti. Buna göre, söz konusu hükümle, yeni yönetim kurulu üyelerine önemli bir inceleme ve bildirim yükümlülüğü yüklenmiş, aksine davranış ağır bir yaptırıma bağlamıştı¹⁴. Ancak, öğretide, yeni üyelerin selefleri ile birlikte sorumlu tutulabilmesi için ortaya çıkarılması incelemeye ve uzmanlığa ihtiyaç göstermeyen, kanunun ifadesiyle “belli”, yani açık bir yolsuz işlemin bulunması ve bu durumun denetçilere bildirilmesinde ihmal gösterilmiş olması gerektiği ifade edilmekteydi¹⁵.

¹³ Çamoğlu, İsviçre’de alacaklıların yansıma yoluyla zarara uğramalarının dar yorumlandığını ve ortaklık iflâs etmedikçe alacaklıların dolayısıyla zarara uğradıklarını ispat etmelerinin mümkün olmadığını, nitekim İsviçre’de alacaklıların dolayısıyla zarara dayalı bir dava açmasının iflâstan önce mümkün olmadığının düzenlendiğini aktarmakta, ancak bunun sadece dava açma şartı olduğunu ve dolayısıyla zarar kavramının da mutlaka iflâs şartına bağlanmasının zorunlu kıldığını ifade etmekteydi. Yazar, söz konusu hüküm ve görüşlerin Türk hukuku bakımından uygulanamayacağını, ortaklığın zarara uğradığı her durumun alacaklılar ve pay sahipleri bakımından dolayısıyla zarara yol açtığını, ortaklık malvarlığı tüm borçları karşılamaya yeterli olsa bile alacaklıların sorumluluk davası açmakta korunmaya değer hukukî menfaatlerinin bulunduğunu, zira ortaklık malvarlığındaki her eksilmenin alacağın tahsili ihtimalini azalttığını, alacaklıların dava hakkını ortaklığın aciz hâlinde bulunması şartına bağlamanın dava hakkının etkinliğini ortadan kaldıracığını, ayrıca ortaklığın aciz hâlinde olup olmadığının da hemen anlaşılabilecek bir husus olmadığını, bu nedenle dolayısıyla zarar kavramının geniş yorumlanarak, hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan alacaklılara dava hakkını tanımanın menfaatler dengesine en uygun çözüm şekli olduğunu ifade etmiştir; bkz. **Sorumluluk**, s. 128 vd.; aynı doğrultuda bkz. Çamoğlu, Ersin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, **İÜHF**, C. XXXVI, S. 1-4, İstanbul, 1971, s. 332-335; Akdağ Güney, eski kanun döneminde, mehz kanunun alacaklıların dava açması için iflâs şartını hükmünün kanunumuza alınmamış olmasına rağmen, alacaklıların hiçbir ayırıma tâbi olmaksızın dava açma hakkına sahip olmalarının gerekip gerekmediğinin tartışmaya açılması gerektiğini, ortaklığın borçlarını karşılayabildiği sürece alacaklıların bir zarara uğramayacağını, şirketin iflâs sürecine girmesi hâlinde ise, artık bir dolaylı zarardan değil, şirketin borçlarını karşılayamaması nedeniyle alacaklıların doğrudan zararından bahsedileceğini, bu kavramların karıştığını ve çoğu zaman tam olarak ayırlamadığını, bu nedenle hükmün getiriliş amacı (şirket zararının giderilmesi) dikkate alınarak bir çözüme gidilmesi ve pay sahipleri ile alacaklılar arasında bir ayırım yaratılmaması gerektiğini ifade etmiştir; bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s.134-135). Buna karşılık, eTTK döneminde ileri sürülen, alacaklıların uğradıkları dolayısıyla zararlarla ortaklığın zararı arasında, pay sahiplerine göre daha sıkı bir bağ aranması gerektiği ve alacaklıların zararının ortaklık tarafından karşılanması mümkün olduğu sürece alacaklılara dava hakkı tanınmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Arslanlı, s. 188; alacaklıların dava hakkının fiilen ortaklığın iflâsı şartı ile sınırlı olduğu görüşü için bkz. Haluk Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963, s. 103-104, 110 dn. 128.

¹⁴ “... sonradan seçilen yönetim kurulu üyeleri TTK'nın 337. maddesi hükmü gereğince kendisinden önce gerçekleşen usulsüzlükleri denetçilere bildirmekle yükümlü olup, anılan davalıların da aradan geçen 2 seneyi aşkın zaman zarfında bu yükümlülüklerini yerine getirmediikleri ...” (Yarg. 11. HD'nin 09.06.2016 T., 2015/1454 E. ve 2016/6359 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 107.

Diğer yandan, eTTK döneminde, sorumluluğu tespit edilen yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli olacağı öngörülmüştü (eTTK m. 336). Yargıtay kararlarında, bu ilke katı ve mutlak bir şekilde uygulandığından¹⁶ öğretide eleştirilerle karşılaşmıştır¹⁷. Zira, bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması sonucunda, sorumluların kusurlarının derecesine, ileri sürdükleri itiraz ve def'ilerine dış ilişkide bakılmaksızın hepsi şirket zararının tümünden birlikte sorumlu tutulmakta, sorumlular itiraz ve def'ilerini sadece iç ilişkide, yani sadece zararın tazmininden sonra açabilecekleri rücu davasında ileri sürebilmekteydiler¹⁸. Buna göre, zararın oluşmasında çok hafif kusuru olan bir davalı, ekonomik gücü elverişli ise zararın tamamını ödemek zorunda kalmakta ve kusurunun hafifliği gibi indirim sebeplerini ancak bundan sonra açacağı bir rücu davasında diğer sorumlulara karşı ileri sürerek, fazla ödediği kısmı diğer sorumlulardan tahsil etmeye çalışmaktaydı.

Ayrıca, eTTK döneminde benimsenen ilkelerden bir diğeri de kusur karanesiydi. ETTK m. 338'de yer alan düzenlemeye göre, her bir yönetim kurulu üyesi, müteselsilen sorumluluğu gerektiren işlemlerde bir kusurunun bulunmadığını, özellikle bu işlemlere karşı olumsuz görüş bildirip bunu tutanağa geçirtmek ve derhal denetçilere yazılı olarak bilgi vermek veya geçerli bir mazerete istinâden toplantıya katılmadığını kanıtlamak suretiyle ispat etmedikçe sorumlu olur. Buna göre, özellikle eTTK m. 336'da sayılan sorumluluk sebeplerinden birinin varlığının ve bunun sonucunda bir şirket zararının ortaya çıktığının saptanması hâlinde, üyeler bu zararın oluşumunda kusurlu kabul edilmekte ve müteselsil sorumluluk ilkesi uyarınca da

¹⁶ Bu konudaki katı bir uygulama örneği için bkz. Yarg. 11. HD'nin 14.06.2017 T., 2016/265 E. ve 2017/3711 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷ Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 16-124, 125; Ersin Çamoğlu, "Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni TTK'da Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu", **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 415-416; Çiğdem Kırca, **Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler**, Fikret EREN'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 657; Necla Akdağ Güney, "Bankalar Kanunu'na Göre, Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (differenzierte Solidarität) ile Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1209. Buna karşılık, Helvacı, eski sistemi savunmuş, sadece şekli bazı önerilerde bulunmuştu; bkz. **Sorumluluk**, s. 48-49; aynı doğrultuda müteselsil sorumluluğun savunulmasına yönelik görüşler için bkz. Atan, s. 30-31; Mimaroglu, s. 22 vd.; buna karşılık, teselsül ilkesinin, üyelere tanınan kusursuzluğu ispat imkânı ve bireysel sorumluluğun geçerli olduğu hâllerin varlığı dolayısıyla ılımlı hâle getirilmiş olduğu yolundaki görüş için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 22.

¹⁸ Bu konuda bkz. TTK m. 557'ye ilişkin madde gerekçesi; ayrıca bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 21 dn. 2; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 224.

kusurlarının derecesine bakılmaksızın zararın tamamından sorumlu bulunmaktaydılar. Bu bağlamda, üyelerin hafif kusurlu olduklarını veya başkaca bir indirim sebebinin bulunduğunu ispat etmeleri sorumluluk miktarlarının indirilmesini sağlamamakta, mutlak teselsül ve kusur karinesi ilkelerinin birlikte uygulanması sonucunda hiç kusurlu olmadıklarını ispat etmeleri aranmaktaydı¹⁹.

Sorumluluk davaları bakımından büyük önem taşıyan özen borcu konusunda ise eTTK m. 320’de, adi şirket ortağının özen borcunu düzenleyen (eski) Borçlar Kanunu’nun 528/II. maddesine yollamada bulunulmuştu. Oysa, bu hükümde de aslında açık bir düzenleme yer almamakta ve şirket işlerini ücretle gören ortağın vekilin özen borcu hakkındaki hükümlere, yani eBK. m. 390’a tâbi olduğu düzenlenmekte; bu hükümde de hizmet akdinde işçinin özen borcunu hüküm altına alan eBK. m. 321’e yollama yapılmaktaydı. Sonuç olarak, yönetim kurulu üyelerinin özen borcu konusunda dolambaçlı atıflar yoluyla işçinin özen borcunun uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktaydı²⁰. Ancak, hemen belirtelim ki, eTTK döneminde eBK. m. 528/II hükmünün sadece ücret alan yönetim kurulu üyesinin özen ölçüsünü düzenlediği, buna karşılık ücret almayan üyenin özen ölçüsünün bu kapsama girmediği ifade edilerek bu konuda farklı görüşler savunulmaktaydı²¹. Diğer yandan, Yargıtay içtihatlarında, eTTK m. 320’de veya doğrudan yahut dolaylı olarak atıf yapılan hükümlerde “*basiretli tacir*” şeklinde bir ölçü yer almamasına rağmen, bu hüküm (eTTK m. 320) dayanak gösterilerek yönetim kurulu üyelerinin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmekteydi²².

İbra konusunda ise, sadece, kuruluş işlemlerine ilişkin olarak bir düzenleme (eTTK m. 310) ve ayrıca bilançonun tasdiki ile gerçekleşen ibra (örtülü ibra) hakkında

¹⁹ Kusur karinesine yeni TTK’da yer verilip verilmeyeceği konusunda büyük tereddütler yaşanmış ve buna ilişkin düzenlemelerde kanun yürürlüğe giren kadar çeşitli değişiklikler yaşanmıştır. Bu değişiklikleri, öğretide savunulan görüşleri ve kişisel görüşümüzü ileride ayrıntılı bir şekilde açıklayacağız; bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, C ve Üçüncü Bölüm, IV, B, 1, b, bb.

²⁰ ETTK döneminde, özen borcunun çağdaş eğilimlere aykırı ve adil olmayan sonuçlara yol açabilecek şekilde bir dizi yollama ile düzenlendiği konusundaki eleştiri için bkz. Ersin Çamoğlu(Reha Poroy/Ünal Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 581; özen borcunu düzenleyen eTTK m. 320 hükmünün başarılı bir hüküm olarak kabul edilemeyeceği, doğru olan yöntemin bu konuda açık bir hüküm konulması olduğu yolunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 44.

²¹ Eski düzenlemenin ayrıntıları ve uygulanması ile bu konudaki görüşler için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 71 vd.; Atan, s. 21-23; Mimaroglu, s. 28 vd.; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 70 vd.

²² “*Statüleri gereği basiretli bir tacir gibi hareket etmek durumunda olan davalı yönetim kurulu üyelerinin (E-TTK’nın 320/1. md.) ...*” (Yarg. 11. HD’nin 21.06.2016 T., 2016/2880 E. ve 2016/6868 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD’nin 08.01.1975 T., 1974/3523 E. ve 1975/31 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bir hüküm (eTTK m. 380) yer almaktaydı. Buna karşılık, ibranın kapsam ve etkileri konusunda genel bir düzenleme yer almamaktaydı²³. Ayrıca, ibra kararının yeni bir genel kurul kararı ile geri alınıp alınamayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakta ve öğretide bu husus üzerinde durulmaktaydı²⁴.

Görüldüğü üzere, eTTK’da, sorumluluğa ilişkin hükümler bir hayli dağınık ve yer yer eleştiri ve tartışmalara yol açacak şekilde düzenlenmiş bulunuyordu. Nitekim, öğretide de, sorumluluk konusunda eTTK’da yer alan hükümlerin dağınık ve çelişmeye müsait olduğu, belirli bir sistematığın olmamasının inceleme ve uygulama yönünden çeşitli güçlükler yarattığı ifade edilmekte ve kanun eleştirilmekteydi²⁵.

B- Ana Hatlarıyla 6102 Sayılı Yeni TTK’da Sorumluluk Düzeni Konusunda Yer Alan Düzenlemeler ve Getirilen Yenilikler

1- Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçları

TTK m. 365’te, anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil edileceği düzenlenmiş²⁶, ayrıca 375. maddede yönetim kurulunun vazgeçilmez ve

²³ ETTK’nın ibra konusuna dolaylı bir şekilde değindiği ve bu konuda yeterli ve açık bir düzenleme getirmediği, ibra kararının hukukî niteliğini ve sorumluluk davalarına etkisini mevcut hükümlere göre tespit etmeye imkân olmadığı ve çözümün öğretiyeye kaldığı yolunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 225.

²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Kırca, “İbra Kararlarının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu’nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, **BATİDER**, Cilt XXIII, Sayı 3, Ankara, Haziran 2006, s. 34-51; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 243-244; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 314 vd.; Necla Akdağ Güney, “Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Edilmiş Olmasının Bankacılık Kanununa İstinaden Açılan Şahsi İflâs Davasına Etkisi”, **YÜHFD**, 2007/1, İstanbul 2007, s. 49-75; Emin Cem Kahyaoğlu, “Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 83 vd. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 5.

²⁵ Bu konuda bkz. Mimaroglu, s. 20, 115; aynı doğrultuda bkz. Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 643-644; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 100, dn. 95; bu konuda ayrıca bkz. Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 571, 572, 590; sorumluluk rejiminin tespiti için TTK m. 553 vd. hükümlerinin yeterli olmadığı, sorumluluğun kıstaslarının yönetim kurulunun ele alındığı TTK m. 359 vd. hükümleri ile m. 369’da düzenlendiği yolunda bkz. Ahmet Battal, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi”, **AÜHFD**, Aralık 2012, S. 2, s. 31.

²⁶ Avrupa Birliği ülkelerinde yönetim kurulunun yapısı konusunda öngörülen sistemler (tekli-ikili) hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca üye devletlerin neredeyse yarısının en az iki farklı yönetim kurulu yapısı arasında seçim imkânı sunduğu ve daha az yargı bölgesinin, geleneksel tek veya iki aşamalı sistemi açık bir şekilde zorunlu kıldığı, ayrıca yönetim kurulu yapılarının, yöneticilerin riske yönelik tutumları dahil olmak üzere yönetim kurulunun işleyişi ve performansında önemli bir etkiye sahip olabileceği ve farklı yönetim kurulu yapılarının yöneticilerin hesap verme teşviklerini etkileyebileceği yolunda bkz. Carsten Gerner-Beuerle/Edmund-Philipp Schuster, “The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe”, **European Business Organization Law Review**, Vol. 15, No. 2, 2014, s. 193-196.

devredilmez başlıca görev ve yetkileri düzenlenmiştir. TTK m. 374 hükmünde de genel kurulun yetkisine girenler dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında yönetim kurulunun karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir²⁷. Böylece, kanunda yönetim kurulunun önemi ve geniş bir yürütme yetkisine sahip olduğu vurgulanmıştır²⁸. Ayrıca, yönetim yetkisinin yanı sıra, şirketi temsil yetkisi, esas sözleşmede aksi öngörülmemişse çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir (TTK m. 370).

Bu bağlamda, anonim ortaklığın işletme konusunun hak ehliyetini belirlemesi hakkındaki *ultra vires* ilkesi kaldırılarak (TTK m. 125), işletme konusu dışında kalan işlemlerin de, üçüncü kişinin bunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması hâlinde şirketi bağlayacağı düzenlenmiştir²⁹ (TTK m. 371/2). Ancak şüphesiz, işletme

²⁷ Avrupa Birliği'ne üye bazı devletlerde, şirket iflas durumuna yaklaştıkça ana görevlerin tanımı veya kapsamı değiştiği, bunun İngiltere, İrlanda, Danimarka, Estonya, Macaristan, Letonya ve Malta için geçerli olduğu ve genel olarak pay sahibi merkezli bir hedeften daha alacaklıya doğru bir değişiklik veya genel özen standardının uygulanmasında bir değişiklik anlamına geldiği yönünde bkz. Carsten Gerner-Beuerle/Philipp Paech/Edmund-Philipp Schuster, **Study on Directors' Duties and Liability**, LSE Enterprise Limited, London, April 2013, http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/_Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle%2C%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability%28%29.pdf – Erişim tarihi: 24.06.2021), s. 213.

²⁸ İsmail Kırca, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu", **BATİDER**, Cilt XXII Haziran 2004, Sayı 3, s. 86 ayrıca sorumluluğun takdir yetkisine dayalı olarak verilen kararlar nedeniyle gündeme geleceği konusunda bkz. s. 87, dn. 10; Fatih Beşir Doğan, **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 20; Ülkü Ay Kaplan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 23; takdir yetkisinin temelini TTK m. 374 olduğu, m. 365 ve 375'in de takdir yetkisini somutlaştırdığı yönünde bkz. Sevgi Bozkurt Yaşar, Anonim Şirketlerde İşadamları Kararı İlkesinin (Business Judgement Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 129-130; yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki paylaşımı ve yönetim kurulunun en geniş yetkilere sahip organ olduğu konusunda bkz. Sibel Hacımahmutoğlu, **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Süresinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 159 vd.; yönetim kurulunun temel fonksiyonlarının işletme konusunu gerçekleştirecek stratejik hedeflerin belirlenmesi, bu hedeflere ulaşılması için ortaklığın gerekli finansal yapısının ve yeterli işgücünün oluşturulması, yönetici ve temsilcilerin seçilmesi ve azledilmesi, ortaklığın yönetiminin ve yöneticilerin performansının gözetimi olduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu Sibel, "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım", **BATİDER**, Cilt XXXI, 2015, S. 3, s. 28; Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, yöneticilerin görevlerinin, yönetim organını ele almak, yatırımcıları korumak ve azınlık ve çoğunluk hissedarlar arasındaki çıkar çatışmalarını gidermek üzere bir strateji olarak kullanıldığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 230.

²⁹ TTK m. 125'in ve 371'in madde gerekçeleri; bu konuda ayrıca bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 541; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-83, 84, 85; İsmail Kırca(Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013/VIII, s. 638 vd.; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket **Yönetim Kurulu**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 110-113; Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, **Şirketler Hukuku Cilt I**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, N. 406-407; Burçak Yıldız, "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği", **BATİDER**, C. XXVII, S. 3, Eylül 2011, s. 111-134; Ayhan

konusunu dikkate alma zorunluluğu devam etmekte olup (TTK m. 374), işletme konusu dışındaki karar ve işlemler temsil yetkisinin kötüye kullanılması mâhiyetini taşıyacak ve diğer koşulların da varlığı hâlinde sorumluluğa (TTK m. 553) yol açacaktır³⁰. Nitekim, TTK m. 371'in gerekçesinde de sınırı aşan temsil yetkisini haiz kişiye karşı şirketin rücu hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir³¹. Diğer yandan, TTK m. 210'nun son fıkrasında, “*işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda*” bulunulması halinde, ticaret şirketleri hakkında Ticaret Bakanlığı'nca durumun öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre içinde fesih davası açılabilceği düzenlenmiştir³². *Ultra vires* ilkesinin kaldırıldığı da dikkate alındığında, işletme konusu dışında işlem yapılmasının fesih davası yaptırımına bağlanmış olması bir çelişki olarak görülebilir. Ancak, madde gerekçesinde, bu hususa da işaret edilmiş ve fesih davasının işletme konusuna her türlü aykırılıkta değil, ancak “*önemli ve etkili aykırılıklarda*” gündeme gelmesi gerektiği vurgulanmıştır³³.

Yönetim kurulu üyelerinin borçları ve sorumluluğu konusunda, TTK'da ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır³⁴. Ayrıca, eTTK m. 336 ile m. 309'dan farklı olarak, yeni

Kortunay, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 81.

³⁰ İngiliz Hukukunda da, temsil yetkisini aşan yöneticinin yaptığı işlemin şirketi bağlayacağı, bununla birlikte yöneticinin bundan dolayı hukukî sorumluluğunun söz konusu olacağı düzenlenmiştir. The UK Companies Act 2006'nın bu konudaki Art. 40/5 hükmü aynen şu şekildedir: “*This section does not affect any liability incurred by the directors, or any other person, by reason of the directors' exceeding their powers.*”

³¹ Bkz. madde gerekçesi. Bu konuda ayrıca bkz. Yıldız, s. 116 ve 129.

³² Bu hükmün eleştirisi ve sadece TTK m. 333 uyarınca Bakanlık izni ile kurulan anonim şirketlerle sınırlı tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 365 vd. ve dn. 117.

³³ TTK'ya ilişkin Hükümet tasarısında, hükmün başında “*devamlı sayılabilecek şekilde*” ifadesi yer almakta iken, Alt Komisyon tarafından söz konusu ifade tasarıdan çıkartılmış ve Adalet Komisyonu tarafından da “*hükmün alanını daralttığı ve uygulamada güçlükler doğuracağı gerekçesiyle*” bu değişiklik benimsenmiştir; bkz. 11.01.2008 tarih ve 96 Sıra Sayı'lı Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 481; bu konuda ayrıca bkz. Ömer Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012, 18(2), s. 424-425; Ozan Can, “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasa'ya Aykırılık Sorunu (TTK m. 210/f. 3)”, **BATİDER**, Cilt XXXI, Sayı 4, Aralık 2015, s. 116; bu hükmün eleştirisi için bkz. Kendigelen/Kırca, N. 452.

³⁴ Yöneticilerin görevlerinin Avrupa Birliği'ne üye tüm devletlerde düzenlendiği, bununla birlikte, yöneticilerin görevlerinin düzenleniş biçiminin hem üye devletlerin genel düzenleyici yaklaşımı hem de görevlerin yapısı ve içeriği açısından önemli ölçüde farklılık gösterdiği, birkaç üye devlette güvene dayalı borçların ayrıca düzenlenmediği, bunların ancak genel hukuk ilkelerinden, özellikle de güvene dayalı ilkelerden kaynaklandığı (İrlanda ve 2006 tarihli Şirketler Kanunu'ndan önce İngiltere), diğer yandan bazı yargı bölgelerinde görevlerin büyük ölçüde ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde düzenlendiği, diğer ülkelerde ise yöneticilerden davranışsal beklentileri geniş terimlerle ortaya koyan genel bir maddeye yer verilmekle yetinildiği, ayrıca, tüm hukuk sistemlerinin görevlerin hangi ölçüde düzenlenmiş olduğuna bakılmaksızın, şirket hukukuna özgü kuralları desteklemek ve yöneticilerin görevlerini güçlendirmek için genel sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku veya güvene dayalı ilkelerden

TTK m. 553'te, her iki hükmü de kapsamak üzere genel bir sorumluluk sebebi olarak *"kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali"* ne yer verilmiş ve sorumlular çevresi de yine sadece bu hükümde (TTK m. 553/1'de) düzenlenmiştir. Yetki devrinin sorumluluğa etkisinin eTTK m. 336/son hükmüne göre daha açık ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş olması (TTK m. 553/2), farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabul edilmesi (TTK m. 557) ve alacaklıların şirket zararı için iflâstan önce dava açma olanaklarının kaldırılmış olması, TTK'nın sorumluluğa ilişkin önemli yeniliklerindendir. Diğer yandan, özen ve bağlılık borcunun açıkça düzenlenerek bu konuda objektif bir ölçü getirilmesi (TTK m. 369) ve ayrıca madde gerekçesinde *"business judgement rule"* (iş adamı kararı) ilkesinin uygulanmasına olanak tanınması da, sorumluluğun ortaya çıkması ve bunun tespiti bakımından kolaylık sağlayan önemli bir gelişme ve yenilik olmuştur. Sorumluluk konusundaki bu yeniliklere aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir³⁵.

Esasen, yönetim kurulunun görev ve yetkileri konusundaki düzenlemelerin fazla ve ayrıntılı olması, sorumluluk davalarında *"hukuka aykırılık"* ve *"kusur"* unsurları bakımından yapılacak incelemeyi kolaylaştıran bir durumdur³⁶. Zîra, yönetim kurulunun kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmadığı, her bir hükme (soyut hukukî kalıba) bakılarak ayrı ayrı değerlendirme

yararlandıkları konusunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 196- 198; Avrupa Birliği ülkelerinde yönetim kurulu üyelerinin borçlarının kime karşı olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalar ve bu bağlamda Almanya ve Avusturya'da ortaklığa karşı borçların bulunduğu, üyelerin gücünü pay sahiplerinden değil, şirketten ve ana sözleşmeden aldıkları, şirketler hukukuna göre pay sahiplerine ve alacaklılara karşı borçlarının bulunmadığı, ancak medeni hukuk veya haksız fiil hükümlerine göre bu kimselere karşı sıkı koşullar altında bazı borçların söz konusu olabileceği, benzer şekilde İngiltere'de de üyelerin borçlarının pay sahiplerine değil, ortaklığa karşı olduğu, bununla birlikte istisnâî koşullara ilişkin görevler, doğrudan pay sahiplerine, alacaklılara karşı olabileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 55 vd.; İngiltere'de, 2006 tarihli Şirketler Kanunu'nda yöneticilerin görevlerinin ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği, ancak bundan önce, yöneticilerin şirketin çıkarlarına en uygun şekilde hareket etmek, çıkar çatışmalarını önlemek, özen ve titizlikle hareket etmek için teamül hukukuna dayanan borçları olduğu yönünde bkz. John Armour/Bernard Black/Brian R. Cheffins/Richard Nolan, "Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the UK and US", **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 6, Issue 4, December 2009, s. 695.

³⁵ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI.

³⁶ Kanun ve esas sözleşmede yer alan yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin somutlaştıran ve hareket alanı bırakmayan normlar bakımından takdir hakkından söz edilemeyeceği ve bu düzenlemelerin mahkemeler açısından değerlendirme avantajı sağlayacağı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 190-191; yöneticilerin görevlerinin, takdir yetkisini kısıtlamada ve özel çıkarlarına hareket etmede veya gerekli özeni göstermemeleri durumunda onları sorumlu tutmada önemli bir rol oynadığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 196.

konusu yapılabilecek ve bu konuda kanunun öngördüğü kriterler (olması gereken davranış kalıpları) esas alınabilecektir³⁷.

Bu bağlamda, TTK m. 375'te yönetim kurulunun, TTK m. 408'de ise genel kurulun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri düzenlenerek organlar arasındaki görev ayırımı açık ve kesin çizgilerle yapılmıştır³⁸. Ayrıca, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri, bu hükümde sayılanlarla sınırlı olmayıp, kanunda ayrıca dağınık şekilde yer alan aynı mâhiyette görev ve yetkiler de bulunmaktadır³⁹. Bunlara örnek olarak, TTK m. 516 uyarınca yıllık faaliyet raporunun düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, TTK m. 446/1-c uyarınca genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılması, TTK m. 456/2'ye göre kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırım kararı verilmesi, TTK m. 396'dan doğan hakların kullanılması gibi hükümler gösterilebilir. Bu emredici hükümlerin anlamı, söz konusu görev ve yetkilerin devredilmesi hâlinde devrin sonuç doğurmaması ve devirle birlikte sorumluluğun da devredilmiş olması sonucunun ortaya çıkmaması, bilâkis bu devir nedeniyle -diğer unsurların da gerçekleşmiş olması koşuluyla- üyelerin sorumluluğunun doğmasıdır⁴⁰. Nitekim, TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkilerinin devrinin geçerliliğinin, diğer geçerlilik koşullarının yanı sıra, devir konusu yetkilerin yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerinin kapsamına girmemesine bağlı olduğu öğretilde ifade edilmektedir⁴¹. Aksi hâlde, geçersiz yetki devri söz konusu olacak, devreden aslî sorumluluğa tâbi olmaya devam edecek, devralan kimse de yönetim yetkilerini kullanmışsa fiilî organ sıfatıyla sorumluluğa tâbi

³⁷ Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, F, 1 ile Üçüncü Bölüm, IV, 3 ve Dördüncü Bölüm, I, G, 2.

³⁸ Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, yöneticilerin görevlerinin, yönetim organını ele almak, yatırımcıları korumak ve azınlık ve çoğunluk hissedarlar arasındaki çıkar çatışmalarını gidermek üzere bir strateji olarak kullanıldığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 230.

³⁹ TTK m. 375'teki sayımın sınırlayıcı olmadığı yönünde ve bu bağlamda yönetim kurulunun TTK m. 375'te sayılanlar dışındaki devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Helvacı, "Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri", **BÜHFD**, Cilt 9, Sayı 117-118, Mayıs-Haziran 2014, s. 128; Doğan, s. 173-174, 210 vd.; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 539-540, 591; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-37; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 146. TTK m. 375'e karşılık gelen mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 716a maddesi yönünden de sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı yönünde bkz. Veliye Yanlı, "İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda "İş Bölümü İlkesi" ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri", **İÜHFM**, Prof. Dr. Türkan Rado Sayısı, S. 3, 1997, s. 265.

⁴⁰ Devredilemez görev ve yetkilerin, mutlaka yönetim kurulunun bizzat yapması zorunlu olan görevler olmadığı, ancak kim yaparsa yapsın bunların sonuçlarından mutlaka sorumlu olduğu hâller anlamına geldiği yolunda bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 127.

⁴¹ Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 176-177; Doğan, s. 163 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 87-88; Kortunay, s. 85, 94.

olacaktır⁴². Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, devredilemez bir yetkinin devredilmesi, diğer bir deyişle geçersiz bir yetki devri yapılması, tek başına hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirmez ve sorumluluğa yol açmaz. Sorumluluktan söz edilebilmesi için, ayrıca ve mutlaka, sorumluluğun tüm unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi, diğer bir deyişle somut olayda kanundan ve esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâl edilmesi ve bu hukuka aykırılık nedeniyle uygun nedensellik bağı çerçevesinde şirket zararının doğması şarttır. Bu unsurlar gerçekleşmemişse, geçersiz bir yetki devri yapılmış olsa bile, sorumluluk gündeme gelmeyecektir

Yönetim kurulu üyeleri ile ilgili olarak özellikle, müzakerelere katılma yasağı (TTK m. 393), şirketle işlem yapma yasağı (TTK m. 395), şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395), rekabet yasağı (TTK m. 396) gibi yasaklayıcı özel hükümler mevcut olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin bu yasakları da kapsayan ana borçları bağlılık (sadakat) borcu ve özen borcudur⁴³ (TTK m. 369). Sorumluluğun belirlenmesinde, bu borçlar ile kanun ve esas sözleşmeden doğan diğer yükümlülükler aykırı davranılıp davranılmadığı incelenecek ve buna göre sonuca ulaşılabilecektir⁴⁴. Ayrıca, şirket paylarının edinilmesinde finansal destek yasağı (TTK m. 380) şirket bakımından öngörülmüş ise de bunun uygulanması, yürütme organı olan yönetim kurulu eliyle gerçekleşeceğinden buna aykırı işlem yapılması hâlinde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁵. Aynı şekilde, TTK m.

⁴² Geçersiz yetki devri hâlinde, devralan kimsenin fiilî organ sıfatıyla sorumluluğa tâbi olacağı konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, G ve İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

⁴³ Bu borç ve yasakların bağlılık borcunun özel uygulama hâlleri olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 89; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 568, 572, 585; aynı doğrultuda bkz. Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, **İktisat Maliye**, C. XVI, S. 9, 1969, s. 358; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 137; Avrupa Birliği’ne üye devletlerin hukuk sistemlerinin, ayrıntılı farklılıklara rağmen, yöneticilere dayattığı iki temel davranışsal beklenti olduğu, bunların da özen ve sadakat borçları olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 199; bu bağlamda İsviçre şirketler hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin özel bir yasal yükümlülükleri bulunmamasına rağmen, faaliyetlerini yerine getirirken (uygulamada) hassas bilgileri gizli tutma işlevinin, m. 717 (1)’de belirtilenleri içerdiği, diğer bir deyişle 717 uyarınca sır saklamakla yükümlü bulundukları yolunda bkz. Christoph B. Bühler, **Zürcher Kommentar Obligationenrecht: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR**, (Hrsg. Lukas Handschin), 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 717, N. 165. Özen ve bağlılık borcu için ayrıca bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, F, 1 ve 2.

⁴⁴ Özen, sadakat veya iyi niyetle ilgili görevlerini ihlal etmeleri hâlinde bir yaptırımla karşılaşmaktan çekinmeyen yöneticilerin bu görevlere uymak için çok az nedenlerinin bulunduğu ve genellikle dava açma kararının şirket adına dava açma ve kendilerini davalı olarak gösterme olasılığı düşük olan şirket yöneticilerinin yetkisinde bulunduğu yönünde bkz. Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, **Brooklyn Journal of International Law**, Volume 37, Issue 3, 2012, (<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=bjil> – Erişim Tarihi: 25.06 2021), s. 849.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Veliye Yanlı, “Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”, **BATİDER**, C. XXVIII, S. 4, Ankara 2012, s. 29-44; Gül Okutan Nilsson, **Anonim**

358’de de pay sahiplerinin şirkete borçlanması konusu düzenlenmiş ve belli koşullar gerçekleşmedikçe pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacakları öngörülmüştür. Bu hükmün uygulanması da yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilecek olup, buna aykırı davranılması hâlinde doğan zarardan dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶.

Bu konuda değinilmesi gereken diğer bir husus da, yönetim kurulu üyeliğinin, icrada görevli olup olmamaya veya temsil yetkisine sahip bulunup bulunmamaya bağlı olmaksızın sürekli olarak gerçekleştirilecek bir görev olduğudur. Gerçekten, yönetim ve temsil yetkisi devredilmiş olsa bile (TTK m. 367, m. 370), yönetim ve temsil yetkisine sahip olmayan üyelerin TTK m. 375’te sayılan ve diğer hükümlerde düzenlenen vazgeçilmez ve devredilemez görev ve yetkileri devam eder. Nitekim, yönetim teşkilatının belirlenmesi, üst gözetimin ifası gibi yükümlülükler süreklilik arz eder. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantılarına katılma, oy kullanma, müzakerede bulunma, görüş beyan etme, soru sorma, bilgi alma ve inceleme gibi hakları aynı zamanda onun sürekli ifası gereken yükümlülüklerini de teşkil eder⁴⁷.

2- Sorumluluğa İlişkin Hükümler

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, TTK m. 549 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup; bu hükümler eTTK’ya göre oldukça geniş ve kapsamlıdır⁴⁸. Bu

Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010) Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, 2011, s. 90 vd.; bu konuda ve ayrıca yasağa aykırılığın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Gürel, **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014, s. 109 vd., s. 225 vd.; finansal yardım yasağının ekonomik yönden analizi için bkz. M. Fatih Arıcı/Cem Veziroğlu **Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 85 vd.

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, Cilt XXIX, S. 2, 2013, s. 227-289; Ahmet Atamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay sahibinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK m. 358)”, **TBBD**, S. 102, 2012, s. 93-114.

⁴⁷ Yönetim kurulu üyelerinin yönetim hakkının kullanılmasına dair tüm faaliyetlere katılmakla yükümlü oldukları konusunda bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 563; Kortunay, s. 196.

⁴⁸ Şirketler hukukunun ve usûl kurallarının ve çeşitli özelliklerinin İngiltere’ye nazaran Amerika Birleşik Devletleri’ndeki davacılar için daha uygun olduğu ve bunun halka açık şirketlerin yöneticiler aleyhine açılan davaların Amerika Birleşik Devletleri’nde İngiltere’den daha yaygın olacağını gösterdiği, nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde yılda yaklaşık 150 ila 200 dava açılırken, bu tür davaların İngiltere’de nadir olduğu, nitekim İngiltere’de sayısı yaklaşık 1900 civarında olan halka açık şirketlerin yöneticilerine karşı açılan ve sonuçlanan çok az dava olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 692, 695, 696, 710, 714; aynı yönde bkz. Pierre-Henri Conac/Luca Enriques/Martin Gelter, “Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in

bağlamda, TTK m. 549-552 arasında özel sorumluluk hâlleri öngörülmüş, TTK m. 553 vd.'de ise genel sorumluluk hâlinin yanı sıra, özel sorumluluk hallerine de uygulanmak üzere ortak hükümlere yer verilmiştir⁴⁹. TTK ile sorumluluk sistemine getirilen yenilikler özetle şu şekilde sıralanabilir⁵⁰:

- TTK'da, sorumluluk sebebi olarak, “*vazifelerin yerine getirilmemesi*” yerine, “*yükümlülüklerin ihlâli*” benimsenmiştir⁵¹ (TTK m. 553/1).

- ETTK'da kusur karinesi düzenlenmişken, çeşitli değişikliklerden sonra (en son 6335 sayılı Kanun'la) yeni hükümde yükümlülüklerin “*kusurlarıyla*” ihlâl edilmesi konusunda özel bir vurguya yer verilmiştir⁵² (TTK m. 553/1).

- Yetki devrinin sorumluluğa etkisi özel olarak düzenlenmiştir⁵³ (TTK m. 553/2).

- Uygulamadaki katı yaklaşımlara tepki olarak⁵⁴, TTK m. 553/3'te nedensellik bağına vurgu yapan özel bir hükme yer verilmiştir.

- Alacaklıların ortaklığın zararının tazmini için dava açması, iflâs dışında engellenmiş ve şirketin iflâsı hâlinde ise iflâs idaresinin dava açmaması şartına bağlı

France, Germany, and Italy”, **European Company and Financial Law Review**, 4/2007, (file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/SSRN-id1532221.pdf – Erişim Tarihi: 17.04.2021), s. 497, 527.

⁴⁹ TTK m. 555-561 hükümlerinin özel sorumluluk hâllerinde de uygulanan bir çeşit ortak hükümler olduğu konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-08.

⁵⁰ Yenilikler konusunda bkz. Sıtkı Anlam Altay, “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk- Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **31. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXXI - 22 Aralık 2017)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2018, s. 72; Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 458 vd.; TTK ile sorumluluk konusunda yeni bir sistem getirildiği konusunda ayrıca bkz. Sıtkı Anlam Altay, “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, **Ersin ÇAMOĞLU'na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3.

⁵¹ Bu iki kavramın taşıdıkları anlam ve birbirinden farklı olup olmadığı konusunda öğretilde farklı görüşler bulunmaktadır: Tekinalp, bu kavramların ilişkili ama farklı olduğu görüşünde iken (**Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N.16-11, 55); Pulaşlı, kaynak kanunda yer alan “*yükümlerin ihlali*” ifadesinin içeriğinin belirsiz olduğu, TTK'da “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlerin*” ihlâli denilmek suretiyle, sorumluluğu doğuran sebeplerin somutlaştırıldığı görüşünü savunmuş (Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, C. III, § 60, N. 6); Altay da, bu iki kavramın içeriğinin esasen farklı olmadığını ifade etmiştir (**Yetki Devri**, s. 253). Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Birinci Bölüm, V ve Üçüncü Bölüm, IV, B, 3, a.

⁵² Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, C.

⁵³ Altay, bu hükmün aslî-gözetim sorumluluğu ayrımının tespitine ve bu konudaki ispat yüküne ilişkin bulunduğunu ifade etmektedir; bkz. **Yetki Devri**, s. 295, 303, 305-306. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, G.

⁵⁴ Bkz. madde gerekçesi.

tutulmuştur (TTK m. 556). Diğer bir deyişle, alacaklıların ortaklığın zararına özgü dava hakkı çok sınırlandırılmıştır⁵⁵.

- Uygulamada adaletsiz sonuçlara yol açan ve katı bir şekilde uygulanan mutlak teselsül yerine, TTK m. 557’de açıkça farklılaştırılmış teselsül ilkesi benimsenerek, bizim de katıldığımız görüşe göre esasen zaten dikkate alınması gereken⁵⁶ ancak uygulamada kabul edilmeyen TBK m. 51-52 ile uygun illiyet bağı hükümlerinin uygulanması hedeflenmiştir⁵⁷. Ayrıca, rücu konusunda, açık bir düzenlemeye yer verilmiştir (TTK m. 557/3).

- Birden çok sorumlunun “zararın tamamı için birlikte dava edilmesi” ve hâkimden aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini talep etme imkânı getirilmiştir (TTK m. 557/2).

- Yargılama giderlerinin paylaşılması konusunda özel bir usûl hükmü (TTK m. 555/2) öngörülerek, dava açmak isteyen pay sahiplerine bir kolaylık sağlanmıştır⁵⁸.

⁵⁵ Tekinalp, TTK’da, pay sahibinin ve alacaklının dava açması hâlinde zararın iflâs alacaklılarına gitmesi sisteminin terk edildiğini ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-16. Oysa, TTK m. 556/2 yer alan, iflâs idaresinin dava açmaması hâlinde iflâs alacaklılarının açacakları dava sonucunda elde edilecek hasılanın davacı alacaklılar arasında paylaşılmasını öngören hüküm karşısında, mezkûr sistemin terkedildiğinin söylenemeyeceği kanısındayız.

⁵⁶ Bkz. madde gerekçesi; ayrıca, müteselsil sorumlulardan birinin hafif kusurlu olmasının kendisi bakımından tazminatta indirim sebebi olacağı, aksi takdirde kusursuzluğa çok yakın bir durum olan hafif kusur hâlinde dahi kişinin zararın tümünü tazmin zorunda bırakılıp kusurunun hafifliğini sadece rücu ilişkisinde ileri sürmesi gerektiği söylemenin dürüstlük kuralı ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı, ayrıca hafif kusurun dış ilişkide bir indirim sebebi olarak ileri sürülebilmesinin müteselsil borçlulukta borçlu sayısı kadar bağımsız borcun varlığı yolundaki yeni görüşle de uyum içinde olduğu yönünde ayrıca bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, N. 2549; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 701-703; buna karşılık, müteselsil sorumlulardan birinin hafif kusurlu olmasının onun dış ilişkide sorumluluğunun azalmasına yol açmayacağı, zira müteselsil sorumlulardan her birinin ortak kusur nedeniyle bir bütün oluşturan zarar verici olguda diğerlerinin davranışlarının sonuçlarından da sorumlu olduğu yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 852; diğer yandan, müteselsil borçluluğun “her bir borçlunun tek başına sorumlu tutulacak olsalardı tabi olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır biçimde sorumluluğu gerektirmemesi” yönündeki temel ilkesinin dikkate alınmaması nedeniyle farklılaştırılmış teselsül ilkesinin benimsendiği yolunda bkz. Sıtkı Anlam Altay, “Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 69.

⁵⁷ Bkz. madde gerekçesi.

⁵⁸ Pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının Avrupa’da nadir olduğu, hemen hemen tüm üye devletlerde pay sahiplerinin dava açmasıyla ilgili bazı engel ve eksikliklerin bulunduğu, bu bağlamda özellikle önemli bir konu olarak maliyet unsurunun öne çıktığı, pay sahiplerinin dava masraflarını karşılamalarını gerektiren ve dava riskini kendilerine yükleyen bir kuralın durumu ağırlaştırdığı, nitekim davacının dava masraflarını üstlendiği birçok ülkede (örneğin, Avusturya, Fransa ve Polonya’da), sorumluluk davası açılmasına ilişkin ilginin asgari düzeyde bulunduğu, azınlık pay sahibi

- “*Dolaylı zarar*” kavramı yerine, “*şirket zararı*” kavramı tercih edilmiştir⁵⁹ (TTK m. 555-556).

- İbranın sorumluluğa etkisi, uygulamadaki sorunlar da dikkate alınarak özel olarak ve açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 558).

- Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine ilişkin sorumluluk davası hakkında özel bir hüküm (TTK m. 193) öngörülmüş⁶⁰ ve şirketler topluluğuna ilişkin olarak özel sorumluluk davaları düzenlenmiştir⁶¹ (TTK m. 202-208).

- Genel kurulun ibra kararına karşı azlığın dava açılmasını sağlama imkânı (eTTK m. 341) TTK'ya alınmamıştır.

Görüldüğü üzere, TTK'da, sorumluluk davaları konusunda önemli değişiklikler yapılarak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümler, inceleme konumuzun sınırları dikkate alınarak aşağıda yeri geldikçe ayrı ayrı incelenecektir.

dostu maliyet kurallarının İngiliz türev dava mekanizmasının bir avantajı olduğu, bunun İngiltere 2006 Şirketler Yasası'nda hissedar davası reformundan önce geçerli olan Foss v Harbottle davasındaki kural kapsamındaki çok kısıtlayıcı kabul şartlarını bir dereceye kadar azaltmış olabileceği, bununla birlikte, İngiltere'de bile azınlık hissedarlar tarafından sorumluluk davası açılmasının yaygın olmadığı, örneğin Fransa gibi diğer üye devletlerde de benzer etkiler görüldüğü, cezaî soruşturmalar şeklindeki kamu yaptırımının teşvik sorunlarını ve hissedarların bilgi dezavantajlarını hafiflettiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 239; Kıta Avrupası'nda pay sahipleri tarafından sorumluluk davalarının neredeyse hiç bulunmadığı ve bunun şaşırtıcı olduğu yönünde ayrıca bkz. Dario Latella, “Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive”, **European Company and Financial Law Review**, March 2009, (https://www.researchgate.net/publication/228299509_Shareholder_Derivative_Suits_A_Comparative_Analysis_and_the_Implications_of_the_European_Shareholders'_Rights_Directive/link/574b1fc608ae2e0dd301a0cc/download - Erişim Tarihi: 17.07.2021), s. 14.

⁵⁹ Bkz. madde gerekçesi.

⁶⁰ Yapısal değişikliklerle (birleşme, bölünme ve tür değiştirme) ilgili olarak TTK m. 193'te düzenlenen özel sorumluluk davası konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Erdem, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar”, **GSÜHFD**, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013/2, s. 113-138; Aslı E. Gürbüz Usluel, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt XXIX, Sayı 1, Mart 2013, s. 141-169.

⁶¹ Bu davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 321 vd.; Kürşat Göktürk, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 193 vd.; ayrıca bkz. bu konuda ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, “Bağlı Yönetim Kurulu Üyelerinin “Kayıp”la İlgili Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 613 vd.; Ersin Çamoğlu, “Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, **GSÜHFD**, 2013/2, s. 20 vd.

III- Sorumluluk Davasının Amacı, Konusu, Koruduğu Menfaat ve Bazı Kurumlarla İlişkisi

A- Sorumluluk Davasının Amacı ve Konusu

Anonim ortaklığın tüm faaliyetleri temsil ve icra organı olan yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilecek olup, bu bağlamda yönetim kurulu üyelerine, faaliyetin her aşaması ile ilgili olarak geniş ve kapsamlı yetkiler tanınmış ve borçlar yüklenmiştir⁶² (TTK m. 365, m. 374). Buna karşılık, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin ana borçları olarak kanunda özen ve bağlılık (sadakat) borcu öngörülmüştür⁶³ (TTK m. 369). Buna göre, bu kişiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu hüküm, sorumluluğun temelini⁶⁴ ve aynı zamanda sorumluluktan kurtulmanın yolunu⁶⁵ göstermektedir⁶⁶. Yönetim kurulu üyelerine yüklenen borçlara aykırı davranılması sonucunda bir zararın ortaya çıkması hâlinde ise, sorumluluğun gündeme gelmesi kaçınılmazdır⁶⁷. Esasen, bu durum, genel bir kural olan “*yetki – sorumluluk dengesi*”nin⁶⁸ doğal bir

⁶² Yönetim kurulunun en geniş yetkili organ olarak ortaklığın merkezi kavramını oluşturduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 165.

⁶³ Yöneticilerin en önemli borçları olan özen ve sadakat borçlarının görevleri Avrupa Birliği ülkelerindeki yapısı (bazı farklılıklar ve ortak özellikler bağlamında) ve uygulama sorunları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 192 vd.

⁶⁴ Sorumluluğun kaynağının, özen borcu, bağlılık borcu ve dürüstlük kuralı olduğu yönünde bkz. H. Güzin Üçışık/Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, 1. Cilt, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013, s. 512.

⁶⁵ Bu konuda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 5, 259; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.411; Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt: 25, S. 1, 2009, s. 57; Sinan Yüksel, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunun Şartları ve Yargının Bunlara Yaklaşımı”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 369.

⁶⁶ Özen borcunun etkili bir kontrol stratejisi olarak işlev görmesi için, özen borcunun getirdiği standart ile iyi bilgilendirilmiş bir şekilde ve iyi niyetli iş kararları veren yöneticilere kanunun sağladığı korumanın iki temel ön koşul olduğu yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 199.

⁶⁷ Güçlü yargı sistemlerine, düşük düzeyde hükümet yolsuzluğuna ve oldukça gelişmiş hisse senedi piyasalarına (borsalara) sahip örf ve âdet hukuku yargı alanları olan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde halka açık şirketlerin yöneticilerine ne sıklıkla dava açıldığı ve bu davaların doğası ve sonuçları konusundaki bir inceleme için bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 687 vd.

⁶⁸ Yetki ile sorumluluk arasında bir denge bulunması kuralının, sorumluluk hukukun evrensel bir ilkesi olduğu yönünde bkz. Mimaroglu, s. 14; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.414; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-63; Altay, **Yetki Devri**, s. 192; Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 3-4; Serhan Dinç, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 30.

sonucudur⁶⁹. Bu bağlamda, sorumluluk davalarının varlığı ve etkinliği⁷⁰, yöneticilerin yükümlülüklerini ihlâl etmemeleri konusunda caydırıcı bir role sahip bulunmaktadır⁷¹.

⁶⁹ Yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunun fiilî ve hukukî açıdan fonksiyonları (denkleştirici fonksiyon, sermayeyi koruma fonksiyonu, kişiyi koruma fonksiyonu, önleyici fonksiyon) konusunda bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 41 vd.; buna karşılık, pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açılma imkânının (türev davaların) bazen kontrol eden hissedarları disipline etmek için bir mekanizma olarak kullanılamayacağı, ancak bunun, örneğin İngiltere, Almanya ve İtalya’da, hâkim hissedarların dahil oldukları yöneticilerin görevlerinin ihlallerinden sorumlu tutulması veya hâkim hissedarların fiili veya gölge yöneticiler olarak nitelendirilmesi şeklinde istisnalarının bulunduğu, bununla birlikte bu özel durumda bir yüzde sabit eşik olmamasına rağmen bu tür davalara pek rastlanmadığı yolunda bkz. Martin Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions**, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 363/2017, August 2017, (https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/3632017.pdf - Erişim Tarihi: 24.10.2021), s. 25-26; pay sahiplerinin sorumluluk davası (“türev dava”) açma imkânının, yöneticileri görevlerini yerine getirirken yaptıklarından sorumlu kılmak ve pay sahiplerinin yöneticilerin izlenmesi sürecine dahil olmaları, şirketin uğradığı bir zarar varsa bunun tazmin edilmesi için var olduğu yolunda bkz. Andrew Keay, “Assessing and rethinking the statutory scheme for derivative actions under the Companies Act 2006”, **Journal of Corporate Law Studies**, Volume 16, Issue 1, 2016, (<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14735970.2015.1090140> - Erişim Tarihi: 05.08.2021)s. 42; pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının şirket yönetimi üzerinde bir kontrol işlevi bulunduğu yönünde bkz. Latella, s. 6.

⁷⁰ Sorumluluk davalarını başarılı bir model haline getirmek için ABD’de konunun doğru değerlendirildiği, buna karşılık Avrupa’da dava sayısının çok düşük olduğu, örneğin İngiltere’de yapılan ve 2004-2006 yıllarını kapsayan bir araştırmanın, yöneticilerin davalı olarak yer aldığı yalnızca yirmi altı (26) davanın bulunduğunu ortaya çıkardığı, Almanya, Fransa ve İtalya’da da dava sayısının çok düşük olduğu Kıta Avrupası’nda bu davaların kitliğini açıklamak için birden fazla sebep bulunduğu, diğer faktörlerin yanı sıra, ABD ile karşılaştırıldığında, Avrupa’daki türev davaların kapsam açısından da sınırlı olduğu ve bu durumun davanın çekiciliğini azalttığı, ayrıca pay sahipleri için öngörülen asgari yüzde limitlerinin de dava açılması imkânını sınırlandırdığı, bununla birlikte bu yüzdelerin kaldırılmasının söz konusu davaların yayılmasını garanti etmeyeceği, türev davaların seyrek kullanımına dayanarak, Kıta Avrupası’nda şirketler hukukunun yetersiz bir şekilde uygulandığı sonucuna varılabileceği, diğer yandan ABD’de türev davaların şirketler hukuku için önemli bir uygulama mekanizması olduğu ve bu tür davaların sayısının oldukça fazla olduğu, buna karşılık davaların sayısının, tüm hissedarlara ilişkin kişisel talepleri konu alan grup (sınıf) davaları ve menkul kıymetler sınıfı davaları tarafından geride bırakıldığı konusundaki ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 845, 847, 848-850, 857, 861, 875, 881; pay sahiplerinin şirkete verilen bir dava sebebine dayanarak dava açma hakkının (türev davaların), şirketin organları arasındaki olağan kontrol ve denge sistemine etkili bir kanat görevi görebilmesi için, yasal düzenlemelerin, şirkete ait zararların tazminini sağlanması konusunda azınlık pay sahiplerine uygun teşvikler sağlanmasını gerektirdiği, çünkü hükmedilecek tazminatın şirkete gideceği ve davacı pay sahibinin sadece şirketin genel değerindeki artış dolayısıyla ve payıyla orantılı olarak dolaylı bir şekilde menfaat elde edeceği, diğer yandan, bu dava açma yolunun kötüye kullanılmaması ve şirketin adının sürekli davalarla anılmaması ve yöneticilerin bu tür davalarla çok fazla meşgul olmaması için gerçekten şirketin menfaatine hizmet etmeyen davalara karşı caydırıcı birtakım düzenlemelerin bulunmasının önemli olduğu, buna göre, söz konusu iki husus (teşvikler ve teminatlar) arasında bir denge yakalanması gerektiği yönünde bkz. Carsten A. Paul, “Derivative Actions under English and German Corporate Law - Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference”, **European Company and Financial Law Review**, Volume 7, Issue 1, March 2010, (https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ecomflr7&div=6&g_sent=1&casa_token=&collection=journals Erişim Tarihi: 13.08.2021), s. 82-83.

⁷¹ Sorumluluğun caydırıcı olduğu, yöneticilerin, yönetim yetkisini ihlâl ederek şirkete verilen zararlardan dolayı kendilerine dava açılmasından korkmaları ve ayrıca pay sahiplerinin çıkarları doğrultusunda adil davranmaları gerektiği yolunda bkz. Latella, s. 5; yöneticilerin görevlerini ihlâl etmelerine karşı sorumluluk davalarının caydırıcı olabilmesi için, davanın kabul koşullarının ve maliyet kurallarının dava açmak isteyen azınlık pay sahiplerine yardımcı olması gerektiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 239-240; buna karşılık, ciddi bir yönetici sorumluluğu tehdidinin iş yapmanın önünde bir engel olarak yaşanabileceği yönündeki endişe için bkz. Loes Lennarts, “Directors’

Bu nedenle, TTK'da sorumluluk konusuna özel bir önem atfedilmiş ve bu bağlamda ayrıntılı ve yeni hükümlere yer verilmiştir⁷².

Yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna uygun ve şirket menfaatlerini gözetken bir anlayışla görevlerini icra etmeleri, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere⁷³, anonim ortaklıklar bakımından temel bir ilke olan malvarlığının ve sermayenin korunması ilkesi ile yakından ilgilidir⁷⁴. Gerçekten, varlık sebebi ve gayesi kâr elde etmek olan şirketin, yönetim kurulu üyeleri eliyle gerçekleşen faaliyetler sonucunda bir zarara uğramaması ve malvarlığının korunması, ekonomik sistemin yanı sıra ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından da büyük önemi hâizdir. Zîra anonim ortaklığın varlığını sürdürmesi, malvarlığının ve daha dar anlamda sermayenin korunmasına bağlıdır. Sorumluluk konusu, ayrıca kurumsal yönetim (*corporate governance*) ilkesi bakımından da özel bir yere sahiptir⁷⁵. Zîra, günümüzde ekonomik

and Shareholders' Liability as a Means of Protecting Creditors of the BV", **European Business Organization Law Review**, Volume 8, Issue 1, 2007, (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/directors-and-shareholders-liability-as-a-means-of-protecting-creditors-of-the-bv/AFEF02D24BFECC741BBEB34EF0B1319D> - Erişim Tarihi: 28.07.2021), s. 135; ayrıca, Fransa'da yöneticilerin görevlerini ihlal etmeleri ile ilgili olarak ceza hukuku kapsamında sıkı bir incelemeye tabi oldukları ve cezaî yaptırımların hem caydırıcılık hem de zararların telafi edilmesini sağlama açısından yöneticileri görevlerini yerine getirmeye yönelttiği, yargılama giderleri veya dava riski içermediği için pay sahipleri bakımından cezaî şikâyetlerin daha cazip görüldüğü yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 887-889; pay sahiplerinin hiç dava açmamaları hâlinde, yöneticilerin mümkün olduğu kadar veya sık sık sui istimallerde bulunacakları, bazı Avrupa ülkelerinde geçerli olan yüzde limitleri belirli bir eşğin ötesine düşürülürse, potansiyel davacı hissedarların yöneticileri izleyeceği ve yöneticilerin şirket varlıkları eskisinden daha az sıklıkta kötüye kullanacakları ve davaların yöneticileri yasa dışı davranışlarından caydıracağı, tüm hissedarların dava açmasına izin verilmediğinden, yöneticilerin şirket varlıklarını kötüye kullanabileceği ve potansiyel davacı hissedarlara menfaat temin ederek gizli anlaşmalar yapabileceği, diğer pay sahiplerinin (dava açma hakkına sahip olmayanların) dışlandığı yolundaki görüş ve açıklamalar için bkz. Kristoffel Grecheniga/Michael Sekyra, "No Derivative Shareholder Suits in Europe: A Model of Percentage Limits and Collusion", **International Review of Law and Economics**, 2011, (<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S014481881000044X?token=02B678C3ADEA0DA167A40E998359860B5A38C499B311CE6C8AA8A0A97B74CB72DC2782BA610396BBA56B89D9C2E97B19&originRegion=eu-west-1&originCreation=20211025103516> - Erişim Tarihi: 23.05.2021), s. 16, 20.

⁷² Amerika Birleşik Devletleri'nin çeşitli açılardan İngiltere'den daha "dava dostu" olduğu ve bu nedenle yöneticiler aleyhine açılan davaların ABD'de İngiltere'den daha yaygın olduğu ve halka açık bir İngiliz şirketinin bir yöneticisinin şirketler hukuku kapsamında dava edilme ihtimalinin neredeyse sıfır olduğu, Amerika Birleşik Devletleri'nde bile, yöneticilerin açılan davalarda tahmin edilenden daha az riskle karşı karşıya oldukları yolunda bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 690.

⁷³ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, III, C.

⁷⁴ Malvarlığının korunması ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 71 vd.

⁷⁵ Bu konuda bkz. Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance**, 2. Bası, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2005, s. 76-77; Şeffaflık, hesap verebilirlik, adil ve sorumlu bir yaklaşımın kurumsal yönetim anlayışının en önemli en temel ilkelerinden bir olduğu ve yönetim kurulu için de geçerli olduğu yönünde bkz. Erdal Demir, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul, On İki Levha

hayatın en önemli aktörleri olan anonim ortaklıklarda hesap verebilirlik ve sorumluluk, kurumsal yönetim ilkesinin temel unsurlarındandır.

Bu bağlamda, sorumluluk davasının konusu, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin kanunun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği olup, bu dava bağlamında yerindelik incelemesi yapılamaz⁷⁶. Zira, yönetim kurulu üyeleri görevlerini yerine getirirken geniş bir takdir yetkisine sahiptirler⁷⁷; önemli olan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediğidir. Yükümlülükler ihlâl edilmemişse, bir zarar ortaya çıksa bile yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri, görevlerini yerine getirirken şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara verdikleri zarardan dolayı sorumludurlar⁷⁸ (TTK m. 553). Bu zarar, bu kişilerin doğrudan zarara uğratılması şeklinde olabileceği gibi, pay sahipleri ve alacaklılar açısından şirketin zarara uğraması nedeniyle yansıma yoluyla da ortaya çıkabilir. Şirkete verilen zarar, pay sahipleri bakımından payın değerinin düşmesi nedeniyle zarara uğranılması⁷⁹ ve alacaklılar açısından da alacağın tahsil edilememesi nedeniyle yansıma zararlarla karşılaşılması sonucunu doğurur. Öğreti ve yargı içtihatları ile eski kanunda “*dolaylı zarar*” kavramı ile ifade edilen bu zarar için, TTK’da

Yayıncılık, 2013, s. 46; pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarının kurumsal yönetimin temellerinden biri olarak kabul edildiği ve yönetim görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesi açısından bir kontrol aracı olma eğiliminde olduğu yönünde bkz. Latella, s. 1, 2; pay sahiplerinin şirkete verilen bir dava sebebine dayanarak (şirket zararı için) dava açma hakkının kurumsal yönetimin önemli bir özelliği ve temel bir bileşeni olduğu ve kurumsal yönetimi izlemek ve azınlık hissedarlarının çıkarlarını korumak için hem teamül hukuku hem de medeni hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanıldığı yönünde bkz. Paul, s. 82, 114; ayrıca bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, III, D.

⁷⁶ Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 75; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 582, 583; Üçışık/Çelik, s. 514; Kortunay, s. 203;

⁷⁷ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 86; ayrıca sorumluluğun takdir yetkisine dayalı olarak verilen kararlar nedeniyle gündeme geleceği konusunda bkz. s. 87, dn. 10; takdir yetkisinin temelini TTK m. 374 olduğu, TTK m. 365 ve 375’in de takdir yetkisini somutlaştırdığı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 129-130.

⁷⁸ Sorumluluğun, şirket ile yöneticiler arasındaki güvene dayalı sözleşmenin hukukî yapısına doğrudan bağlı bulunduğundan, hemen hemen tüm ulusal düzenlemelerde öngörülen bir “*telaflı edici*” çözüm olduğu yolunda bkz. Latella, s. 5.

⁷⁹ Bir şirketin şirkete karşı gerçekleştirilen haksız bir fiil nedeniyle zarara uğraması hâlinde, hisselerinin veya temettülerinin değerinin düşmesi nedeniyle şirketin pay sahiplerinin de zarara uğrayacağı ve bu tür kayıpların şirketin kaybının bir yansıması, yani “*yansıma zarar*” olduğu, pay sahibinin herhangi bir kişisel zarara uğramadığı, tek kaybın şirketten kaynaklandığı yönünde bkz. Alan K. Koh, “Reconstructing The Reflective Loss Principle”, **Journal of Corporate Law Studies**, Volume 16, No. 2, 2016, (<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14735970.2016.1191298> - Erişim Tarihi: 11.08.2021), s. 373-375; aynı yönde bkz. Üçışık/Çelik, s. 554.

“şirkete verilen zarar” kavramı kullanılmaktadır⁸⁰. Yansıma zararın talep edilmesi, kural olarak mümkün olmayıp, ancak kanunda özel hüküm bulunması hâlinde bu zararın tazmini talep edilebilir⁸¹. İşte, TTK’da da yansıma zarar niteliğindeki şirket zararının istenmesine ilişkin olarak bazı özel (istisnâî) hükümlere yer verilmiştir⁸².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davası “*actio pro socio*”dan farklıdır. *Actio pro socio*, kişi ortaklıklarında ve adi ortaklıkta, ortaklığa ya da ortakların tümüne birden tanınmış bulunan ve esasen tüm ortaklar tarafından kullanılması gereken bir dava hakkının hak sahiplerince kullanılmaması hâlinde, bir ortağın tüm ortaklar için açtığı davadır⁸³. Sorumluluk davasında ise kanun, her bir pay sahibine dava açma hakkı tanımış olup (TTK. m. 555); dava açan pay sahibi kendisi adına dava açmış olur, ortaklık adına veya diğer pay sahipleri adına dava açmış olmaz. Zararın şirkete verilmesi gereği, bu sonucu değiştirmez.

B- Korunan Menfaat

Anonim ortaklıklarla ilgili olarak, bir yandan tüzel kişilik olarak ortaklığın menfaati, bir yandan pay sahiplerinin ve diğer yandan da şirketle hukukî ve ekonomik ilişki içinde bulunan alacaklıların menfaatleri söz konusudur. Hatta, bu bireysel menfaatlerin ötesinde, daha genel çerçevede, şirket çalışanlarının, yatırımcıların, ekonominin ve dolayısıyla kamunun da menfaati bulunmaktadır⁸⁴. Ekonomik hayatın

⁸⁰ İsviçre’de, 1992 yılında, “*dolaylı zarar*” kavramının kullanılmasından vazgeçilerek, “*ortaklığın uğradığı zarar*” kavramının kullanılmaya başlandığı yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 555, dn. 150.

⁸¹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 10-11, 17, 98-99, 105; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 51, 128; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-107; dolayısıyla zararların istenemeyeceği ilkesine bir istisna olduğu yönünde ayrıca bkz. Üçışık/Çelik, s. 559, dn. 159.

⁸² TTK’da Ortaklıklar Hukuku’nda yansıma zararın tazmininin öngörüldüğü temel durum, TTK m. 555/1 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca yansıma zarar, şirketin zararının şirket nezdinde tazmini yoluyla giderilir. Yansıma zararın doğrudan doğruya pay sahibinin malvarlığında giderilmesine yönelik özel bir durum ise, TTK m. 202/2 hükmüdür; bu tespit ve niteleme için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 404 vd.; TTK m. 202/1’de öngörülen sorumluluk davasının da şirket zararının giderilmesine yönelik dolaylı zararın tazmini davası olduğu, bununla birlikte TTK m. 556’ya yapılan atıf dolayısıyla davacı alacaklının hükmedilecek tazminattan öncelikle alacağını tahsil etme olanağına sahip bulunduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması**, s. 24; buna karşılık, alacaklının iflâs koşulu olmaksızın sorumluluk davası açabileceği, ancak bu davada da tazminatın bağlı şirkete verilmesinin talep edilmesi gerektiği, alacaklının ancak iflâs hâlinde TTK m. 556’ya göre elde edilen tazminattan alacağını alma hakkına sahip olabileceği yönünde bkz. Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 219.

⁸³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-108; *actio pro socio* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aynur Yongalık, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, s. 33 vd.

⁸⁴ Anonim şirketlerde çıkar grupları ve çıkar çatışmaları konusunda bkz. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 246 vd.; Özge Ayan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat**

aktörleri olan tüm bu süjelerin menfaatleri birbiriyle yakın ilişkili ve hatta iç içedir. Bu ilişki, çoğu zaman, menfaatlerin çatışması şeklinde ortaya çıkmakla birlikte⁸⁵, sorumluluk koşulları varsa şirket zararının tazmini esasen tüm menfaat sahiplerinin ortak yararınadır⁸⁶. Nitekim, örneğin pay sahibinin açtığı sorumluluk davasında tazminatın ortaklığa verilmesi talep edilmek suretiyle gerek ortaklığın ve gerekse alacaklıların menfaatine de hareket edilmiş olur⁸⁷. Bu açıdan yaklaşıldığında, şirket zararının giderilmesi konusunda meşrû menfaatler arasında esasen çatışma bulunmamaktadır⁸⁸. Buna karşılık, kanun koyucu, şirket zararı nedeniyle dava açma hakkını iflâs dışında (iflâstan önce) sadece ortaklığa ve pay sahiplerine tanımış⁸⁹ (TTK m. 555/1), alacaklılara ise ancak iflâsın gerçekleşmesi ve iflâs idaresinin dava

Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 47-48, 55; Sıtkı Anlam Altay, "Pay sahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 2; Mehmet Helvacı/Emin Çamurcu/İsmail Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 311 vd.; kurumsal yönetimin menfaat sahiplerine sağladığı yararlar konusunda ayrıca bkz. Paşlı, **Kurumsal Yönetim**, s. 49-52.

⁸⁵ Ayan, s. 55, 57, 106; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 313; çıkar çatışmalarının, şirketler hukukunun temel sorunlarından biri olduğu yönünde bkz. Peter V. Kunz, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2014, s. 278; tipik çıkar çatışmasının, bir sınıf (grup) olarak yöneticiler ve hissedarlar arasında olduğu, yöneticilerin, örneğin şirketle işlem yapabilecekleri, şirketin olanaklarından yararlanabilecekleri veya karar verirken dikkatsizce hareket edebilecekleri, böylece şirkete zarar verebilecekleri, diğer yandan şirkete verilen zararın, hakim bir hissedarın varlığından da kaynaklanabileceği, yöneticilerin büyük ölçüde büyük hissedarlar tarafından kontrol altında tutulduğu, çıkar çatışmalarının şirketi kontrol eden koalisyon (pay sahipleri) içinde ortaya çıkabileceği gibi, dış yatırımcılar ile kontrol eden hissedarlar (başka bir şirket veya finans kurumu, bir aile veya hükümet) arasında da söz konusu olabileceği, şirkete verilen zararın genellikle şirket ile büyük bir hissedar arasında yapılan işlemlerden kaynaklandığı yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 4-5.

⁸⁶ Şirketin devamı ve sona ermesi sürecinde malî durumun iyi olmasının, pay sahiplerinin menfaatinin birleştiği ortak bir nokta olduğu yönünde bkz. Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 256; buna karşılık, pay sahipleri tarafından açılan davaların, dava konusu menfaatin harcanacak para ve zamana kıyasla çok küçük olması, şirket adının müşterileri, tedarikçileri nezdinde bu tür davalarla yıpranması ve kötü algılanması gibi sebeplerle tüm pay sahiplerinin ve şirketin menfaatine olacağının her zaman söylenemeyeceği yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 851.

⁸⁷ Ortaklığın malvarlığının korunmasını en iyi gözetecek olan menfaat sahiplerinin pay sahipleri olduğu ve ayrıca Türk hukukunda ortaklık yapılanmasının öncelikle pay sahipleri olmak üzere alacaklıların da menfaatlerini ortaklık içinde barındırmaya uygun bulunduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 179, 184.

⁸⁸ Organların zarar görenlere karşı tüm zarardan ve müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmek suretiyle zarar görenlerin (ortaklık, pay sahipleri ve alacaklıların) menfaatlerinin ve güveninin korunduğu yönünde bkz. Karayalçın, s. 665; sorumluluk sisteminin etkinliği derecesi oranında, pay sahiplerinin, alacaklıların, üçüncü kişilerin menfaatlerini ve dolayısıyla kamu yararını koruyacağı, yöneticileri azamî özeni göstermeye yönelteceği konusunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 4-5; tüzel kişilik kisvesi altında toplanan haklar bütünüdür dolaylı olarak pay sahiplerinin hakları olduğu yönünde ayrıca bkz. Arslanlı, s. 181; yatırımcıların korunmasının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için, yöneticilerin görevlerini yerine getirmesinin sağlanmasının, yöneticilerin görev ve sorumluluklarına ilişkin maddi kuralların gerekli bir tamamlayıcısı olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 184.

⁸⁹ Sorumluluğun, şirketler hukukunun, yöneticilerin şirket varlıklarına verdiği zararların tazmini için öncelikle çoğunluk hissedarlara verdiği tipik bir çözümü temsil ettiği yönündeki görüş için bkz. Latella, s. 5.

açmaması hâlinde dava açma imkânını tanımıştır (TTK m. 556/1). Alacaklılar aleyhine benimsenen bu tercih, ortaklığın iflâs etmediği sürece alacaklıların alacaklarını karşılamaya yeterli malvarlığına sahip olduğu ve ancak iflâs hâlinde bu varsayımın aksinin ortaya çıkmış olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁹⁰. Buna karşılık, pay sahipleri açısından bakıldığında, bu kimselerin şirket zararı için dava açma hakları, zarara bağlı olarak pay değerinde gerçekleşen düşme, kâr payı alamama veya daha düşük miktarda kâr payı alma sebeplerine dayanmakta olup, bu durum iflâstan önce de söz konusu olabilecektir.

Buna göre, TTK m. 553 vd. hükümleri ile ortaklık, pay sahipleri ve alacaklıların korunmasının öngörülmüş olmasına⁹¹ rağmen, alacaklıların bu korunmadan yararlanmayı talep etmeleri uzun bir sürecin sonuna ve buna ilâveten de iflâs idaresinin dava açmaması şartına bağlanarak güçleştirilmiş ve hatta âdeta engellenmiştir⁹². Oysa, anonim ortaklığın işleyişine, faaliyetine ve bilgi kaynaklarına tamamen yabancı olan⁹³ alacaklıların ilişki içinde bulundukları anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin

⁹⁰ Bu konuda bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 86.

⁹¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 224.

⁹² Bu hükmün Türk Hukuku yönünden isâbetli olmadığı alacaklıların dava hakkının önüne büyük bir engel çıkarıldığı, doğrudan doğruya iflâs koşullarının bulunduğu diğer hâllerde de (örneğin borca batıklık hâlinde) alacaklılara dava açma hakkının tanınması gerektiği, buna karşılık bunun da çeşitli bazı sorunları beraberinde getireceği yönünde bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 86-87; davanın, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından bir câzibesinin olmadığı görüşü için bkz. Üçışık/Çelik, s. 559. Son yazarın bu görüşüne, sadece alacaklılar bakımından katılıyoruz. Zîra, pay sahiplerinin dava açması bakımından hiçbir koşul öngörülmediği gibi, zararın tamamının talep edilebilmesi ve ayrıca yargılama giderleri paylaşılması gibi hükümlerle pay sahiplerinin dava açmasının kolaylaştırıldığı ve hatta teşvik edildiği görüşündeyiz.

⁹³ Şirketle iş yapan alacaklının riski değerlendirmek için yeterli bilgiye sahip olması gerektiği, bunun da en azından şirketin mevcut mali durumu hakkında güncel finansal bilgilere sahip olması anlamına geldiği, ancak bu bilgileri elde etse dahi bunun yeterli olamayabileceği, zira şirketin bir alacaklının talebini gelecekte vadesi geldiğinde ödeyebilme olasılığını tahmin etmek için daha fazla bilgiye ihtiyaç duyulacağı, alacaklının şirket ile uzun vadeli bir sözleşme yaptığından bunun özellikle önem taşıyacağı, bu durumda, alacaklının şirketin işinin geleceği hakkında bilgi talep edebilmesi gerektiği, ancak izleme maliyetleri göz önüne alındığında, bunun yalnızca büyük alacaklılardan beklenebileceği yönünde bkz. Lennarts, s. 134; alacaklıların daha iyi korunması için şirketlerin bilgilerini kamuya açıklamaya zorlanıp zorlanamayacağı yolundaki tartışma ve değerlendirmeler ve bu bağlamda, alacaklıların, şirketlere ait güvenilir finansal bilgilere sahip olmanın faydasını görecekleri ve bu bağlamda şirkete ait bilgilerin açıklanmasının pay sahipleri, alacaklılar ve diğer piyasa katılımcıları karşısında şirket faaliyetlerini organize etmenin en iyi ve en verimli yolları konusundaki tartışmanın tam merkezinde durduğu, Yeni Zelanda ve Avustralya'dan Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'ya, dünyanın her yerindeki yasa koyucuların, şirket çökmelerinin ortaya çıkardığı sorunlar ve çıkarımlar ışığında, bilgi açıklama kurallarının yeterince katı olup olmadığını ele alma sürecinde oldukları, şirkete ait bazı bilgilerin zorunlu olarak açıklanmasına yönelik mevcut yasal rejimlerin şirketin beklenen ödeme gücü hakkında yeterli bilgi sağlamadığı ve şirketlerin alacaklılarını daha etkin bir şekilde korumak için anlaşılabilirlik, zamanındalık ve açıklamanın uygulanması açısından reformun gerekli görüldüğü yolunda bkz. Hanno Merkt, "Creditor Protection Through Mandatory Disclosure", **European Business Organization Law Review**, Volume 7, Issue 1, March 2006, (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/creditor-protection-through-mandatory-disclosure/93CE16975D9DE60073BDC6EF9BF91A32> – Erişim Tarihi: 10.10.2021), s. 96 vd., 122.

kanun ve esas sözleşmeye aykırı davranışlarına karşı korunmasına yönelik yegâne olanak bu sorumluluk davasının açılması idi⁹⁴. Dolayısıyla, bu imkânın da geciktirilmiş ve bu suretle güçleştirilmiş olması kanımızca yerinde olmamıştır.

C- Malvarlığının Korunması İlkesi ile İlişkisi

Bir sermaye şirketi olan anonim şirketlere hâkim olan temel ilkelerden biri de malvarlığının korunması ilkesi olup, bu ilke sorumlulukla yakından ilgilidir⁹⁵. Zira, malvarlığının korunması, etkin bir sorumluluk sisteminin ve bu bağlamda etkili bir yaptırımın varlığı suretiyle mümkün olabilir. Bu yönüyle, sorumluk davası malvarlığının korunması ilkesinin bir uzantısını ve ilkeye aykırılığın bir anlamda yaptırımını teşkil etmekte olup⁹⁶, böylece malvarlığının korunması hedeflenmektedir.

Bu ilkenin uygulanması, pay sahiplerinin⁹⁷ ve malvarlığının sahibi olan ortaklığın da lehine olmakla birlikte⁹⁸, sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle öncelikle ve özellikle alacaklıların korunması ile yakından ilgilidir⁹⁹. Zîra, anonim şirketlere hâkim

⁹⁴ Sorumluluk davasının, alacaklıların korunmasına yönelik önemli ve hatta çoğu zaman tek araç olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 147; şirketlerle iş yaparken alacaklıların karşı karşıya oldukları riskler ve şirketler hukukunun alacaklıları bu risklere karşı neden koruması gerektiği yönündeki bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Lennarts, s. 132-133.

⁹⁵ Bu konuda bkz. Domaniç, TTK Şerhi, s. 653; Sevi, **Sermayenin Oluşturulması**, s. 71.

⁹⁶ Nitekim, şirket zararının tazmini talebine dayalı davalarda, şirketin varlıklarını koruyan bir yükümlülüğün ihlal edildiğinin kanıtlanması gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 64.

⁹⁷ Pay sahiplerinin sahip oldukları payın değerinin korunması ve kendilerine ödenecek kâr payının en yüksek düzeyde olması, ortaklık malvarlığının korunmasına bağlıdır.

⁹⁸ Anonim şirketler hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin, şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların varlıklarını koruyan normlar oldukları ve bu bakımdan, bu yükümlülüklerin koruyucu standartlar oldukları yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 64.

⁹⁹ Bu ilkenin öncelikle alacaklılar lehine olduğu ve alacaklıların korunmasına yönelik temel önlenmelerin, şirketin malvarlığının korunmasına yönelik olanlar olduğu konusunda bkz. Şehirli Çelik(Kırca/Manavgat), s. 126, 129, 260; bu ilkenin ortaklığın sorumluluğunun sınırlı olması nedeniyle ortaklık alacaklılarını koruyan bir ilke olduğu kadar, sermaye yatırımında bulunmuş pay sahiplerini de koruduğu yönünde bkz. Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s. 27; bu konuda bir monografik eseri bulunan Sevi, bu ilkenin ortaya çıkma sebebinin sınırlı sorumluluk sistemi nedeniyle menfaatleri risk altında bulunan ortaklık alacaklılarının korunması olduğunu ve bunun yanı sıra azınlık ve münferit pay sahiplerinin koruyucu yönünün de bulunduğunu ifade ettikten sonra (**Sermayenin Oluşturulması**, s. 71 ve dn. 147) ve bu ilkenin sorumluluğun kapsamını teşkil eden malvarlığını korumayı hedeflediğini teyiden vurguladıktan (**Sermayenin Oluşturulması**, s. 74) hemen sonra, *“burada amaçlanan malvarlığının münhasıran ortaklığın pay sahiplerine karşı korunmasıdır. Başka bir deyişle malvarlığının üçüncü kişilere veya ortaklığın ticarî faaliyetleri kapsamında ortaya çıkabilecek olan zararlara karşı korunması, malvarlığının korunması ilkesinin amaçları ve kapsamı içinde değildir”* (**Sermayenin Oluşturulması**, s. 74) demek ve ayrıca, ortaklığın gerek iç ve gerekse dış faktörler nedeniyle zarara uğramasının malvarlığını ilgilendiren bir husus olmayıp, bu zararlara ilgili başvurulabilecek tek yolun sorumluluk davası açılması olduğunu ifade etmek (**Sermayenin Oluşturulması**, s. 74) suretiyle açıkça zıt yönde görüşler ifade etmiştir. Yazar, daha sonra ilerleyen bölümlerde, malvarlığının korunmasına yönelik geleneksel sistemin temel esasının alacaklıların

diğer bir ilke olan sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle, alacaklılar sadece şirket malvarlığına başvurabilmekte ve pay sahipleri ise sadece sermaye koyma borçlarını yerine getirmekten dolayı sorumlu bulunmaktadır¹⁰⁰ (TTK m. 329/1, 480). Dolayısıyla, alacaklıların başvurabilecekleri yegâne malvarlığı, kural olarak sadece şirketin malvarlığıdır. Ayrıca, alacaklıların ancak iflâstan sonra ve iflâs idaresinin dava açmayı tercih etmemesi koşuluna bağlı olarak sorumluluk davası açabileceği (TTK m. 556), buna göre iflâs dışında alacaklıların başvurabileceği tek yolun ortaklığın malvarlığına gitmek olduğu ve iflâs hâlinde dahi sadece ortaklık malvarlığının paylaştırmaya tâbi tutulacağı dikkate alındığında, malvarlığının korunmasının alacaklılar bakımından ne denli büyük önem taşıdığı kendiliğinden anlaşılmaktadır¹⁰¹.

Nitekim, kanun koyucu, iflâstan önce alacaklılara sorumluluk davası açma hakkı tanımasa da, bu ilkeye özel bir önem vermiş ve birçok hükmün (TTK m. 369, 395,

korunması olduğunu, bu amacın çok önemli olduğunu, hatta bu ilkeye ilişkin kuralların kaldırılması veya değiştirilmesi hâlinde, bunun “*mutlak surette*” sorumluluk hukukuna getirilecek ek düzenlemelerle desteklenmesi gerektiğini ulaştığı sonuçlar bağlamında ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır (**Sermayenin Oluşturulması**, s. 102-105). Malvarlığının korunması ilkesinin bir yandan sınırlı sorumluluk ilkesi sebebiyle ortaya çıktığının ve ayrıca sorumluluğun kapsamını teşkil eden malvarlığının korunmasını hedeflediğinin ifade edilmesi, diğer yandan bu ilkesinin sorumluluk davası ve alacaklıların korunması ile ilişkili olmadığının belirtilmesi, kanımızca çelişkilidir. Bu bağlamda, yukarıda belirttiğimiz üzere, kanımızca bu ilkenin öncelikli koruma amacı ortaklık alacaklılarının korunması olup, malvarlığının korunması ilkesine aykırı davranışlar nedeniyle, yönetim kurulu kararlarının butlanının (TTK m. 391) ileri sürülmesi dışında başvurulabilecek tek yol sorumluluk davası açılmasıdır. Nitekim, yazar da çalışmasında, malvarlığının korunması ilkesini gerçekleştirmeye yönelik kurallardan biri olan sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağına (TTK m. 480/3) aykırılık hâlinde TTK m. 553 vd. hükümlerine göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidilebileceğini isâbetle ifade etmektedir; bkz. Sevi, **Sermayenin Oluşturulması**, s. 522. Ayrıca sermaye koruma rejiminde pay sahipleri, yöneticiler ve alacaklıların menfaatlerinin dengelenmesi gerektiği yönünde bkz. Lennarts, s. 141.

¹⁰⁰ Bir şirketin, tüzel kişilik olarak iki tür varlık koruması sağladığı, pay sahiplerinin kişisel varlıklarını şirketin alacaklılarından ve şirketin varlıklarını da pay sahiplerinin kişisel alacaklılarından (varlık koruması) koruduğu yönünde bkz. Vera Korzun, “Shareholder Claims For Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law And Governance”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 40, No. 1, 2018, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3294147 – Erişim Tarihi: 25.10.2021), s. 192.

¹⁰¹ Alacaklıların korunmasına yönelik temel önlenmelerin, şirketin malvarlığının korunmasına yönelik olanlar olduğu yolunda bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 260; alacaklıların korunmasına yönelik farklı rejimler hakkında ayrıntılı bilgi ve bu bağlamdaki düzenleme arayışları konusunda ve ayrıca alacaklıyı koruma mekanizmaları bakımından odak noktasını, sınırlı sorumluluğun ekonomik olarak yararlı bir kurum olup olmadığının teşkil ettiği yönünde bkz. e bkz. Peter O. Mülberr, “A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection”, **ECGI Working Paper Series in Law**, Working Paper No. 60/2006, February 2006, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883625 – Erişim Tarihi: 28.06.2021), s. 5 vd.; Hollanda’da, yasa koyucunun, şirketler hukukunun şirket alacaklılarını korumada oynayacağı bir role sahip olduğu, bu bağlamda bazı alacaklılar alacaklarının ödenmesini sağlamak için teminat sağlama konusunda bazı imkânları kullanabilir ise de, bunun tüm alacaklılar için geçerli olmadığı, bu nedenle sınırlı sorumluluğun şirketin alacaklılarına zarar vermek için kullanılmasını önleyen kurallar sağlanması gerektiği yolunda görüşe sahip olduğu yönündeki açıklamalar ve ayrıca bu görüşün eleştirisi için bkz. Lennarts, s. 134.

549) gerekçesinde bu ilkeye açıkça atıfta bulunmuş ve ayrıca, sermayenin korunması için bu ilkeye aykırı yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının batıl olması (TTK m. 391, 347), şirkete borçlanma yasağı¹⁰² (TTK m. 358, 395/2), şirketin kendi paylarını edinmesi yasağı¹⁰³ (TTK m. 379), önemli miktardaki şirket varlığı satışının genel kurul tarafından karara bağlanması (TTK. m. 408/2, f) gibi düzenlemelere yer vermiştir¹⁰⁴. Diğer yandan, TTK m. 376’da da sermayenin korunması konusunda gerekli önlemlerin alınması için yönetim kuruluna bazı ödevler yüklenmiştir.

Bununla birlikte, söz konusu ilkenin adlandırılması konusunda, gerek öğretide¹⁰⁵, gerek kanunda gerekse madde gerekçelerinde¹⁰⁶ birtakım farklı

¹⁰² Pay sahibinin borçlanma yasağı ve ayrıca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağı, yasakların kapsamı, şartları ve ihlâlin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emek Toraman Çolgar, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 115 vd.; bu konuda ve ayrıca, TTK m. 358’de düzenlenen şirkete borçlanma yasağının pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri bakımından da uygulanacağı yolunda bkz. Ahmet Tamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK m. 358)”, **TBB Dergisi**, 2012 (102), s. 96 vd.

¹⁰³ Ortaklığı kendi paylarını edinmeye yönelten sebepler ile bunun ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından ortaya çıkardığı riskler ve ayrıca bu yasağın dayandığı temel ilkeler (malvarlığının korunması ve eşit işlem ilkeleri) konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Türk, **Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 79 vd., 105 vd.; payın ortaklık tarafından geri alınmasının yaratacağı sakınca ve tehlikeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alihan Aydın, **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2008, s. 98 vd.

¹⁰⁴ Tüm hukuk sistemlerinin, sağladıkları yatırımcı koruma derecesi başta olmak üzere aralarında önemli bazı farklılıklar bulunsu da, şirketlere, ister yöneticiler ister hâkim hissedarlar olsun, kontrol sahibi olanlar tarafından varlık saptırılmasını önlemek veya cezalandırmak için güvene dayalı görevler, açıklama hükümleri, hissedar onay gereklilikleri, sorumluluk davaları, kendi kendine işlem yapan işlemlerin geçersiz ilân edilmesi için eylemler, cezaî yaptırımlar ve idari müdahale gibi yasal araçlar sağladığı konusunda bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 491-492; menkul kıymetler hukuku kapsamındaki özel davaların, şirketler hukuku kapsamındaki davaların yerini alabileceği veya en azından tamamlayabileceği ve bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri’nde, menkul kıymetler yasasının özel icrasının, şirket hukukunun özel icrasını tamamladığı ve iflas hukukunun, her ikisinin de özel icrasına katkıda bulunduğu yolunda bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 711, 715; İngiltere’de 2006 tarihli Şirketler Yasası’nın 994. maddesinde yöneticilerin görevlerini ihlal etmeleri hâlinde pay sahiplerinin başvurabilecekleri bir yol olarak öngörülen, sorumluluk davalarından farklı olarak bir tazminat içermeyip, mahkemelere davacının hisselerinin satın alınmasına karar vermek dâhil olmak üzere şirketteki hatalı uygulamaların giderilmesine yönelik olarak kararlar verme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıyan ve pay sahiplerinin bu yola başvurmaları için öncelikle bir izin prosedürünü aşmasını gerektirmeyen özel prosedür hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca bu yolun sorumluluk davalarına alternatif olamayacağı, bununla birlikte sorumluluk davalarında geçerli olan izin prosedürü ile mahkemelerin bu alandaki katı tutumunun pay sahiplerini m. 994’e dayalı taleplerde bulunmaya yönelttiği konusundaki değerlendirmeye ve karşılaştırma için bkz. Keay, s. 59 vd.

¹⁰⁵ Bu konudaki terminoloji sorunu ve Türk hukuk öğretisinde “malvarlığının korunması” teriminin genel kabul gördüğü ve “sermayenin korunması” teriminin çoğunlukla eleştirildiği, buna karşılık terimin mukayeseli hukuktaki karşılığının Türk hukukunda kabul edilenden farklı olduğu ve ortaklığın öz varlığının korunmasının kastedildiği, esasen sermayenin korunması kavramı ile malvarlığının korunması kavramı arasında anlam bakımından herhangi bir farklılık bulunmadığı yönünde bkz. Sevi, **Sermayenin Oluşturulması**, s. 73-74; adlandırma konusunda farklı görüşler ve esas sermaye ile malvarlığı kavramlarının karşılaştırılması için ayrıca bkz. Şehirli Çelik(Kırca/Manavgat), s. 121-123.

¹⁰⁶ TTK m. 391’in gerekçesinde, madde metninde geçen sermayenin korunması ilkesinin malvarlığının korunmasından farklı olduğu belirtilmiş ise de m. 395’in gerekçesinde her iki kavram aynı anlama

kullanımlar mevcut ise de, kanımızca her iki ilkenin amacı esasen birbirinden farklı olmayıp, malvarlığının korunması, sermayenin korunmasına göre daha geniş bir anlamı ifade etmekte¹⁰⁷ ve sermayenin korunmasını da kapsamaktadır¹⁰⁸. Diğer bir deyişle, korunması gereken değer, ortaklık esas sermayesi ile sınırlı olmayıp, malvarlığının tümüdür¹⁰⁹. Ancak bu amaca, öncelikle sermayenin korunması (sermayenin doğru ve muvazaadan âri bir şekilde taahhüdü, toplanması ve korunması) yoluyla yönelmek söz konusudur.

D- Kurumsal Yönetim İlkesi ile İlişkisi

Kurumsal yönetim ilkesinin en önemli unsurlarından biri hesap verebilirliktir¹¹⁰. Hesap verebilirlik, kurumsal yönetimin diğer unsurları olan hakkaniyet, şeffaflık ve sorumluluk ile bütünlük arz eder, diğer bir deyişle, tüm bu unsurlar birbirini tamamlar. Şirket içi sorumluluk niteliğini taşıyan hesap verebilirlik, bir yandan dikey hiyerarşilerin ve yatay ilişkilerin doğru oluşturulmasını, yetki devri ve görev dağılımının doğru bir şekilde yapılmasını gerektirdiği gibi, diğer yandan da raporlamayı beraberinde getirir. Bunun temel işlevi, yöneticilerin sorumluluğuna yol açabilecek durumların, etkin bir iç denetim yoluyla, dikey hiyerarşide aşağıda olanın yukarıdakine (üstüne) hesap vermesiyle somutlaşmasıdır. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin faaliyetleri sırasında denetlenmeleri ve şeffaf bir şekilde görev yapmalarının yanı sıra, karar ve işlemlerinin sonuçlarına katlanmaları ve sorumluluk bakımından etkin mekanizmaların öngörülmesi şarttır¹¹¹.

gelecek şekilde kullanılmıştır. Ayrıca, TTK m. 369'un gerekçesinde sermayenin ve malvarlığının korunmasına birlikte yer verilmiş iken, TTK m. 549'un gerekçesinde sermayenin korunmasından bahsedilmiş ve TTK m. 548'in gerekçesinde de, malvarlığının korunması ilkesinden söz edilmiştir.

¹⁰⁷ Malvarlığının korunması ilkesinin, sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulması ve malvarlığının ortaklığın faaliyeti esnasında korunması olmak üzere iki sacayağının bulunduğu yönünde bkz. Sevi, **Sermayenin Oluşturulması**, s. 72.

¹⁰⁸ Nitekim, öğretilerde de, TTK m. 391'in metninde geçen sermayenin korunması ilkesinin dar anlamda değil, malvarlığının korunması şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir; bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 518.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 130.

¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Paşlı, **Kurumsal Yönetim**, s. 76 vd.

¹¹¹ Amerika'da pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davalarının ("derivative suits" - türev davalar) kurumsal yönetimin uygulanması bağlamında önemli bir mekanizma olarak görüldüğü hakkında bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 844; Avrupa'daki pek çok kişinin, yerel sermaye piyasalarını genişletmeye ve kurumsal yönetimi iyileştirmeye istekli, daha güçlü özel yaptırımını arzu edilir olarak gördüğü ve özel davaları engelleyen usul kurallarını değiştirmeye çalıştığı yönünde bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 688; Pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davalarının, verimli bir şirket yönetimi için ana aktörlerde biri olarak nitelendirildiği ve bu nedenle modern kurumsal yönetim sistemlerinde gerekli görüldüğü yönünde bkz. Latella, s. 13; sorumluluk davasının hesap

Nitekim, Kurumsal Yönetim Tebliği'nin¹¹² (II-17.1) (KYT) ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri (KYİ) kapsamında yönetim kurulunun faaliyet esasları belirlenmiş ve bu bağlamda, yönetim kurulunun, faaliyetlerini şeffaf, hesap verebilir, âdil ve sorumlu bir şekilde yürüteceği¹¹³ (KYİ m. 4.2.1) ve yönetim kurulu üyelerinin görevleri esnasındaki kusurları ile şirkette sebep olacakları zararın, şirket sermayesinin %25'ini aşan bir bedelle sigorta edileceği ve bu hususun Kamuoyunu Aydınlatma Platformu'nda (KAP'ta) açıklanacağı (KYİ m. 4.2.8) düzenlenmiştir.

Diğer yandan, ilk hâli 1999 yılında oluşturulan ve en son (ikinci) gözden geçirmesi 2014-2015 yıllarında yapılan G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin¹¹⁴ önsözünde, kurumsal yönetimin amacının uzun vadeli yatırımları, finansal istikrarı ve işletmelerin dürüstlüğüne geliştirmek için gerekli olan güven, şeffaflık ve hesap verebilirlik ortamının oluşturulmasına yardımcı olmak ve bu sayede daha güçlü büyümeyi ve daha kapsayıcı toplumları desteklemek olduğu belirtilmek suretiyle şeffaflık ve hesap verebilirliğin önemi vurgulanmıştır. Bu ilkelerin “*Yönetim Kurulunun Sorumlulukları*” başlıklı VI. bölümünde, kurumsal yönetim çerçevesinin yönetim kurulu tarafından yönetimin etkin gözetimini ve yönetim kurulunun şirkete ve pay sahiplerine karşı hesap verebilirliğinin sağlaması ve hesap verebilirliğin de net olması gerektiği vurgulanmıştır.

Görüldüğü üzere, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk, kurumsal yönetim bakımından büyük önem atfedilen temel kavramlardır. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun koşullarının ve kapsamının belirlenmesi ve bu bağlamda söz konusu kişilerin kusurlarıyla verdikleri zararı tazmin etmeleri de aynı şekilde önem arz etmektedir.

verebilirliği sağlayan bir araç olduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 179; bu konuda ayrıca bkz. Demir, s. 47.

¹¹² Bkz. 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmî Gazete.

¹¹³ Bankalara özgü kurumsal yönetim ilkeleri ile bankalarda da kurumsal yönetim sorumluluğunun esasının hakkaniyet, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleri olduğu yönünde bkz. Sıtkı Anlam Altay, **Hukukî Açıdan Banka Anonim Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 69 vd.

¹¹⁴ OECD (2016), G20/OECD Principles of Corporate Governance (Turkish version), OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264257443-tr> - erişim tarihi 30.05.2021).

E- Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Davalarıyla İlişkisi

Anonim ortaklığın malvarlığıyla sınırlı sorumlu olması (TTK. m. 329/1), pay sahiplerinin de sermaye paylarını ödemek dışında bir sorumluluğunun bulunmaması (TTK m. 480) ve mal ayrılığı prensibinin geçerli olması nedeniyle, tüzel kişilik perdesinin¹¹⁵ arkasına saklanılarak bu kurumun kötüye kullanılması ve zarar verici davranış ve işlemler gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Bu kötüye kullanmalara karşı geliştirilen perdenin kaldırılması teorisine¹¹⁶ göre, koşullar gerçekleştiği takdirde şirket ortaklarının kişisel malvarlıklarına müracaat edilebilmektedir¹¹⁷. Hukukumuzda açık bir pozitif mesnedi bulunmayan¹¹⁸ bu teori, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına ve onun bir görünümü olan “*hakkın kötüye kullanılması yasağı*”na dayandırılmaktadır¹¹⁹. Buna göre, ortakların tüzel kişiliğin ayrılığı (bağımsızlığı)¹²⁰ ve sermaye koyma borcu ile sınırlı sorumluluk savunmalarını ileri sürmelerinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hâllerde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve

¹¹⁵ Tüzel kişiliğin bir perde değil, esasen şeffaf bir örtü olduğu yolunda bkz. Ersin Çamoğlu, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **BATİDER**, Cilt 32, Sayı 2, Haziran 2016, s. 6-7.

¹¹⁶ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile ilgili olarak bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 13 vd.; Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 387-404; Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 5-17; İbrahim Kaplan, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **BATİDER**, C. XXV, S. 4, s. 37-46; Mustafa Topaloğlu, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Getirilen Hükümler”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, C. II, s. 2083-2104; İpek Sağlam, “İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, Cilt I, s. 481-498; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 878 vd.; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 1058 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 27-01 vd.; Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 83 vd.; sermayeye katılmalı ortak girişimler (equity joint ventures) bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması konusunda bkz. Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklarda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 607 vd.

¹¹⁷ Perdenin kaldırılması teorisinin ağırlık noktasını sorumluluk konusu teşkil etmekle birlikte, daha geniş bir alana yayıldığı ve sorumluluktan ibaret olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. Tekinalp/Tekinalp, s. 388, 397.

¹¹⁸ Tüzel kişilik perdesinin yasa tarafından özel olarak kaldırıldığı hâller (6183 sayılı Kanun. m. 35, Çek Kanunu, m. 42 vb.) için bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 8 vd.

¹¹⁹ Kuramın hukukî temelini TMK m. 2 ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu, Yargıtay’ın da bu kuramı tüzel kişi gerçek kişi ayrımı ilkesinin kötüye kullanılması olgusuna dayandığı yolunda bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 6, 15-16; bu yönde ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 879; Dural/Öğüz, N. 1060; Tekinalp/Tekinalp, s. 396; Kaplan, **Perdenin Kaldırılması**, s. 39; Emrullah Kervankıran, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **EÜHFD**, C. IX, S. 3-4, s. 469; Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 85.

¹²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 834 vd.; Dural/Öğüz, N. 1052, 1058; Kırca(Şehir Ali Çelik/Manavgat), s. 84.

tüzel kişinin borcu için¹²¹ ortağın malvarlığına başvurulabilmesi mümkün görülmektedir. Öğretide, perdenin kaldırılmasına olanak tanıyan başlıca hâller olarak; ortakların kişisel malvarlıklarıyla ortaklığın malvarlığının karışması, ortakların işlemleri yaparken üçüncü kişilere kendi kişilikleri ile tüzel kişiliği özdeş göstermeleri, ancak daha sonra işlemin faydalarından yararlanıp, yükümlülüklerin şirkete ait olduğunu ileri sürmeleri ve ayrıca öz kaynak yetersizliği (ortakların öz kaynak yetersizliğini gizleyip üçüncü kişilerle işlem yaparak menfaat elde etmeleri ve üçüncü kişilerin de zarara uğramalarına yol açmaları) gösterilmektedir¹²². Perdenin kaldırılmasına yol açan üçüncü durum ise yabancı güdüm (yönetim) olgusudur¹²³ ve Türk Hukuku'nda şirketler topluluğuna özgü TTK m. 195 vd, (özellikle TTK m. 202) hükümleriyle büyük bir cephesi itibariyle yasal düzenlemeye bağlanmıştır¹²⁴.

Bu tür kötüye kullanmalar, bunların yönetim kurulu üyeleri tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde esasen sorumluluk davasına vücut verecek ve uğranılan zararın tazmini bu dava yoluyla giderilmeye çalışılacaktır¹²⁵. Bu bağlamda, alacaklıların veya pay sahiplerinin yöneticilere karşı doğrudan zararları nedeniyle tazminat kendilerine verilmek üzere dava açma imkânları da vardır. Diğer yandan, zarar verici eylemlerin yönetici olmayan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde ise, bu kişilere karşı da “*fiilî organ*” vasfını taşımaları kaydıyla sorumluluk davası ikâme edilebilecektir¹²⁶. Nitekim, öğretide, perdenin kaldırılmasının istisnâî bir imkân olduğu ve ortaklık alacaklılarının menfaatinin korunması için kanuna veya

¹²¹ Kuramın, sadece tüzel kişinin borçlu ya da sorumlu olduğu hallerde uygulanabileceği yolunda bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 14.

¹²² Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle sorumlu kılmanın özellikle söz konusu olabileceği hâller için bkz. Yanlı, **Perdeyi Kaldırma**, s. 86 vd.; Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 14-15; Kervankıran, **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s. 458, 463 vd.; perdenin kaldırılması davalarının sınıflandırılması ve perdeyi kaldırma hâlleri için ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 27-07 vd.; bu bağlamda, perdenin kaldırılmasına, ancak olağan dışı ve kötüniyetli girişim ve işlemlerin temel oluşturabileceği ve bir kişi veya kurumun tüzel kişiyi sorumluluktan kurtulmak amacıyla bir aracı olarak, diğer bir deyişle kötüye kullanması hâlinde perdenin kaldırılıp gerçek kişi sorumluya gidilebileceği yolunda yönünde de bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 6, 13; bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp/Tekinlap, s. 387-388, 396; Topaloğlu, s. 2086-2094.

¹²³ Perdenin kaldırılması bakımından yabancı yönetim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, **Perdeyi Kaldırma**, s. 119 vd.

¹²⁴ Altay, **Equity Joint Ventures**, s. 613 vd.; ayrıca bkz. Yanlı, **Perdeyi Kaldırma**, s. 235-236.

¹²⁵ Bu yönde bkz. Topaloğlu, s. 2089-2090.

¹²⁶ Fiilî organ hakkında sorumluluk davası açılabilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

sözleşmeye dayalı başka bir yol bulunmadığı takdirde, ancak âdeta son çare olarak bu yola başvurulabileceği ifade edilmektedir¹²⁷.

Perdenin kaldırılması teorisi, belirli koşullarla alacaklıların ortaklıkla birlikte ortakların da malvarlığına başvurmasına olanak sağlayan bir kurumdur¹²⁸. Diğer bir deyişle, bu durumda ortaklar, ortaklığın borçlarından dolayı ortaklık ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır. Teorinin bir başka uygulama alanı da ortakların kurduğu başka şirketlerdir. Buna karşılık, sorumluluk davası, ortaklara değil, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile fiilî organların sorumluluğuna gidilebilmesini ve şirketin uğradığı zarara ilişkin tazminatın şirkete ödenmesini talep etme hakkı vermektedir.

Buna göre, perdenin kaldırılmasına vücut veren hâller, aynı zamanda sorumluluk davasının koşul olgu unsuru olan *“kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli”*ni de teşkil ediyorsa ve muhatap aynı zamanda TTK m. 553 uyarınca sorumluluğuna başvurulabilecek kimselerden biri ise, perdenin kaldırılması davasının son çare olması nedeniyle bu durumda sadece sorumluluk davası açılabilir. Bununla birlikte, perdenin kaldırılmasını gerektirecek davranışları gerçekleştiren kimse, TTK m. 553’te sayılan kişilerden olmayıp sadece ortak sıfatını hâizse, kendisi

¹²⁷ Perdenin aralanması kuramının sadece başka bir yasal nedene dayanılmasının mümkün olmadığı hâllerde dürüstlük kuralına aykırı olarak tüzel kişilik örtüsünün arkasına saklanan kişiler hakkında uygulanabilen ve istisnâî özelliği nedeniyle dar yorumlanması gereken bir kuram olduğu yolunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 880; Dural/Öğüz, N. 1061-1062; Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 12; istisnâî bir yol olduğu yönünde ayrıca bkz. Yanlı, **Perdeyi Kaldırma**, s. 84-85, 252; tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının, sınırlı sorumluluk ilkesinin bir istisnası olduğu ve bunun ancak bir konkordato veya iflâs durumunda gündeme geleceği, ortakların başka bir hukukî sebebe dayanarak sorumlu tutulmadığı hâllerde perdenin kaldırılmasının alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla çok istisnâî hâllerde kullanılan bir yol olarak ortaya çıktığı, diğer bir deyişle son çare olduğu yönünde bkz. Kervankıran, **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s. 460-461, ayrıca bkz. s. 471; aynı doğrultuda ayrıca bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 85, 87.

¹²⁸ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hâllerinin, üyelerinin (pay sahiplerinin) beyan ve işlemlerinin tüzel kişiliğe veya tüzel kişiye ilişkin durumların üyeye izafe edilmesi olarak ifade edilen tüzel kişi ile üyelerin özdeş kılınması (birinci grup) ile tüzel kişinin borcundan dolayı üyenin sorumlu kılınması (ikinci grup) olmak üzere genellikle iki ana grupta ifade edilebileceği, bununla birlikte, *“tüzel kişilik perdesini kaldırarak yararlandırma”* ve *“katmerli tüzel kişilik perdesinin kaldırılması”* hâllerinin de bulunduğu, sorumlu kılma da tüzel kişi ile birlikte üyenin borçtan dolayı sorumlu tutulduğu, buna düz kaldırma da denildiği, bununla birlikte bazı hâllerde üyenin borcundan dolayı tüzel kişinin de sorumlu tutulabileceği, buna *“ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma”* denildiği yolunda, bkz. Yanlı, **Perdeyi Kaldırma**, s. 20-21, 37-38; tüzel kişinin borcundan dolayı ortağın da sorumlu tutulması yönünde ayrıca bkz. Kervankıran, **Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, s. 460-461; öğretide perdenin dolaylı (tersten) veya çapraz olarak kaldırılması şeklinde ifade edilen türleri olduğu ifade edilse de, özgün hâlinin tüzel kişinin borcundan dolayı ortakların sorumlu tutulması olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 11-12; perdenin kaldırılmasının türleri için ayrıca bkz. Tekinalp/Tekinalp, s. 398-399.

aleyhine doğrudan zarara dayalı sorumluluk davası açılması da mümkün olmayacak, bu durumda alacaklının başvurabileceği tek yol (son çare), haksız fiil sorumluluğuna da gidilemeyen hâllerde perdenin kaldırılması kuramı olacaktır. Ancak, ifade etmek gerekir ki, bir ortağın, perdenin kaldırılması kuramının kapsamına girecek hileli işlemleri gerçekleştirebilmesi için, çoğu durumda, şekli organ olmasa bile fiili organ konumunda bulunması söz konusu olacaktır. Netice itibarıyla, perdenin kaldırılması teorisi, ortağın fiili organ dahi sayılmadığı ve ortağa karşı doğrudan zarara dayalı kişisel sorumluluk davası açılmayan hâllerde söz konusu olabilecektir. İşaret ettiğimiz üzere kuram, tüzel kişiliğin bağımsız kişiliğini kötüye kullanan kişilerin kurduğu ayrı tüzel kişilerin sorumluluğuna başvurulmasına da temel oluşturabilir.

Tekinalp de, sorumluluk davasının tek kişi ortaklıklarında özel bir öneme sahip olduğunu ve çoğu zaman perdenin kaldırılması davalarının açılmasıyla sonuçlanacağını ifade etmek suretiyle¹²⁹, esasen her iki dava arasındaki kesişim noktasına işaret etmiştir¹³⁰. Nitekim, kanunda yer verilen özel düzenlemelerle (TTK m. 338 ve 371/6) ortaklığın tek pay sahipli olduğu konusunda kamuya açıklık sağlanmak¹³¹ ve ayrıca tek pay sahibi ile anonim ortaklığın malvarlığının karışmasının önüne geçilmek istenmiştir¹³². Bu bağlamda, öğretide, sorumluluk davasının sınırlı da olsa tüzel kişilik perdesinin pay sahipleri bakımından kalkmasına hizmet ettiği de savunulmaktadır¹³³.

¹²⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-03; Dural/Öğüz, N. 1059; bununla birlikte ortaklığın tek pay sahipli olmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için tek başına bir sebep teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 88.

¹³⁰ Perdenin kaldırılması kuramının, hâkim veya tek ortağın tüzel kişiliğin arkasında sığınarak sorumluluktan kurutulmasını önlemek amacıyla ortaya atıldığı, bununla birlikte, tüzel kişiye hâkimiyetin, tek ortak ve tek yöneticinin olmanın tek başına perdenin kaldırılmasını sağlamaya yeterli olmadığı, perdenin kaldırılması koşullarının somut olayda mevcut olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiği yolunda bkz. Çamoğlu, **Perdenin Kaldırılması Kuramı**, s. 11, 13, ayrıca, perdenin kaldırılması davasının şirket üzerinde fiili etkileme olanaklarına sahip tek veya hâkim ortağa (çoğunluk pay sahibine) karşı açılacağı yönünde bkz. Kaplan, **Perdenin Kaldırılması**, s. 40, 42-43; şirkete hâkimiyette tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda ayrıca bkz. Topaloğlu, s. 2088-2090.

¹³¹ Bkz. madde gerekçesi. Gerekçede bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yönetim kurulu bakımından sorumluluğu gerektireceği ifade edilmiştir.

¹³² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-90; hükmün amacının tek pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmelerin her zaman denetlenmesinin sağlanması ve böylece sermayenin ve alacaklıların korunmasına hizmet edilmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. Kortunay, s. 131.

¹³³ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 125.

F- “*Compliance*” Kavramı ile İlişkisi

Dünyada özellikle büyük şirketlerin karışıkları yolsuzluk skandallarının¹³⁴ yaşanması üzerine, şirketlerin hukuka aykırı davranış ve işlemlerin içerisinde yer almasının en baştan önlenmesi, hukuka uygun faaliyette bulunmalarının sağlanması ve denetlenmesi amacıyla, “*compliance*” kavramı ortaya çıkmıştır¹³⁵. Uyum olarak Türkçe’ye çevrilen “*compliance*” kavramı, şirketlerin hukuka uygun davranmasının sağlanması bakımından gerekli denetim faaliyeti anlamına gelmektedir¹³⁶. Bu bağlamda, şirketlerin faaliyetlerinde sadece kanuna değil, daha geniş anlamda, kanun ve esas sözleşmeyi içine alacak şekilde hukuka uygun davranmalarını¹³⁷ ve bu bağlamda gerek dışa karşı sorumluluğun doğmamasını gerek içe karşı da şirketin tüm çalışanlarının hukuka aykırılıklardan kaçınmasını amaçlar¹³⁸. Bu bağlamda, *compliance* denetimi, esasen, şirketin faaliyetlerinin, alınan karar ve işlemlerinin sonuçları ile ilgili olmayıp, bunların yapılmasından önceki sürece ilişkindir¹³⁹. Diğer

¹³⁴ *Compliance*’in önemi ve gerekliliğini ortaya koyan dünya çapındaki örnek olaylar için bkz. Hasan Pulaşlı, “Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt XXXV, Sayı 2, Haziran 2019, s. 34 vd.

¹³⁵ Compliance kavramının gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğçe Nimet Yaşar, **Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 37 vd.; Ali Paşlı, “Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, **İÜHFİM**, C. XXI, S. 2, 2013, s. 320; Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 28 vd.

¹³⁶ *Compliance* kavramının, geniş anlamda, şirketlerin hukuka uygun davranma yükümlülüğünü ve yönetim yetkisini kullananların görevlerini ifa ederken, hukuk kurallarının bilincinde olarak bunlara uygun hareket etmelerinin sağlanması olduğu yönünde bkz. Paşlı, **Compliance**, s. 319, 320; bu konuda ayrıca bkz. Yaşar, s. 17-21.

¹³⁷ *Compliance* denetiminin, ikincil mevzuatı da kapsadığı yönünde bkz. Paşlı, **Compliance**, s. 331; *compliance* kavramının, dar anlamda yasal hükümlere ve standartlara uyum/uyumluluk olarak tanımlanabileceği, geniş anlamda ise, şirketin yasaların yanı sıra etik standartlara ve kendi iradesiyle ortaya koyduğu yükümlülüklerle ve standart düzenlemelere uyumu da içerdiği yönünde bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 32-33; *compliance* kavramının ortaklığın kanuna, esas sözleşmeye, iç düzenlemelere ve organların kararlarına uyum kadar, faaliyet gösterilen pazarın iş koşullarına ve standartlarına uyumlu hareket etmesini konu edindiği yolunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 116, dn. 86; uyulması gerekli düzenlemelerin millî hukukla sınırlı olmadığı, özellikle uluslararası çapta faaliyet gösteren şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerin düzenlemelerine de riayet etmekle yükümlü oldukları yönünde bkz. Kırca(Şehir Ali Çelik/Manavgat), s. 562; bu konudaki görüşler için ayrıca bkz. Yaşar, s. 23 vd.

¹³⁸ *Compliance* denetiminin, sadece yönetim kurulunu değil, şirketin tüm işleyişini ve bu bağlamda yönetim kurulu üyelerini de içine alacak şekilde tüm çalışanlara yönelik olduğu konusunda bkz. Paşlı, **Compliance**, s. 331; Yaşar, s. 22; buna karşılık, uyumluluk denetiminin (*compliance*’in), Murahhasların ve belirli bir görevi icra etmekle görevli müdürlerin hukuk kurallarına bağlı kalıp kalmadığının sınanması olduğu yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 117.

¹³⁹ *Compliance*’in, hukuka aykırılığın sonuçları ile değil; bu aykırılığın ortaya çıkmasının önlenmesi ve ilgili kurala uyum ve uyumsuzluk durumunda bu durumun sonuçları ve sorumluları ile ilgilendiği, buna göre, *compliance*’in amacının, mevcut ve muhtemel hukuka aykırılıkların tespiti ve engellenmesi, bunu takiben de ihtilafların/uyumsuzlukların doğumunun önlenmesi olduğu yönünde bkz. Paşlı, **Compliance**, s. 321, 324; *compliance*’in, hem yasa ihlallerini önleyen bir mekanizma ve ayrıca geniş anlamda bir kriz yönetim organizasyonu olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 34.

bir deyişle, bu kavram, hukuka aykırılıkların önlenmesine yönelik bir bilgilendirme, denetim, kontrol ve uyarı faaliyetidir. Bu bakımdan, *compliance*'ın, bir önleyici hukuk mekanizması olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Görüldüğü üzere, *compliance* kavramı, sorumluluk ile doğrudan ve yakından ilgilidir¹⁴¹. Zîra kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler, her iki kavramın da konusu olup, *compliance* bu yükümlülüklerin ihlâl edilmesini önlemeyi amaçlarken, sorumluluk davası ise yükümlülüklerin ihlâl edilmesi nedeniyle verilen zararın giderilmesini ve caydırıcı bir etki yaratarak yöneticilerin ihlâlden kaçınmalarını sağlamayı hedefler.

Compliance faaliyeti konusunda gerekli ve etkin organizasyonun kurulmuş olması, yükümlülüklerin ihlâl edilmesi ve dolayısıyla sorumluluğun doğması ihtimalini azaltacağı gibi, yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 369 bağlamında özen borcunu yerine getirdiklerinin, diğer bir deyişle tedbirli bir yönetici gibi hareket ettiklerinin ve bu bağlamda kusur unsurunun tespiti bakımından da önem taşıyacaktır¹⁴². Zira, hukuka uyum konusunda görevlendirilen kimseler, yapacakları incelemelerde, alınacak kararın ve yapılacak işlemin hukuka uygunluğunu daha baştan denetleyecekler, yapacakları tespitleri yönetim kurulu üyelerine bildirecekler ve gereğinde kendilerini uyaracaklardır¹⁴³. Bu işle görevlendirilen uzman ve yetkin kimselerin uyarılarına uyulduğu bir durumda, artık tedbirli bir yönetici gibi hareket edildiği savunulabilecektir. Bu, özellikle enerji, maden, ağır sanayi gibi, çoğu zaman içtihatlarla somutlaşmış olmayan mikro mevzuatın uygulanmasına da ışık tutacaktır.

¹⁴⁰ Paslı, **Compliance**, s. 321; Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 32.

¹⁴¹ Amerikan hukukunda *compliance* programının varlığının, şirketin ve yöneticilerin sorumluluğuna etkili olduğu, etkin bir *compliance* programının bulunup bulunmamasının şirketin ve yöneticilerinin pay sahipleri başta olmak üzere, tüm üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynayacağı yönünde bkz. Paslı, **Compliance**, s. 328.

¹⁴² *Compliance*'in sorumluluğa tâbi yöneticileri sorumluluktan kurtarmak bakımından da rol oynadığı yönünde bkz. Paslı, **Compliance**, s. 324; *compliance* için gerekli düzen ve organizasyonun kurulması ve etkin bir şekilde uygulanmasının özen borcunun yerine getirilmesi bakımından önem taşıyabileceği yönünde bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 40; uyumluluk (*compliance*) denetiminin hukuka aykırılık riskini bertaraf ettiğinin söylenebileceği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 117; yasal risklerin şu anda küresel şirketler için en tehlikeli tehdit olduğu ve küresel şirketlerin yöneticilerinin artık klasik kurumsal riskleri (ekonomik gelişme, teknolojik belirsizlik, çevresel tehlikeler vb.) değil, iş faaliyetleri için en tehlikeli tehdit ve belirsizlik olarak yasal nitelikte olanları gördüğü yönündeki görüş ve bu bağlamda iş adamı kararı savunmasının yasal belirsizliklere dayalı kararlar için "*güvenli bir liman*" sağlayıp sağlamayacağı konusundaki bir inceleme için bkz. Frank Gerhard, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2016, s. 254-268.

¹⁴³ *Compliance* denetimi bağlamında cevaplanan sorulardan birinin şirket organlarının kanuna ve esas sözleşmeye uygun çalışıp çalışmadıkları olduğu yönünde bkz. Paslı, **Compliance**, s. 322

Ayrıca, *compliance* faaliyeti kapsamında, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin hukuka aykırılık konusunda uyarılmış olmalarına rağmen, söz konusu işlem ve davranışta ısrar etmiş olmaları, artık kendilerinin hukuka aykırılık konusunda kasıt derecesinde kusurlu olduklarını, diğer bir deyişle karar ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu bile bile bu işlemi gerçekleştirdiklerini ortaya koyacaktır. Diğer açıdan, bir karar veya işlemde, hukuka aykırı bir yön bulunmadığının uyum faaliyetini gerçekleştiren kimseler tarafından belirlenmiş olması hâlinde ise, yönetim kurulu üyeleri kusurlarının bulunmadığı konusunda önemli bir delil elde etmiş olacaklardır. Bu yönüyle, *compliance* kavramı hem hukuka aykırılığın ve kusurun tespitiyle hem de farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmasıyla yakından ilgilidir.

Öğretide de ifade edildiği gibi, TTK m. 369’da yer alan özen borcunun ve ayrıca TTK m. 375/1-e hükmünde düzenlenen üst gözetim görevinin *compliance* kavramı bakımından dayanak teşkil etmesi mümkündür¹⁴⁴. Buna göre, somut olayın özellikleri bağlamında şirketin büyüklüğü, faaliyet konusunun özel ve teknik kurallara (örneğin, elektrik üretimi, yenilenebilir enerji, madencilik gibi) uyumu gerektirip gerektirmediği, faaliyet gösterilen yerlerin çokluğu ve farklı hukukî düzenlemelere tâbi olması (örneğin, uluslararası bir inşaat veya enerji firmasının birden çok ülkede faaliyette bulunması) gibi hususlar *compliance* denetiminin gerekliliği ve bunun mâhiyeti (kapsam ve boyutları) konusunda değerlendirme yapılırken TTK m. 369 uyarınca özen borcu bağlamında dikkate alınacak özelliklerdir.

Compliance, şirket içerisinde görevlendirilecek bir kimse veya bu amaçla kurulacak bir organizasyon (departman) aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi, dışardan bu konuda profesyonel hizmet veren bağımsız üçüncü kişilerden hizmet satın alınması yoluyla da gerçekleştirilebilir¹⁴⁵. Bu faaliyeti gerçekleştirecek kimseler

¹⁴⁴ TTK m. 375/1-e hükmünde yer alan üst gözetim yükümlülüğünün *compliance* kavramını da kapsadığı yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 116; Kırca(Şehir Ali Çelik/ Manavgat), s. 562; *compliance* kavramının örtülü veya açık olarak başta TTK olmak üzere yasal düzenlemelerde veya ikincil mevzuatta yer almadığı, *compliance* organizasyonu kurulması yükümlünün TTK m. 375/1-e’de düzenlenen üst gözetim görevi ile TTK m. 369’da yer alan özen borcundan çıktığı, bunun özenli yönetimin ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiği, üst gözetimin, *compliance* organizasyonu ile gerçekleştirilebileceği, ayrıca yönetim kurulunun TTK m. 375/1-b uyarınca yönetim teşkilatını kurmak ve *compliance* organizasyonunun temel ilkelerini belirlemekle yükümlü olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 49, 53-54, 59.

¹⁴⁵ *Compliance* araçlarının, “*corporate compliance program/principle (uyum programı/ilkesi)*” ve “*compliance officers (uyum görevlisi)*” olduğu konusunda ve bu araçlar hakkında ayrıntılı bilgi için

arasında çoğu zaman hukukçu ve mali uzmanlar bulunacak, ancak bunların yanı sıra şirketin faaliyet alanı ile ilgili özel ve teknik konularda uzmanlığı bulunan kimseler de bu organizasyonlar içerisinde yer alacaklardır. Öğretide **Paslı**, şirket bünyesinde bulunan uyum görevlilerinin (compliance officer) TTK m. 553 anlamında “yönetici” sıfatını taşıdıklarını ve sorumluluğa tâbi olduklarını savunmakta¹⁴⁶; buna karşılık, **Altay**, uyumluluk denetiminin yapılması üst gözetim (TTK m. 375/1-e) bağlamında vazgeçilemez ve devredilemez bir görev olduğundan, bu görevi yerine getirmek üzere görevlendirilen kimselere bu konuda yetki devri yapılmış olmayacağını, bu kişilerin sadece gözetim görevinin yerine getirilmesi için yardımcı işlevler üstlenmiş olacağını ifade etmektedir¹⁴⁷. Kanımızca, bu kişiler, kendilerine yönetim yetkileri devredilmiş olmadıkça, şirketin yönetilmesi ve temsili bağlamında bir faaliyet gerçekleştirmeyip, sadece şirketi temsil ve yönetme yetkisine sahip kimseleri, karar ve işlemlerinin hukuka uygunluğu konusunda uyarma işlevine sahip olan ve esasen söz konusu kararları engelleme imkânına sahip bulunmayan kimseler olduklarından “yönetici” sıfatını hâiz değildirler. Diğer bir deyişle, bu kişiler şirket iradesinin oluşturulmasına katkıda bulunmayıp, sadece karar alacak kimseleri bilgilendirmekte ve uyarılmaktadırlar¹⁴⁸. Yoksa kararı alan ve işlemi yapan, her zaman yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerdir. Bu nedenle, özellikle raporlama yapan bu kimseleri “yönetici” kabul etmeye olanak bulunmadığı kanısındayız. Esasen, *compliance* faaliyetini gerçekleştirmek üzere, şirket yönetim kurulu tarafından TTK m. 366/2 uyarınca komite oluşturulması da mümkündür¹⁴⁹. Bu durumda da bu kimseler “yönetici” sıfatını hâiz olmayıp, TTK m. 553 uyarınca sorumluluğa tâbi değildirler. Bununla birlikte, bu kişilerin görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemeleri hâlinde şirketle aralarındaki sözleşmeye göre şirkete karşı sorumlu olacaklarında kuşku yoktur. Diğer yandan, bu kimseler, raporlama ve bilgilendirme faaliyetinin dışında, örneğin yapılacak işlemler konusunda bir onay yetkisine sahiplerse (örneğin, bu

bkz. Paslı, **Compliance**, s. 321 vd.; ulusal ve uluslararası *compliance* sistemleri için bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 38 vd.

¹⁴⁶ Paslı, **Compliance**, s. 329-330, 331-334; esasen yazar, şirketin organizasyon yapısı ve uyum görevlisine verilen yetki ve görevlerin alanına göre bu kişinin şirketler hukuku açısından vasıflandırılmasının değişebileceğini de ifade etmektedir; bkz. s. 331-332.

¹⁴⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 117.

¹⁴⁸ Şirketlerdeki *compliance* departmanının daha çok danışmanlık ve bilgi işlevi gördüğü yönünde bkz. Pulaşlı, **Compliance Sorumluluğu**, s. 34.

¹⁴⁹ Uyum görevlisinin görevinin, TTK m. 378 uyarınca oluşturulacak riskin erken saptanması komitesine verilebileceği veya yönetim kurulunun tayin edeceği komiteler veya görevlendireceği murahhaslar aracılığıyla da bu görevin yerine getirilebileceği yönünde bkz. Paslı, **Compliance**, s. 330-331.

kişinin rekabet kurallarına uygunluk konusunda vereceği onay olmadan bir reklam yayınlanamıyorsa), yönetim hiyerarşisine dâhil bulunuyorlarsa, bu hâlde kendilerine yönetim yetkileri kısmen devredilmiş olacağından (TTK m. 367), bu kimselerin yönetici sıfatına sahip oldukları söylenebilecektir.

IV- Sorumluluğun Kaynağı ve Niteliği

Öğretide, anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukukî ilişkinin akdî (sözleşmesel) mâhiyetinde bulunduğu tartışmasız bir şekilde ifade edilmekte ve bu sözleşmenin niteliğinin vekâlet olduğu ve buna göre, anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı sahip olduğu dava hakkının bu sözleşmesel ilişkiye dayandığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Vekâlet sözleşmesi görüşü için bkz. Arslanlı, s. 108, 201; Mimaroglu, s. 98, 100; Atan, s. 3, 12; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 348, 351, 380; Oğuz İmregün, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 260, 263; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 55, 70, 111, 117; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 109; Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 455-456, 656; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 367; İbrahim Kaplan, “6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukukî Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3503; Tolga Ayoğlu, “Pay Sahipleri İle Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 73, Ocak 2009, s. 68. Yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında kural olarak vekâlet sözleşmesi bulunduğu, bununla birlikte unsurları gerçekleşmişse taraflar arasında bir hizmet akdinin de mevcut olabileceği yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 543, 585, ayrıca sorumluluğun temelinin akdî nitelikte olduğu yönünde bkz. N. 591. Yönetim kurulu üyesinin ortaklıktaki görev yetki ve sorumlulukları ile ücret kararlaştırılmış olup olmamasına göre ortaklıkla arasındaki ilişkinin vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirileceği yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 172-175. Ayrıca ortaklığın genel sorumluluk davasının yanı sıra TBK m. 49 vd.’de (eBK. m. 41 vd.) düzenlenen haksız fiil hükümlerine de dayanıp dayanamayacağı sorusunun akla gelebileceği ve bunun talepler yarışması olarak adlandırıldığı konusunda bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 381. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık teşkil etmekle birlikte, eylemin haksız fiil teşkil etmesi hâlinde, her iki sorumluluk hâlinin yarışmasının söz konusu olacağı ve bu durumda zarar görenin bir tercih hakkına sahip bulunacağı, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin sözleşme tiplerinden birine tam olarak uymadığı, bu ilişkiyi borçlar hukuku ve şirketler hukukuna özgü çift karakterini dikkate alarak değerlendirmenin doğru olacağı yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 101 vd. Yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda şirkete hizmet sözleşmesi ile bağlı bir kimse olabileceği ve bu durumda her iki ilişkinin kaderinin birbirine bağlanamayacağı yönünde bkz. Kortunay, s. 177. Kanımızca, ortaklıkla sorumlular çevresine dâhil kişiler ve bu bağlamda özellikle yöneticiler arasında daha önce hizmet sözleşmesi bulunsa dahi, bu kişilerin yönetim kuruluna seçilmesi (icap-öneri) ve kendilerinin de görevi kabul etmesiyle (kabul) birlikte vekâlet ilişkisi kurulmuş olur. Zira, yöneticilik hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliği olan bağımlı çalışmayı değil, sonuç taahhüdü olmadan özenli iş görmeyi gerektirir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, görev konusundaki bir içtihadında bu hususa vurgu yapmıştır: “... davalı ... ile davacı Banka arasında dahi başlangıçta hizmet akdi kurulmuş ise de, Yönetim Kurulu üyeliği göreviyle birlikte hizmet akdi ilişkisi sona ermiş olacağından, artık bu davalının sorumluluğunun hukuksal temeli hizmet akdine değil; T.T.K.nun 320. ve 336. maddelerinde ve Bankalar Kanunu’ndaki düzenlemeler çerçevesinde, ‘yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna’ dayandırılmalıdır” (bkz. Yarg. HGK’nın 05.05.2004 T., 2004/9-261 E. ve 2004/254 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Müdür tayini ortaklık ile müdür arasında

Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin işlem ve davranışlarının, sözleşmeye aykırılığın dışında veya onun yanı sıra anonim ortaklık yönünden haksız fiil de teşkil etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda, davranışın ifa edilen görev ile bir ilgisinin bulunmaması ve sadece bir haksız fiil teşkil etmesi hâlinde sadece haksız fiil sorumluluğu doğacak¹⁵¹, buna karşılık sözleşmeye aykırı eylem haksız fiil de teşkil ediyorsa sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması (TBK m. 60) söz konusu olacaktır¹⁵². Esasen, sözleşmeye aykırılıkta da sorumluluğun unsurları haksız fiilin unsurları ile örtüşmekte, nitekim TBK m. 114/2’de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı öngörülmüş bulunmaktadır. Bu nedenle, bu ayırım bakımından önem

bir sözleşmeye dayanır. Müdür ve çalışanları Yönetim Kurulu tayin etse bile sözleşme müdür ile ortaklık arasında meydana gelir” (bkz. Yarg. HGK’nın 05.02.2003 T., 2003/9-82 E. ve 2003/65 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay’ın bu kararının hizmet sözleşmesinin sona ereceği yolundaki kısmına katılmıyoruz; zira kanımızca, bu durumda hizmet sözleşmesi yönetim kurulu üyeliği dışındaki işler bakımından devam edebilir, böylece iki sözleşme aynı anda varlığını sürdürebilir, nitekim yönetim kurulu üyesinin istifa etmesi veya kendisinin genel kurul tarafından azledilmesi hâlinde sadece vekâlet akdi sona erecek, buna karşılık hizmet ilişkisi ayrıca bir fesih yoksa devam edecektir. Nitekim, yönetim kurulu üyesinin azli veya istifasının aradaki şirketler hukuku ilişkisini her zaman sona erdireceği, ancak üye ile ortaklık arasındaki iş sözleşmesinin bundan etkilenmeyeceği yönünde bkz. Necla Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Talepleri”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008, s. 18. Buna karşılık Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin görevi kabulleriyle birlikte bir sözleşme ilişkisi kurulduğunu, bu ilişkinin mahiyetinin öncelikle taraflarca kararlaştırılan özel hükümlere göre tayin edilmesi gerektiğini, bu incelemeden bir sonuç çıkmıyorsa genel kabul uyarınca ilişkinin vekâlet sözleşmesi sayılması veya vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir; **Sorumluluk**, s. 117. Yöneticiler ile ortaklık arasındaki ilişkinin hukukî mahiyetinin sözleşme olduğunun çoğunlukla kabul edilmesine karşı, bu sözleşmenin niteliğinin tartışmalı olduğu, ancak bu tartışmanın sorumluluk açısından eskisi kadar önem arz etmediği, ancak yöneticilerin azil hâlinde ileri sürebilecekleri tazminat talepleri bakımından belirleyici olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Tazminat Talepleri**, s. 13.

¹⁵¹ Kanımızca, bu hâlde, pay sahibi ve alacaklıların yönetim kurulu üyelerine karşı dava hakları bulunmayacaktır; zira, bu durumda yönetim kurulu üyeliği sıfatından ve ifa edilen görevden bağımsız olarak, üçüncü kişi sıfatıyla işlenmiş bir haksız fiil söz konusu olduğundan, nasıl ki pay sahibi ve alacaklılar ortaklığa zarar veren kimselere karşı dolayısıyla zarara uğradıklarından bahisle dava açamıyorlarsa, yönetim kurulu üyesine de bu faraziye de dava açamayacaklardır.

¹⁵² Bir eylemin hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmesi hâlinde bunlardan birine üstünlük tanınamayacağı, bu durumda her iki sorumluluğun yarışacağı (telâhuk edeceği) yönünde bkz. Haluk Tandoğan, **Türk Mes’ûliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 1961 Yılı Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 537; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 981 vd.; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, § 23, N. 2; ayrıca, her iki sorumluluğun yarışacağı ve bunlar arasındaki esas farkların kusurun ispatı, zamanaşımı ve yardımcı kişiden dolayı sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirilip getirilmemesi (TBK m. 116, 66) olduğu, borca aykırılıktan dolayı sorumluluk hükümlerine gidilmesinin çoğu kez daha elverişli olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 446-448; bu konuda ayrıca bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 112-114, yazar ortaklıkla işlem yapma veya rekabet yasağının ihlâli hâlinde bu yarışma hâlinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Akdağ Güney de, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık teşkil etmekle birlikte, eylemin haksız fiil teşkil etmesi hâlinde, her iki sorumluluk hâlinin yarışmasının söz konusu olacağı ve bu durumda zarar görenin bir tercih hakkına sahip bulunacağını belirtmektedir (**Sorumluluk**, s. 101 vd.)

taşıyacak husus, eylemin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği olacak, sözleşmeye aykırılık yoksa sadece haksız fiil bulunduğu sonucuna varılmak gerekecektir¹⁵³.

Diğer yandan, anonim ortaklık zararının kendileri için yansıma zarar teşkil ettiği pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkının kaynağı ve sorumluluğun mâhiyeti ise öğretide tartışmalıdır¹⁵⁴. Bir görüşe göre, zarar anonim ortaklık bünyesinde ortaya çıktığından ve ortaklığın dava hakkı sözleşmeye dayandığından, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkı da sözleşmeye dayanmakta ve bu durum sözleşmeye taraf olmayan bir kimsenin sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunamayacağı yolundaki ilkeye istisna teşkil etmektedir¹⁵⁵. Diğer bir görüşe göre ise, sözleşme sadece ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında olup, bunun ilişkinin pay sahiplerine ve alacaklılara teşmil edilmesine hukuken olanak yoktur, bu kişilerin açtıkları davanın dayanağı kanundan doğmaktadır¹⁵⁶. Bu konuda, ayrıca, bazı hâllerde haksız fiil, bazı hâllerde sözleşme, bazı durumlarda da yasadan doğan bir sorumluluk bulunduğu¹⁵⁷; sadece haksız fiil sorumluluğun söz konusu olduğu¹⁵⁸, gerek anonim ortaklığın ve gerekse pay sahipleri ile alacaklıların dava açma hakkının kanunda aslî nitelikleri belirtilmiş bir sözleşmeden doğan sorumluluğa dayandığı¹⁵⁹ yönünde görüşler de mevcuttur.

Kanımızca, şirket zararına dayalı sorumluluk davaları bakımından, kanun pay sahiplerine ve alacaklılara belirli özel koşullar altında ayrı ayrı dava açma hakkı tanıdığından ve zarar tek olsa dahi, bu kişilerin dava hakkı birbirinden bağımsız

¹⁵³ Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren hâllerin çoğunun unsurları itibarıyla haksız fiil teşkil ettiği sonucuna varılabileceği yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 143-144.

¹⁵⁴ Sorumluluğun niteliğinin, kusuru ispat yükünün kime ait olacağı bakımından önem taşıdığı yolunda bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 113.

¹⁵⁵ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 144-145; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 108-109, 113; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 606; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 71.

¹⁵⁶ Atan, s. 15 vd.; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, pay sahipleri ile alacaklıların dava açabilmesinin kanundan doğan bir sorumluluk olduğunu, bu kişilerin sözleşmenin tarafı olmamalarına rağmen, sözleşmenin öngördüğü yükümlüğün ihlal edilmesi hâlinde (eski) TTK m. 336 vd. ile m. 309 hükümlerine göre sorumluluk davası açabileceklerini savunmaktadırlar (s. 383); Üçışık/Çelik'e göre Kanun, pay sahipleri ile alacaklılara dava hakkı tanıyarak, bu kişiler ile yönetim kurulu üyeleri arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurmuş olur ve dava, kanunun kurduğu bu ilişkiye dayanılarak açılır, bu itibarla, dava hakkı, kanundan doğar (s. 559-560). Yazarlar, aynı eserlerinin 512. sayfasında da, sorumluluğun kaynağının özen borcu, bağlılık borcu ve dürüstlük kuralı olduğunu ifade etmişlerdir.

¹⁵⁷ Mimaroglu, s. 106-108; Arslanlı, s. 170-172; son yazar ayrıca, dava hakkının tanındığı hâllerde, taraf olmazsa dahi, şirket alacaklısı ile yönetim kurulu üyesi arasında doğrudan bir ilişkisi kurulacağını ve davanın kanunun kurduğu bu ilişkiye istinaden açılacağını da ifade etmektedir; bkz. s. 188.

¹⁵⁸ Kortunay, s. 262-263, 267.

¹⁵⁹ Altay, **Yetki Devri**, s. 216, 219, 256; pay sahipleri bakımından davanın temelini, aslî edimi bulunmayan kanunî yükümlülükler öğretisi bağlamında sözleşme olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-112.

olduğundan¹⁶⁰, sorumluluğun kaynağı, doğrudan, ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşme olmayıp, bu sözleşmenin varlığı dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin tarafı oldukları yasal borç ilişkisidir. Gerçekten, yönetim kurulu üyelerinin seçilmesiyle birlikte, ortaklık ile aralarında esaslı unsurları kanunda belirtilen bir yasal borç ilişkisi de kendiliğinden kurulmuş olur. Bu bağlamda, başta özen ve sadakat borçları (TTK m. 369) olmak üzere, yönetim kurulu üyelerinin kanunda düzenlenen tüm borçları bu yasal borç ilişkisinden doğmaktadır. Nitekim, kanunda sorumluluğun sebebi olarak, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasındaki özel hukuk sözleşmesine aykırılığın değil, “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli*”nin öngörülmüş olması da, kanımızca sorumluluğun kaynağının yasal borç ilişkisi olduğunu kanıtlamaktadır¹⁶¹. Şüphesiz, bu borç ilişkisinin doğumu, yönetim kurulu üyesi seçimi (veya atanması) suretiyle ortaklıkla üyeler arasında bir hukukî ilişkinin kurulmuş olması ön şartına bağlıdır. Buna göre, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, öncelikle sorumlular çevresine dâhil olmak, bunun için de yönetim kurulu üyesi veya yönetici olmak gerekir. Bunun anlamı, sözleşmenin olması gerektiğidir. Bu kişi, kanunda ve esas sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini ihlâl ederse TTK m. 553 vd. hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu açıklamalarımız çerçevesinde, sorumluluğun niteliğinin, kanunda esaslı unsurları belirtilmiş bulunan sözleşmeye dayalı sorumluluk olduğu yolundaki görüşe katılıyoruz.

Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin “*inançlı üye*” olduğu ve ortaklığın fiilî organ (inanılan) tarafından yönetildiği durumlarda, gerçek sorumlular (fiilî organ) hakkında da dava açılabilmesi kabul edilmekte¹⁶² olup, bu durumda, şeklî organ konumundaki inançlı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, hemen yukarıda değindiğimiz üzere

¹⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, I, E.

¹⁶¹ İsviçre hukukunda, şirket ile sözleşmeye dayalı bir ilişki olup olmadığına bakılmaksızın, anonim şirketler hukukuna göre bir sorumluluk bulunduğu, burada ilgili kişinin talimat alma anlamında bağımlı olup olmadığının belirleyici faktörü teşkil ettiği, bu soruya olumlu cevap verilirse, iş ve şirketler hukuku altında ikili bir ilişkiden bahsedileceği, iki hukukî ilişki birbiriyle yakından ilişkili olsalar bile, doğum, sonuç ve tasfiye açısından açıkça ayrı tutulacakları, anonim şirketler hukuku kapsamındaki sorumluluğun, yalnızca anonim şirketler kanunu yükümlülüklerinin ihlalinin gerektirdiği, şirketle organı arasında örneğin bir iş sözleşmesi veya başka bir sözleşme varsa, bu sözleşme yükümlülüklerinin ve şirketler hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlâlinden doğan taleplerin birbiriyle yarışacağı, görev ihlalleri veya hukuka aykırılığın hangi sorumluluk esasına göre başvurulduğuna bağlı olarak farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 119, 126.

¹⁶² Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c. Ayrıca, fiilî organ veya saman adam yönetim kurulu üyesinin varlığı ve sorumluluğu ve bu bağlamda bu konuda Almanya, Avusturya ve İngiltere’de yasal bir düzenleme bulunmadığı, ancak bunun kabul edilen bir kavram olduğu ve bu kişilerin şeklî organla aynı görülmeyip bazı koşullarda sorumlu olmasının kabul edildiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 45.

kanunda esaslı unsurları belirlenmiş sözleşmesel sorumluluk niteliğinde olacak, diğer yandan şekli organ vasfı (sıfatı) olmaksızın ortaklığı yöneten, perde arkasındaki fiili organ niteliğindeki kişi veya kişiler de, TTK m. 553/I uyarınca “yönetici” sıfatıyla sorumlu tutulacaklardır¹⁶³.

V- Sorumluluğun Unsurları

Sorumluluğun kaynağı, ister yukarıda belirttiğimiz üzere esaslı unsurları kanunda belirlenmiş sözleşmeden doğan sorumluluk, ister sadece sözleşmeye aykırılık veyahut isterse haksız fiil sorumluluğu olsun, sorumluluğun unsurları, TBK m. 49 hükümleri uyarınca, hukuka aykırılık, zarar, uygun nedensellik bağı ve kusurdur¹⁶⁴. Bu unsurlar gerek haksız fiil gerek sözleşmeye aykırılık bakımından ortak esaslardır¹⁶⁵ (TBK m. 114, 49).

Hukuka aykırılık unsuru bakımından, TTK m. 553/1’de, “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali*” sorumluluk sebebi olarak gösterilmiş, eTTK’da yer alan “görev” kavramına yer verilmemiştir¹⁶⁶.

¹⁶³ Fiili organların sorumluluğunun “*asli unsurları kanunda düzenlenmiş bir haksız fiil sorumluluğu*” olduğu yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 217; haksız fiil sorumluluğu olduğu yönünde ayrıca bkz. Yarg. 11. HD’nin, 12.04.2012 T., 2010/5559 E. ve 2012/5966 K. sayılı kararı (Lexpera).

¹⁶⁴ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 49 vd.; Şener, s. 419; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2021, s. 377; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 186; sorumluluk davasına konu talebin hukukî niteliğinin tartışmalı bulunduğu, sözleşmeye, haksız fiile veya bağımsız bir temele dayanıp dayanmadığı hususunda farklı görüşlerin öne sürüldüğü, bununla birlikte, anonim şirketler hukukuna ilişkin kurallarla birlikte genel sorumluluk hukuku kurallarının geçerli olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 108; bir sorumluluk davası için gerekli dava malzemelerinin şirket zararı, görevin ihlali, uygun nedensellik bağı ve kusur olduğu, bununla birlikte zor olan noktanın görev ihlali ve kusurun tespiti olacağı yönünde bkz. Gerhard, s. 255-256; bu yönde ayrıca bkz. “6762 Sayılı TTK’nın 336. ve devamı maddeleri gereğince yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullar, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağıdır” (bkz. Yarg. HGK’nın 10.10.2019 T., 2017/11-47 E. ve 2019/1040 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı zamanda ispatın konusu olan bu unsurlara ilerde ayrıca değinilecektir; bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B, 3.

¹⁶⁵ Sorumluluğun koşullarının (unsurlarının), genel sorumluluk hukuku ile aynı (görev ihlali, kusur, zarar, uygun nedensellik bağı) olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 30; bu yönde ayrıca bkz. Atan, s. 18.

¹⁶⁶ Öğretide, Tekinalp, bu kavram farklılığına dikkati çekerek, yükümlülük kavramının görevden daha dar olduğunu belirtmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-59, 59a, 62. Buna karşılık, Altay, bu konuda gerek kanunda ve gerekse öğreti ve uygulamada kullanılan farklı kavramları açıklayıp değerlendirdikten sonra görev ve yükümlülük kavramlarının esasen aynı olduğunu ayrıntılı bir şekilde ifade etmiştir; **Yetki Devri**, s. 252 vd. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 3, a.

Sorumluluğun diğerk bir unsuru da uygun nedensellik bağıdır¹⁶⁷. Uygun nedensellik bağı, bir fiilin hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre meydana getirebileceği zararlarla arasındaki mantıkî bağıdır¹⁶⁸. Bu unsur, eTTK döneminde, uygulamada çok ihmal edilen ve Yargıtay kararlarında da araştırıldığına pek rastlanmayan, buna karşılık doğru ve adil bir karar için esasen çok önemli olan bir husustur. Önceki dönemde, hukuka aykırılık ve zarar unsurları araştırılmakta, kusur karinesi nedeniyle ayrıca bir kusur araştırması yapılmamakta ve uygun nedensellik bağı da neredeyse karine olarak mevcut kabul edilmekteydi¹⁶⁹. Uygulamadaki bu katı yaklaşım ve ortaya çıkan adaletsiz sonuçlar nedeniyle, TTK'da bir takım yeni düzenlemelere yer verilmiştir¹⁷⁰ (TTK. m. 553/3, 557).

Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere¹⁷¹, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Kusurun kasıt veya ihmal (ağır ihmal yahut hafif ihmal) olması¹⁷², sorumluluğun doğması bakımından önemli olmayıp¹⁷³, kusurun derecesi farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması aşamasında tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir (TTK m. 557). TTK m. 369'da hem bağımsız bir borç ve hem de kusura ilişkin objektif bir ölçü olarak düzenlenen özen borcuna göre, yönetim kurulu üyeleri ile yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu nedenle, kusur belirlenirken, üye veya yöneticinin subjektif

¹⁶⁷ Uygun nedensellik bağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 51 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, N. 1662 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 566 vd.

¹⁶⁸ Eren, **İliyet Bağı**, s. 52-53; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 138 vd.; uygun nedensellik bağının işlevinin borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması olduğu yönünde ayrıca bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/ Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, N. 1313.

¹⁶⁹ Bu yönde bkz. "... yönetim kurulu üyelerinin görevlerini ifaları sırasında bir zarar oluşmuşsa, bu zararın üyelerin kusurlu eylemi sonucunda meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir" (bkz. Yarg. HGK'nın 10.10.2019 T., 2017/11-47 E., 2019/1040 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁰ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, C ve F, 1.

¹⁷¹ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, C.

¹⁷² Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kasıt) veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte, hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli şekilde kullanmamak (ihmal) şeklinde tanımlanmaktadır. İhmal de, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişinin kendisinden beklenecek asgarî dikkat ve özeni göstermemesidir. Hafif ihmal ise, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 152 vd..

¹⁷³ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 17; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 69; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 1; Şener, s. 420; Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 136; İsmail Kayar/Yudal Özatlan, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasında Kusur ve İspat", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 151, Mart 2019, s. 19; ihlallerin, çoğunlukla ihmal şeklinde ortaya çıktığı, bununla birlikte şirketler hukuku bakımından her türlü kusurun sorumluluğa yol açacağı yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 60, 72

özelliklerine bakılmayacak, benzer bir işletmede “*tedbirli bir yönetici*”nin göstermesi gereken özen esas (ölçü) alınacaktır. Böylece, kusur konusunda objektif bir kriter getirilmiştir. Bu nedenle, ihmalin derecesine bakılırken (ağır ihmal-hafif ihmal ayırımı yapılırken), bu objektif kritere göre değerlendirme yapılacaktır. Şöyle ki, bu kriter hiç yerine getirilmediği takdirde, söz konusu kişinin doğrudan ağır kusurlu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Buna göre, sorumluluğun ağırlaştırıldığı sonuca ulaşılabilecektir. Buna karşılık, özen gösterilmekle birlikte bu, tedbirli bir yönetici özeni derecesinde değilse, yöneticinin hafif kusurlu olduğu da söylenebilecektir.

Diğer yandan, TTK’da, kusur unsuruna vurgu yapan yenilikler de mevcuttur. Şöyle ki, ilk olarak TTK m. 553/3’te, kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklardan dolayı sorumluluk yüklenemeyeceği ifade edilmiş, diğer yandan da, TTK m. 557’de farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında kusurun derecesinin dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Böylece, müteselsil sorumluluk ilkesinden bahisle kusur unsurunun ihmal edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹⁷⁴.

Sorumluluğun diğer bir şartı da zarar unsurudur. Zarar bulunmadıkça, sorumluluktan bahsedilemez¹⁷⁵. Sorumluluğun bir unsuru olarak varlığı aranacak zarar, anonim ortaklığın bir zarara uğramasıdır. Bu zararın, pay sahipleri bakımından yansıma yoluyla zarar teşkil edip etmeyeceği, onların dava hakkına sahip olup olmaması ile ilgilidir. Zîra öğretilde, bu kimselerin sadece kendilerini korumaya yönelik yükümlülüklerin ihlali hâlinde dolaylı zarara uğradıklarının kabul edileceği ve ancak bu hâlde dava açabilecekleri, buna karşılık münhasıran ortaklığı ilgilendiren yükümlülüklerin ihlal halinde ise dava açmayacakları ifade edilmektedir¹⁷⁶. Zarar, doğrudan anonim ortaklığın malvarlığında gerçekleşmekte, pay sahipleri bakımından ise yansıma zarar niteliğini taşımaktadır. Zararın talep edilmesi konusunda, TTK m. 557’de özel bir imkân tanınmış olup, buna göre, birden fazla kişinin zarardan sorumlu bulunduğu, buna karşılık kimin ne kadar sorumlu olduğunun bilinmediği hâllerde,

¹⁷⁴ Bkz. TTK m. 553 ve 557’ye ilişkin madde gerekçeleri.

¹⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 3, b, bb.

¹⁷⁶ Hamdi Yasaman, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, **GSÜHFD**, 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, s. 105-106; yönetim kurulu üyelerine yüklenen müzakerelere katılma yasağına aykırılık hâlinde doğan zararı sadece şirketin talep edebileceği yönünde bkz. Mimaroglu, s. 87. Ayrıca, Akdağ Güney de, alacaklıların doğrudan veya dolayısıyla zararlara istinaden sorumluluk davası açabilmeleri için, yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinin alacaklıların haklarını koruyan hükümleri ihlâl etmiş olması gerektiğinin İsviçre öğretisi ve uygulamasında savunulduğunu aktarmaktadır; bkz. **Sorumluluk**, s. 111. Bu konuda bkz. ayrıca aşağıda Birinci Bölüm, VI, E.

davacı zararın tamamını dava edip, hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu tazminat tutarını belirlemesini talep edebilir.

Belirttiğimiz hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı, kusur ve zarar unsurlarının her biri önemli olup, sorumluluğa karar verilebilmesi için bu unsurların hepsinin bir arada bulunması gerekir¹⁷⁷.

VI- Sorumluluğun Özellikleri

A- Organa Özgü Sorumluluk

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, organa özgüdür¹⁷⁸; esas itibarıyla organ olmaktan, diğer bir deyişle yönetim yetkilerinin kullanılmasından kaynaklanan bir sorumluluktur¹⁷⁹. Kişi, organ vasfına sahip değilse veya sorumluluk sebebi olarak gösterilen husus, organla ilgili değilse sorumluluktan bahsedilemez¹⁸⁰. Bu bağlamda, TTK m. 553'te kişisel sorumluluğa tâbi olanlar sayılırken yönetim kurulu üyeleri belirtilmekle yetinilmemiş, kurucuların, tasfiye memurlarının ve “yöneticiler”in¹⁸¹ de bu sorumluluğa tâbi olduğu düzenlenmiştir. İnceleme konumuzu teşkil eden yönetim

¹⁷⁷ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, D

¹⁷⁸ Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ilgili kişinin organ olarak hareket etmiş olması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 63, 109; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 195.

¹⁷⁹ Yönetim kurulu üyesinin organ niteliğine sahip olup olmadığı konusundaki tartışma ve “*organ görevlisi*” görüşü için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 37; Altay, **Yetki Devri**, s. 15 vd.; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 260-261; İbrahim Kaplan, “6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukukî Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3502; “*organ*” görüşü için bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 30 vd.; *organ-organ görevlisi* ayırımının sorumluluğa bir etkisinin bulunmadığı, yönetim kurulu üyesi ister organ, isterse organ görevlisi olarak kabul edilsin, şirketin üyenin hukukî işlemlerinden ve görevini ifa ederken işlediği haksız fiillerden sorumlu olacağı, üyenin de anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine tâbi olacağı yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 158; aynı yönde bkz. Kortunay, s. 12.

¹⁸⁰ Nitekim Yargıtay da, ortaklık aleyhine başlatılan ilâmlı icra takiplerine konu alacakları temlik alıp ortaklık aleyhine takibe devam eden ve ortaklığa ait tek taşınmazı icra yoluyla sattıran yönetim kurulu başkanının bu eylemlerinin şirket yöneticisi sıfatıyla değil, temlik alan alacaklı sıfatıyla gerçekleştirdiğini ve bu nedenle bu eylemlerin sorumluluk davasına konu olamayacağını vurgulamıştır: “*Davalı taraf şirket yöneticisi sıfatıyla değil, alacağı temlik alan sıfatıyla hareket ederek yasal haklarını kullandığına göre mahkemece, davanın T.T.K.nun 336. maddesince açılmış sorumluluk davası olarak nitelendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmeyp bozmayı gerektirmiştir*” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 16.06.2011 T., 2009/14436 E. ve 2011/7339 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca, şekli organların sorumlu tutulup tutulamayacağı ve ne ölçüde sorumlu tutulabileceği konusunda, özellikle bu kişilerin yönetime veya denetim çalışmalarına ne ölçüde dahil olduklarının belirleyici olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 16.

¹⁸¹ İsviçre’de kullanılan “*yönetim ile uğraşan kişiler*” ibaresinin edilmeyip, Kanunumuzda “*yöneticiler*” ifadesine yer verilmesi konusunda bkz. TTK m. 553’ün madde gerekçesi.

kurulu üyeleri ile yöneticiler, ileride sorumluluk davasına muhatap olabilecek kimseler (davalılar) bağlamında daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır¹⁸².

Bu ilke, organın eylem ve işlemlerinden üçüncü kişilere karşı bizzat tüzel kişiliğin sorumlu olması kuralı (TMK m. 50/II) ile de uyum içindedir¹⁸³. Gerçekten, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini icra ederken gerçekleştirdikleri haksız fiiller nedeniyle alacaklının veya pay sahibinin ikâme edeceği doğrudan zararın tazmini davasının muhatabı, ortaklıktır¹⁸⁴ (TMK m. 50/II; TTK m. 371/5). Ortaklığın sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, organın kanun ve esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifası sırasında veya ifasıyla ilgili bir haksız fiil işlemiş olması gerekir. Hemen belirtelim ki, ortaklığın bu sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için onun adına hareket eden organın kusurlu olması gereklidir. Diğer bir deyişle, organ kusurlu değilse, TMK m. 50/II ve TTK m. 371/5 hükümleri uyarınca tüzelkişinin sorumluluğuna gidilmesine de hukuken olanak yoktur¹⁸⁵. Esasen, organın eylemlerinden tüzel kişinin (organın) sorumlu olmasını düzenleyen TMK m. 50/II ile organın kusurlu olması hâlinde ortaya çıkan zarardan kişisel olarak da sorumlu olmasını düzenleyen aynı hükmün III. fıkrası bu bakımdan aynı mâhiyettedir; zira her iki hâlde de yani hem tüzel kişinin ve hem de organın sorumlu tutulabilmesi için organın kusurlu olması zorunludur. Buna göre, kusurun varlığı hâlinde alacaklı, sadece ortaklığa veya sadece organa karşı yahut müteselsilen sorumlu olduklarından bahisle her ikisine karşı birden dava açma hakkına sahiptir¹⁸⁶. Açılan dava sonucunda ortaklık bir tazminat öderse, kusurlu olan yönetim kurulu üyesine sorumluluk davası (TTK m. 553) bağlamında rücu edebilir¹⁸⁷ (TTK m. 371/5). Diğer bir deyişle, haksız fiil nedeniyle yönetim kurulu üyesine rücu, kişisel sorumluluk davası şeklinde açılmak gerekir¹⁸⁸. Nitekim, TTK m. 371/5'te de temsile veya yönetime yetkili olanların,

¹⁸² Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, b.

¹⁸³ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 152.

¹⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Öztan, **Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 111 vd.

¹⁸⁵ Öztan, s. 116, 135-136; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 964; Dural/Öğüz, s. 265; buna karşılık, anonim ortaklığa yüklenen bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hâli olduğu ve buna ilişkin bir kurtuluş beyyinesinin de bulunmadığı yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 43.

¹⁸⁶ Bu konuda ve gerek TMK m. 50/II uyarına tüzel kişinin gerekse TMK m. 50/III'e göre organın sorumluluğuna gidilebilmesi için organın kusurlu bulunmasının zorunlu olduğu ve bu hâlde tüzel kişi ile organın müteselsilen sorumluluğa tâbi bulunduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 126 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 963-964; Dural/Öğüz, s. 265-266.

¹⁸⁷ Mimaroglu, s. 26, 46, 84-85, 119.

¹⁸⁸ Bu konuda bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 262-263; ayrıca bkz. Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 248.

görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirketin sorumlu olduğu, buna karşılık şirketin rücu hakkının saklı bulunduğu düzenlenmiştir.

B- Kişisel Sorumluluk

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kişisel olup¹⁸⁹, bu ilkenin iki yönü vardır: Birincisi, yönetim kurulunun bir “kurul” olarak değil, her bir üyenin kişisel olarak sorumluluğunun söz konusu olmasıdır¹⁹⁰. Bu nedenle, yönetim kuruluna veya şirkete karşı dava açılamaz. İkinci yön de üyelerin zararın tazmini konusunda kişisel malvarlıklarıyla sorumlu bulunmalarıdır¹⁹¹.

Bu ilkenin bir sonucu olarak, sorumluluğun koşullarının varlığı her bir yönetim kurulu üyesi bakımından ayrı ayrı araştırılır ve bir üyenin sorumluluğu diğer üyelerin de sorumlu olması sonucunu doğurmaz. Bu bağlamda, kişisel sorumluluk ilkesi, sorumluluğun organa özgü ve ayrıca müteselsil olmasına ilişkin kurallarla da çelişmez. Hatta, farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile açık bir şekilde vurgulandığı üzere, her bir üyenin kişisel savunmaları sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınır¹⁹². Yönetim kurulunun, bir kurul olarak yerine getirmesi gereken görev ve yetkilerde de her bir üyenin sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilir.

¹⁸⁹ Arslanlı, s. 168; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 12; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 351; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 71; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 38-39; kişisel sorumluluk için ayrıca bkz. Adrian Plüss/Dominique Facincani-Kunz, **Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 717, N. 1.

¹⁹⁰ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 31; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 33-93, s. 43; Üçışık/Çelik, s. 525; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 41-42; Kaplan, **Hukukî Sorumluluk**, s. 3502; Kortunay, s. 275; Luterbacher, Art. 754, N. 16; ayrıca bkz. “*TTKnun 336. maddesinde belirtildiği üzere, sorumluluğu gerektiren fiil ve işlemlerde idare meclisinin heyet olarak sorumlu olmadığı, sorumluluğun ferdin fakat müteselsilen olması nedeniyle ...*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 13.01.2004 T., 2003/5995 E. ve 2004/159 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Pulaşlı’ya göre, sorumluluğa ilişkin en önemli yenilik, organ sorumluluğunun kaldırılıp kişilere dayanan bir sorumluluk getirilmesidir; **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 42. Kanımızca, bu konuda bir değişiklik olmayıp, organa özgü kişisel sorumluluk vardır. Zira hem eski ve hem yeni Kanun’da da, yönetim kurulunun “kurul” olarak değil, her bir üyenin kişisel olarak sorumlu olması, buna karşılık sorumluluğun sadece organ olarak gerçekleştirilen eylem ve davranışlara ilişkin bulunması söz konusudur. Ayrıca, yönetim kurulunun Avrupa Birliği’ne üye olan tüm devletlerde organ niteliği taşıdığı, buna karşılık, sorumluluğun kişisel olduğu ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan kurula değil, her bir üyeye ait olduğu, sorumluluğun yalnızca görevini ihlâl eden yöneticilere yüklendiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 164, 165, 170.

¹⁹¹ ABD’de, yöneticilerin sorumlu tutulmaları halinde kişisel olarak ödeme yapma risklerini sınırlayan, şirket veya sigorta tarafından ödeme yapılması gibi bir dizi koruyucu araç bulunduğu ve bu nedenle yöneticiler tarafından şahsen ödeme yapılmasının pek olası olmadığı, ancak özellikle şirketin iflâsı hâlinde bu riskin arttığı yönünde bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 709-710, 714.

¹⁹² Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, E.

C- Kusur Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir “*kusur sorumluluğu*” olup¹⁹³, sorumluluğun unsurları arasında “*kusur*” da yer almaktadır. Buna göre, sorumluluğa karar verilebilmesi için, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâlinde kusurlu davranılmış olması gerekmektedir¹⁹⁴. Kusur gerek haksız fiil sorumluluğu ve gerekse haksız fiil hükümlerine yollamada (TBK m. 114/2) bulunan sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk için mutlaka bulunması gereken bir şarttır. Hukukumuzda, kusur sorumluluğu esas olup, kusursuz (objektif) sorumluluk ise ancak kanunda öngörülen sınırlı hâllerde söz konusu olan istisnâî bir durumdur¹⁹⁵.

Öğretide, yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk sisteminin benimsenmesi gerektiği bir dönem tartışılmış¹⁹⁶ ise de bu fikir pek taraftar bulmamıştır¹⁹⁷. Buna karşılık, eTTK m. 338’de açıkça kusur karinesine yer verilmiş ve davalı yönetim kurulu üyelerinin kusursuz olduklarını ispat etmeleri gerektiği düzenlenmiştir¹⁹⁸.

¹⁹³ Atan, s. 7; Mimaroglu, s. 27; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 13; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 348, 351; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 590; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 36-37; Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 71, 88; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 33; Şener, s. 420; Doğan, 253; Kayar/Özatlan, s. 18, 25; Luterbacher, Art. 754, N. 16, 30; ayrıca bkz. “*Bu sorumluluk, kusur ilkesine dayanmaktadır. Başka bir anlatımla, kusur yoksa yönetim ve denetim kurulunun da bir sorumluluğu söz konusu değildir*” (bkz. Yargıtay 11. HD’nin, 10.10.2018 T., 2017/57 E. ve 2018/6214 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁹⁴ Yönetim kurulu üyeleri lehine hafifletilmiş bir kusur sorumluluğu prensibinin geçerli olduğu yönünde bkz. Üçışık/Celik, s. 516.

¹⁹⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 424; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 409. Bu bağlamda, gerek TTK m. 549’da sayılan hâller bakımından ve gerekse 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanunu’nun Mükerrer 35. maddesine göre kamu alacaklarının dolayı kişisel sorumluluk bakımından kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir.

¹⁹⁶ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 15-16; ayrıca, Mimaroglu da, “*Bununla beraber, azaların birbirlerine karşı olan bu rücu hakkı, kusuru olsun veya olmasın, her idare meclisi azası aleyhine mes’uliyet davası açılmasına engel teşkil etmez*” demek suretiyle bu yöndeki görüşünü ifade etmiştir; bkz. s. 24.

¹⁹⁷ Bu konuda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 41. Ayrıca, Helvacı, ana sözleşmeye konulacak hükümle, kusursuz sorumluluk öngörülüp öngörülemediği veya sorumluluk hâllerinin genişletilebilir genişletilemeyeceği sorularına, Kanun’un sisteminin emredici olduğu ve bu nedenle değiştirilemeyeceği cevabını vermektedir; bkz. **Sorumluluk**, s. 100.

¹⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 40 vd.; gerekli özenin gösterildiğinin ispat edilmesinin kusur karinesini çürütmeye yeterli olmayacağı ve sorumluluktan kurtulmaya sağlamayacağı yolundaki bkz. Arslanlı, s. 179; ayrıca, kusur karinesinin sadece eTTK m. 336 ve 337’deki sorumluluk hâllerini kapsadığı, bunun dışındaki hâller için genel kuralın uygulanması gerektiği, buna göre sorumluluğun kaynağının akit olduğu durumlarda eBK. m. 96’daki karine gereğince yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispat yükü altında olduğu, haksız fiil nedeniyle bir sorumluluk söz konusu ise bu durumda genel ispat kuralı uyarınca davacının ispat yükü altında olacağı yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 19.

Gerek eTTK döneminde gerekse TTK döneminde, öğretide, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının sözleşmesel ilişkiye dayandığı, TBK m. 112’de (eski BK. m. 96’de) yer alan kusur karinesinin sorumluluk davalarında da uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁹. Buna karşılık diğer bazı yazarlar da, bir kısmı söz konusu düzenlemeyi eleştirmekle birlikte²⁰⁰, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, kusuru ispat yükünün davacının üzerinde olduğunu ifade etmektedirler²⁰¹. Yargıtay kararları da, kusuru davacının ispat etmesi gerektiği yönündedir²⁰².

¹⁹⁹ Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.412; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 266; Kendigelen, **Tespitler**, s. 459-460; Şener, s. 421; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 6. Basım, Bursa, Dora Yayıncılık, 2018, s. 296, 395; Dinç, s. 62; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 247-248; 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önceki düzenlemelere göre kusur karinesinin mevcut olduğu hakkında bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 207, 222; Altay, ayrıca, 6335 sayılı Kanun’dan sonra da, hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı unsurlarının davacı tarafından, kusurun ise sorumluluğun sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı hâllerde davalı tarafından (kusursuzluğun ispatı), haksız fiile dayanan davalarda ise davacı tarafından ispatlanması gerektiğini ifade etmektedir, Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk, s. 88); bu konuda ayrıca bkz. Erdoğan Moroğlu, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 341, 345.

²⁰⁰ Bahtiyar, hatalı olmakla birlikte kusuru ispat yükünün davacıya ait olduğunu (**Ortaklıklar Hukuku**, s. 379), Kayar/Özatlan da, 6335 sayılı Kanun değişikliği ile kusur karinesinin kaldırıldığı ve kusuru ispat yükünün davacıya verildiğini, yapılan değişikliğin sistematik yapıyla uyumlu olmadığını ve her zaman adil sonuçlar vermeyebileceğini ve kusur karinesinin kaldırılmasının, sözleşmeye aykırılık hakkındaki hükümlere, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’na ve ayrıca Alman hukukunda da benimsenen sisteme aykırı olduğunu, kusuru ispat yükünün davacıya yüklenmesinin sorumluluk davası açmayı zorlaştırdığını ve bu nedenle isâbetli bulunmadığını savunmaktadırlar; bkz. s. 19, 22, 25, 28, 29.

²⁰¹ Tekinalp, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda kusuru ispat yükünün davacıya verildiğini ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-77. Aynı yönde bkz. Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 140; Battal, s. 36, 37; Ayan, s. 33, 74, 233. Buna karşılık, Çamoğlu, Poroy/Tekinalp ile ortak eserinde, kusuru ispat yükünün davacıya ait olduğunu (N. 590) ifade etmiş iken; bir makalesinde, kusursuzluğun ispatının davalıya yükletilmesinin menfi vakianın ispatının istenmesi anlamına gelmeyeceğini, zira davalının özen borcunu yerine getirdiğini ispat etmek suretiyle kusursuzluğunu da ispat etmiş olacağını savunmaktadır; bkz. **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 412-413. Akdağ Güney de, yeni düzenleme karşısında kusur karinesinin varlığından bahsedilemeyeceğini, ancak kusurun objektifleştirilmesi nedeniyle ispat yükünün çok bir öneminin kalmayacağını, davalının eyleminin o olayda ve koşullarda bilinçli bir kimseden beklenen davranışla karşılaştırılmakla yükümlülük ihlâlinin varlığı sonucuna ulaşıyorsa artık kusurun da aksi ispat edilemeyecek şekilde var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 320-321. Üçışık/Çelik ise, eserlerinin 515. sayfasında kusur karinesinin hâlen geçerli olduğunu ve kusursuzluğun ispatı bakımından eTTK m. 338’deki ölçülerin uygulanabileceğini ifade etmelerine karşılık, ilerleyen bölümlerde (s. 562) 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra “kusur”un ispatının şart olduğunu ve böylece sorumluluk güçleştirildiğini belirterek son değişikliği eleştirmektedirler. Ayrıca, pay sahipleri ile alacaklılar tarafından şirket zararı için açılacak sorumluluk davalarında ispat yükünün davacının üzerinde olduğu, zira şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmesel ilişkinin bu kişilere teşmil edilemeyeceği, bu kimselerin açtıkları davaların haksız fiil sorumluluğuna tâbi olduğu yönündeki görüş için de bkz. Kortunay, s. 262-263. Buna karşılık, Kaplan, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin, yüz yıldır yeri ve yabancı içtihatlarda kabul görev ve haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki en önemli farkı teşkil eden kusur karinesi ilkesine aykırı olduğunu belirterek kusur karinesinde yapılan yasal değişikliği kabul etmesine rağmen, TTK m. 553 bakımından kusur karinesinin hâlen geçeli bulunduğunu ve davalıların kusursuzluklarını ispat etmeleri gerektiğini savunmaktadır; bkz. **Hukukî Sorumluluk**, s. 3500, 3507.

²⁰² “... kusurluluk bir karine olmaktan çıkmış ve yönetim kurulu üyeliklerinde görev alanların kusurlu oldukları ispat edilmedikçe sorumlu olmadıkları düzenlenmiştir” (bkz. Yarg. 23. HD’nin 06.02.2019 T., 2016/2905 E. ve 2019/301 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “... 6102 Sayılı TTK’nın 553. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun esasları düzenlenmiştir. Ne var ki,

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK tasarısında, m. 369'da yer alan 3. fıkra ile *“Üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir”* denilmek suretiyle bir karine öngörülmüş ve böylece ispat yükü özen yükümlülüğünün ihlâl edildiğini iddia edenlere verilmek istenmişti. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yapılan komisyon çalışmaları sonucunda bu fıkra TTK m. 553 ile çelişki yaratabileceği gerekçesiyle kanun metnine alınmamıştır. Kanun'un 553. maddesinin Resmî Gazete'de yayımlanan ilk hâlinde *“kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça”* ifadesi yer almakta ve bu suretle kusur konusundaki ispat yükünün davalıların üzerinde olduğu, aynen eTTK'daki kusur karinesine paralel bir şekilde belirtilmekteydi. Bununla birlikte, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6335 sayılı Kanun) ile *“kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça”* ibaresi kaldırıldığı gibi, tam aksi yönde bir yaklaşım benimsenerek madde metnine *“kusurlarıyla”* ibaresi eklenmiştir. Kanımızca, bu ibarenin anlamı, *“kusur sorumluluğu”* ilkesine vurgu yapılması ile sınırlı olmayıp, sorumluluğun varlığı için kusurun ispat edilmesi gerektiğidir. Zîra, sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu konusunda esasen hiçbir tereddüt bulunmamaktadır; kanunun yürürlüğe girmesine kadarki süreçte gerçekleşen bu değişiklikler kusurun ispatı ile ilgilidir. Nitekim, *“kusurlarıyla”* ibaresi de kusur karinesini ifade eden *“kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça”* ibaresi yerine kanuna eklenmiştir. Böylece, kanun koyucu, kusur karinesinin geçerli olmasını istemediğini açıkça belli etmiştir. Gerçekten, aksi yönde bir tercih olsa ve bu bağlamda, TBK m. 112 dolayısıyla da olsa kusur karinesinin geçerli olması istenseydi, böyle bir değişikliğe gerek duyulmazdı. Nitekim, 6335 sayılı Kanun'a ilişkin 25.06.2012 tarih, Esas No: 1/630 ve Sıra No: 303 sayılı Adalet Komisyonu Raporu'nun 10. sayfasında²⁰³, aynen *“Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlarda kusuru ispat yükü*

mahkemece yönetim kurulu üyelerinin hangi kusurları nedeniyle kooperatif ile birlikte sorumlu tutulduklarına ilişkin gerekçe oluşturulmamıştır” (bkz. Yarg. 23. HD'nin 23.09.2019 T., 2016/4566 E. ve 2019/3779 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 23. HD'nin 02.07.2019 T., 2016/6486 E. ve 2019/3159 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD'nin 23.10.2017 T., 2016/3735 E. ve 2016/5626 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf> (erişim tarihi 08.07.2020).

yeniden düzenlenerek kusuru müddeinin ispat edeceği yönünde düzenlemeye gidildiği” denilmek suretiyle, ispat yükündeki bu değişikliğe açıkça vurgu yapılmıştır²⁰⁴.

Buna göre, kişisel sorumluluk bakımından kanunda kusur karinesini öngören açık bir hüküm olmadığından ve ayrıca, TBK m. 112’de yer alan kusur karinesinin de TTK m. 553’te yer alan “*kusurlarının bulunmadığını ispatladıkça*” ibaresinin çıkartılıp yerine “*kusurlarıyla*” ifadesinin eklenmesi nedeniyle uygulanması kanımızca mümkün olmadığından, kusuru ispat yükünün davacıda olduğu yolundaki görüşe katılıyoruz.

Sorumluluğa ilişkin genel hüküm niteliğindeki TTK m. 553’te kusur konusunda bu vurgu yer almakta iken, İsviçre’de, “*kasıt veya ihmalle*” denilerek, kusurun derecesindeki ayırımı vurgu yapılmak istenmiştir²⁰⁵.

Esasen, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yükümlülükleri konusunda kanunda daha ayrıntılı özel düzenlemelere yer verilmiş olması hem hukuka aykırılık hem de kusur unsurlarının ispatını kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olabilir²⁰⁶. Şöyle ki, sorumluluk konusunda, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi genel bir hükme yer verilmekle yetinilmemiş, yönetim kurulu üyelerinin borç ve yükümlülükleri, açık ve özel hükümlerle (örneğin, TTK m. 375), hem emredici olarak hem de takdir hakkı bırakmayacak şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylece, kanunda “*olması gereken davranış biçimi*” konusunda kriter teşkil edecek ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir²⁰⁷. Bu gibi hâllerde, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği daha kolay tespit edilebileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre

²⁰⁴ Kendigelen, Adalet Komisyonu Raporu’nda yer alan bu açıklamayı, özellikle TBK m. 112’ye dayanarak şiddetle eleştirmiş ve buna katılmanın kesinlikle mümkün olmadığını savunmuştur; bkz. **Tespitler**, s. 459-460.

²⁰⁵ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 7; eski TTK döneminde m. 336/b. 5’te “*kasd veya ihmalle*” denilmiş olmasının, ilk dört bentteki sorumluluk hâllerinde kusur aranıp aranmayacağı yönünde tereddütlere yol açtığı konusunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 14.

²⁰⁶ Kusurun objektifleştirilmesinin hukuka aykırılık ve kusur arasındaki farkın tespitini güçleştirdiği, buna rağmen hukuka aykırılığın kusura oranla tamamen objektif bir niteliğe sahip olduğu, kusurda ise yine de davranışın gerçekleştirilmesinde zarar verenin göz önünde tutulduğu yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 1901; bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 2.

²⁰⁷ Yönetim kurulunun ne yapması, nasıl ve hangi yönde karar vermesi gerektiği kanun veya esas sözleşmede açıkça gösterilmişse, verilecek kararın gerçek anlamda bir karar olarak nitelendirilmesinin güç olduğu, zira bu durumda üyelerin zihni bir faaliyet gerçekleştirmeyip, kanun veya esas sözleşmede emredilen yapmaktan ibâret bulunduğu yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 86-87.

kusurun varlığı sonucuna da daha kolay ulaşılabilecektir²⁰⁸. Örneğin, şirkete borçlanma yasağına (TTK m. 358) aykırılık nedeniyle sorumluluk davası açılması olasılığında, TTK m. 358’de öngörülen şartların bulunmadığının ve buna rağmen pay sahiplerine borç verildiğinin davacı tarafından ortaya konulması hâlinde, kusurun varlığı da önemli ölçüde ortaya konmuş olacaktır²⁰⁹. Bununla birlikte, davalı üyeler, işlemin yapıldığı sıradaki şirketin kayıtlarına göre TTK m. 358’de öngörülen koşulların gerçekleşmiş görüldüğünü ve buna göre borç verme imkânının mevcut bulunduğunu, ancak sonradan kayıtlarda bir hata bulunduğunun veya kayıtların gerçeği yansıtmadığının ve bu nedenle borç verme koşullarının bulunmadığının anlaşıldığını kanıtlayarak, kusurlarının bulunmadığını veya hafif kusurlu olduklarını savunabilirler. Esasen, bu hâlde de kayıtların tutulması yönetim kurulu üyelerinin devredilmez ve vazgeçilmez görevleri (TTK m. 375/1-c) ile ilgili olduğundan, bu hususun da kusur unsuru ve sorumluluk miktarı belirlenirken dikkate alınması gerekecektir. Bazı yükümlülüklerin takdir hakkı bırakmaması, açık ve emredici bir şekilde düzenlenmesi, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler için bir yandan buna uygun davranıldığını ortaya koyarak sorumluluğu bertaraf edebilmek açısından güvence, diğer yandan ise onları daha dikkatli davranmaya yönelten bir tehdittir.

Ayrıca, somut olayın özelliklerine göre, kimi durumlarda hukuka aykırılık o kadar açıktır ki, hayatın olağan akışına göre yöneticinin bu hukuka aykırılığı kusursuz bir şekilde gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı söylenebilecektir. Nitekim, medenî usûl hukukunda da hayatın olağan akışına dayanan kimsenin ispat yükü altında olmadığı, hayatın olağan akışına aykırı bir iddiada bulunan tarafın bunu ispat etmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir²¹⁰. Örneğin, ortaklığın başka bir rakibinin iş ürününü iltibas etmesi nedeniyle hakkında haksız rekabetten men ve tazminat kararı verildiği, hatta bu kararın kesinleştiği ve şirketin rakibe tazminat ödediği bir varsayımda, aynı zamanda üretimden sorumlu yönetici olan bir yönetim kurulu üyesi üretim şeflerine yine iltibas edilen ürünü üretmeye devam etmeleri yolunda talimat verdiği takdirde, söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu kadar kasıt düzeyinde bir

²⁰⁸ Nitekim, öğretilde, daha ileriye gidilmek suretiyle rekabet yasağının ihlâl edilmesi hâlinde kusursuz sorumluluk hâlinin söz konusu olacağı savunulmaktadır; bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 574; Çamoğlu, **Rekabet Yasağı**, s. 359; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 37, dn. 120; Dinç, s. 63, 96.

²⁰⁹ Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına aykırılık hâlinde yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması ve ayrıca, TTK m. 558’de öngörülen koşulların mevcut olmaması hâlinde yönetim kurulu üyelerinin borç verme konusunda bir takdir hakkına sahip bulunmadıkları yönünde bkz. Çolgar, s. 293-297.

²¹⁰ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 1.

kusuru da kapsadığında tereddüt olmayacaktır. Esasen burada hukuka aykırılığın varlığı, kusur unsurunun kendiliğinden oluşmasına yol açmayacaktır; fakat hem hukuka aykırılığın hem kusurun birlikte gerçekleştiği hem de her bir unsurun kendi varlık koşullarının mevcut bulunduğu bir somut olaydan söz edilebilecektir.

Kanunumuzun yeniliklerinden biri de TTK m. 553/3'te yer verilen hükümdür²¹¹. Buna göre, hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar nedeniyle sorumlu tutulamaz, bu sorumlu olmama hâli gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz²¹². Esasen, sorumluluk hukukunun temel prensiplerinin bir gereği olan ve zaten uygulanması gereken bu hüküm²¹³, gerekçede de işaret edildiği gibi, uygulamada karşılaşılan katı yaklaşıma âdeta bir tepki olarak kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu kural gerek nedensellik bağı gerek kusur bakımından anlam ifade etmekte ve bu unsurların varlığının iyi bir şekilde araştırılmasını öngörmektedir. Zîra, uygulamada hukuka aykırı fiil ve zarar unsurlarının varlığı hâlinde, sorumluluğun diğer şartları olan uygun nedensellik bağı ve kusur unsurları ihmal edilmekte ve söz konusu unsurların gerçekleştiği âdeta karine gibi kabul edilerek sorumluluk yoluna gidilmektedir. Nitekim, önceki kanunda yer alan kusur karinesi de (eTTK m. 338) bu yaklaşımı desteklemekteydi. Esasen, Yargıtay kararlarında kusur ve uygun nedensellik bağına ilişkin inceleme ve değerlendirmelere pek rastlanmamasının²¹⁴ sebebi de bundan kaynaklanmaktaydı. Belirttiğimiz üzere, bu hükmün içeriği yeni olmayıp, sadece uygulamadaki katı ve adaletsiz yaklaşımlar nedeniyle uygun nedensellik bağına ve kusura vurgu yapılmıştır. Nitekim, gerekçe de

²¹¹ Altay, bu yeni hükmü, “kontrol kuralı” olarak adlandırılmaktadır; bkz. **Yetki Devri**, s. 307-308.

²¹² Söz konusu hükmün kişisel kusura ve ayrıca özen ve gözetim borçlarına bir sınır çizdiği yönünde bkz. Çamoğlu, **Yeni TTK'da Hukukî Sorumluluk**, s. 409; bu hükmün sorumluluğun sınırını daraltarak kusur sorumluluğunu hafiflettiği yönünde bkz. Doğan, s. 254; TTK m. 553/3 hükmünün yetkiyi devredenlerin sorumsuzluğu anlamına gelmediği yolunda bkz. Battal, s. 38; TTK m. 553/3 hükmü ile TTK m. 375/1-a, e hükümlerinin nasıl telif edileceğinin bir sorun olduğu yolundaki görüş için bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 42.

²¹³ Bu hüküm ile birlikte, “imkânsızdan borç doğmaz” yolundaki evrensel ilkenin Türk pozitif hukukuna dâhil edildiği ve özen ve gözetim yükümünü ortadan kaldırmayan ancak ona bir sınır getiren bu hükmün “hiç kimseden fiziksel ve ussal yetkileri üstünde bir özen beklenemez” şeklindeki evrensel hukuk kuralını ifade ettiği yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 583. Helvacı da kusur ve illiyet bağı bulunmaksızın sorumluluğun zaten söz konusu olamayacağını belirterek bu hükmün esasen bir yenilik getirmediğini belirtmekte, ancak aynı gerekçeyle, TTK m. 553/3 hükmünde yer alan düzenlemeye gerek bulunmadığı, madde gerekçesine katılmadığını ifade etmektedir; bkz. **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 127, 132. TTK m. 553/3 hükmünün aslında sorumluluğun şahsiliği ilkesinin bir yansıması olduğu yönünde bkz. Battal, s. 38. Buna karşılık, TTK m. 553/3'te öngörülen hükmün bir yenilik olduğu ve illiyet bağına özel vurgu içerdiği konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-12; ayrıca bkz. Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 99.

²¹⁴ Yargıtay'ın genelde uygun illiyet bağına hiç değinmediği, ancak artık farklılaştırılmış teselsül nedeniyle bu unsuru araştırmak zorunda olduğu yönünde bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 377.

bunu teyit etmektedir. Zîra, hükümde geçen “*kontrolü dışında*” ifadesi, aslında nedensellik bağının ve kusurun bulunmaması hâlini ifade etmektedir. Bu bağlamda, bu hükmün aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir²¹⁵.

Söz konusu hüküm, madde gerekçesi aksi yönde ifadeler içerse de sadece yönetim yetkilerinin devredildiği hâllerde gözetim sorumluluğu ile sınırlı olarak değil, yetki devrinin olmadığı durumlarda da sorumluluk açısından uygulanması gereken bir hükmüdür²¹⁶. Esasen, bu hükmün sorumluluk hukukunun temel bir gereği olduğu yolundaki açıklamamız da bizi bu sonuca götürmektedir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bu hüküm, öğretide eleştirilere de uğramış ve bu hükmün, yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle sorumlu tutulmalarını engellemesi ve bu suretle üst gözetim görevini etkisiz hâle getirmesi nedeniyle son derece sakıncalı olduğu²¹⁷; ayrıca, hükümde (TTK m. 553/3'te) geçen “*kontrol dışı haller*” ifadesi ile neyin kastedildiğinin açık olmadığı, kanunun lafzından bunun anlaşılmadığı, gözetim görevine, yönetim kurulunun yetki, görev ve sorumluluğunu düzenleyen hükümlerle çelişen bir sınır getirdiği, çok sorun yaratabilecek ve tartışılacak bir hüküm olduğu²¹⁸; bu hükmün mânidar, hatta Anayasa'nın “*kanun önünde eşitlik*” ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı bir hüküm olduğu, zira bu hükmün yönetim kurulu üyelerine kanunun uygulanmaması anlamını taşıdığı, dünyanın hiçbir yerinde böyle bir sorumsuzluk kuralı bulunmadığı²¹⁹; yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun sınırlandırıldığı²²⁰ yolunda görüş ve eleştiriler ileri sürülmüştür²²¹. Kusursuz sorumluluğa varan uygulamalara tepki olarak kusur ve nedensellik bağı unsurlarına

²¹⁵ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 16-71.

²¹⁶ Bu kuralın, gözetim sorumluluğu ile sınırlı olmadığı ve aslî sorumluluğu da kapsadığı konusunda bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 16-72; Altay, *Yetki Devri*, s. 270; ayrıca bkz. Altay, *Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları*, s. 6; TTK m. 553/3 hükmünün TTK m. 375 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 481; bu hükmün getiriliş amacı ve düzenlendiği yer bakımından tartışmalı olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, *Yönetim Kurulu*, s. 162 vd.; TTK m. 553/2 ve 3 hükümlerinin birlikte ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Battal, s. 38; madde gerekçesindeki açıklamalar karşısında, TTK m. 553/2 ve 3'ün birbirine tamamlayan bir içeriğe sahip olduğu sonucunun çıktığı, ancak kanunun lafzının bununla uyumlu bulunmadığı yolunda bkz. Kürşat Göktürk, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Hâlinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”, *TBBT*, Sayı 114, Eylül 2014, s. 189-190.

²¹⁷ Akdağ Güney, *Sorumluluk*, s. 84-86.

²¹⁸ Göktürk, *Gözetim Sorumluluğu*, s. 188; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, § 60, N. 9, 12, ayrıca § 63, N. 20; Pulaşlı, *Özen Yükümlülüğü*, s. 31-32, 40-42.

²¹⁹ Kaplan, *Hukukî Sorumluluk*, s. 3500.

²²⁰ Paslı, *Compliance*, s. 333.

²²¹ Bu konudaki diğer eleştiriler için ayrıca bkz. Üçışık/Çelik, s. 517.

vurgu yapan ve esasen bu hüküm olmasa idi dahi uygulanması gereken bu kurala yöneltilecek eleştirilere katılma olanağı bulmuyoruz. Zîra, insan takatinin (gücünün) ötesinde bir performans ve çaba beklenmesi veya sözleşme ile bu şekilde bir borç kararlaştırılması, kişilik haklarına aykırı bir durum teşkil eder ve bu nedenle, TMK m. 23/II'ye açıkça aykırı olur. Nitekim, bir kimseyi ölçülemez derecede rizikolara sokan, kendisini her yönden bağlayan, kişinin ekonomik varlığını ahlâka aykırı sayılacak derecede tehlikeye sokan ağır taahhüt ve sözleşmelerin TMK m. 23/II hükmüne aykırı olacağı ve TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüz sayılacağı kabul edilmektedir²²².

D- Müteselsil Sorumluluk ve Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi

Yönetim kuruluna tanınan yönetim ve temsil yetkisi (TTK m. 365, 367/2, 370) bağlamında, TTK'da bir yandan kurul olarak gerçekleştirilecek görev ve yetkiler düzenlenmiş (örneğin TTK. m. 375), diğer yandan da her bir yönetim kurulu üyesi için ayrı ayrı bireysel olarak uyulması gereken bazı ödevler (örneğin TTK m. 393, 395, 396) öngörülmüştür²²³. Bu bağlamda, müteselsil sorumluluk da “kurul” olarak ifası lâzım gelen karar ve işlemlerden dolayı gündeme gelecek olup²²⁴, diğer yandan, bireysel borçlar ise bireysel sorumluluk sebebi teşkil edeceğinden, her bir üyenin sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilecektir²²⁵. İstisnaen bazı görevlerin gerçekleştirilmesine, konumları gereği birden fazla yönetim kurulu üyesi ve yönetici bir arada katılabilir veya etki edebilir. Bu olasılıkta da bu kişilerin ortak bir sorumluluk paydasından söz etmek gerekecektir. Ayrıca, “kurul” hâlinde gerçekleştirilmesi gerekli olmayıp da birden fazla kişinin aynı sebepten veya farklı sebeplerden dolayı,

²²² Dural/Öğüz, N. 735; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 648 vd.

²²³ Bu konuda ayrıca bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 76-77; yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetkilerini kural olarak kurul hâlinde birlikte kullanacağı, yönetim kurulunun nitelik olarak bir kurul organ olduğu, ancak yeni TTK'da yönetim kurulunun tek bir kişiden oluşmasına olanak tanınması nedeniyle yönetim organının her zaman bir kurul organ olmayabileceği yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 184 ve 170; yönetim kurulunun tek kişiden oluşması hâlinde “kurul”dan söz edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmalar ve tek üyeli yönetim kurullarını “kurul organ” olarak nitelendirmenin mümkün bulunmadığı yolundaki görüş için ayrıca bkz. Kortunay, s. 32-35; yönetim kurulunun “kurul organ” olarak faaliyette bulunduğu yönünde ayrıca bkz. Yadiğâr İzmirli, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2001, s. 19-20.

²²⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, bu hâlde müteselsil sorumluluğun söz konusu olması, yönetim kurulu üyeleri bakımından başta kusur olmak üzere sorumluluğun tüm unsurlarının varlığının araştırılması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

²²⁵ Bu konuda bkz. Arslanlı, s. 174-176; Mimaroglu, s. 21 vd., 81 vd.; Atan, s. 36; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 24; Doğan, s. 256; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 382, 383; ayrıca, yöneticilere özgü sorumluluğun temel sorununun, birden çok sorumlunun her birinin tek başına ve bir arada, ne şekilde ve hangi kapsamda sorumlu tutulacağı olduğu yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 69.

örneğin işlenen bir haksız fiil nedeniyle şirketin ödediği tazminata ilişkin rücu hakkını kullanması bağlamında zarardan sorumlu tutulmalarının gerekmesi hâlinde de müteselsil sorumluluk esas geçerli olacaktır. Diğer yandan, yönetim kurulu tek bir kişiden oluşuyorsa, bu kişi ile yönetim yetkilerinin devredildiği başka kimseler (yöneticiler) varsa, bunların arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Belirttiğimiz esaslar çerçevesinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu müteselsildir²²⁶. Bu ilke kanundan (TTK m. 557) doğmakta olup²²⁷, bunun aksi bir borçlar hukuku sözleşmesi veya esas sözleşme ile kararlaştırılamaz, diğer bir deyişle emredicidir²²⁸. Böylece, müteselsil sorumluluk ilkesi, riskin davalılar üzerinde olması nedeniyle, tüm yönetim kurulu üyelerini dikkatli davranmaya ve birbirlerinin işlemlerini sorgulamaya ve denetlemeye yönelten bir özelliğe sahiptir.

ETTK döneminde, bu ilke çok katı bir şekilde uygulanmış ve bu nedenle ortaya çıkan adaletsiz sonuçlar öğretide çok eleştirilmişti²²⁹. Davalılar zararın ne kadarından sorumlu olduklarına ve kusur derecelerine bakılmaksızın, hafif ihmalleri bile olsa tazminatın tamamını ödemekle yükümlü tutulmakta²³⁰ ve kişisel savunmaların ancak tazminden sonra açtıkları rücu davaları bağlamında iç ilişkide ileri

²²⁶ Eski BK.'ya göre tam-eksik teselsül ayırımının mevcut olduğu dönemde, yönetim kurulu üyeleri arasında tam teselsülün bulunduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 21; Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 221; Akdağ Güney, **Farklaştırılmış Teselsül**, s. 1211; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 26. Alman, Fransız ve İngiliz hukuklarında, yöneticilerin sorumluluğu konusunda müşterek ve müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli bulunduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 164, 165, 170. ²²⁷ TBK m. 162 uyarınca, müteselsil borçluluk sözleşmeden veya kanundan doğabilir; bu konuda ayrıca bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 3752 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1348 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 285 vd.; Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, s. 16 vd.; ayrıca, aynı dönemde birlikte görev yapan kimseler arasında teselsül ilkesinin söz konusu olacağı, buna karşılık farklı dönemlerde görev yapan üyeler arasındaki teselsülün ise Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirleneceği yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 22.

²²⁸ Arslanlı, s. 172; Mimaroglu, s. 24; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 28, 34 vd.

²²⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-124, 125; Çamoğlu, **Yeni TTK'da Hukukî Sorumluluk**, s.415-416; Kırca, **Değişiklikler**, s. 657; Akdağ Güney, **Farklaştırılmış Teselsül**, s. 1209. Buna karşılık Helvacı, eski sistemi savunmuş, sadece şekli bazı önerilerde bulunmuştu; bkz. **Sorumluluk**, s. 48-49; aynı doğrultuda müteselsil sorumluluğun savunulmasına yönelik görüşler için bkz. Atan, s. 30-31; Mimaroglu, s. 22 vd.; buna karşılık, teselsül ilkesinin, üyelere tanınan kusursuzluğu ispat imkânı ve bireysel sorumluluğun geçerli olduğu hâllerin varlığı dolayısıyla ılımlı hâle getirilmiş olduğu yolundaki görüş için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 22; hafif kusurlu olan üyelerin tazminatın indirilmesini talep edemeyecekleri yönünde ayrıca bkz. Arslanlı, s. 173.

²³⁰ Müteselsil borçlulardan her birinin edimin tamamından sorumlu olmasının müteselsil borçluluğun temel özelliklerinden bir olduğu yönünde bkz. Canyürek, s. 13, 24-26.

sürebilmekteydiler²³¹. Bu bağlamda, davalıların sahip oldukları kişisel savunmalar sorumluluk davasında (dış ilişkide) dinlenmemekte²³² ve diğer sorumluların ödeme gücüne sahip olmamalarının riskini ödemeyi yapan kişi taşımaktaydı.

Müteselsil sorumluluk ilkesi, ülkemizde olduğu gibi, mehz İsviçre’de de mutlak ve katı bir şekilde uygulanmış ve bu nedenle çok eleştirilmiştir. Bu eleştiriler sonucunda, 1991 yılında yapılan değişiklikle İsviçre’de farklılaştırılmış teselsül ilkesi kabul edilmiştir²³³.

İsviçre’deki bu düzenlemeye paralel olarak TTK’da da farklılaştırılmış teselsül ilkesi kabul edilmiştir. TTK m. 557 hükmünde yer alan yeni düzenlemeye göre, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kendisine şahsen yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur²³⁴. Hükümde özellik arz eden iki unsur, “*kusur ve durumun gerekleri*” ile “*yükletilebildiği ölçüde*” şeklindeki kriterlerdir. Bu ilke, bir yandan illiyet bağına vurgu yapmakta ve diğer yandan da tazminat miktarı belirlenirken kusurun derecesi ve diğer indirim sebeplerinin

²³¹ Bu konudaki katı bir uygulama örneği için bkz. “... bilirkişi raporu ile davalının %20 oranında kusurlu olduğu ifade edilmiş ise de bu oranların ancak zararın meydana gelmesinde etkisi olan kişiler bakımından birbirlerine karşı rücu halinde geçerli olup, ... davalının 6762 Sayılı TTK’nın 336. maddesi hükmü gereğince zarar gören davacıya karşı zararın tamamından tüm zarar verenlerle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu, ...” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 14.06.2017 T., 2016/265 E. ve 2017/3711 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³² EBK ve eTTK döneminde, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemediği öğretide tartışmalı bulunmakta idi. Bir görüşe göre, bu sebeplerin müteselsil sorumlulukta ileri sürülmesi hiçbir şekilde mümkün değilken, diğer bir görüş ise bu sebeplerin sadece eksik teselsül hâlinde uygulanabileceğini ileri sürmekte, üçüncü bir görüş de tam – eksik teselsül ayırımı yapılmaksızın bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide de dikkate alınması gerektiğini savunmaktaydı. Söz konusu tartışma ve son görüş için bkz. Kırca, **Değişiklikler**, s. 654 vd. Bu konudaki tartışma için ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1214 vd.

²³³ Farklılaştırılmış teselsül ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 79 vd.; bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-125, 126; Karayalçın, s. 653, 656; Helvacı, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 229; farklılaştırılmış teselsülün getirilme nedenleri ve bu bağlamda, bu ilkenin İsviçre Hukukunda adil bir sorumluluk düzeni oluşturulması yönündeki arayışların bir ürünü olduğu yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 68, 69.

²³⁴ TTK m. 557’nin madde gerekçesinde, farklılaştırılmış teselsül anlayışının dört ilkeye dayandığı, birinci ilkeye göre hükmün bir rücu hükmü olmayıp, birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlediği; ikinci ilkeye göre, müteselsil sorumluluğun kabul edildiği durumlarda çoğu kez zararın bir kısmının müteselsil sorumlular tarafından birlikte verilebileceği, bir kısmının da tazminat yükümlülerinden bazılarının hukuk aykırı eylem ve kararlarının ürünü olabileceği; üçüncü ilkeye göre, müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü grupların ortaya çıkabileceği; dördüncü ilkeye göre gerek aynı zararın ve gerekse tek başına verilen zararın belirlenmesinde mahkemece şartları varsa TBK m. 51-52’nin de uygulanacağı, ayrıca TTK m. 553/2-3 hükümlerinin de dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

(durumun gereklerinin) dış ilişkide de dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır²³⁵. Böylece, TBK m. 51-52 ile nedensellik bağı hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır²³⁶. Diğer yandan, eBK’da yer alan tam teselsül – eksik teselsül ayırımına yeni TBK’da yer verilmeyerek, uygulama ve öğretide yaşanan tartışma ve tereddütler de giderilmiş bulunmaktadır²³⁷.

Kanımızca, bu hüküm, esasen bir yenilik değil, müteselsil sorumluluk ilkesinin çok katı uygulanıp adaletsiz sonuçlar doğurmasına karşı tepki niteliğini taşıyan bir açık vurgudur. Zîra, soyut olması nedeniyle ispatı güçlük arz ettiğinden uygulamada araştırılması çoğunlukla ihmal edilen “*uygun nedensellik bağı*”²³⁸ ile daha önce geçerli olan kusur karinesi (eTTK m. 338) nedeniyle yine ihmal edilen kusur unsuruna vurgu yapan bu yeni hüküm olmasa idi dahi, bu bağın varlığının araştırılması ve ayrıca kusurun derecesinin ve diğer indirim sebeplerinin dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Nitekim, eBK ve eTTK döneminde de, öğretide, BK. m. 43/1 ve 44’de (yeni TBK m. 51, 52) öngörülen savunmaların müteselsil sorumlulukta da uygulanması gerektiği ifade edilmekte ve müteselsil sorumluluk ilkesinin, tazminatın belirlenmesine ilişkin bu hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmediği kanımızca isâbetli olarak savunulmaktaydı²³⁹. Esasen, TTK m. 557’nin gerekçesinde de, öğretinin bireysel indirim sebeplerinin müteselsil sorumlulukta da uygulanabileceğinden şüphe etmediği vurgulanmış, ancak uygulamaya başka bir

²³⁵ Yılmaz Yördem, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 130 vd., s. 147; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 41a vd.; Helvacı, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 228; Altay, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 70-71; Çamurcu, s. 130 vd.

²³⁶ Bkz. madde gerekçesi; ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-17; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 383; Dinç, s. 11; ayrıca, bu ilkenin bir yandan kusur-yaptırım dengesinin, diğer yandan da uygun nedensellik bağının çağdaş sorumluluk hukukundaki somutlaşmış şekli olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.415; nedensellik bağına vurgu konusunda ayrıca bkz. Doğan, s. 254; farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca bireysel indirim sebeplerinin dikkate alınacağı ve ayrıca bu ilkenin bir yandan kusura ve diğer yandan da nedensellik bağına ilişkin bulunduğu yönünde ayrıca bkz. Kürşat Göktürk/Mehmet Çelebi Can, “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunu’nun Şahsî İflâs Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi HFD**, C. 2, S. 2, 2011, s. 249, 252.

²³⁷ Eski Kanun döneminde yaşanan tartışma ve tereddütler için bkz. Karayalçın, s. 660 vd.; Kırca, **Değişiklikler**, s. 641 vd.

²³⁸ Bu bağlamda, uygun nedensellik bağının iki işlevinin bulunduğu, birinci işlevin sorumluluğun bir unsurunu teşkil etmesi olduğu, diğer işlevin de hangi zararlara yol açıldığının tespitine ve dolayısıyla zararın hesaplanmasına yönelik bulunduğu konusunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 57.

²³⁹ Bu konuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 702-703; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 785; Kırca, **Değişiklikler**, s. 657-658; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin yasayla yeni oluşturulmuş bir kurum olmayıp, esasen uygulanmasına yasal bir engel bulunmayan eBK. m. 43-44 (TBK m. 51-52) hükümlerinin yasa koyucunun müdahalesiyle uygulanabilir hâle getirildiği yolunda bkz. Göktürk/Can, s. 251.

anlayışın hâkim olduğu ve tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik ilkesi olduğu gerçeğinin geri plâna itildiği, eBK m. 43 ve 44 hükümlerinin sadece iç ilişkide dikkate alındığı ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin de çeşitli kararlarında mutlak teselsül yorumunu kabul edip İsviçre BK. m. 43, 44 (BK 43, 44)’ün dış ilişkide uygulanmasını reddettiği belirtilerek, bu uygulamaya bir tepki olarak farklılaştırılmış teselsül ilkesinin düzenlendiği ifade edilmiştir²⁴⁰.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile riskin davalılardan alınarak davacıya devredilmiş olduğu, zira zararın tazmini imkânının azaltıldığı yolunda öğretide bazı eleştiriler yapılmış ise de²⁴¹, nedensellik bağı ve kusur unsurlarını ihmal eden ve menfaatler dengesinin sağlanmadığını bile bile davacı lehine tercihte bulunan bu görüşe katılma olanağı bulmuyoruz²⁴².

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, davacının kim olduğuna bakılmaksızın gerek doğrudan gerek yansıma zarara dayalı sorumluluk davalarında uygulanacak emredici nitelikteki bir kuraldır²⁴³. Bu bağlamda, yönetim yetkilerinin devredilmesi hâlinde, hem yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin hem de yetkiyi devralanların sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da bu ilke uygulanacaktır²⁴⁴.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre, dış ilişkide sorumluluğun belirlenmesinde “*kusurun derecesi ve durumun gerekleri*” dikkate alınacaktır. Esasen,

²⁴⁰ TTK m. 557’nin madde gerekçesi.

²⁴¹ Farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile riskin alacaklının üzerine devredildiği, tam teselsül ile eksik teselsülün ve hatta kişisel sorumluluk ile müteselsil sorumluluğun birbirine yaklaştığı, teselsülün alacaklı bakımından faydalı ve gerekli bütün sonuçlarının yeni anlayış çerçevesinde terkedildiği şeklindeki eleştiri için bkz. Helvacı, **Müteselsil Sorumluluğu**, s. 232; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmasına ilişkin olası sorunlar ve riskler ile bu bağlamda büyük borçluların ödeme gücüne sahip olmadığı oranda riski alacaklının taşıyacağı yolundaki görüş için bkz. Karayalçın, s. 670-672; Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1214.

²⁴² Farklılaştırılmış teselsülün bu yönüyle yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri koruduğu ve hak sahibinin konumunu zayıflattığı, bununla birlikte hak sahibine zararın tamamının talep edilebilmesine olanak tanınması ve bazı hâllerde dava masraflarına mahkûm edilmeme imkânının öngörülmesi nedeniyle bu sistemin daha âdil olduğu yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 70-71.

²⁴³ Altay, **Yetki Devri**, s. 323-324; Yördem, s.107; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kural olarak gerek doğrudan ve gerekse dolayısıyla zararlara ilişkin davalarda uygulanacağı, bununla birlikte ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında yapılacak bir sözleşme ile bunun aksinin, yani mutlak teselsül ilkesinin uygulanmasının kabul edilebileceği yönünde bkz. Emin Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 121, 123; sorumluların TBK m. 115/2, 3 çerçevesinde hafif kusurdan sorumlu tutulmayacaklarının sözleşmede öngörülebileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-132.

²⁴⁴ Buna karşılık, ortaklığa murahhas atanmışsa bu ilkenin uygulama alanı bulamayacağı yolundaki görüş için bkz. Şener, s. 428.

mutlak müteselsil sorumlulukta da “*kusur*” şarttır, sadece kusurun derecesi dikkate alınmaz; ancak, farklılaştırılmış teselsülde kusurun derecesi de artık göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca, TBK’nın tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin 51 ve 52. maddeleri de sorumluluk miktarı bakımından belirleyici olacaktır²⁴⁵. Buna göre mahkeme, şartları varsa TBK m. 51-52’yi uygulayacak ve her bir davalı tarafından ileri sürülen kişisel def’îleri de inceleyecek ve dikkate alacaktır. Bu bağlamda, yetki devri de “*durumun gerekleri*” bağlamında nazara alınacak bir husustur²⁴⁶. Böylece, tazminat borcu belirlenirken sorumlular arasında farklılaşma sağlanacak ve hâkim hükmünü buna göre tesis edecektir. Görüldüğü üzere, bu yeni hükümle bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Diğer yandan, hükümde ayrıca “*zararın şahsen yükletilebildiği ölçüde*” ifadesine yer verilmiştir. Buna göre, farklılaştırılmış teselsül ilkesi, özellikle uygun nedensellik bağı ile yakından ilgili olup, sorumluluğun merkez kuralının nedensellik bağı olduğu böylece açıkça düzenlenmiştir²⁴⁷. Bu ilke, bir kimsenin, kendisi tek başına sorumlu olsa idi mahkûm edileceği tutardan daha yüksek miktarda sorumluluğa tâbi olmamasını, diğer bir deyişle müteselsil sorumluluk ilkesinden bahisle sorumluluğun ağırlaştırılmamasını gerektirir²⁴⁸. Bu nedenle, mahkemenin, nedensellik bağının varlığının ve sonuçlarının iyi bir şekilde incelemesi, davalının gerek bireysel olarak gerek diğer davalılarla birlikte gerçekleştirdiği eylem ve işlemleri ve bunlardan hangi zararların doğduğunu gerekçeleriyle birlikte her bir davalı bakımından ayrı ayrı, açık ve somut bir şekilde tespit etmesi gereklidir²⁴⁹. Bu bağlamda, aşağıda da açıklayacağımız üzere²⁵⁰, TTK m. 557/2’de, davacının, birden çok kişiyi zararın tamamı için dava edebileceği ve hâkimden her bir davalının tazminat borcunu

²⁴⁵ Maddede geçen “*durumun gerekleri*” ifadesinin kapsamına TBK m. 51 ve 52 hükümlerinin girdiği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-133, 134; “*durumun gerekleri*” ibâresinin TBK m. 51-52 dışında kalan sebepleri (ortak kusur, zararın artmasına sebep olmak gibi) ifade ettiği yolundaki görüş için bkz. Üçışık/Çelik, s. 522; Şener, s. 427.

²⁴⁶ Bireysel sorumluluk miktarı belirlenirken kusurun ağırlığı ile TBK m. 51-52’de yer alan sebeplerin yanı sıra, üçüncü kişinin davranışı, şirketin kendi kusuru, yönetim yetkilerinin devri olgularının da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 72; Göktürk/Can, s. 265 vd.

²⁴⁷ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-131; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin nedensellik bağı ile ilgili olduğu konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 274; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 227; Kayar/Özatlan, s. 26; sorumluluğu uygun nedensellik bağı kurallarının yönettiği konusunda bkz. Üçışık/Çelik, s. 518; bu konuda ayrıca bkz. Yördem, s. 99, 104.

²⁴⁸ Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1213; Kırca, **Değişiklikler**, s. 661.

²⁴⁹ Bu konuda bkz. Yördem, s. 99, 101; farklılaştırılmış teselsül bağlamında mahkemece yapılacak inceleme konusunda ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, E.

²⁵⁰ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, H.

belirlenmesini isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, önce her bir davalının bireysel olarak (tek başına) verdiği zarar miktarını belirler. Müşterekten verilen zararlar bakımından ise, hâkim bu zararın ne kadarlık bölümünün bu davalıya yükletilebileceğini kusurun derecesi ve durumun gereklerini de nazara alarak hesaplar²⁵¹. Bu hesaplama bağli olarak ayrıca, hangi davalıların zararın ne kadarlık kısmı için müteselsilen sorumlu olduklarını belirler²⁵². Mahkemenin her bir davalı bakımından ayrı ayrı tespit edeceği bireysel sorumluluk miktarı (tek başına sebebiyet verdiği zarara ilişkin sorumluluk miktarı) ile müteselsilen sorumlu olunacak miktarın toplamı, o davalının toplam sorumluluk miktarını gösterir²⁵³. Hiç şüphesiz ki, farklılaşmanın sağlanması, mahkemenin ayrıntılı hesaplamalar yapmasını ve kusur ile nedensellik bağı konusunda ayrıntılı ve somut gerekçelere dayanmasını zorunlu kılmaktadır²⁵⁴. Bu da, her davada maddi olguların doğru bir şekilde teşhisi uyuşmazlığın çözümü açısından gerekli olmakla birlikte, şahsi sorumluluk davalarında maddi olguların âdeta milimetrik bir şekilde belirlenmesinin önemini artırmaktadır. Aksi takdirde, hâkimin farklılaştırılmış teselsülü doğru uygulayamayacaktır.

Görüldüğü üzere, eTTK döneminde sadece iç ilişkide ileri sürülebileceği kabul edilen savunmaların artık dış ilişkide sorumluluk davası bağlamında incelenmesi ve karara bağlanması söz konusu olmaktadır²⁵⁵. Ancak hemen belirtelim ki, bu durum, sorumluluk davasında iç ilişkinin tamamen dikkate alınacağı ve karara bağlanacağı anlamına gelmemektedir²⁵⁶. Nitekim kanun koyucu da, 557. maddenin birinci fıkrasında, sorumluluk davasına ilişkin farklılaştırılmış teselsül ilkesini ve bu bağlamda esasen iç ilişkiye dair olup da dış ilişkide de nazara alınacak unsurları

²⁵¹ Teselsülün farklılaşmasının müteselsil sorumluluğun bireysel sorumluluğa feda edilmesi anlamına gelmediği yolunda bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 72. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 2.

²⁵² Sorumluların sorumlu oldukları zarar kesitinin örtüşmesinin müteselsil sorumluluğu beraberinde getireceği ve müteselsil sorumluluğun her bir bireysel sorumluluk miktarının birbirleriyle olan en küçük ortak paydası düzeyinde mevcut olduğu yolunda bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 72; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-129; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması sonucunda müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü grupların ortaya çıkmasının söz konusu olabileceği yönünde bkz. Yördem, s. 153; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 47; Doğan, s. 260-261; bu konuda ayrıca bkz. TTK m. 557'ye ilişkin madde gerekçesi.

²⁵³ Bu konu hakkında bkz. madde gerekçesi.

²⁵⁴ Sistemin uygulanmasına ilişkin zorlukların maddi hukuk ile ispat hukuku arasındaki etkileşimin doğru belirlenmesi yoluyla bir ölçüde aşılabileceği yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 74.

²⁵⁵ Farklılaştırılmış teselsülün tam teselsülle örtüşen ve farklılaşan özellikleri için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 328-329; bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-129.

²⁵⁶ Rücu ilişkilerinin sorumluluk davası bağlamında çözümlenip çözümlenemeyeceği konusunda ayrıca bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, IV.

düzenlemişken; üçüncü fıkrada, rücu ilişkilerinde (iç ilişkide) geçerli olacak ayrı bir hükme yer vermiştir²⁵⁷. Bu nedenle, dış ilişkideki tazmin borcu ile iç ilişkideki rücu düzeninin ayrılması gerekir. Dış ilişkide sadece davalıların kusur durumları dava dışı sorumluların kusur durumları ile karşılaştırılmaksızın ve her bir davalı bakımından sadece o kişi sorumlu tutulacakmış gibi incelenirken, sorumluluk davasına taraf olsun veya olmasın tüm sorumlular arasında söz konusu olan iç ilişkide ise, “*durumun bütün gerekleri*” dikkate alınarak ve tüm sorumluların kusur durumları ve maddî vâkıalara katkıları karşılaştırılmak suretiyle birden çok sorumlu arasındaki rücu ilişkisi belirlenecektir²⁵⁸.

E- Doğrudan - Yansıma Zarar Ayırımı

Zarar²⁵⁹ bakımından borçlar hukukunda çeşitli ayrımlar yapılmakla birlikte, sorumluluk davaları bakımından önem teşkil eden ayırım “*doğrudan-yansıma zarar*” ayırımıdır. Esasen, şirketler hukuku literatüründe, “*dolaylı*” veya “*dolayısıyla zarar*” yahut kanunun son terminolojisinde “*şirket zararı*” olarak ifade edilen kavram, borçlar hukukundaki “*yansıma zarar*”dır²⁶⁰. Yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri hâlinde ortaya çıkan zarar, anonim ortaklığın doğrudan zararını teşkil etmekte; bu zarar aynı zamanda, paylarının değerine ve ayrıca kâr payı haklarına etki ettiğinden pay sahipleri ve alacaklıların başvurabileceği malvarlığı miktarını (değerini) düşürdüğünden, alacaklılar için yansıma zarar niteliğini taşımaktadır²⁶¹. Görüldüğü üzere, burada doğrudan zarara uğrayan, sadece anonim ortaklıktır. Buna göre, ticaret hukuku öğretisinde ve

²⁵⁷ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 320.

²⁵⁸ Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, B, 3 ve I, E.

²⁵⁹ Zarar (maddî zarar), bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma olup, bu azalma aktifin eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasifin artmasından veya bir kazançtan yoksun kalınmasından da kaynaklanabilir; bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 113 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, N. 1624 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, s. 548.

²⁶⁰ Yansıma zararın özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 73 vd.

²⁶¹ Şirkete zarar verilmesi hâlinde, pay sahiplerinin paylarının değer kaybından, kâr payının azalmasından ve tasfiye payının düşmesinden dolayı yansıma yoluyla zarar görecekları yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 4; Korzun, s. 193; Thierry Luterbacher/Christoph D. Studer, **Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Hrsg. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen 2015, Art. 756, N. 8; bir şirketin şirkete karşı gerçekleştirilen haksız bir fiil nedeniyle zarara uğraması hâlinde, hisselerinin veya temettülerinin değerinin düşmesi nedeniyle şirketin pay sahiplerinin de zarara uğrayacağı ve bu tür kayıpların şirketin kaybının bir yansıması, yani “*yansıma zarar*” olduğu, pay sahibinin herhangi bir kişisel zarara uğramadığı, tek kaybın şirketten kaynaklandığı yönünde bkz. Koh, s. 373-375. Ayrıca, bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD’nin 26.10.2009 T., 2008/6571 E., 2009/10962 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

içtihatlarda “*dolaylı zarar*” terimi kullanılmakta ise de bununla ifade edilmek istenen aslında borçlar hukukundaki “*yansına zarar*”dır²⁶². Nitekim, öğretide de dolaylı zarar tanımlanırken, bunun pay sahipleri ve alacaklıların yansına yoluyla uğradıkları zarar olduğu belirtilmektedir²⁶³. Bu bağlamda, yansına zarar dolaylı zarardan farklıdır²⁶⁴. Biz de açıklamalarımızda, ifade ettikleri anlama uygun olarak “*yansına zarar*” veya kanundaki ifadeyle “*şirket zararı*” kavramlarını kullanacağız. Yansına zararın tazmininin talep edilmesi, genel hükümlere göre kural olarak mümkün olmayıp²⁶⁵, ancak kanunda açıkça öngörülen istisnâ hâllerde mümkündür²⁶⁶. TTK m. 553 vd. hükümleri de bu şekildeki istisnâ hükümlerden biridir.

Doğrudan – yansına zarar ayırımı, sorumluluk davasının tarafları, unsurları ve sonuçları bakımından önemli farklılar getirmektedir²⁶⁷. Zararın doğrudan ortaklığın malvarlığında ortaya çıkması, pay sahiplerinin ve alacaklıların yansına zararını teşkil etmekte²⁶⁸ ve bu zararın talep edilmesi özellikle alacaklılar yönünden bazı koşulların

²⁶² Şirketler hukuku bağlamında pay sahiplerinin yansına zararı hakkında İngiltere ve Commonwealth (İngiliz Milletler Topluluğu) ülkeleri hukukuna göre yapılan ayrıntılı açıklama ve bu ilkenin yeniden yapılandırılması konusunda yapılan öneriler için bkz. Koh, s. 373 vd.

²⁶³ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 383; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 51, 53; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 390; Altay, **Yetki Devri**, s. 245; Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 73; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 70; Kayar/Özatlan, s. 23; İsviçre hukukunda da, öğretideki ağırlıklı görüşe göre, sorumluluk hukukundaki dolaylı zararın, yansına zararı ifade ettiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 21.

²⁶⁴ Yansına zararın dolaylı zararın bir alt türü olarak ele alınsa da ondan farklı bir kavram olduğu yönünde bkz. Çakırca, s. 2 vd.

²⁶⁵ Yerel şirketler hukuku ile uluslararası yatırım hukukunun, pay sahibinin yansına zararı tazminat kendisine ödenmek üzere talep etmesi konusunda zıt görüşlere sahip olduğu, şirketler hukukunun en gelişmiş sistemlerinin (İngiltere, Almanya, Fransa, Hollanda gibi), pay sahiplerinin tazminat kendilerine ödenmek üzere yansına zararlar nedeniyle talepte bulunmasını yasakladığı, bunun çoklu taleplerin ve çifte tazminatın önlenmesi, tutarsız sonuçlardan ve alacaklılar ile diğer pay sahipleri üzerindeki olumsuz etkiden kaçınılması gibi sebeplere dayandığı, buna karşılık, yatırımcı koruma hususları tarafından yönlendirilen uluslararası yatırım hukukunun, pay sahiplerinin şirketin taleplerine bakılmaksızın, yansına zarar için talepte bulunmalarına izin verdiği, sözleşmeyle korunan pay sahiplerinin, bu yolla şirkete borçlu olunan zararları tahsil ederek alacaklarını alacaklıların ve şirketin diğer tüm paydaşlarının alacaklarına göre önceliklendirdiği, bu uygulamanın özellikle mali sıkıntı içinde olan şirketler için tehlikeli olduğu ve bu tür iddiaların şirket hukuku ve kurumsal yönetimin yapı ve kurallarına ters düştüğü yönünde bkz. Korzun, s. 193-194, 196, 207, 253.

²⁶⁶ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 10-11, 17, 98-99, 105; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 51, 128; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-107; Üçışık/Çelik, s. 559, dn. 159; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 390; Çakırca, s. 187; İngiltere ve diğer birçok Commonwealth ülkesinde, pay sahiplerinin yansına zarara uğradıklarından bahisle zarar verene karşı kişisel talep haklarının kural olarak bulunmadığı yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koh, s. 373, 375; uluslararası yatırım tahkiminde pay sahiplerinin yansına zarar iddialarını getirme hakkı ile ilgili olarak bkz. Korzun, s. 189 vd.

²⁶⁷ Doğrudan ve yansına zarar arasındaki ayırımın, temelde dava açma hakkından başka bir şey olmadığı yolundaki görüş için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 18; doğrudan – yansına zarar ayırımı için ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 245.

²⁶⁸ TTK m. 549 vd.’de düzenlenen özel sorumluluk hâllerine aykırılık hâlinde doğan zararın, TTK m. 555 anlamında şirket zararı niteliğinde olduğu, diğer bir deyişle pay sahipleri ve alacaklılar bakımından dolaylı zarar teşkil ettiği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-104;

gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali sonucunda zararın ortaklıktan bağımsız olarak doğrudan pay sahiplerinin ve alacaklıların malvarlıklarında ortaya çıkması da mümkün olup²⁶⁹, bu hâlde zararın tazmini için doğrudan zarara dayalı sorumluluk davası açılabilmektedir.

TTK m. 553 hükmü, gerek doğrudan zarara dayalı ve gerekse yansıma zarara dayalı sorumluluk davaları bakımından bir genel hükümdür²⁷⁰. Bu hükümde doğrudan – yansıma zarar ayırımı yer almamakta, sadece, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri nedeniyle doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olacakları düzenlenmiş bulunmaktadır. Hükümde tazmini gerektiği belirtilen zarar, esasen doğrudan zararı ifade etmektedir²⁷¹.

şirket varlıklarının kötüye kullanılmasının, bir yatırım fırsatının kötüye kullanılması, şirkete ait varlıkların yöneticiye veya yakınına piyasa değerinin altında satılması, yönetici ile yakın ilişkisi olan vasıfsız bir kişinin istihdamı, şirket aracının özel amaçlar için kullanılması dahil olmak üzere yöneticiye bir şekilde fayda sağlayan her türlü servet kaynak transferini ifade ettiği yolunda bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 17. Ayrıca, ortaklığın doğrudan ve pay sahipleri ile alacaklıların dolaylı zararını teşkil eden hâllere –Yargıtay kararlarına konu olaylar da gözetilerek- şu örnekler verilebilir: Ortaklığa ait menkul ve gayrimenkul malların üçüncü kişilere muvazaalı bir şekilde devri, üçüncü kişilerden olan hak ve alacakların talep edilmemesi ve bu konuda etkin hukukî yollara başvurulmaması, pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarının tahsili için hukukî girişimlerde bulunulmaması ve kaynak temini için banka kredisi kullanılması, şirketin nakit akışının borç vermeye elverişli olmamasına rağmen üçüncü kişilere borç verilmesi ve daha sonra nakit ihtiyacı için kredi kullanılması, faizsiz borç verilmesi, teminat alınmaması, borçlunun malî durumunun araştırılmaması, şirketin amacı dışında bir işlemin gerçekleştirilmesi, üçüncü kişiler lehine ipotek ve kefalet güvenceleri verilmesi, şirkete piyasa rayicinden yüksek bedellerle mal ve hizmet alımı yapılması, örneğin yüksek kira ödemeleri yapılması, şirketin payların iktisabında finansal destek yasağına aykırı davranması, mali mevzuata uyulmaması nedeniyle şirketin vergi cezalarına mâruz bırakılması, çifte kayıt sistemi (patron muhasebesi) nedeniyle vergi cezalarına muhatap olunması, şirket kaynaklarının piyasa rayiç bedellerinden daha düşük bedelle üçüncü kişilere satılması, şirket tarafından çıkartılan kredi kartlarının şahsî harcamalar için kullanılması, şirket kaynaklarıyla şahsî borçların ödenmesi, şirket kaynaklarının şahsî amaçlarla kullanımı, örneğin şirket tarafından istihdam edilen kimselerin özel hizmetlerde kullanılması (hizmetli, şoför vb.) ve tatil harcamaları vs.nin şirketçe karşılanması, şirket adına yüksek meblağlarla gayrimenkul alımları yapılarak bunların bedelsiz veya çok düşük bedelle şirket yönetim kurulu üyelerine kullandırılması.

²⁶⁹ Şirketler hukukunun pay sahipleri arasında olduğu kadar, yöneticiler ile pay sahipleri arasında da bir dizi farklı çıkar çatışmasına yol açtığı, çıkar çatışmasının türünün, bir dereceye kadar şirketin türüne ve pay sahipliği yapısına bağlı olduğu, çıkar çatışmalarının tipik olarak şirketlere ve (azınlık) pay sahiplerine verilen farklı zarar türleriyle bağlantılı olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 3-4.

²⁷⁰ Buna bağlı olarak, yetkili mahkeme ve zamanaşımına ilişkin özel hükümlerin pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılan doğrudan zarara dayalı sorumluluk davaları bakımından da uygulanacağı yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 151.

²⁷¹ TTK m. 553'te yer alan “*verdikleri zarardan*” şeklindeki ibarenin doğrudan zararı ifade ettiği konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-86.

Söz konusu ayırım, zarara uğrayanlar bakımından, bu kişilerin uğradıkları zararın ortaya çıkış şekli için yapılan bir ayırımdır²⁷². TTK m. 555 vd. hükümlerinde ifade edilen şirket zararı, doğrudan ortaklığın malvarlığında ortaya çıkan zarardır²⁷³. Ortaklık zararı, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından yansıma yoluyla zarara yol açar ise de pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları ortaklık bakımından yansıma zarar teşkil etmez. Diğer bir deyişle, bu kimselerin doğrudan zararları ortaklığın zararından farklı ve bağımsızdır²⁷⁴. Buna göre, üyelerin verdikleri zararın, sadece pay sahibinin veya alacaklının malvarlığına etki etmesi, buna karşılık şirket malvarlığında bir azalma yaratmaması hâlinde, şirket zararından değil, pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararından bahsedilecektir²⁷⁵. Hemen belirtmek gerekir ki, ortaklığın zararının pay sahipleri ve alacaklılar için yansıma zarar teşkil etmesi hâlinde de ortada tek bir zarar vardır; sadece, zararın iki cephesi (görünümü) bulunmaktadır²⁷⁶.

²⁷² Anonim şirketler hukukuna göre doğrudan ve dolaylı zarar durumunda, zararın meydana geldiği mal varlığına göre bir ayırım yapıldığı ve “doğrudan ve dolaylı zarar” ayrımıyla yalnızca zarar gören tarafın durumunun incelendiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 17.

²⁷³ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 70n; Şener, s. 422; doğrudan-dolaylı zarar ayırımının sadece pay sahipleri ve alacaklılar bakımından söz konusu olduğu ve ortaklık açısından zararın her zaman doğrudan zarar teşkil ettiği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 51, 110; şirkete verilen zararın her zaman doğrudan zarar olduğu yönünde ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 20.

²⁷⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-87; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 69; Yüksel, **Sorumluluk**, s. 371; ortaklığın zarar görmüş olup olmamasının, pay sahipleri ve alacaklıların yönünden doğrudan zararın tavsifinde önem taşımadığı yönünde bkz. Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 343. Doğrudan zararın ortaklık zararından bağımsız olduğuna ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD’nin 26.10.2009 T., 2008/6571 E., 2009/10962 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁵ Bu konuda bkz. Mimaroglu, s. 47; pay sahibinin veya alacaklının malvarlığının, bir organın görevi ihlâl eden davranışları nedeniyle doğrudan ve bireysel olarak zarar gördüğünde doğrudan zarardan söz edileceği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 19; doğrudan zararlarla ilgili kişisel taleplerin, hak talebinde bulunan kişinin (pay sahibi veya üçüncü kişinin) şahsen uğradığı ve diğer pay sahipleriyle (veya üçüncü şahıslarla) paylaşılmayan bir kayıp olarak nitelendirildiği ve ayrıca şirkete değil doğrudan kendilerine borçlu olunan görevlerden kaynaklandığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 184; İngiltere’de, pay sahiplerinin, 2006 tarihli Şirketler Yasası’nın 171. maddesinde düzenlenen “*uygun amaç*” kuralını uygulayıp, buna göre, yöneticilerin şirket sözleşmesine uygun hareket etmemeleri ve yetkilerini yalnızca kendilerine verilen amaç için kullanmamaları hâlinde, sadece şirket doğrudan zarar görmüş olsa bile bireysel bir hak olarak dava açabilecekleri; Alman Hukuku’nda, bireysel hissedarların, yöneticilerin pay sahiplerine sunmaları gereken eylemlerden dolayı dava açabilecekleri; ABD’de doğrudan davaların, bir pay sahibinin veya bir pay sahibi grubunun tamamının kişisel olarak zarar görmesi olduğu için türev davalardan ayrıldığı, bu tür bir davanın bir bilgi edinme hakkı veya bir oy hakkının ihlâl edilmesi durumunda veya bir hisse senedi ihracı veya (bazı) hissedarlar için dezavantajlı etkileri olan bir birleşme durumunda açılabilceği, uygulamada genellikle bir birleşme işlemi duyurulduğunda doğrudan dava açıldığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 9-10.

²⁷⁶ Yansıma zararda, doğrudan zarara uğrayan şirket tazmin talebinde bulunmayı reddetse veya iddiayı şirket bakımında dezavantajlı şartlara bağlasa ve hatta zarar veren kişi şirkete borçlu olup ihlâl ettiklerinden farklı olarak pay sahiplerine karşı bazı yükümlülükler altında bulunup bunları ihlâl etmiş olsa bile, zararın tek başına şirkete ait olduğu hem şirketin hem de pay sahibinin aynı hatadan kaynaklanan örtüşen zararlara sahip oldukları yönünde bkz. Koh, s. 373, 390.

Ortaklığın zararının giderilmesi hâlinde, pay sahiplerinin ve alacaklıların tazminini talep edebilecekleri bir zarar da ortada kalmaz²⁷⁷.

Pay sahipleri ile alacaklıların doğrudan zarara uğraması hâlinde²⁷⁸, ortaklık herhangi bir zarara uğramaz²⁷⁹. Bu nedenle, zarar iddiasının ve buna bağlı olarak davanın mâhiyeti belirlenirken, öncelikle bunun ortaklık zararı teşkil edip etmediği değerlendirilmeli ve zararın ortaklığın malvarlığında gerçekleştiği sonucuna ulaşıyorsa, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından yansıma zarara ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁸⁰. Buna karşılık, söz konusu iddia, ortaklık malvarlığında bir azalmanın meydana geldiği anlamını taşıyorsa, bu hâlde pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zarara uğrayıp uğramadıkları değerlendirilmeli ve buna göre dava görülmelidir²⁸¹. Doğrudan zararda, pay sahibi veya alacaklı, bu sıfatına bağlı olarak zarar görmektedir.

²⁷⁷ Yansıma zararda, zarara uğrayan şirketin sorumluya karşı dava açıp zararını tazmin etmesi hâlinde pay sahibinin de zararının giderilmiş olacağı yönünde bkz. Koh, s. 375.

²⁷⁸ Doğrudan zarar örnekleri için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-87; Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 77, 79; “... esas sermayenin arttırılması sonrasında nakdi sermayenin 1/4 ünün nakden ödenmek durumunda kalınması, bakiye kısmın ödenmesi için de davalı yönetim kurulu üyelerinin 15 günlük gibi kısa bir süre tanımları sebebiyle davacıların zarar gördüğü iddiası, doğrudan zarar niteliğinde bulunup, davacılar tarafından varsa belirlenen zararın tazminini talep edilebilecektir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 09.06.2016 T., 2015/14405 E., 2016/6140 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca, şirket zarar görmeden pay sahiplerinin doğrudan zarar görebilecekleri, bunun Amerika’daki örnekleri ve bu bağlamda özellikle halka açık şirketlerde pay sahiplerinin şirket tarafından kamuoyuna açıklanan yanlış ve yanıltıcı bilgilerden zarar görebilecekleri konusunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 5-6.

²⁷⁹ Şirketin sadece kendi zararı için dava açabileceği, pay sahibi ve alacaklıların zararı için dava açamayacağı, bu nedenle de doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayırımın şirket bakımından önemli olmadığı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 20; doğrudan zararda, ortaklığın zarara uğrayıp uğramadığının önemli olmadığı konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 247.

²⁸⁰ Zararın doğrudan veya dolaylı olmasının sıfatı etkilediği konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 243, dn. 171; bir davacının dava açma hakkına sahip olup olmadığını belirlemek için, doğrudan veya dolaylı zarar talep edip etmediğini davada belirtmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 17.

²⁸¹ Nitekim, Yargıtay kararlarında da doğrudan zararda ortakların ortaklığın zararından müstakil (bağımsız) olarak zarara uğramalarının söz konusu olduğu vurgulanmakta olup, bu kararlar için bkz. Yarg. 11. HD’nin 01.12.2016 T., 10385/8877 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD’nin 25.02.2015 T., 2014/17716 E., 2015/2510 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Söz konusu kararlara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 82-84. Zarara uğrayan şirketin zararın giderilmesi için dayanabileceği bir sebebin bulunmaması hâlinde pay sahiplerinin dava açmak için hukukî sebepleri varsa paylarının değerinde düşme olmasa bile bu konuda dava açabilecekleri, bir yandan şirketin, diğer yandan pay sahiplerinin birbirlerinden ayrı ve farklı olarak doğrudan zarara uğramaları hâlinde bir zararın diğer zararı telafi etmeyeceği yönünde bkz. Koh, s. 376; Fransız hukukuna göre, pay sahiplerinin, ancak bireysel olarak (doğrudan) zarara uğramış olmaları hâlinde kendi adlarına dava açabilecekleri, bireysel zararın şirketin maruz kaldığı zararın bir yansıması olmaması gerektiği, bireysel zararlara örnek olarak pay sahiplerine borçlu olunan kâr payı ödemelerinde usulsüzlük yapılması, yanlış piyasa verilerine göre pay alınmasına sebebiyet verilmesi gibi hâllerin bulunduğu (doğrudan zarar), üçüncü kişilerin, yöneticilerin görevlerinden ayrı bir kusur işlemişlerse dava açabilecekleri yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 187.

Ayrıca değinilmesi gereken diğer bir nokta da şudur ki; ortaklığın uğradığı her zarar, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından da yansıma yoluyla zarara sebebiyet verir²⁸². Gerçekten, hangi yükümlülük ihlâl edilmiş olursa olsun, ortaklık bir zarara uğramışsa, ortaklık malvarlığında gerçekleşen bu azalma nedeniyle gerek pay değerlerinin düşmesi nedeniyle pay sahipleri gerek başvuruabilecekleri ekonomik varlığın azalması nedeniyle alacaklıların yansıma yoluyla zarara uğradığı konusunda kanımızca tereddüt yoktur²⁸³. Nitekim, öğretide de anonim ortaklığın zarara uğradığı hâllerde pay sahiplerinin ve alacaklıların yansıma yoluyla zarara uğradığı, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık bakımından doğrudan zarara yol açan “bütün işlemleri”nin alacaklılar yönünden yansıma yoluyla görülmüş bir zararı ifade ettiği kanımızca isâbetli bir şekilde ifade edilmektedir²⁸⁴. Yargıtay da, bu konuda bir ayırım yapmadan ortaklık zararının pay sahipleri bakımından yansıma zarar teşkil edeceğini ifade etmektedir²⁸⁵.

Bununla birlikte TTK, alacaklılar için, ancak ortaklığın iflâs etmesi hâlinde yansıma zararın ortaya çıkacağını kabul etmiş ve bununla da yetinmeyerek, dava hakkının doğmasını iflâs idaresi tarafından bu davanın açılmaması ön koşuluna bağlamıştır. Bu nedenle, artık, ortaklık iflâs etmedikçe, alacaklıların yansıma zarara uğradığından bahsedilemeyecek ve alacaklıların şirket zararının tazminini talep konusunda bir sübjektif hakları olmayacaktır. Mahkemece iflâsa karar verilmesi hâli

²⁸² Ortaklığın zarara uğraması halinde; pay sahiplerinin dolayısıyla zarara uğradıkları varsayımının mutlak olarak kabul edileceği, buna karşılık alacaklıların dolaylı zarara uğradıklarının kabulü için ise, iflâs ve buna ilâveten iflâs idaresinin dava açmaması gerektiği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 246; ayrıca, bir organın göreve aykırı davranışları nedeniyle şirketin gördüğü zararın pay sahipleri ile alacaklıların malvarlığı üzerinde dolaylı bir etkiye sahip olduğu yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 21.

²⁸³ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 603, 604; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 72.

²⁸⁴ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 138; yazar, başka bir çalışmada da aynı görüşünü tekrar etmiştir, bkz. Çamoğlu, **İbranin Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 331-332; aynı doğrultuda bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 604; ortaklığı zarara uğratan bütün işlemlerin gerek pay sahiplerinin ve gerekse alacaklıların dolayısıyla zarara uğramalarına sebebiyet verdiği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371; Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 81; Ayoğlu, **İamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 70. Alacaklılar bakımından aksi görüş için bkz. Arslanlı, s. 187-188; Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 105-106; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 111; ayrıca yönetim kurulu üyelerine yüklenen müzakerelere katılma yasağına aykırılık hâlinde doğan zararı sadece şirketin talep edebileceği yönünde bkz. Mimaroğlu, s. 87.

²⁸⁵ “... ortaklığın doğrudan doğruya zarar görmesi, ortakların dolaylı zararı olarak sonuç doğurur” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.03.2018 T., 2016/8965 E. ve 2018/2193 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD’nin 26.10.2009 T., 2008/6571 E., 2009/10962 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 23. HD’nin 13.09.2012 T. ve 4627/5064 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

dışında, İİK m. 177-179’da yer alan şekli iflâs sebeplerinden biri mevcut olsa veya ortaklık hakkında aciz belgesi alınsa yahut ortaklık konkordato talebinde bulunsa dahi²⁸⁶, yeni hükme göre alacaklıların dava hakları bulunmayacaktır. Zira, kanun koyucu, ortaklık iflâs etmedikçe, alacaklıların alacaklarını tahsil kâbiliyetlerini koruduğunu ve bu nedenle yansıma zararın doğmadığını varsaymaktadır²⁸⁷. Gerek iflâs kararı dışında kalan, ancak ortaklığın ödeme gücünün bulunmadığını ortaya koyan diğer hâllerin dışarıda bırakılmış olması²⁸⁸ gerek dava açma hakkının doğumu için öngörülen iflâs idaresinin dava açamaması yolundaki menfi koşulun gerçekleşmesinin, bunun için öncelikle iflâs kararının kesinleşip ikinci alacaklılar toplanmasının yapılmasının gerekmesi (İİK m. 164/III) nedeniyle uzun yıllar alması karşısında alacaklıların haklarının ikinci plâna itildiği açıktır²⁸⁹. Kanımızca, bu yaklaşım yerinde değildir. Eski sistemde olduğu gibi iflâstan önce de serbestçe dava açma hakkı tanınmasa dahi, en azından belirttiğimiz borca batıklık, aciz, konkordato gibi malî durum bozukluğunu gösteren diğer hâllerde dava hakkı tanınması daha âdil ve gerçekçi bir yaklaşım olurdu²⁹⁰. Uygulama da değerlendirildiğinde, yansıma zarar

²⁸⁶ Bu bağlamda, konkordatonun malî durumu bozulan ve vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen borçlular bakımından bir yeniden yapılandırma olanağı olduğu yönünde bkz. Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, **7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 3-4, 49-50; Sümer Altay/Alı Eskiocak, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 1.

²⁸⁷ İsviçre hukukunda da, TTK m. 556’ya paralel şekilde, şirket iflâs etmediği sürece alacaklıların şirket zararı için dava açma hakkına sahip olmadıkları, zira iflâs etmediği sürece şirketin borçlarını ödemeye muktedir olduğu ve dolayısıyla alacaklıların dolaylı zararının ispat edilemeyeceği yönünde bkz. Thomas Rihm/David Känzig, **Orell Füssli Kommentar:Aktienrecht Kommentar** (Hrsg. Jeannette K. Wibmer), Zürich 2016, Art. 756, N. 2; şirket iflâs etmediği ve borçlarını ödeyebildiği sürece alacaklılara hiç zarar gelmeyeceği ve alacaklıların iflâstan önce şirket zararı için dava açma hakkına sahip olmadıkları yolunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 1, 17; aynı yönde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 19. İngiliz hukuku dâhil olmak üzere bugünkü hukuktaki genel yaklaşımın, alacaklıların şirketin iç işlerine veya şirket ödeme gücüne sahip olduğu sürece şirket davalara müdahale etme gibi özel bir hakkının bulunmadığı şeklinde olduğu yolunda bkz. Koh, s. 384.

²⁸⁸ Mâlî durumu bozulan ve iflâsa yaklaşan bir şirketin pay sahiplerinin ve yöneticilerinin motivasyon ve gayelerinin değiştiği ve bunun bir sorumluluk düzenlemesi ile ele alınması gerektiği, buna karşılık mevcut yasal rejimlerin bu sorunu hiç (ABD ve Almanya) veya tam olarak (İngiltere) ele almadıkları yönünde bkz. Horst Eidenmüller, “Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders/Managers”, **European Business Organization Law Review**, Volume 7, 2006, (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/trading-in-times-of-crisis-formal-insolvency-proceedings-workouts-and-the-incentives-for-shareholdersmanagers/D7BC1AE923E17A021F55474AA5EC829D> - Erişim Tarihi: 26.10.2021), s. 239 vd.

²⁸⁹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin, şirket ayakta (faaliyette) olduğu sürece, şirketin varlıklarının mevcudiyetini ve dolayısıyla şirketin yaşayabilirliğini (canlılığını) ve hissedarların katılım (ortaklık) haklarının değerini korumak gerektiği, buna karşılık, şirketin alacaklılarının menfaatlerinin başlangıçta kaçınılmaz olarak arka planda kaldığı, çünkü alacaklıların dolaylı zararlarının, şirket ayakta olduğu (şirket ödemeye muktedir olduğu, yani iflâs etmediği) sürece kanıtlanamayacağı yolundaki BGE 117 II 432 E sayılı içtihadı için bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 2.

²⁹⁰ Pay sahiplerinin malî durumu bozulan ve iflâsa doğru giden bir şirketin varlıklarını kendilerine kaydırabilecekleri, dünya genelinde bunu engellemeye yönelik kuralların öngörülmesi gerçeği karşısında, bu tür davranışların ortaya çıkma riskinin ciddi olarak değerlendirildiği, alacaklıları koruyan

yönünden alacaklılara ve pay sahiplerine sağlanan hukukî korumanın koşullarının bu kadar farklılaştırılmasının hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun olmadığı kanısındayız.

Ortaklığın doğrudan zararını (şirket zararını), iflâstan önce ortaklık ve pay sahipleri, iflâstan sonra ise kural olarak iflâs idaresi ve iflâs idaresinin dava açmaması koşuluna bağlı olarak alacaklılar ve pay sahipleri talep ederler²⁹¹ (TTK m. 555, 556, İİK m. 226, 229).

Doğrudan zararın tazmini davası, esasen tipik bir sorumluluk davası olmayıp, şirket yöneticilerinin haksız fiili veya esas sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle zarara uğrayan pay sahibi veya alacaklının bizzat kendisinin uğradığı zararın tazminini talep ettiği bir tazminat davasıdır²⁹². Bu hâlde, ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin bir işlem veya davranışı şeklinde gerçekleşen bir haksız fiili veya esas sözleşmeye aykırı davranışı söz konusu olduğundan ve organların karar ve işlemlerinden ortaklık sorumlu bulunduğundan (TMK m. 50/II, TTK m. 371/5), pay sahibinin veya

hükümlerin bu riski dikkate alması gerektiği yönünde bkz. Lennarts, s. 132-133; şirketin mali durumunun bozulması hâlinde, hissedarlar tarafından üstlenilen ekonomik riskin de aynı şekilde ortadan kalkacağı, bunun hem onların hem de şirket yöneticilerinin önceliklerini ve davranış tarzlarını değiştireceği, bu durumda, ekonomik riskin esas olarak şirketin alacaklıları tarafından karşılanacağı, Avrupa Birliği'ne üye bazı devletlerde (Almanya ve Avusturya gibi), şirket iflâs durumuna yaklaştıkça yöneticilerin görevlerinin tanımı veya kapsamında açık bir değişiklik öngörüldüğü, bunun genellikle hissedar merkezli bir konumdan, alacaklıyla ilgili daha fazla hedefe doğru ilerlemeyi içerdiği konusunda yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 223-228; Avrupa Birliği mevzuatının geliştirilmesi çalışmaları bağlamında iyi kurumsal yönetimin bir unsuru olarak, "*haksız ticaret*", yani iflâsa yakın yöneticilerin sorumluluğu üzerine bir Avrupa çerçeve kuralının getirilmesi gerektiği yolundaki öneri için ayrıca bkz. Mülbert, s. 6; Avrupa Birliği'ne üye bazı devletlerde, şirket iflâs durumuna yaklaştıkça ana görevlerin tanımı veya kapsamı değiştiği, bunun İngiltere, İrlanda, Danimarka, Estonya, Macaristan, Letonya ve Malta için geçerli olduğu ve genel olarak pay sahibi merkezli bir hedeften daha alacaklıya doğru bir değişiklik veya genel özen standardının uygulanmasında bir değişiklik anlamına geldiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 213; İngiltere'de iflâs yasasının iflâstan kaçınma konusunda makûl bir ihtimal yoksa, yöneticilere faaliyete devam etmekten kaçınmaları için bir görev yüklediği konusunda bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 714; Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Almanya'daki mevcut yasal düzenlemelerden hareketle, âciz halindeki şirketlerin yöneticilerine, iflâsın iflâs etmemeye göre daha olası olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği hallerde, iflâs etmekten kaçınmak için tüm makul adımları attıklarını gösteremedikleri sürece sorumluluk yükleyen tek tip bir Avrupa sorumluluk kuralı önerisi konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eidenmüller, s. 239 vd.

²⁹¹ Şirketin iflâs edip etmemesinin, taraf sıfatı veya dava açma hakkı sorunuyla ve dolayısıyla dolaylı ve doğrudan zarar arasındaki ayrımla yakından bağlantılı olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 22. İnceleme konumuz bağlamında iflâstan önce dava açma hakkı olan kimseler bakımından ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, A.

²⁹² Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 297 ve s. 301; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 115; doğrudan zararın koşullarının bulunması durumunda hem pay sahipleri hem de alacaklıların şirketin iflâs etmesi koşulu aranmaksızın her zaman talepte bulunabilecekleri ve kendi adlarına tazminat talepte bulunabilecekleri yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 1.

alacaklının uğradıkları doğrudan zarar için yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun yanı sıra ortaklığın da sorumluluğuna başvurmaları, organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olduklarını düzenleyen TMK m. 50/III hükmü uyarınca mümkündür. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesi ve yöneticilerin verdikleri doğrudan zarar nedeniyle hem bu kimselere ve hem de ortaklık aleyhine ayrı ayrı veya birlikte dava açılması olanağı vardır, zira bu kimseler arasında bu konuda müteselsil sorumluluk vardır²⁹³. Bu bağlamda, TMK'nın 50. maddesinin II. fıkrası tüzel kişinin, III. fıkrası da onun organının sorumluluğunu düzenlemekte, ancak her ikisi için de haksız fiilin unsurlarının ve bu bağlamda kusurun varlığının araştırılması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Buna göre, gerçek kişinin (organın) kusuru, bir yandan anonim ortaklığın ve kendisinin zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun tespitinde, diğer yandan da kendisini belirleyen tüzel kişi ile aralarındaki rücu ilişkisinde (iç ilişkide) dikkate alınacak ve değerlendirilecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2004 yılında verdiği bir kararda (Biber Holding kararı) benimsenen ve öğretide ülkemiz uygulamasını da etkileyebileceği ifade edilen yeni anlayışa göre, pay sahipleri ile alacaklıların doğrudan zararından bahsedilebilmesi için sadece doğrudan bu kişileri koruyan hükümlerin ihlal edilmiş olması²⁹⁴ veya *culpa in contrahendo* yahut haksız fiil sorumluluğunun bulunması gerekmekte olup, hem ortaklığı ve hem de pay sahipleri ile alacaklıları korumaya yönelik hükümler ise esasen ortaklığı koruduğundan, bu halde sadece ortaklığın doğrudan zararının bulunduğu ve dolayısıyla sadece ortaklığın ve ancak şirket zararının tazmini bağlamında pay sahipleri ile iflâstan sonra alacaklıların dava hakkının bulunduğu kabulü gerekir²⁹⁵. Diğer yandan, öğretide, doğrudan zarardan bahsedilebilmesi için, zararın pay sahibi veya alacaklı sıfatının bir sonucu olması

²⁹³ Arslanlı, s. 189, 190; Atan, s. 51, 52; Mimaroğlu, s. 26, dn. 6; Öztan, s. 126 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 963; Dural/Öğüz, N. 1192. Bu hâlde, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasında eksik teselsül bulunduğu yolundaki görüş için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 43, 152. TBK'da tam-eksik teselsül ayırımının kaldırılmış olması nedeniyle bu son görüşün artık teorik ve pratik bir anlamı kalmamıştır. Müteselsil sorumluluğun, tahsilde tekerrür olmasına yol açmaması gerektiği yolundaki bir Yargıtay kararı için bkz.: "... *davacının toplam zararının, aynı alacağın dava dışı şirketin iflâs masasına kayıtlı olduğu gözetilerek tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla, davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekirken, ...*" (bkz. Yarg. 11. HD'nin 20.02.2015 T., 2014/15468 E. ve 2015/2322 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹⁴ Çamoğlu, özellikle alacaklıları korumak amacıyla getirilmiş hükümlerin ihlâlüne örnek olarak, alacaklılar tatmin edilmeden veya alacaklar teminat altına alınmadan sermaye azaltımının gerçekleştirilmesini göstermektedir; **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 344.

²⁹⁵ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-88 vd.; bu karar ve hakkındaki değerlendirme için ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 76 vd.; Kortunay, s. 268-270.

gerektiği, doğrudan zararın herhangi bir üçüncü kişiye verilen zarardan farkının da bu olduğu ifade edilmektedir²⁹⁶.

Ortaklık paylarının değer kaybetmesinin, şirketin mi yoksa pay sahiplerinin mi doğrudan zararını teşkil ettiği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür²⁹⁷. Kanımızca, payların değer kaybettiği her durum için geçerli olacak genel bir görüşün kabulüne imkân yoktur. Zira, ortaklığın zarara uğradığı hâllerde de payın değerinde bir düşme meydana gelmekte, bu durum pay sahiplerinin doğrudan değil, dolaylı olarak zarara uğramalarına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, her somut olay bağlamında değerlendirme yapılması ve zarara sebebiyet veren eylem veya işlemin ihlâl ettiği hukuk kuralının doğrudan kimi koruduğunun tespiti ve buna göre bir sonuca ulaşılması gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.06.2016 tarihli bir kararında, yönetim kurulunun yüksek miktardaki sermaye artırımını için sadece asgarî yasal süre olan on beş (15) günlük süreyi tanımış olmasının pay sahibinin doğrudan zararına yol açacağına karar vermiştir²⁹⁸.

Bir zarar hem ortaklık hem pay sahipleri ve alacaklılar açısından doğrudan zarar teşkil edemez²⁹⁹. Zira, yukarıda da değindiğimiz üzere, alacaklı ve pay sahiplerinin doğrudan zarara uğramaları hâlinde, ortaklık bir zarar görmüş olmaz; ortaklığın doğrudan zararı ise, alacaklı ve pay sahipleri için ancak yansıma zarar anlamına gelebilir. Buna karşılık, bir eylemin, bir yandan doğrudan ortaklığı zarara uğratması, diğer yandan da pay sahipleri veya alacaklıların da ayrıca doğrudan zararına yol açması mümkündür; ancak, bu hâlde iki farklı süjenin iki farklı (doğrudan) zararı söz konusu olup, tek bir zarar yoktur.

²⁹⁶ Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 343, 345; ayrıca, yazar bu konudaki monografik eserinde de, pay sahipleri ile alacaklıların doğrudan zararları için sözleşmeye aykırılığa dayalı olarak sorumluluk davası açabilmeleri için, yönetim kurulu üyelerinin zarar verici eylemlerinin akde aykırılık teşkil etmesi gerektiğini ve pay sahipleri ile alacaklıların gördükleri doğrudan zararın ortak veya alacaklı sıfatının bir sonucu olması gerektiğini, aksi takdirde ancak haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceğini, esasen bu ayırımın pratik öneminin sadece ispat yükü açısından olduğunu ifade etmektedir (Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 152-153).

²⁹⁷ Helvacı, bu hâlde, şirketin doğrudan zararı bulunduğunu (**Sorumluluk**, s. 129); Pulaşlı ise pay sahiplerinin doğrudan zararı olduğunu savunmaktadır (**Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 79).

²⁹⁸ Yarg. 11. HD'nin 09.06.2016 T., 2015/14405 E. ve 2016/6410 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 77-79.

²⁹⁹ Nitekim, Federal Mahkeme, doğrudan pay sahibi veya alacaklıyı koruyan bir hükmün ihlâli gerektiğini hem şirketi hem de diğer ilgilileri koruyan (çifte koruma işlevi olan) hükümlerin ihlâlinde alacaklıların doğrudan zarar için dava açılmayacağını ifade etmektedir; bu karar ve eleştirisi için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-91.

Yargıtay'ın kötü yönetimleri veya kasıtlı eylemleri nedeniyle şirket malvarlığının azalmasına yol açan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda farklı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kimi kararlarında, kötü yönetimleriyle faaliyetin durmasına ve ortaklık aleyhine takip yapan alacaklının alacağını tahsil edememesine yol açan yönetim kurulu üyeleri³⁰⁰ ile alacaklıları zarara uğratmak amacıyla bilinçli olarak şirket malvarlığı yapay (sun'î) işlemlerle azaltan yöneticilerin³⁰¹, alacaklılara karşı doğrudan doğruya sorumlu olacaklarını belirtmiş iken; bazı kararlarında da, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu işlemleri ile şirketin mali durumunu kötüleştirip kâr paylarının azalmasına neden oldukları iddiasıyla doğruya doğruya tazminat davası açılmayacağını³⁰² ifade etmiştir. Ayrıca, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.2015 tarihli diğer bir kararında da³⁰³, borca batıklık bildiriminde bulunmayıp, ortaklık hakkında reklamlar yapmak suretiyle olumlu izlenim yaratan ve ortaklık adına alacaklıyla sözleşme yapan yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın bu sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeden iflâs etmesi hâlinde alacaklının bundan doğan zararından dolayı doğrudan sorumlu bulunduklarına karar vermiştir. Kanımızca, bu son karar isâbetli olup, borca batıklık olgusunun gizlenmesi ve bu hususun TTK m. 376 ve İİK m. 179 uyarınca ortaklık merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine bildirilerek ortaklığın iflâsının talep edilmemesi, tam aksine ortaklık hakkında gerçeğe aykırı bir şekilde olumlu izlenim yaratılması, alacaklıların kasten yanıltılması anlamına geldiğinden, onlar bakımından haksız bir fiil ve doğrudan zarar teşkil etmektedir. Nitekim, İİK m. 345/a'da da, sermaye şirketinin iflâsının istenmemesi bir suç olarak da düzenlenmiş ve cezaî yaptırıma da bağlanmıştır.

Buna karşılık, uygulamada bazı Yargıtay kararlarında, esasen ortaklığın doğrudan zarara uğradığı hâllerin, alacaklılar açısından doğrudan zarar olarak nitelendirildiğine rastlanmaktadır. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.03.2002

³⁰⁰ Yarg. 11. HD'nin 11.03.2002 T., 2001/9198 E. 2002/2097 K. sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 609); aynı doğrultuda olmak üzere, banka müşterisi tarafından açılan, kötü yönetimleri nedeniyle bankanın fona devredilmesine yol açarak borsada işlem gören menkul değerlerine fon tarafından el konulması nedeniyle uğranılan doğrudan zararın tazmini davasında, davalıların hukukî durumu ile sorumluluk koşullarının incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 11. HD'nin 20.02.2006 T. ve 1813-1617 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 609).

³⁰¹ Yarg. 11. HD'nin 14.02.2006 T. ve 14844-1396 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 609).

³⁰² Yarg. 11. HD'nin 28.04.2006 T. ve 3292-4814 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 609).

³⁰³ Yarg. 11. HD'nin 20.02.2015 T., 2014/15468 E. ve 2015/2322 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 79-80.

tarifli bir kararında, ŗirketten olan alacağın tahsil edilememesi, ŗirketin faaliyetine son verilmesi ve yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedenleriyle alacaklının doğrudan zarara uğradığını kabul ederek, bu hâlde alacaklının tazminatın kendisine verilmesini talep edebilmesine olanak tanımıřtır³⁰⁴. Hatta, Yargıtay'ın bazı kararları, aciz veya iflâs durumunun dolaylı zararı doğrudan zarara dönüştüreceği anlamını dahi iermektedir³⁰⁵. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.05.1994 tarihli bir kararında³⁰⁶, ilâma dayalı alacağın ödenmeyip bu nedenle ŗirketin iflâs ettiği bir durumda, ŗirkete ait malvarlığı unsurlarının diğer aile ŗirketlerine muvazaalı olarak devredilmesi ve ŗirketin iflâsa terk edilmesi iddiasına dayalı sorumluluk iddialarının doğrudan sorumluluk davası bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karara konu iddialar, esasen ortaklığın zararını teşkil eden ve alacaklı bakımından ancak dolaylı zarar olabilecek hususlardır. Diğer yandan, ortaklığın kötü yönetimi ve bunun sonucunda aciz veya iflâs hâlinin söz konusu olması da, doğrudan ortaklığa ve ancak dolayısıyla pay sahipleri ile alacaklılara zarar veren bir durum olduğundan, bu hâlde alacaklılara doğrudan zarara dayalı bir sorumluluk davası açma imkânı tanıyan bu yaklaşımın doğru olmadığı kanısındayız.

Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015 tarihli yeni bir kararında³⁰⁷, ŗirkete ait taşınmazın icra takibinden sonra mal kaçırmak amacıyla devredildiği ve bunun sonucunda alacağın tahsil kâbiliyetinin kalmadığı yolundaki iddiayı, bir dolaylı zarar iddiası olarak nitelendirmiş ve buna bağlı olarak, alacaklının açtığı bu davanın iflâs şartı gerçekleşmediğinden reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay'ın bu değerlendirmesi kanımızca doğru olmakla birlikte, gerekçede yer alan ve doğrudan dolaylı zarar ayırımı için genel olarak yapılan açıklamaya katılma olanağı bulmuyoruz. Zira söz konusu kararda, ŗirket yöneticilerinin, ŗirketin almış olduğu borcu ya da başkaca edim yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla ŗirketi tıl kılarak aciz hâli içine düşürmeleri hâli, üçüncü kişiler yönünden doğrudan zarar olarak

³⁰⁴ Yarg. 11. HD'nin 11.03.2002 T., 2001/9498 E. ve 2002/2079 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu karar ve eleştirisi için ayrıca bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 374, 376.

³⁰⁵ Yarg. 11. HD'nin 06.11.1985 T. ve 4914-5897 sayılı kararı (Yüksel, **Sorumluluk**, s. 374); buna karşılık, ŗirketin iflâs etmiş olmasının yarattığı zararın gerek doğrudan ve gerekse dolaylı zarar iddiası bakımından tek başına taraf sıfatı bahşetmeyeceği (dava hakkı vermeyeceği) yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 19.

³⁰⁶ Yarg. 11. HD'nin 17.05.1994 T. ve 4314/4368 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰⁷ Yarg. 11. HD'nin 09.06.2015 T., 2014/11626 E. ve 2015/7984 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı doğrultuda yeni tarihli başka bir karar için bkz. Yarg. 11. HD'nin 30.12.2015 T. ve 6139/13937 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nitelendirilmiştir³⁰⁸. Yargıtay'ın bu gerekçesi ile somut olay bakımından ulaştığı sonuç çelişkili olup, kanımızca şirketin içinin boşaltılmasının üçüncü kişilerin doğrudan zararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Şüphesiz, bu durumda alacaklılar da zarar görmektedir, ancak bu zarar doğrudan alacaklıların malvarlığında oluşmayıp, şirketin ekonomik gücünün kaybolması ve yok edilmesi dolayısıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın gerekçesine katılmadığımızı, ancak ulaşılan sonucu doğru bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Kanımızca, yönetim kurulu üyelerinin sergiledikleri kötü yönetim nedeniyle veya kasıt yahut ağır ihmale dayanan işlemlerle ortaklığı zarara uğratarak ortaklığı acze ve hatta iflâsa sürüklemiş olmaları, alacaklılar bakımından doğrudan zarar olarak nitelendirilmemeli, alacaklılar bu hâlde TTK m. 556'nın açık hükmü gereği, ortaklığın iflâs etmesini ve iflâs idaresinin dava açmamasını beklemelidir³⁰⁹. Pay sahipleri ve alacaklılar, doğrudan zarara dayalı sorumluluk davasını hiçbir koşula bağlı olmadan her zaman (iflâstan önce ve sonra) açabilirler ve tazminatın kendilerine verilmesini talep edebilirler. Bu bağlamda, sadece şirket zararı ile ilgili olabilecek ibra kararının veya iflâsın doğrudan sorumluluk davasına hiçbir etkisi yoktur³¹⁰. İflâs, sadece şirkete ait bulunan veya şirkete yöneltilecek olan talep haklarını etkiler.

F- Özen ve Bağlılık (Sadakat) Borcu

1- Özen Borcu

TTK m. 369'da, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini

³⁰⁸ Benzer bir nitelendirme için bkz. İstanbul BAM, 12. HD'nin 26.02.2020 T., 2019/650 E., 2020/249 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İstinaf Mahkemesi, bu kararda, söz konusu değerlendirmeyi yaptıktan sonra, alacaklının ileri sürdüğü maddî vâkıaların şirket zararına sebebiyet veren ve alacaklı bakımından dolaylı zarar teşkil eden iddialar olmaları nedeniyle tazminatın ancak şirkete verilmek üzere talep edilebileceği, oysa davacı alacaklının tazminatın kendisine ödenmesini talep ettiği gerekçesiyle davanın reddi gerektiğine karar vermiş, buna karşılık alacaklının TTK m. 556'e göre şirket zararı için iflâstan önce dava açamayacağı konusunda hiçbir değerlendirme yapmamıştır.

³⁰⁹ Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Almanya'daki mevcut yasal düzenlemelerden hareketle, âciz halindeki şirketlerin yöneticilerine, iflâsın iflâs etmemeye göre daha olası olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği hallerde, iflas etmekten kaçınmak için tüm makul adımları attıklarını gösteremedikleri sürece sorumluluk yükleyen tek tip bir Avrupa sorumluluk kuralı önerisi konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eidenmüller, s. 239 vd.

³¹⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 242; ibra kararının pay sahipleri ile alacaklıların doğrudan zarar taleplerine bir etkisinin bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 619.

dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları düzenlenmiştir. Böylece, eTTK m. 320’de yer alan TTK özen borcu konusunda işçinin özen borcuna dolambaçlı yollarla atıf yapılması yöntemi³¹¹ terkedilmiş ve bu konuda açık bir hükme (TTK m. 369) yer verilmiştir³¹².

İsviçre Borçlar Kanunu’nun özen ve bağlılık borcunu düzenleyen 717. maddesinde ise, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yönetimle görevli üçüncü kişiler maddenin kapsamına alınmış, bu kişilerin görevlerini yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun bir şekilde gerekli bütün özeni göstermeleri ve ayrıca şirketin menfaatlerini korumaları gerektiği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, söz konusu hükümde, kanunumuzdaki “*tedbirli yönetici*” ölçüsüne yer verilmemiştir. Ayrıca, TTK m. 369’dan farklı olarak, üyeler ve yöneticilerin benzer şartlar altında pay sahiplerine eşit davranmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir³¹³. Hukukumuzda ise, eşit işlem ilkesi ayrıca özel bir hükümle düzenlenmemiş, buna karşılık, bu ilkeye aykırı yönetim kurulu kararlarının bătıl olduğu düzenlenmiştir³¹⁴ (TTK m. 391).

Özen borcu³¹⁵, gerek “*hukuka aykırılık*” ve gerekse de “*kusur*” unsuru ile ilgilidir; diğer bir deyişle, çifte hukukî niteliğe sahiptir³¹⁶. Şöyle ki, bu borç, bir yandan

³¹¹ Eski düzenlemenin ayrıntıları ve uygulanması konusunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 71 vd.; Atan, s. 21-23; Mimaroglu, s. 28 vd.

³¹² İsviçre ve Alman hukuklarında özen borcu konusunda benimsenen görüş ve yaklaşımlar konusunda bkz. s. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, 52 vd.; özen borcunun 19. yüzyılda ticaret şirketlerinin ortaya çıkışından bu yana şirketlerin yönetim yapısının temel bir özelliği olduğu yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 199.

³¹³ Pay sahiplerine ve alacaklılara aynı koşullar altında eşit davranma borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 10-11; Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 11-14.

³¹⁴ İsviçre’de, eşit işlem ilkesini ihlâl eden yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı, bununla birlikte pay sahiplerinin bir sorumluluk davası açma seçeneğine sahip oldukları, ayrıca hükümsüzlük konusunda bir tespit davasının açılmasının söz konusu olabileceği yönünde bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 14.

³¹⁵ Vekilin özen borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 45 vd.; vekilin özen borcu ve bu bağlamda TBK m. 506/3’te vekilin özen borcu belirlenirken, objektif bir kıstas belirlendiği yolunda bkz. Vekâlet sözleşmesinin kural olarak şekle tâbi olmadığı yolunda bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021, s. 662-663; özen borcunun işlevini yerine getirmesinin iki unsura bağlı olduğu, bunlardan birinin özen ölçüsünün (derecesinin) belirlenmesi, diğerinin de bu ölçünün yerine getirilip getirilmediğinin ispat yükünün paylaştırılması olduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, s. 26.

³¹⁶ “*Özen*” kavramının kusur sorumluluğunda kusurun yanı sıra hukuka aykırılık ve sözleşme ihlâlini belirleme fonksiyonu konusundaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca özen kavramının çifte doğasının sorumluluk hukukunun geldiği son gelişim noktasını ifade ettiği yolunda bkz. Gümüş, s. 57 vd., 101; özen borcunun, gerek “*hukuka aykırılık*” ve gerekse de “*kusur*” unsuru ile ilgili olduğu, diğer bir deyişle, çifte hukukî niteliğe sahip bulunduğu konusunda ayrıca bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 68; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 579, 583; Altay, **Yetki Devri**, s. 264-265, 269; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 410. Kırca da, özen yükümlülüğünün iki temel işlevi bulunduğunu, bunlardan birincisinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin somutlaştırılması olduğunu, diğer

yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli üçüncü kişilere yüklenen aslî ve objektif bir borç olup³¹⁷, bu yönüyle hukuka aykırılık unsuruna tekâbül eder, diğer bir deyişle, özen borcuna aykırı davranılması sorumluluğun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesine sebebiyet verir. Diğer yandan, özen borcuna uygun davranılıp davranılmaması, kusur unsurunun tespitinde de önemli bir işleve sahip olup, gösterilmesi gereken özen, kusur konusundaki kriteri ortaya koyar. Yönetim kurulu üyesi, özen borcuna uygun davrandığını ortaya koymak suretiyle kusursuz bulunduğunu da kanıtlamış olur.

Madde metninde yer verilmemekle birlikte, madde gerekçesinde “*business judgement rule*” (iş adamı kararı) kavramına değinilmiş, tedbirli yönetici ölçüsünün bu kavram ile ilgili olduğu ifade edilmiştir. “*Business judgement rule*”, Amerikan hukukundan gelen yeni bir kavram olup³¹⁸, kara Avrupası hukuk sistemlerine daha yerleşmediğinden³¹⁹ ve sınırları da henüz tam olarak netleşmediğinden, içeriğinin

işlevin ise sorumluluğun kurucu unsuru olan kusur ile ilgili bulunduğunu ifade etmektedir (Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 657). Alman hukukunda da özen borcunun sorumluluk doğuran genel bir kural ve ayrıca kusur konusunda objektif bir ölçü olmak üzere iki fonksiyona sahip olduğunun kabul edildiği konusunda bkz. Emrullah Kervankıran, “Alman Hukuku’nda Business Judgement Rule’nin Kodifikasyonu – Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, Birinci Cilt, s. 252.

³¹⁷ ETTK döneminde, bu borcun tali bir borç - yan bir yükümlülük olup olmadığı konusu tartışılmakta idi. Helvacı, tali bir borç olmadığı ve ancak kusurun ölçüsünü belirleyen objektif bir yan yükümlülük olduğu ve tek başına dava edilmeyeceği görüşünü savunmakta iken (**Sorumluluk**, s. 47-48); Çamoğlu, özen borcunun kanun ve esas sözleşmenin yönetim kurulu üyeleri için öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş tali bir borç olduğunu savunmaktaydı (**Sorumluluk**, s. 68). Vekâlet sözleşmesi bağlamında, vekâlet verenin vekilin özen borcunu yerine getirmedeğini ispat yükü altında olduğu yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 663.

³¹⁸ Business judgement rule konusunda ve ayrıca yöneticilerin etkili bir şekilde risk almasını engellemekten kaçınmak için, ABD mahkemelerinin, bilgili bir temelde, iyi niyetle ve eylemin şirketin çıkarına olduğu yolundaki bir inançla verilen ticarî kararların incelenememelerini sağlamak üzere “*business judgement rule*”u geliştirdikleri, bu kuralın doğduğu yer olan Delaware versiyonunun üç unsurdan oluştuğu, birinci unsurun yerine getirilmesi gereken gereksinimler (bilgi temeline dayalı olarak, iyi niyetle, çıkar çatışması olmaksızın hareket etmek), ikincisinin ispat yükünü tahsis eden ve karineler çürütüldüğünde yükte bir değişiklik sağlayan bir usûl unsuru ve üçüncüsünün de, çok hafif bir gözden geçirme standardı (mantıksızlık testi) veya karineler çürütülüyorsa, tam bir adalet incelemesi olduğu ve bu üç unsurun business judgement rule’u yöneticileri çelişkili olmadıkları sürece sorumluluktan korumada çok etkili kıldığı yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 203-204.

³¹⁹ Bu kavram ile ilgili ilk kararın 19. yüzyılın başlarında verildiği, ABD’de iş adamı kararı savunmasının örf ve âdet hukuku (Common Law) temelinde mahkemeler tarafından geliştirildiği ve daha sonra tâbiri caizse, yalnızca İsviçre’ye değil, “*küresel olarak ihraç edildiği*”, bu bağlamda bu kavramın İsviçre ticaret hukukunun ve diğer ticaret hukuklarının “*Amerikanlaşması*”nın erken bir örneği olduğu, İsviçre’de iş adamı kararı kavramının yasal bir temele dayanmadığı, ancak iş adamı kararı savunmasının kanunlaştırılmasının yasal kesinliği güçlendireceği, şirket yönetimi veya yöneticileri açısından bu savunmaya gerçek bir ihtiyaç olduğunda şüphe bulunmadığı, İsviçre Federal Mahkemesi’nin son yıllarda açıkça olmasa da iş adamı kararı kavramını bir argüman olarak kararlarında kullanmaya başladığı ve bu bağlamda Federal Mahkeme’nin “*Federal Yüksek Mahkeme, doktrindeki baskın görüşe uygun olarak, mahkemelerin, yeterli bilgiye dayalı ve çıkar çatışmalarından arınmış kusursuz bir karar verme sürecinde ortaya çıkan ticari kararların geriye dönük değerlendirilmesinde kısıtlama getirmesi gerektiğini kabul etmektedir*” şeklindeki formülü kullandığı, Alman Şirketler

belirlenmesi Türk öğreti ve yargısına bırakılarak kavrama sadece gerekçede değinilmiştir³²⁰. Gerekçede, tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “iş adamı kararı (*business judgement rule*)” verebileceğini kabul ettiği ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayandığı ifade edilmiştir³²¹. Buna göre, tedbirli yönetici kriterinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, dava konusu karar veya işlemin iş adamı kararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği incelenecektir³²². Gerekçede işaret edilen iş adamı kararı, “tedbirli yönetici” kriterini

Yasası, Bölüm 93 (1) cümle 2’de iş adamı kararı kuralına benzer bir düzenlemeye yer verildiği, buna göre, yönetim kurulu üyesinin, kararında şirketin yararına uygun bilgilere dayanarak hareket ettiğini makul bir şekilde varsayabilmesi hâlinde, yükümlülük ihlalinin söz konusu olmayacağı yolunda bkz. Kunz, s. 275-276, 282; iş adamı kararı kavramının tam bir benzeri olmasa da, benzer araçların son yıllarda birçok Avrupa yargı bölgesine yayıldığı, ancak ilginç bir şekilde bu kuralın İngiltere ve İrlanda gibi ABD yasalarına en yakın bağlantıya sahip hukuk sistemleri yerine bazı kara Avrupası hukuk sistemleri tarafından değiştirilerek benimsendiği, kuralı uygulayan ilk ülkenin Almanya olduğu ve onu Portekiz, Romanya, Hırvatistan ve Yunanistan izlediği, bu kuralın Avrupa varyantlarının, şirket yöneticileri için ABD’deki muadiline göre daha az korumacı olduğu, Avrupa Birliğine üye bazı devletlerde iş adamı kararı kavramı düzenlenmemiş olsa bile, yöneticilerin iyi niyetle iş kararlarını gözden geçirirken benzer bir kısıtlama gösterdikleri ve mahkemelerin bir dereceye kadar yönetsel takdir yetkisini kabul ederek yöneticilerin ekonomik faaliyetin doğasında var olan riskleri almalarına izin verilmesi gerektiğini kabul ettikleri yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 204-205; Avrupa Birliği’nde Almanya’nın dâhil olduğu az sayıdaki ülkede (ilk defa Almanya ile onu takiben Portekiz, Romanya, Hırvatistan ve Yunanistan), iş adamı kararı kuralının açıkça düzenlendiği, bu bağlamda Almanya’da buna benzer bir düzenlemenin AktG 93/1, cümle 2’de yer aldığı, bu düzenlemeye göre bir yönetim kararının bulunması gerektiği, yöneticinin uygun bilgilere göre mâkul olarak şirketin iyiliği için hareket ettiğine inanması ve bir çıkar çatışmasının bulunmaması hâlinde korunacağı, buna karşılık yönetici, bir kararının risklerini sorumsuz bir şekilde yanlış değerlendirirse korunmayacağı, iş adamı kararı kuralının uygulanma koşullarını ispat yükünün kendisinde (yöneticide) olduğu, bu kural uygulandığında sorumluluğun söz konusu olmayacağı, buna karşılık, İngiltere’nin de aralarında bulunduğu çoğu ülkede iş adamı kararı hakkında açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, içtihatlar ve/veya öğretide müdürlerin bir takdir yetkisine sahip olduğunun ve bu marj dahilinde hareket etmeleri halinde kararlarının gözden geçirilmeyeceğinin kabul edildiği, Fransa’nın da dâhil olduğu üçüncü grup ülkelerde bu konuda bir düzenleme veya uygulama bulunmadığı, ancak Fransız mahkemelerinin özellikle şirket iflâs etmediği sürece ticarî kararları ikinci kez tahmin etmekte tereddüt ettikleri, başlangıçta izin verilen risk almanın, özen gösterme yükümlülüğünü ihlâl anlamına geldiğinin, uyarı işaretleri çok belirgin hâle geldiğinde genel olarak söylenemeyeceği, buna mahkemeler tarafından dava bazında karar verileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 96, 110, 114-117.

³²⁰ “*Business judgement rule (iş adamı kararı)*” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kunz, s. 274-283; Gerhard, s. 254-269; Jeannette K. Wibmer, **Orell Füssli Kommentar: Aktienrecht Kommentar** (Hrsg. Jeannette K. Wibmer), Zürich 2016, Art. 717, N. 5; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 5 vd.; Sibel Hacımahmutoğlu, “The Business Judgement Rule: İş Adamı Kararı mı Yoksa Ticarî Muhakeme Kuralı mı?”, **BATİDER**, C. XXX, S. 4, 2014, s. 99 vd.; Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 249 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-73 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 188 vd.; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 27 vd.; ayrıca bkz. madde gerekçesi.

³²¹ Bu ölçünün, sorumluluk hukukun evrensel ilkelerine daha uygun, adil ve şirket ihtiyaçlarına daha cevap verebilir nitelikte olduğu konusunda bkz. Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.411; bu ilkenin yerindelik incelemesini engelleyerek, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerinin ihlâli davalarında sorumluluklarını sınırlandırmayı sağlayan genel bir prensip olduğu ve bunun Amerikan hukukunda sorumluluk davalarının merkezini teşkil ettiği yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 5, 259.

³²² Kortunay, s. 199-200; Dinç, s. 43; ayrıca, bu prensibin yönetim kurulu üyelerine şirket yönetiminde daha fazla hareket alanı sağladığı konusunda bkz. Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 249; iş adamı kararı kuralının mahkemenin yönetim kurulu üyeleri ve icra müdürleri tarafından alınan ticari kararlarla ilgili yapacağı denetime belirli bir kısıtlama getirebileceği için sorumluluk davalarına karşı

somutlaştırmakta ve onunla bütünlük arz etmektedir³²³. Diğer bir deyişle, burada iki farklı ölçü söz konusu değildir³²⁴.

TTK m. 369'da yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yönetimle görevli üçüncü kişilerin de aynı özen borcuna tâbi olduğu düzenlenmiş, böylece sorumluluğu düzenleyen TTK m. 553 ile de bir paralellik sağlanmıştır³²⁵. Bu bağlamda, başta TTK m. 367 uyarınca kendisine yönetim yetkileri devredilen üçüncü kişiler³²⁶ ile yönetim

bir savunma aracı olarak davalılara yardımcı olabileceği yönünde bkz. Kunz, s. 274. İş adamı kararı savunması konusunda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, G.

³²³ “*Business judgement rule*” kuralının özen ölçüsünü somutlaştırarak, daha sonra yanlış veya amaca uygun bulunmadığı ortaya çıkan hatalı kararların, yükümlülük ihlâli kavramından ayrılmasını sağladığı ve özen yükümlülüğünü sınırladığı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 6; tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin iş adamı kararı verebileceğini ve zararın bundan doğması hâlinde sorumlu olunmamasını ifade ettiği yönünde bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 57; bu kuralın dayandığı esasın, makul (rasyonel) davranışın sergilenmesi suretiyle karar alınması olduğu yönünde bkz. Kortunay, s. 200; buna karşılık, özen yükümlülüğüne ilişkin eski düzenlemenin (eTTK m. 320) başarılı olmamakla birlikte, buna ilişkin sorunların öğretide çözümlendiği ve buna karşılık, yeni düzenlemenin öngördüğü yeni kavramlarla sorunu daha tartışmalı hâle getirdiği yolundaki eleştiri için bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 81.

³²⁴ Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.411; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 582; Kervankıran, **Business Judgement Rule** s. 262; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 99; Bilgili/Demirkapı, s. 281-282; iş adamı kararı ilkesinin tedbirli yönetici ölçüsünün belirlenmesinde bir kriter olarak benimsendiği ve bu ilkeye uygun davranılması hâlinde, özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılacağı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 167. Buna karşılık, Akdağ Güney, sorumluluk davası açılması halinde, yöneticilerin davranışlarının yalnızca özen ölçüsü kullanılarak değerlendirilemeyeceğini, business judgement rule kriterleri olarak sıraladığı koşulların da varlığının araştırılması gerektiğini, alınan karar kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık teşkil ediyorsa bu kriterlere bakmaya gerek olmadan hâkimin verilen kararın yerinde olup olmadığını denetleyebileceğini ve diğer koşulların da varlığı hâlinde sorumluluğa hükmedebileceğini ifade etmektedir (bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 189-190). Kanımızca, business judgement rule, özen ölçüsüne dâhil bir kavram olup, iki kavramı farklı gören bu görüşe katılmıyoruz. Diğer yandan, alınan kararın kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olması hâlinde anılan kriterlere bakmaya gerek olmadığı yolundaki görüşe de, kanuna ve esas sözleşmeye aykırılığın hukuka aykırılık unsurunu teşkil etmesi ve hukuka aykırılık gerçekleşmemişse sorumluluğun diğer unsurlarının varlığını araştırmaya da gerek kalmaması ve sorumluluğa hükmedilememesi nedeniyle katılma olanağı bulamıyoruz. Zira, söz konusu kriterlere ve özen ölçüsüne başvurulması, esas kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık varsa söz konusu olacaktır. Hacımahmutoğlu da, madde gerekçesinde “*iş adamı kararı*” olarak Türkçe’ye tercümesi yapılan “*business judgement rule*” için “*ticarî muhakeme kuralı*” ifadesini kullanmakta ve Kanun’da “*tedbirli yönetici*” şeklinde ifade edilen objektif özen ölçüsünün, basiretli iş adamı ölçüsüne göre daha hafif bir özen derecesi olmakla birlikte, ticarî muhakeme kuralına göre daha yüksek bir özen derecesini ifade ettiğini, TTK’da ticarî muhakeme kuralının düzenlendiğinin kabul edilemeyeceğini, zira kuralın kurucu unsurlarının kanunda düzenlenmediğini ve bu nedenle bu kuralın uygulanamayacağını savunmaktadır; bkz. **Business Judgement Rule**, s. 138-139, 145).

³²⁵ TTK m. 553’te ifade edilen “*yöneticiler*” ile, TTK m. 369’te yer verilen “*yönetimle görevli üçüncü kişiler*”in aynı olduğu ve iki hükmün kişi bakımından kapsamını tayinde bu hususun dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 655; iş adamı kararı ilkesinin kişi alanı bakımından uygulama alanının tespitinde TTK m. 553’ün esas alınması gerektiği yönünde ve ayrıca kişi bakımından uygulama alanı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 37 vd.; TTK m. 369’un yönetimle görevli herkesi kapsadığı yolunda bkz. Battal, s. 31.

³²⁶ Bkz. madde gerekçesi. Bununla birlikte, kaynak hukukta yetki devri hâlinde, yönetim yetkisini devralanlar hakkında bu ilkenin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun tartışmalı olduğu konusunda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 43; İsviçre hukuku bakımından, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yönetimde görevli kişilerin sorumluluk iddialarına karşı savunma için iş adamı kararı kuralına dayanabilecekleri yönünde bkz. Kunz, s. 274.

kurulu tarafından usûlüne uygun bir şekilde atanan ticarî temsilci ve ticarî vekiller³²⁷ (TTK m. 368) ve ayrıca, geçerli bir devir olmamasına rağmen yönetim yetkilerini kullanan fiilî organ konumundaki kimseler³²⁸ de TTK m. 369’da düzenlenen özen ve bağlılık borcuna tâbidirler³²⁹. Bu bağlamda, bir kimsenin inançlı yönetim kurulu üyesi olması, kendisinin özen borcunu ortadan kaldırmaz veya hafifletmez; bununla birlikte, tek pay sahipli anonim ortaklıklar bakımından tek pay sahibinin talimatına istinaden hareket edilmesi hâlinde, ortaklık adına açılacak davalarda, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) ve mağdurun rızası açısından bu hususun dikkate alınması gerekir³³⁰.

³²⁷ Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 655; bu ilkenin ticarî temsilciler hakkında uygulanacağı, buna karşılık ticarî vekiller bakımından ise, bu kimselerin günlük işlemler kapsamındaki faaliyetleri kapsamında bu ilkenin uygulanmasının pek olası görünmediği, ancak özel yetki çerçevesinde alacakları ve uygulayacakları kararlar nedeniyle açılacak sorumluluk davalarından bu ilkeden yararlanmalarının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 50-51.

³²⁸ Fiilî organın da özen borcu altında olduğu yönünde bkz. Kortunay, s. 237; buna karşılık, Akdağ Güney, iş adamı kararı savunmasının sağladığı korumanın sadece maddî organlar bakımından geçerli olduğu, fiilî organların ise bu korumadan yararlanmasının mümkün olmadığı görüşünü savunmaktadır; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 193. Aynı şekilde Bozkurt Yaşar da, fiilî organın hukuken kabul edilmesinin sebebinin bunların sorumluluğuna gidilmesi olduğunu, takdir hakkı tanıyan iş adamı kararı ilkesinden bu kimselerin yararlandırılmayacağını ifade etmektedir; **Business Judgement Rule**, s. 42; İsviçre hukukunda, iş adamı kararı savunmasının bir anonim şirket için iş yapan herkes tarafından bir savunma olarak kullanılmayacağı, bu kuraldan sadece yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli kişilerin istifade edebileceği, maddî organlar (örneğin çoğunluk hissedarlara), yani ortaklığın yönetimi üzerinde önemli olgusal etkisi olan kişiler (fiilî organlar) tarafından bu savunmaya dayanılmayacağı, zira kanunun, şirketin işlerinin resmî olarak atanan yürütme organı (şeklî organlar) tarafından yürütüldüğünü varsaydığı, ancak “*olgusal*” (fiilî) organın, bu bakımdan, eylemleri yargı denetiminden korunmayı hak etmeyen sisteme aykırı bir görünüm olduğu, şeklî organlar (yönetim kurulu ve yönetim) bakımından iş adamı kararını meşrulaştıran resmi karar alma süreçlerinin bulunduğu, buna karşılık, “*sistem dışında*” etki yapan maddî (fiilî) organlar söz konusu olduğunda, tâbiri caizse bu tür güvenlik mekanizmalarının bulunmadığı yolundaki görüş için bkz. Kunz, s. 279-280. Fiilî organın yönetici kabul edilmesi, böylece, fiilî organ bakımından düzenlenmiş bir yükümlülük bulunmamasına rağmen kendisi âdeta bir şeklî organ imiş gibi kabul edilerek TTK m. 553 uyarınca “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli*” sebebiyle sorumluluğa tâbi tutulması, buna göre fiilî organın sorumluluğu bakımından da yükümlülük ihlâlinin ve bu bağlamda özen yükümlülüğünün ihlâlinin söz konusu olup olmadığının araştırılacak olması, bu konuda kanunda öngörülen kriterin de tedbirli yönetici, diğer bir deyişle iş adamı kararı ilkesi olması nedeniyle bu görüşlere katılma olanağı bulamıyoruz. Nitekim, söz konusu görüşlerde, fiilî organ bakımından uygulanması gereken bir özen ölçüsüne de yer verilmediği görülmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. ileride Üçüncü Bölüm, II, G.

³²⁹ Yönetim kurulunun her bir üyesinin, yönetimin görevlendirildiği her üçüncü şahsın ve her fiilî organın, görevlerini azami özenle yerine getirmek ve şirketin çıkarlarını iyi niyetle korumak zorunda olduğu yönünde bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 1.

³³⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-04; Ömer Korkut, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri (Üyeliği), Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 174-175; Kortunay, s. 235; bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, H-İ.

Özen ve bağlılık borcunu birlikte³³¹ düzenleyen bu hükümde üç temel unsur göze çarpmaktadır. Bunlar, “*tedbirli bir yöneticinin özeni*”, “*şirketin menfaatleri*” ve “*dürüstlük kuralları*”dır³³².

Hüküm, öncelikle “*tedbirli bir yöneticinin özeni*” kriterini kabul etmek suretiyle, özen borcunu objektifleştirmiştir³³³. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin sübjektif nitelikleri, eğitim durumları, uzmanlık alanları, tecrübeleri vb. hususlar özen borcunun kapsamının belirlenmesinde kural olarak dikkate alınmayacak, objektif

³³¹ İngiliz Hukukun bakımından yöneticilerin görevlerinin bağımsız nitelikte olmadığı ve bağlılık borcunun (CA 172) ihlâlinin büyük olasılıkla yöneticilerin özen borcunu (CA 174) ihlâl ettiklerine dair ek iddialara yol açabileceği yolunda bkz. John Lowry, “The Duty of Loyalty of Company Directors: Bridging The Accountability Gap Through Efficient Disclosure”, **Cambridge Law Journal**, 68(3), November 2009, (<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/duty-of-loyalty-of-company-directors-bridging-the-accountability-gap-through-efficient-disclosure/6D98E6DCBD5C14152FC15843B4265060> - Erişim Tarihi: 26.10.2021), s. 612.

³³² Özen borcunun yöneticinin şirketi yönetirken göstermesi beklenen özen, beceri ve titizlikle, bağlılık borcunun ise yöneticinin çıkarının şirketin çıkarlarıyla çatıştığı durumlarla ilgilendiği yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 199.

³³³ Bu konuda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-80; Altay, **Yetki Devri**, s. 264, 266; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 193 vd.; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 26; Yüksel, **Sorumluluk**, s. 363; ayrıca, bu ilkenin sorumluluk hâllerinde öngörülebilir bir iyileşme getirdiği yolunda bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 58; “*objektifleştirilmiş özen*” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s. 322 vd.; ayrıca, özen borcuna ilişkin sübjektif-objektif kıstas ayrımı için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 662-663. İsviçre hukukunda da, bir yönetim kurulu üyesinin görevini, kendi işleri yerine getirirken gösterdiği özenle (sübjektif özenle) yerine getirmesinin yeterli olmadığı, benzer bir durumda rasyonel olarak hareket eden bir kişiden makul olarak beklenebilecek davranışın (objektif özen) gerekli bulunduğu ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının da (BGE 113 II 56 E. 3; BGE 99 II 179 E. 1; BGE 122 III 198 E. 3) da bu yönde bulunduğu konusunda bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 4; Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde, özen borcunun standardını tanımlamaya yönelik üç yaklaşım arasında ayırım yapılabileceği, bunların katılık sırasına göre, objektif/sübjektif standart, objektif standart ve azaltılmış standart olduğu, birincisinde objektif özen ölçüsünün olması gereken asgarî ölçüyü ifade ettiği, buna karşılık yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu bilgi ve deneyimin bu beklenen standardı yükselteceği, ikinci tür olan objektif standartta, tedbirli iş adamına atıfta bulunulduğu ve bireysel yeteneklerin dikkate alınmadığı, son tür olan indirgenmiş (azaltılmış) standartta ise, hareket noktası olarak objektif bir ölçü esas alınmakla birlikte bunda gevsemeye yol açan istisnalara (örneğin, ortalama bir iş adamının bilgi veya deneyiminden yoksun olunması hâlinde) izin verildiği, ülkelerin çoğunluğunun (Almanya’nın da dâhil bulunduğu) ikinci standardı benimsediği, buna karşılık İngiltere (CA 174) ve Fransa’nın ilk standardı (objektif/sübjektif) benimsediği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 92-93; özen borcunun standardı konusunda Avrupa Birliği’ne üye devletlerde kabul edilen kriterler ve bu bağlamda gerekli davranışın ayrıntılı bir tanımından genel hükümlerin kullanımına veya hiçbir açık düzenlemenin olmamasına kadar çok farklı düzenleyici yaklaşımların bulunduğu, ancak bu farklılıkların özen borcunun yerine getirilmesi üzerinde önemli bir etkiye sahip görünmediği, nitekim özen borcunu ayrıntılı düzenleyen ülkelerde de yaptırımlara ilişkin uygulamanın neredeyse hiç bulunmadığı, bununla birlikte özen borcuna ilişkin objektif ve sübjektif kriterler (yaklaşımlar) arasındaki farkın abartılmaması gerektiği, özen borcunun objektif bir çerçeveye oturtulduğu durumlarda bile, mahkemelerin standardı uygularken davalının öznel (sübjektif) özellikleri dâhil olmak üzere genellikle münferit davanın koşullarını dikkate aldığı, bu bağlamda özen borcunun (standardının) üye devletlerdeki ayrıntılı formülasyonundaki farklılıklardan soyutlanarak ve genel olarak, yöneticilerin, işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek için gerekli beceri ve deneyime sahip olmalarını, bilgi ve izleme sistemlerini kurmalarını ve genel olarak işleri denetlemelerini, alternatifleri ve olası sonuçları dikkatli bir şekilde değerlendirdikten sonra yeterli bilgiye dayalı bir şekilde yönetsel kararlar almasını gerektirdiği yönündeki bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 199, s. 200-202.

koşullar altında tedbirli bir yöneticinin gerçekleştirmesi gereken davranış biçimi bu konudaki kalıbı (soyut olguyu) belirleyecektir. Diğer bir deyişle, burada “*olması gereken*” bir davranış ve karar söz konusudur³³⁴. Madde gerekçesinde, bu husus, “*benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen*” şeklinde tanımlanmıştır³³⁵. Böylece, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, eTTK döneminde Yargıtay’ın kimi kararlarında yönetim kurulu üyeleri için katı bir şekilde uyguladığı³³⁶ “*basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü*” terk edilmiştir³³⁷. Nitekim TTK m. 553/3’te yer alan, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağına ilişkin ilke de bu hususu teyit etmekte ve gerekçede ifade edildiği gibi, yönetim kurulu üyelerinden insan

³³⁴ Uygulamada iş adamı kararı bağlamında geliştirilen kriterlerin, aynı zamanda olması gereken davranış için bir kılavuz olarak da kullanılabileceği yönünde bkz. Kunz, s. 274; TTK m. 369’un ideal davranış modeli öngördüğü yönünde bkz. Kayar/Özatlan, s. 28-29; davalı kişinin davranışının o olayda ve koşullarda makul ve bilinçli bir kişiden beklenen davranışla kıyaslanacağı ve yükümlülük ihlâlinin bulunup bulunmadığının bu şekilde tespit edileceği yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 251; tedbirli olmanın bir davranış kalıbı olduğu yolunda bkz. Battal, s. 32; yönetim kurulu üyelerinin geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları, şirket yönetimine ilişkin nelerin yapılması gerektiğini ve hangi hususlarda karar alınacağını somut bir şekilde belirleyen bir katalog bulunmadığı yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 86; “*objektifleştirilmiş özen*”in hayali, soyut ideal bir ölçü getirdiği konusunda ayrıca bkz. Gümüş, s. 322 vd.

³³⁵ İsviçre hukukunda, sorumluluk iddialarına karşı iş adamı kararını savunma olarak kullanabilmek için dört ön koşulun (kriterin) karşılanması gerektiği, bunların 1) iddia edilen hukuka aykırı davranışın bir iş adamı kararına dayanması, 2) kusursuz karar alma süreci, 3) uygun bilgi temeli, 4) çıkar çatışması olmaması olduğu, bununla birlikte iş adamı kararı savunmasının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin diğer unsurları etkilemeyeceği, her sorumluluk sürecinde temel konular olan kusur ve nedensellik unsurlarının burada da aynen geçerli olduğu yönünde bkz. Kunz, s. 277-278; iş adamı kararı savunmasının koşulları ve sonuçları ile İsviçre Federal Mahkemesi’nin, hâkim görüşe uygun olarak, mahkemelerin, yeterli bilgiye dayalı ve çıkar çatışmalarından arınmış kusursuz bir karar alma sürecinde ortaya çıkan ticari kararların geriye dönük değerlendirilmesinde kısıtlama getirmesi gerektiğini kabul ettiği yönündeki BGE 139 III 24, E. 3.2 (BGer 4A_74/2012 vom) kararı için bkz. Gerhard, s. 256-257, 260 vd.; bu konuda ayrıca bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 5; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 59 vd. Yazar, ayrıca, kanun, esas sözleşme, iç yönerge ve hukuka uygun genel kurul kararına aykırılık hâlinde bu ilkenin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 59, 123 vd. Esasen yazarın belirttiği bu hâller, sorumluluk davasının “*yükümlülüklerin ihlâli*” unsurunu teşkil etmekte olup, böyle bir aykırılık yoksa zaten sorumluluk davasından ve dolayısıyla iş adamı kararı ilkesinin uygulanması gereğinden bahsedilebilecektir. Bu nedenle yazarın açıklamalarını, yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilere takdir hakkı ve hareket alanı bırakmayan mâhiyetteki düzenleme ve yükümlülükler olarak değerlendirmek gerektiği kanısındayız. İşadamı kararı ilkesinin uygulanma koşulları hakkında ayrıca bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 58 vd.; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 82 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 189 vd.

³³⁶ “*Basiretli bir iş adamı gibi davranma*” kriterini esas alan Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.06.2016 T., 2016/2880 E. ve 2016/6868 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD’nin 17.12.1974 T. ve 1974/3677-3733 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu uygulamanın adaletsiz sonuçlara yol açtığı konusunda ayrıca bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 581.

³³⁷ Bu konuda bkz. TTK m. 369’a ilişkin madde gerekçesi. Diğer yandan, “*tedbirli yönetici*” kriterinin, “*kendi işinde gösterdiği özen*” – “*basiretli tacir*”in arasında bir kavram olduğu görüşü için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 270. Ayrıca, sorunun tedbir ile basirete yüklenen anlamla ilgili olduğu, özenin ölçüsünün düşürülmek istenmesinin çelişki olduğu, basiret yerine tedbir sözcüğünün sorunu çözmeye tek başına yeterli olmadığı şeklindeki farklı bir yaklaşım için bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 658-659.

tâkatinin üstünde bir çaba göstermesi ve sonuç ortaya koyması yolundaki katı uygulamayı³³⁸ bertaraf etme gayesi taşımaktadır.

Özen borcunun bu şekilde objektifleştirilmesi, bu borcun kusur yönünün de bulunması nedeniyle kusurun da objektifleştirilmesi (nesnelleştirilmesi) anlamına gelir³³⁹. Zîra, olması gereken davranış biçiminin (tedbirli bir yöneticinin davranışı) yerine getirilip getirilmediği, yönetim kurulu üyesinin kusurlu davranıp davranmadığını da ortaya koyacaktır³⁴⁰. Böylece, hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki sınır iyice belirsiz hâle gelmiş olur³⁴¹. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri, benzer bir işletmede tedbirli bir yöneticinin karar veya işlem öncesinde yapması gereken, işin gerektirdiği inceleme, araştırma ve değerlendirmeleri gerçekleştirip bu çerçevede karar almışlarsa, artık kendilerinin özen borcuna aykırı davrandıklarından ve kusurlu olduklarından bahsedilememesi gerekir³⁴². Bununla birlikte, özen ölçüsünün yerine getirilmemesi hâlinde kusurun varlığı sonucuna ulaşılsa bile,

³³⁸ Yargıtay'ın söz konusu uygulamasının çok ağır ve adaletsiz sonuçlara yol açtığı konusunda bkz. Çamoğlu, **Yeni TTK'da Hukukî Sorumluluk**, s.411.

³³⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-80; Altay, **Yetki Devri**, s. 266; Kayar/Özatlan, s. 19; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 213.

³⁴⁰ Özen borcunun ağırlaştırılabileceği, ancak hafifletilemeyeceği yönünde bkz. Arslanlı, s. 168.

³⁴¹ Kusurun objektifleştirilmesinin hukuka aykırılık ve kusur arasındaki farkın tespitini güçleştirdiği, buna rağmen hukuka aykırılığın kusura oranla tamamen objektif bir niteliğe sahip olduğu, kusurda ise yine de davranışın gerçekleştirilmesinde zarar verenin göz önünde tutulduğu yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 1901; kusurun nesnelleştirilmesi sonucunda görev ihlâli ve kusur koşullarının yakın ilişkili hâle geldikleri ve aralarındaki çiziminin büyük ölçüde ortadan kalktığı ve bir görev ihlali tespit edilirse, kusurun genellikle hafife alınacağı, zîra, kusurun, tâbiri câizse, özen yükümlülüğünün ihlâli ile gösterileceği, sorumluluk uygulanmasında, görev ihlâlleri ile kusurun genellikle neredeyse hiç birbirinden ayrı tutulamayacağı, bu nedenle koruyucu düzenlemeleri ihlâl eden herkesin kural olarak kusurlu kabul edilip sorumlu tutulması gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 73-74; kusur - hukuka aykırılık ayırımının güçleştiği konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 267; iş adamı kararı ilkesinin hukukî niteliğinin kaynak hukukta tartışmalı olduğu ve bu ilkenin aynı zamanda sorumluluk şartları bakımından maddî hukuka yönelik bir düzenleme olarak da dikkate alındığı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 53 vd., 56; özen yükümünün çifte doğası ve hukuka aykırılık olarak özen yükümünün ihlâli konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gümüş, s. 68 vd. ve s. 101.

³⁴² Mahkemelerin, bu ilkenin uygulanması için gerekli şartların varlığı hâlinde, sadece karar alma sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini değerlendirmekle yetineceği yolunda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 6; "business judgement rule" (iş adamı kararı) ilkesinin, menfaat çatışmasının olmaması, yeterince bilgilendirilmesi ve kararın şirket menfaatine olduğunun mâkul surette kabul olunması şartlarıyla yönetim kurulu üyeleri lehine bir karine yarattığı görüşü için bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 369. Alman hukukunda kararın business judgement rule kapsamında değerlendirilebilmesi için; kararın şirket menfaatini gerçekleştirmeye yönelik, işletme faaliyetiyle ilgili bir işlem olması, kararı alanların özel bir menfaat kaygısı taşımadan ve dış etkilere uzak olarak iyiniyetle hareket etmiş olmaları, ayrıca karar alınırken gerekli ve yeterli bilgi kaynaklarının kullanılmış olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği konusunda bkz. Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 254-255; duruma uygun araştırmalar yapıp ilgili kişilerden bilgi alınmasını suretiyle alınan yönetim kurulu kararları nedeniyle şirket bir zarar etmiş olsa dahi özensizlikten söz edilemeyeceği, emredici kanun hükümlerine aykırı bulunmayan, işletme konusu dışında olmayan, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözetken, kişisel ve yabancı menfaatleri ön plâna almayan kararların yanlış olsa dahi sorumluluk doğurmayacakları yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 282.

kusurun derecesini tayin bakımından hâkimin ayrıca bir değerlendirme yapması gerektiğinde kuşku yoktur³⁴³. Ancak, hemen belirtelim ki, objektif bir kriterin belirlenmiş olması nedeniyle, işin gerektirdiği bilgi ve uzmanlığa sahip olunmadığı, iyiniyetli olduğu, zaman darlığı gibi sübjektif savunmalar dinlenmez³⁴⁴; “işe göre sorumluluk – kabul sorumluluğu” gibi görüşler³⁴⁵ de uygulama alanı bulmaz³⁴⁶. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin “tedbirli bir yönetici”de olması gerekenin üstündeki kişisel nitelikleri, eğitim durumu, uzmanlığı, kusurun belirlenmesinde ağırlaştırıcı bir unsur olarak dikkate alınabilir³⁴⁷. Zîra, tedbirli bir yöneticinin bilgi

³⁴³ Özen kavramının temel işlevinin ihmal kavramının belirlenmesinde ortaya çıktığı yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 87.

³⁴⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 267-268; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 193-194; Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 662; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 169, 213; Kortunay, s. 258; eski Kanun döneminde de bu gerekçelerin geçerli bir savunma teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Atan, s. 21; yönetim kurulu üyesinin, bilgi ve beceri eksikliği veya zaman eksikliği (yetersizliği) nedeniyle, belirli bir görevi yerine getirmemesi veya yetersiz bir şekilde yerine getirmesi hâlinde bu ihmalden dolayı sorumlu olacağı ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 122 III 195 E. 3b kararının bu yönde olduğu konusunda bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 1; aynı yönde ve aynı karar için ayrıca bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 3.

³⁴⁵ “Kabul sorumluluğu” kavramı konusunda ayrıca bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 46; şirket işlerin gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan kimselerin veya gerekli zamanı ayıramayacak olanların bu görevi kabul etmemeleri gerektiği yönünde bkz. Atan, s. 21; bir kimsenin yeterli bilgi ve donanımına sahip olmamasına rağmen yönetim kurulu üyeliği görevini kabul etmelerinin özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil edeceği yönündeki görüş için bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 77; yönetim kurulu üyeliğinin gerektirdiği bilgi ve birikime sahip olunmamasının özen yükümlülüğünün ihlâli teşkil etmeyeceği, ancak üyenin bu durumu anladığı anda istifa etmesi gerektiği, aksi takdirde sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 198; yönetim kurulu üyesi olacak kimselerin (adayların), bu görevi kabul etmeden önce, bu görevi yerine getirmek için gerekli mesleki bilgi ve becerilere sahip olup olmadığını ve bu görev için yeterince zaman ayırıp ayıramayacağını kontrol etmek zorunda olduğu ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 122 III 200 E.3 ve BGE 97 II 411 kararlarının bu yönde olduğu konusunda bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 1.

³⁴⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-81. Çamoğlu, bu sonuca TTK m. 553/3’te yer alan kontrol kuralından bahisle ulaşmaktadır; bkz. **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 413. Çamoğlu, ayrıca, banka yönetim kurulu üyeliği için gerekli niteliklere sahip olmamasına rağmen görevi kabul eden kimselere de bu kabulleri nedeniyle kusur yüklenemeyeceğini ifade etmektedir; “Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsının Koşulları”, **BATİDER**, C. XII, S. 1, Mart 2011, s. 10; aynı doğrultuda bkz. Tekinalp, **Tekinalp’in Banka Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, N. 28-12. Buna karşılık Akdağ Güney, özen yükümlülüğünün objektifleştirilmesi karşısında, yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan bir kimsenin görevi kabulü hâlinde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağını savunmaktadır; **Yönetim Kurulu**, s. 197-198. Bu görüşe paralel olarak, Hacımahmutoğlu da, genel sorumluluk ilkelerine atıf yaparak bir kimsenin sahip olmadığı bilgi, yetenek ve tecrübeyi gerektiren bir işi yetersizliğini bilerek üstlenmesinin başlı başına kusur teşkil ettiğini, yönetim kurulu üyesinin işletme konusu hakkında temel bilgiye sahip değilse, bu görevi kabul etmemesi veya bu konuda gerekli eğitimi alması gerektiğini ifade etmektedir; **Özen Yükümlülüğü**, s. 38, 40. Kanun’da (TTK m. 369) öngörülen objektif özen ölçüsünü (“tedbirli yönetici”) ve somut olayda bu kriterin gerçekleşip gerçekleşmemesini ihmal eden, somut olayda tedbirli bir yönetici gibi hareket edilmiş olsa bile yönetim kurulu üyesinin özen borcunu ihlal ettiği sonucunu peşinen kabul edip sorumluluk yolunu açan bu görüşlere katılma olanağı bulmuyoruz. Zîra, özen borcunun ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, yönetim kurulu üyesinin soyut bilgi ve yeteneklerine değil, somut olayda tedbirli bir yönetici gibi hareket edip etmediğine ve bu bağlamda işin gerektirdiği özeni gösterip göstermediğine bakılması gereklidir.

³⁴⁷ Bir yönetim kurulu üyesinin özel bilgisinin, kendisinden beklenen özeni, yani objektif özeni (özen ölçüsünü) artırdığı, özen borcu konusundaki objektif standardın yalnızca bir alt (asgarî) sınır olduğu yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 4; Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 2; aynı yönde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 267-268; İsviçre hukukunda da, öznel savunmaların özen ölçüsünün

toplama kanallarını kullanmak suretiyle elde edebileceği bilgiden daha fazlasına sahip olan ve o konuda tecrübesi, eğitimi, uzmanlığı bulunan bir yönetim kurulu üyesinin bu bilgi ve tecrübesini kullanması haklı olarak beklenir; bu nedenle, bu iş için kusur ölçüsü daha da ağırlaşır. Buna göre, yönetim kurulu üyesinin kişisel bilgi ve tecrübesi, sorumluluğunu hafifletici bir sebep teşkil etmez, sadece ağırlaştırabilir³⁴⁸.

Madde gerekçesinde, objektif ölçü konusunda benzer bir işletmede işin gerektirdiği özenin esas alınacağı ifade edilmiştir. Böylece, “*olması gereken*” kriterin belirlenmesinde aynı alanda faaliyet gösteren, aktif pasif durumu, pazar payı, çalışan sayısı gibi yönlerden benzer özellikleri taşıyan bir işletme esas alınacak ve böyle bir işletmede hangi yönde karar alınması gerektiği soyut olarak tespit edilecektir³⁴⁹. Belirlenecek davranış biçimi ile somut olaydaki karar ve davranış karşılaştırılarak hem hukuka aykırılığın hem de kusurun varlığı konusunda bir sonuca ulaşılabilecektir³⁵⁰.

Ayrıca, tüm yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler için “*olması gereken*” tek bir davranış biçiminin kriter alınması da söz konusu olmayacaktır. Özellikle TTK m. 367 uyarınca yetki devrinin gerçekleştirildiği hâllerde, her bir üyenin ve yöneticinin üstlendiği görev dikkate alınarak, tedbirli bir yöneticinin davranışı bu kimselere için

azaltılmasını sağlamayacağı, buna karşılık, özel uzmanlık veya çıkar çatışmaları gibi sübjektif yönlerin, ilgili daha yüksek bir özen borcu getirerek kusurun ağırlaşmasına neden olabileceği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 73; İsviçre Federal Mahkemesi’nin, davalının özel bilgi ve yeteneğini özen borcunu ağırlaştırmak için bir sebep olarak gördüğü konusunda ayrıca bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 364; ayrıca, kusur bakımından, objektif ölçü (özen borcu) ve sübjektif ölçünün (meslekî bilgi, yetenek, tecrübe) birlikte dikkate alınacağı konusunda bkz. Üçışık/Çelik, s. 567-568; TTK m. 369’da düzenlenen özen ölçüsünün genel kusur sorumluluğundaki özen ölçüsünden ayrı düşünülemediği, getirilen objektif ölçünün asgarî özen derecesi olduğu, yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu bilgi, yetenek ve tecrübenin objektif ölçünün gerektirdiğinden yüksek olması hâlinde özen ölçüsünün ağırlaşacağı, buna karşılık yöneticinin sübjektif niteliklerinin özen ölçüsünün indirilmesini hiçbir zaman sağlamayacağı yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 36, 44; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 213 aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 257; vekilin ortalamanın üzerindeki yetenek ve nitelikleri ile tahsil derecesi ve meslekî bilgisinin, somut olayda gösterilmesi gereken özenin tespitinde dikkate alınacağı yönünde ayrıca bkz. Gümüş, s. 344-346.

³⁴⁸ Avrupa Birliği’ne üye bazı devletlerin yasalarının veya yargı kararlarının, yöneticilerden beklenen özen borcunun düzeyinin, yöneticinin sahip olduğu pozisyona ve aldığı ödül düzeyine bağlı olduğunu açıkça belirttiği, bu görüşün açık bir şekilde ifade edilmesinin, İngiltere Yüksek Mahkemesinin “*Barings*” kararında (Re Barings plc (No. 5) [1999] 1 BCLC 433, confirmed [2000] 1 BCLC 523, CA.) bulunabileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 101.

³⁴⁹ Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 2; bu konuda ayrıca bkz. Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 657; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 29; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 251; Battal, s. 32.

³⁵⁰ Bu bağlamda, özen yükümlülüğünün yerine getirilmesine örnek olarak, yönetim kurulu toplantılarının düzenli olarak yapılması, uzmanların katılımı, yoğun risklerden kaçınma, tahsil beklentisi yoksa artık kredi verilmemesi, sigorta primlerinin ödenmesi, yönetimin genel denetimi, defter tutma düzenlemelerine uyulması, aşırı borçlanma durumunda öngörülen prosedüre uyulması gibi durumların örnek olarak verilebileceği konusunda bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 4.

ayrı ayrı belirlenecek ve buna göre bir değerlendirme yapılacaktır. Bunun da ölçüsü, yönetim yetkilerini devralan yöneticilerin birel ve karşılıklı konumlarını belirleyen iç yönergedir. Buna göre, tüm üyeler için tek bir özen ölçüsü (“*tedbir yönetici*” kriteri) uygulanmakla beraber, bu kriterin içeriği, her bir üye veya yönetici bakımından farklılaşabilecektir³⁵¹. Olması gereken davranış biçimi, aktif olabileceği gibi, somut olay karşısında hiç karar alınmaması veya eylemde bulunulmaması şeklinde de ortaya çıkabilir. Buna göre, iş adamı kararı (business judgement rule) ilkesinin eylemsizliği de koruması söz konusu olabilir³⁵².

Bu bağlamda, işin gerektirdiği özenin objektif olarak belirlenmesi, uzman bilgisinin aranacağı anlamına da gelmez; görevi yerine getirebilmek için yetkin olmayı, ilgili bilgileri değerlendirebilip, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilmek ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olmayı ifade eder³⁵³. Ancak, bu niteliklere sahip olunmaması da genel sorumluluk ilkelerinden³⁵⁴ farklı olarak, tek başına bir kusur teşkil etmez ve yönetim kurulu üyesinin doğrudan sorumlu tutulması sonucunu doğurmaz. Önemli olan husus, yönetim kurulu üyesinin somut olayda (karar ve işlemde) “*tedbirli bir yönetici*” gibi hareket edip etmediğidir. Bu nedenle, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme³⁵⁵ ve “*olması gereken*” davranış

³⁵¹ Bu konuda bkz. Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 27, 29; sorumlulukla yetki arasında doğru orantı arayan evrensel hukuk ilkesinin bir sonucu olarak, özen derecesinin belirlenmesinde üyelere tanınan yetki sınırlarının önem taşıdığı, buna göre icra ve temsil yetkisine sahip olmayan pasif üyelerle, icra gücüne sahip üyelerden beklenen özenin aynı olamayacağı yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 583.

³⁵² İş adamı kararı savunmasının -en azından prensip olarak- sadece faaliyetler (eylemler, aktif hareketler) için değil, aynı zamanda hareketsizlik için de kullanılabileceği (uygulama alanı bulabileceği), bununla birlikte, belirli bir kararın alınması gereken hâllerde eylemsizliğin bu kural (iş adamı kararı) tarafından korunmaması gerektiği yolunda bkz. Kunz, s. 277.

³⁵³ Her bir yönetim kurulu üyesinin, görev süresi boyunca, şirketin gelişimini izlemesi ve çevreyi (şirketi ve şirket çevresini) yakından takip etmesi, aksiyon ihtiyacını belirleyerek çözümler ve öneriler geliştirmesi, görevlerini yerine getiremediğini fark eder etmez görevinden derhal istifa etmesi gerektiği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 1, 2; objektif özen ölçüsünün, makul ve ortalama bir yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen olduğu ve ayrıca, üyelerin finansal tabloların içeriğini genel olarak anlama kabiliyetine sahip bulunmaları gerektiği yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 29, 31, 33, 39; yönetim kurulu üyelerinin uzman seviyesinde teknik bilgiye sahip olmalarının aranmayacağı, şirketin genel gidişatı ve durumunu kavrayacak kapasitede olup, verilen teknik bilgilere göre belirli bir durumda “*makul bir kararı*” alabilecek durumda olmaları gerektiği yönünde bkz. Mimaroğlu, s. 31; aynı doğrultuda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 143, 169; Dinç, s. 43.

³⁵⁴ Bir kimsenin sahip olmadığı özel bir yetenek veya meslekî bilgiyi gerektiren bir işi, bu konudaki eksikliğini bilecek durumda olmasına rağmen üstlenmesinin tek başına kusur teşkil ettiği ve artık yetersizlikten kaynaklanan zararlarda özen ve dikkat derecesine artık bakılmayacağı, bu durumda kusurun çoğu kez ağır ihmal derecesinde sayılacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 166.

³⁵⁵ Bu bağlamda, özen borcuna ilişkin objektif ve sübjektif kriterler (yaklaşımlar) arasındaki farkın abartılmaması gerektiği, özen borcunun objektif bir çerçeveye oturtulduğu durumlarda bile, mahkemelerin standardı uygularken davalının öznel (sübjektif) özellikleri dâhil olmak üzere genellikle münferit davanın koşullarını dikkate aldığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 202.

biçimi ile bir karşılaştırma yapılacaktır³⁵⁶. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesinin tedbirli bir yönetici gibi hareket edebilmesi için belirttiğimiz temel niteliklere sahip olması gerektiği de bir vâkıdır. Diğer yandan, zararın doğup doğmaması da özen borcunun bir ölçüsü olarak kabul edilemez; aksi takdirde ticaret hayatının içerdiği bütün riskler yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş olur³⁵⁷. Oysa özen borcu, yöneticilerin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbirleri almasını kapsamaz. Nitekim, TTK m. 553/3'te bunun sınırı çizilmiş ve yöneticilerin kontrolü dışında kalan kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar ile yolsuzluklardan sorumlu olmadıkları açıkça düzenlenmiştir.

Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin taşımaları gereken kriterler, esas sözleşmede ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş ise (örneğin, finans alanında yüksek öğrenim görmüş olma ve meslekî tecrübeye sahip bulunma yahut tekstil alanında faaliyet gösteren bir şirkette tekstil mühendisi olma gibi), bu durumda yönetim kurulu üyesinden beklenen özen derecesi daha yüksek olacaktır³⁵⁸. Bu olgu, “*kabul sorumluluğu*” anlamına gelmeyip, genel sorumluluk kuralları uyarınca yönetim kurulu üyesinin uzmanlığının kusurun tespitinde dikkate alınmasının bir gereği ve sonucudur.

Ayrıca, somut olaydaki kusurun derecesinin belirlenmesinde, diğer bir deyişle, kasıt veya ihmal (ağır ihmal – hafif ihmal) değerlendirmesinin yapılmasında, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken kullanmaları gereken bilgi toplama ve analiz etme mekanizmalarını yeterli bir şekilde işletip işletmedikleri, kararın mâkul sebep ve verilere dayanıp dayanmadığı belirleyici olacaktır³⁵⁹. Bu bağlamda, önemli bir karar

³⁵⁶ Tedbirli yöneticinin, nesnel ve ideal değeri temsil eden ölçü kişi olduğu yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 168; yöneticilerin makul (rasyonel) davranışın sergiledikleri sürece aldıkları kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle şirket aleyhine sonuçlar doğsa bile bunun tek başına yükümlülük ihlali teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Kortunay, s. 200.

³⁵⁷ Bununla birlikte, yönetim kurulunun, yatırım ve diğer kararlarında, yoğun risklerden mümkün olduğunca kaçınması gerektiği ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 113 II 57 E. 3 kararının da bu yönde olduğu konusunda bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 3; ayrıca, aşırı risk almanın yol açacağı sorumluluk konusunda, Almanya'da, mahkemelerin spekülasyon yatırımların özen borcunun ihlali oluşturduğuna ve (1) başarısızlık olasılığının başarı olasılığından açıkça daha yüksek olması, (2) riskin, potansiyel kârla orantısız olması veya (3) yatırımın şirketin varlığını tehlikeye atması hâllerinde business judgement rule'un sağladığı korumadan yararlanılamayacağına karar verdiği yönünde, buna karşılık aşırı risk alma konusunda İngiltere'de sorumluluğun pek olası bulunmadığı, iş kararlarının içeriği söz konusu olduğunda, mahkemelerin kararın verildiği sırada bazı uyarı işaretleri olsa bile hissedarların çıkarları yönünden kararın rasyonel veya mâkul olarak mantıklı olup olmadığını araştırdıkları ve karar verme süreci bakımından nesnel standartların geçerli olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 97, 98.

³⁵⁸ Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 33, 35.

³⁵⁹ Özen derecesinin karar alma sürecinde somutlaştırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 170 vd.; kararın “*savunulabilir bir karar*” olması gerektiği

alınmadan önce hiçbir bilgi toplanmamış, uzman görüşleri alınmamış³⁶⁰, teknik değerlendirmeler yapılmamış, kararın icrasına ve sonuçlarına yönelik hiçbir projeksiyon hazırlanmamış ise, kusur kasıt veya ağır ihmal düzeyinde olacak; buna karşılık, bunların sadece bir kısmı yerine getirilmişse ihmalden bahsedilecektir³⁶¹. Ayrıca, karar verme sürecinde belirttiğimiz kriterlere uygun davranılmış olmasına rağmen, bu kararın kararlaştırılan şekilde uygulanmamış olması hâlinde de sorumluluk gündeme gelecektir³⁶².

yönünde bkz. Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 660; hâkim tarafından yapılacak incelemenin, karar verme sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği ile sınırlı olacağı yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88; ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken gerekli objektif bilgi kaynaklarını kullanmak ve uzmanlığı gerektiren hususlarda uzman görüşüne başvurmak zorunda olduğu konusunda bkz. Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 253; Yönetim kurulunun, karar vermek için gerekli belirleyici kriterleri tanıması ve bilmesi, ayrıca gerekli bilgileri alarak (sağlayarak) alternatifleri tartışması gerektiği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 2; kasıtlı olarak gerçekleştirilen ihlallerin iş adamı kararı savunmasının korumasına girmeyeceği yönünde bkz. Gerhard, s. 260.

³⁶⁰ İş adamı kararı kuralının uygulanması bağlamında yönetime ilişkin kararın yeterli bilgi temeline dayanması olgusunun, alternatif eylem yollarının avantaj ve dezavantajlarının kapsamlı bir değerlendirmesini mümkün kılmak için belirli kararlar ilgili tüm olgusal ve hukuki bilgilerin toplanmasını içerdiği, bazen hukukî tavsiye almadan böyle bir tespiti yapmanın mümkün olmayabileceği, ayrıca hukuk müşavirinin seçimi, talimatı ve denetiminin tartışılması gerektiği, bu bağlamda iç hukuk danışmanının hiyerarşik kısıtlamalara veya “operasyonel körlüğe” maruz kalabileceği ve ayrıca, bazı durumlarda yalnızca bir “nezaket raporu”nun verileceği, bu nedenle önleyici bir bakış açısıyla şirket ile ilgili soruların dışarıdan bir hukuk danışmanıya güvence altına alınması tavsiye edildiği, talimatla ilgili olarak, yönetim organının hukuk danışmanını gerçeklerin tüm temel unsurları hakkında tam olarak bilgilendirmesi gerektiği, ayrıca yönetim organının tavsiyeyi tutarsızlıklar veya bariz yanlışlıklar için incelemesinin gerekebileceği, bu rapor (görüş) mâkul (güvenilir, inandırıcı) görülmezse, ikinci bir uzman görüşü talep etmenin alınması ve bunun da inandırıcı olup olmadığının kontrol edilmesi gerektiği yönünde bkz. Gerhard, s. 262-263; yönetim kurulu üyelerinin gerekli uzman bilgisine sahip olmamaları hâlinde, uzmanlardan, örneğin hesap (malî uzmanlardan ve hukukçulardan) tavsiye alması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 4.

³⁶¹ İş adamı kararı kuralının uygulanmasının bir şartı olan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da aranan “kusursuz karar alma süreci”nin, bir yandan uygun bilgi temelinin ve diğer yandan çıkar çatışmalarından uzak olmayı içerdiği ve bunların olmazsa olmaz şartlar olduğu, bununla birlikte, karar verme sürecinin daha da ileri gittiği ve bu gerekliliklerin ötesine geçerek bağımsız öğeler içerdiği, buna göre, özellikle, kurumsal kararlar için tüm iç düzenlemelere uyulması gerektiği, bu bağlamda organizasyonel düzenlemelerin (örneğin, delegasyonlar-yetki devrine ilişkin hükümler) ve görev şemalarının ön plânda olması gerektiği, ayrıca yönetim kurulu veya yönetim komitelerine yönelik düzenlemeler ile talimatların da kararlar alınırken önemli olduğu, sonuç olarak iç düzenlemeler göz ardı edilirse “kusursuz karar verme süreci”nden söz edilemeyeceği yolunda bkz. Kunz, s. 277-278; iş adamı kararı kuralı uygulanırsa, kararın içeriğinin uygulanışına ilişkin kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesine gerek bulunmadığı, bunun yerine kararın “gerekçelendirilebilirliğinin” incelenmesi ile yetinileceği, buna karşılık iş adamı kararı savunmasının koşullarından birinin karşılanmaması nedeniyle bu kural uygulanamazsa, kararın mahkemede objektif özen yükümlülüğü çerçevesinde tamamen inceleneceği yolunda bkz. Gerhard, s. 257; bu kurala göre, mahkemelerin, uygun bilgilere dayalı ve çıkar çatışmalarından arındırılmış kusursuz bir karar alma sürecinde alınan iş kararlarının sonradan değerlendirmesine sınırlama getirmesi gerektiği yönünde bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 4.

³⁶² İş adamı kararı savunmasının korumasını elde etmek için, alınan kararın yönetim organı tarafından kararlaştırıldığı şekilde somut olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. Gerhard, s. 257.

Esasen, yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin vekâlet olması da³⁶³ üyelerin sonuçtan değil, sadece özenli iş görmeden dolayı sorumlu olmalarını gerektirmektedir³⁶⁴. Zîra yönetim kurulu üyeleri, vekil olarak sonuç taahhütleri bulunmadığından, görevlerini özenli bir şekilde yerine getirmeleri kaydıyla, sonuçta bir zarar ortaya çıkmış olsa bile bu zarardan sorumlu tutulamazlar³⁶⁵. Kaldı ki, anonim ortaklığın hiç zarar etmeyeceğini ve her işlemde kâr elde edeceğini düşünmek ve ticaret hayatının doğal bir unsuru olan zarar ve risklerin sorumluluğunu doğrudan yöneticilere yüklemek gerçekçi ve âdil de değildir.

Yönetim kurulu üyelerinin ücret alıp almamasının, sorumluluğu artıran bir etkiye sahip olmadığı ise öğretide tartışmalıdır³⁶⁶. Kanımızca, ücret ödenmemesi sorumluluğu ortadan kaldırmadığı veya azaltmadığı gibi, ücret ödenmesi sorumluluğu artırıcı bir etkiye sahip değildir. Bununla birlikte, yönetim kurulunda malî haklar ve bu bağlamda ücret karşılığında şirketin faaliyet gösterdiği alanla ilgili uzmanlığı (bilgi ve tecrübesi) bulunan kimselere (profesyonellere) görev verilmişse, bu kişiler yukarıda da değindiğimiz üzere, sahip oldukları bilgi ve tecrübe nedeniyle daha ağır bir sorumluluğa tâbi olurlar³⁶⁷. Ancak, sorumluluğun ağırlaşması, ücret ödenmesi nedeniyle değil, bu kişilerin o konuda sahip oldukları uzmanlık, eğitim, bilgi ve tecrübe nedeniyledir.

Diğer yandan, öğretide savunulan bir görüşe göre, kendilerine kanuna uygun bir şekilde yönetim yetkisi devredilen kimselerin aynı zamanda ortaklıkla aralarında bir hizmet akdi bulunması hâlinde, kendilerinin sorumluluğu ağırlaşır, bu durumda sadece

³⁶³ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, IV.

³⁶⁴ İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 260; Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 89; Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 113.

³⁶⁵ Ticarî hayatta meydana gelen başarısızlıkların, bir görev ihlali olduğu sonucuna doğrudan götürmemesi gerektiği, diğer bir deyişle, bir başarısızlığın (zararın) ortaya çıkmasının otomatik olarak bir yükümlülük ihlali olduğu anlamına gelmeyeceği ve sorumluluk sebebi olarak görülmemesi gerektiği, bununla birlikte sorumluların, pay sahiplerinin ve iflâs durumunda alacaklıların aleyhine kolaylıkla “sorumluluktan kaçabilmeleri”nin önlenmesi gerektiği, ancak bunun da potansiyel olarak sorumlu olanların garanti işlevinin bulunmadığı ve başarı için hiçbir sonuç taahhüdünün olmadığı yolundaki ilkeyi değiştirmedığı yönünde bkz. Kunz, s. 274-275; vekilin asli borcunun belirli bir iş veya hizmetin özenli bir şekilde görülmesi ve özen ölçüsü içinde faaliyet gösterilmesi olduğu, ancak vekilin iş görme borcunun kendiliğinden bir sonuç garantisi içermediği, buna karşılık sonuç garantisinin ayrıca açıkça veya zımnî olarak kararlaştırılabileceği yönündeki görüş için bkz. Gümüş, s. 151; vekâlet ilişkisinde sonucun meydana gelmeme rizikosunun vekâlet verene ait olduğu, vekilin sadece sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden dolayı sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 638, 663.

³⁶⁶ Üçışık/Çelik, s. 568; bu konuda eski Kanun döneminde yapılan ayırımlar ve ileri sürülen görüşler için bkz. Mimaroglu, s. 34-35; Atan, s. 21-23; bu konuda ayrıca bkz. Gümüş, s. 337 vd.

³⁶⁷ Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 657, dn. 715.

“tedbirli yönetici” kıstası değil, işçi olarak göstermek zorunda oldukları özen ölçüsü de dikkate alınır³⁶⁸. Bu görüşe katılma olanağı bulamıyoruz³⁶⁹. Zira söz konusu kişilerin sorumluluğuna, hizmet akdi bağlamında gerçekleştirdikleri faaliyet nedeniyle değil, TTK m. 553 uyarınca, yönetici olarak yaptıkları iş ve işlemler dolayısıyla gidilmektedir ve bu konuda kanunun özel olarak düzenlediği kriter TTK m. 369’daki tedbirli yönetici ölçüsüdür. Kanun, hiçbir ayırım yapmadan yönetimle görevli tüm kişiler için bu kriteri öngörmüştür.

Hemen belirtelim ki, yukarıda genel esaslarını ortaya koymaya çalıştığımız özen borcu, mahkeme tarafından yerindelik incelemesi yapılacağı anlamına gelmez³⁷⁰. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, önemli olan husus, yöneticinin karar vermeden önce, tedbirli bir yönetici gibi işin niteliğinin ve özelliklerinin gerektirdiği her türlü bilgi toplama, araştırma, rapor alma, uzmanların görüşlerine başvurma gibi yöntemleri kullanması ve gerekli verileri toplayıp her türlü analiz, müzakere ve değerlendirmeyi yaptıktan sonra kararını vermiş olmasıdır³⁷¹. Yoksa, bu inceleme ve değerlendirmeler gerçekleştirildikten sonra, bunun sonucunda yanlış bir kararın verilmiş ve bir zararın ortaya çıkmış olması, sorumluluğu doğurmayacaktır³⁷². Zira, bu olasılıkta hukuka aykırılık unsuru mevcut olmayacaktır.

³⁶⁸ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 94.

³⁶⁹ Nitekim, öğretilerde de, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda şirkete hizmet sözleşmesi ile bağlı bir kimse olması hâlinde, her iki ilişkinin kaderinin birbirine bağlanamayacağı isâbetli bir şekilde ifade edilmektedir; Kortunay, s. 177.

³⁷⁰ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-73, 75; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.412; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 582, 583; Kortunay, s. 203; hâkimin somut olayı incelerken çekimser kalması ve kendisini yönetim kurulu üyesinin yerine koymaması gerektiği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 192; yerindelik incelemesi yapılamamasının dogmatik bir temele sahip olmasa bile İsviçre’de uzun bir geleneğe sahip bulunduğu, İsviçre mahkemelerinin geçmişte girişimcilik kararlarını yargılamak zorunda kaldığı durumlarda, bunları uygunluk açısından değil, gerekçelendirilebilirlik açısından inceledikleri, sürekli olarak ve özellikle, kendi takdir yetkilerini yönetim kurulu veya yönetimin yerine koymaktan kaçındıkları yönünde bkz. Kunz, s. 275.

³⁷¹ İş adamı kararı savunmasının üçüncü bir koşulu olan “*uygun bilgi temeli*”nin kusursuz karar verme sürecinin bir parçası olduğu, bu kavramın İsviçre Federal Mahkemesi’nin “*bilgi temeli*” şeklinde ifade ettiği koşuldan daha fazlasını ifade ettiği, yönetim kurulu ve yönetim için aktif olarak dikkat edilmesi gereken gerçek bir bilgi yükümlülüğünü öngördüğü, duruma bağlı olarak “*uygun*”dan ne anlaşılması gerektiği, özel sorgulamaların yapılmasını gerektirebileceği, bununla birlikte, gerekli bilgilere ilişkin genel olarak bağlayıcı tanımlar yapılamayacağı, zira yönetim kurulunun her şeyi kapsamlı bir şekilde değerlendiremeyeceği, ancak mutlaka bilgileri seçmesi gerektiği, bu nedenle her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği, raporların (örneğin ekonomik verimlilik raporlarının veya hukukî görüşlerin) her zaman bir sorumlu tutulmama garantisi olmadığı, ancak bu tür görüşlerin düzenli olarak alınmasının en azından yönetim kurulu veya yönetim için “*uygun bilgi temeli*” olarak hizmet edeceği, diğer bir deyişle, uzman görüşleri alınmasının sorumsuzluğu gerektirmediği, ancak uygun bilgi temelini sağlandığını ortaya koyacağı yönünde bkz. Kunz, s. 278.

³⁷² Ayan, s. 76; iş adamı kararı savunmasının uygulanması için gerekli koşulların, esasen süreç odaklı olduğu ve kararın içeriğiyle ilgili minimum gereksinimleri empoze etmediği yönünde bkz. Gerner-

Şüphesiz ki, yönetim kurulu üyeleri, karar verirken takdir hakkına sahip olup³⁷³, yukarıda değindiğimiz inceleme ve değerlendirmelere göre bu takdiri kullanacaklardır. Hatta, yönetim kurulu üyeleri elde ettikleri verilere göre riskli bir işe de girişebilir ve bu yönde karar alabilirler³⁷⁴; önemli olan husus söz konusu riskin

Beuerle/Schuster, s. 206; yöneticilerinin garanti işlevinin bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Kunz, s. 274-275.

³⁷³ Takdir yetkisinin içsel muhakemeyi gerektirdiği, zira üyenin kendi muhakemesine göre iyiniyetle neyin ortaklık yararına olduğuna karar vereceği, bunun sübjektif bir ölçütü ifade ettiği ve bağlılık yükümlülüğünden doğduğu, ayrıca takdir yetkisinin daha çok önemli teknik veya stratejik konularda karar alırken ortaya çıkacağı yolundaki görüş için bkz. Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s.131, 135, 140. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Zîra, öncelikle belirtmek gerekir ki, bizim de katıldığımız görüşe göre, özen ve bağlılık yükümlülüğü birbirinden tamamen bağımsız ve farklı kurallar getirmemekte ve bunların birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (nitekim, bağlılık borcunun özen yükümünü de içine alan bir üst kavram olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 70; ayrıca, özen ve bağlılık yükümlülüğünün birbiriyle ilgili ve birbirine bağlı iki yükümlülük olduğu yönünde bkz. Battal, s. 32; İngiliz Hukukun bakımından yöneticilerin görevlerinin bağımsız nitelikte olmadığı ve bağlılık borcunun ihlâlinin büyük olasılıkla yöneticilerin özen borcunu ihlâl ettiklerine dair ek iddialara yol açabileceği yolunda bkz. Lowry, s. 612; buna karşılık, vekilin sadakat yükümünün özen yükümü ile ilişkisi hakkında ve bu bağlamda her iki yükümün birbirinden farklı olduğu yönündeki görüş için bkz. Gümüşi, s. 157-159; aynı yönde bkz. Ayan, 74 vd.). Gerçekten, dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde şirket menfaatlerinin gözetilmesi gereği, özen yükümlülüğüne de dâhil bir kuraldır. Nitekim, madde gerekçesinde de, bağlılık yükümlülüğünün temel bir özen kuralı olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, yöneticinin özen yükümlülüğünü yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması ve şirket menfaatlerini gözetmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Diğer bir deyişle, özen yükümlülüğü yerine getirilirken ve bu bağlamda takdir hakkı kullanılırken, bağlılık yükümlülüğüne uygun davranılması gerekecektir. Takdir yetkisi de, “*tedbirli yönetici*” gibi hareket edilerek özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bağlamında ortaya çıkan yetki olup, tedbirli bir yöneticinin yapacağı, bilgi toplama, araştırma, inceleme ve değerlendirme sonucunda karar alırken sahip olduğu hareket (karar alma) serbestisidir. Yoksa, özen yükümlülüğü yerine getirilmemişse, yönetim kurulu üyesinin iyiniyetle şirketin menfaatine olacağı düşüncesiyle yaptığı işlemler, takdir hakkından bahisle uygun görülemez. Ayrıca, yazar, TTK m. 369’da yer alan “*dürüstlük kuralı*”nın TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı olmadığını, m. 3’te yer alan sübjektif iyiniyet kuralı olduğunu ileri sürerek, hükmün objektif kriter getirme yolundaki lafzına, gerekçesine, temel amaç ve felsefesine de kanımızca ters düşmüş bulunmaktadır. Zîra, bu görüş kabul edildiği takdirde, yönetim kurulu üyesinin kendi içsel muhakemesine göre şirket yararına olduğunu düşündüğü hiçbir işlemde dolayı sorumlu tutulamaz sonucunu doğacaktır. Oysa, “*tedbirli yönetici*” kriterinin bunu kastetmediği açıktır. Diğer yandan, takdir yetkisinin daha çok önemli kararların alınmasında ortaya çıkacağı yolundaki bakış da kanımızca hatalıdır. Zîra, takdir yetkisi, önem derecesinden bağımsız olarak her türlü işlemden söz konusu olabilir, bu konuda somut özellikle belirleyici olacaktır. Ayrıca, takdir yetkisinin özen borcu ile ilgili bir kavram olduğu yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88; iş adamı kararı ilkesinin (business judgement rule) takdir yetkisinin sınırlarını belirleyerek özen yükümlülüğünü somutlaştırdığı ve takdire dayalı karar verilirken izlenmesi gereken ilkeleri ortaya koyduğu yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 268-269.

³⁷⁴ Avrupalı yasa koyucuların, aşırı temkinli şirket yöneticilerinin, tedbirsiz veya “*uyuşuk*” yöneticiler ve isteksiz sermaye sağlayıcıları olarak ulusal ekonomileri için gerçek bir tehdit oluşturduğunun farkında oldukları, nitekim iş adamı kararı kuralının artan popülaritesinin ve yönetsel kararlar üzerindeki adli kontrolü kısıtlayan benzer yasal tekniklerin benimsenmesinin bunu gösterdiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 233; yöneticilerin kişisel sorumluluktan kaçınmak için sürekli olarak riskten kaçınacak şekilde davranmalarının şirket pay sahiplerinin menfaatine olmayacağı ve bu endişenin iş adamı kararı kuralı ile kurumsal kararlar alanında dikkate alındığı yolunda bkz. Gerhard, s. 255; yönetim kurulunun, içerik bakımından risklerle ilişkili olsa bile proaktif (ileriye etkili, önden etkili) girişimci eylemlerde bulunma, “*gayret ve cesaret gösterme*” yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 2.

tedbirli bir yöneticinin göze alabileceği bir risk olmasıdır³⁷⁵. Bu bağlamda hâkim, sonuca bakmayacak, yerindelik incelemesi yapmayacak, yöneticinin belirttiğimiz usûllere uygun davranıp davranmadığını inceleyip değerlendirecektir. Nitekim, TTK m. 374'te de yönetim kurulunun, kanun ve esas sözleşme uyarınca, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğu düzenlenmek suretiyle yönetim kurulu üyelerinin takdir hakkına işaret edilmiş bulunmaktadır.

Kanunda, yönetim kuruluna genel olarak geniş bir takdir hakkı tanınmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin bazı borç ve yükümlülükleri (örneğin, TTK m. 358, 379, 393, 395, 396) takdir hakkına yer bırakmayacak şekilde ayrıntılı olarak belirlenmiş olup, takdir yetkisi tanımayan bu görev ve yetkilerin yerine getirilmemiş olması, özen borcunun ihlâl edildiğini ve bu şekilde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğini ortaya koymaya yeterli olabilir³⁷⁶.

Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini özenle yerine getirdiklerinden söz edilebilmesi için, aynı zamanda şirketin menfaati doğrultusunda hareket etmiş olmaları da zorunludur³⁷⁷. Zira üyeler, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek zorundadırlar; bu, bağlılık borcunun da bir gereğidir (TTK m. 369). Bu nedenle, menfaat çatışması hâlinde, üyeler ortaklığın menfaatini üstün tutmalıdırlar³⁷⁸. Bu bağlamda, şirketin menfaatleri ile yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerinin

³⁷⁵ Yöneticilerin ve hissedarların çıkarlarını uyumlu hale getirmek için bir mekanizma olarak özen gösterme görevinin etkinliğinin ve aynı zamanda, yöneticilere etkili bir risk almayı teşvik etmek için yeterince geniş bir takdir yetkisi tanınmasının yöneticilerden beklenen özen düzeyine bağlı olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 231; işle ilgili riskler almanın, tek başına dikkatsizlik anlamına gelmeyeceği, hatta (buna karşılık) riskten kaçınma ve münferit olaylarda hareket etmemenin (pasif kalmanın) bazı hâllerde dikkatsizlik, özensizlik teşkil edebileceği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 3.

³⁷⁶ Nitekim, iş adamı kararı savunmasına konu olabilecek bir karardan söz edilebilmesi için, yönetim tarafından alınmış olmasının yeterli bulunmadığı, içerik açısından farklı görüşlerin ortaya çıkabileceği (farklı kararların alınabileceği) nitelikte bir dar anlamda "*ticaret olayı*" (somut iş) olması gerektiği yönünde bkz. Kunz, s. 277; görevin yerine getirilmemesinin yükümlülük ihlâli teşkil ettiği konusunda ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-74; bu bağlamda, yönetim kurulunun yeniden yapılandırma tedbirlerini seçerken geniş bir takdir yetkisi olsa bile, aşırı borçlanma durumunda mahkemeye bildirimde bulunulması konusunda sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu yönünde bkz. Gerhard, s. 264. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 2.

³⁷⁷ Bu konuda bkz. aşağıda Birinci Bölüm, VI, F, 2.

³⁷⁸ Çıkar çatışmalarının, şirketler hukukunun temel sorunlarından biri olduğu ve iş adamı kararı kuralının bir koşulu olan çıkar çatışmalarının olmamasının, ayrıca kusursuz karar verme sürecinin parçalarından biri olduğu yönünde bkz. Kunz, s. 278.

çatışması durumunda, özen ölçüsü ağırlaşır³⁷⁹. Şayet, ortaya çıkan sonuç ortaklık bakımından zarara sebebiyet verip, üyelerin doğrudan veya dolaylı olarak lehlerine (menfaatlerine) olmuşsa, burada daha katı bir özen ölçüsü kriter olarak alınacak ve özen borcu ile bağlılık borcu bir arada değerlendirilecektir.

TTK m. 369'un gerekçesinde, özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceğinin şüphesiz olduğu ifade edilmiş, ancak bunun esas sözleşme ile mi, yoksa özel bir sözleşme ile mi yapılabileceği konusunda bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu konuda ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasında bir borçlar hukuku sözleşmesi yapılmasına hukuken bir engel bulunmadığı kanısındayız. Diğer yandan, esas sözleşmeye bir hüküm konulması bakımından ise, TBK. m. 369'da öngörülen özen ölçüsünün asgarî bir ölçü olduğu dikkate alındığında, bundan daha ağır bir ölçünün esas sözleşmeye konulması kanımızca mümkün olup, böyle bir düzenleme TTK. m. 340'da yer alan emredicilik ilkesine aykırı olmayacaktır. Özen borcunun azaltılması konusunda ise öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, TTK m. 553 ve 369'un emredici hüküm niteliğini taşımaları (TTK m. 340) nedeniyle özen ölçüsünün azaltılmasına yönelik olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamaz³⁸⁰. Diğer bir görüş ise, sorumluların TBK m. 115/2, 3 çerçevesinde hafif kusurdan sorumlu tutulmayacaklarının sözleşmede öngörülebileceği yönündedir³⁸¹. Biz de özen ölçüsünün azaltılmasına yönelik olarak borçlar hukuku sözleşmesi yapabileceği, ancak TTK m. 369'da belirtilen ölçünün asgarî olması ve bu hükmün emredici olması nedeniyle esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulamayacağı (TTK m. 340) kanısındayız³⁸².

³⁷⁹ Bu bağlamda, pay sahiplerinin menfaatlerinin bir işletmeyi etkilediği durumlarda daha fazla özen gösterilmesi gerektiği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 3.

³⁸⁰ Arslanlı, s. 168; Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 662.

³⁸¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-132.

³⁸² Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, M.

2- Bağlılık (Sadakat) Borcu

TTK m. 369’da ayrıca bağlılık (sadakat) borcu³⁸³ düzenlenmiş olup, bu borç şirket menfaatlerinin dürüstlük kuralına uyularak gözetilmesini gerektirmektedir³⁸⁴. Organın bağlılık borcu, pay sahiplerine değil, ortaklığa karşıdır³⁸⁵. Bağlılık borcu, emredici nitelikte olup, sözleşmeyle kaldırılamayacağı gibi hafifletilemez, ancak ağırlaştırılabilir³⁸⁶.

³⁸³ Bağlılık borcunun Avrupa Birliği ülkelerinde, özen borcuna göre daha az tutarlı bir şekilde düzenlendiği, bu bağlamda Almanya’da şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü (AktG 88) bağlamında düzenlendiği, ayrıca genel güven ilkelerinden de kaynaklandığı, İngiltere’de de menfaat çatışmasından kaçınma yükümlülüğü (CA 175) ve menfaati bulunan işlemleri beyan etme yükümlülüğü (CA 177) bağlamında düzenlendiği, Fransa’da ise açıkça düzenlenmediği ve yasal temelini açık olmadığı, bunun yöneticinin rolünden mi yoksa dürüstlük kuralından mı kaynaklandığı konusunda tartışmanın olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 120-121, 125; bağlılık borcu, bunun uzun bir geleneğe sahip bulunduğu ve önemli sayıda içtihadın ona iyi tanımlanmış sınırlar verdiği ve ayrıca Avrupa Birliği’ne üye devletlerde düzenleniş biçimi ve bu bağlamda, Fransız hukukunda, genel bir sadakat yükümlülüğünün varlığı yaygın olarak kabul edilmekle birlikte, görevin yasal dayanağının belirsiz olduğu, Fransa ve Almanya’da mahkemelerin, çıkar çatışmalarına ilişkin yasalarda düzenlenmiş kuralları desteklemek için yazılı olmayan, geniş çapta uygulanabilir bir sadakat yükümlülüğü belirledikleri, bu bağlamda, mahkemelere erişim ve yargı sisteminin düzgün işleyişine güvenmenin, belirli bir yasama veya düzenleyici tarzdan daha önemli görüldüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 206 vd., 213, 232; bağlılık borcunun İngiliz Hukukunda düzenlenme biçimi, mâhiyeti ve bu düzenlemenin yapılmasına hâkim olan anlayış konusunda ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz. Lowry, s. 607 vd.

³⁸⁴ Bağlılık borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 47 vd.; yönetim kurulu üyeleri için özen borcunu da içine genişlikte bir bağlılık borcunun kabul edildiği ve bunun bir üst kavram olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 70, 76; Kural olarak, şirketin çıkarlarının, kâr elde etme amacıyla çalışmaktan, yani payın değerini korumak veya artırmaktan oluştuğu, bu sayede çalışanların ve diğer paydaşların çıkarlarının da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 7; Avrupa Birliği’ne üye devletlerde, “*şirketin menfaati*” kavramının tanımının farklılık gösterdiği, bazı ülkelerin kavramı neredeyse hissedar çıkarlarıyla eşanlamlı olarak kullanırken, diğerlerinin hissedarlar, alacaklılar ve çalışanlar, hatta kamu yararını da içerecek şekilde daha geniş, daha “*kapsayıcı*” bir tanım olarak kullandığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 223; İngiliz Hukukunda öngörülen bağlılık borcu (CA 172) uyarınca, bir yöneticinin, iyi niyetle, şirketin başarısını bir bütün olarak üyelerinin yararına teşvik edeceğini düşündüğü şekilde hareket etmesi gerektiği ve bunu yaparken de -diğer hususların yanı sıra-, (a) herhangi bir kararın uzun vadede olası sonuçlarını, (b) şirket çalışanlarının çıkarlarını, (c) şirketin tedarikçiler, müşteriler ve diğerleri ile iş ilişkilerini geliştirme ihtiyacını, (d) şirketin faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkisini, (e) şirketin yüksek iş davranış standartlarıyla itibarını sürdürmesinin arzu edilirliliğini ve (f) şirket üyeleri arasında adil davranma ihtiyacını dikkate alması gerektiği, buna göre, yöneticiler, nihai olarak hissedar çıkarlarını teşvik etmekle yükümlü olsalar da, şirketin ilişkilerini ve performansını etkileyen faktörleri hesaba katmaları gerektiği, bununla birlikte CA 172/1’de açıkça belirttiği gibi, pay sahiplerinin çıkarlarının (bireysel çıkarlar değil, şirket pay sahibi olarak çıkarlar), şirketin başarısını teşvik etmede yöneticilerin birincil endişesi olmaya devam ettiği yönünde bkz. Lowry, s. 614-617.

³⁸⁵ Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 314; Yönetim kurulunun sorumluluğunun genel kurula karşı olduğu yönünde bkz. Battal, s. 32; Avrupa Birliği ülkelerinde yönetim kurulu üyelerinin borçlarının kime karşı olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalar ve bu bağlamda Almanya, Avusturya ve İngiltere’de ortaklığa karşı borçların bulunduğu, üyelerin gücünü pay sahiplerinden değil, şirketten ve ana sözleşmeden aldıkları, doğrudan pay sahiplerine, alacaklılara karşı olabileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 55 vd.; yöneticilerin güvene dayalı görevlerini her zaman şirkete borçlu oldukları yönünde ayrıca bkz. Lowry, s. 616.

³⁸⁶ Ayan, s. 36.

Bu borç, esasen, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen, rekabet yasağı (TTK m. 396), müzakerelere katılma yasağı (m. 393), şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395) gibi borçların ve bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 392), yönetim kurulu toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkı (TTK m. 390), genel kurul kararlarının iptali için dava açma hakkı (TTK m. 446/1, d) gibi hakların da kaynağını teşkil etmekte olup³⁸⁷, buna göre yönetim kurulu üyeleri şirketin menfaatlerini ön plânda tutmakla yükümlüdürler³⁸⁸. Ayrıca, bağlılık borcunun bir uzantısı olarak, yönetim kurulu üyeleri, görevlerini bizzat (şahsen) yerine getirmekle yükümlü olup, diğer bir üyeye ve üçüncü bir kişiye, örneğin toplantılara katılmak, oy kullanmak, bilgi almak vs. için yetki veremezler³⁸⁹ (TTK m. 390/2).

Böylece, kanun koyucu, anonim ortaklıklarla ilgili olarak, şirketin yanı sıra, pay sahipleri, alacaklılar, yatırımcılar, çalışanlar, tacir yardımcılar, kamu gibi birçok kimsenin menfaat sahibi olmasına rağmen, menfaat çatışmalarını dikkate alarak şirketin menfaatini herkesi menfaatinin önünde tutmuş ve bunu tercih etmiştir³⁹⁰. Zîra

³⁸⁷ Ayan, s. 31, 121 vd.; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 315 vd.; İsviçre hukukunda hâkim doktrine göre, yönetim kurulunun bağlılık borcunun, ayrıca gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünü içerdiği, ayrıca İsviçre şirketler hukukunda, rekabet etmeme yönünde hiçbir hükmün bulunmadığı, ayrıca içtihat hukukundan da bu konuda neredeyse hiçbir sonuç çıkarılamayacağı, bununla birlikte, böyle bir yasağın, hâkim doktrine göre, 717. maddenin 1. paragrafında yer alan bağlılık borcundan doğduğu, buna göre genel bir rekabet yasağının olmadığı, m. 717/1'e göre bağlılık borcunun bir parçası olarak izin verilmeyen rekabetin kapsamına temelde rekabetçi olduğu düşünülen tüm davranış biçimlerinin gireceği, yani rekabet kapsamındaki her davranışın otomatik olarak yasak kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla rekabet etmeme hükmünün içeriği ve kapsamının, her durum için somut durumun özelliklerine göre ayrı ayrı belirleneceği yolunda bkz. Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 717, N. 165, 174-175; bağlılık borcu bağlamında, şirket ile bir yönetim kurulu üyesi arasındaki yasal bir işlemin yazılı olarak yapılması gerektiği, ayrıca, bir yönetim kurulu üyesinin kendisi ve şirket için aynı anda imzalamasına izin verilmeyeceği (kendi kendisiyle sözleşme ve işlem yapma yasağı), bu tür işlemler ve bir yönetim kurulu üyesine yakın üçüncü şahıslarla yapılan işlemler için, yönetim kurulunun, bunların bağımsız üçüncü şahıslarla da aynı şartlarda sonuçlandırılıp sonuçlandırılmayacağını kontrol etmesi gerektiği ("*emsallerine uygun muamele*") yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 7..

³⁸⁸ Bağlılık (sadalet) borcu gereği, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin şirkete zarar verebilecek her şeyden (her türlü hareketten) kaçınmaları gerektiği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 6; Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 6; İngiliz hukukunda, yöneticilerin bağlılık borcunu güçlendirmeye hizmet etmek üzere CA 417'de bir açıklama ve bilgilendirme mekanizması öngörüldüğü, bunun amacının şirket üyelerini bilgilendirmek ve yöneticilerin görevlerini CA 172'de şirketin başarısını teşvik etme görevi şeklinde düzenlenen bağlılık borcuna uygun olarak yerine getirip getirmediğini değerlendirmelerine yardımcı olmak olduğu yönünde bkz. Lowry, s. 621; Bağlılık yükümlülüğünün özellikle halka açık anonim ortaklıklarda önemini ve derinliğini artırdığı konusunda bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 178.

³⁸⁹ Bu konuda bkz. Hasan Pulaşlı, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili", **Prof. Dr. Fahman Tekil'e Armağan**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003, 165-177; Dinç, s. 22.

³⁹⁰ Ayan, s. 47-48, 55; Altay, **Azilde Yetki Sorunu**, s. 2; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 311 vd.; anonim ortaklıklarda menfaat grupları ve menfaat çatışmaları konusuna ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şehirli Çelik(Kırca/Manavgat), s. 246 vd.

şirket işleyişinde menfaatlerin çatışması kaçınılmazdır, hatta, tek pay sahibi olsa da şirket menfaati ile pay sahibinin menfaati dahi her zaman örtüşmez³⁹¹. Şüphesiz bu tercih, şirket dışındaki menfaatlerin dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir; yönetim kurulu üyeleri, şirketin menfaati ile birlikte diğer tüm menfaat sahiplerini de gözetecekler, ancak hiçbir menfaati şirket menfaatinin önüne geçirmeyecekler ve menfaatlerin çatışması hâlinde, şirket menfaatinin üstün tutacaklardır. Hatta, yönetim kurulu üyeleri, kendi menfaatleri ile ortaklığın menfaatlerinin çatışması hâlinde dahi, ortaklık menfaatlerini üstün tutmak zorundadırlar³⁹². Bu konudaki istisna, şirketler topluluğuna ilişkin TTK m. 203-205 olup, TTK m. 369/2’de bu hükümler saklı tutulmuştur³⁹³.

Şirket menfaati, bağlılık borcunun merkez noktasını teşkil etmekte olup, başka bir menfaatin şirket menfaatinin önüne geçirilmiş olması, bağlılık borcunun ihlâlini teşkil eder. Bununla birlikte, bu borca aykırılık için, başka bir kimsenin menfaatine

³⁹¹ Ayan, s. 55, 57, 106; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 313.

³⁹² Ayan, s. 47-48, 55; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 313; Çamoğlu, **Rekabet Yasağı**, s. 358; bu doğrultuda ve ayrıca, tek ortaklı şirketler ile ilgili açılacak sorumluluk davalarında özen yükümlülüğü bakımından daha sıkı ölçütler uygulanabileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 204, 205; yönetim kurulu üyesinin karar alırken şirket üzerinde güce sahip üçüncü bir kişinin etkisi sonucunda vermiş olması hâlinde, alınan kararda şirket menfaatlerinin gözetilmediği ihtimalinin ağır basacağı yönünde bkz. Kırcı, **Takdir Yetkisi**, s. 93; bağlılık borcunun yönetici ile şirket arasında bir çatışmaya veya potansiyel çıkar çatışmasına neden olan herhangi bir durum için kapsamlı bir şekilde geçerli olduğu, iki kademeli bir kurul yapısına sahip hukuk sistemlerinin, genellikle, çıkar çatışmalarını hafifletmek için farklı organlar arasında yetki tahsisini de kullandıkları, çıkar çatışmalarının (1) ilişkili taraf işlemleri, yani yönetici şirket ile işlem yapan başka bir işte büyük bir hissedar veya ortak olarak yer aldığı için doğrudan veya dolaylı olarak şirket ile yönetici arasındaki işlemler ve (2) kurumsal fırsatlar, yani, şirkete ait bilgilerin kullanılması olmak üzere iki kategoriye ayrılabilir ve bu kategoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 207 vd.; şirket ile bir yönetim kurulu üyesi arasında açık bir çıkar çatışması olması durumunda, yönetim kurulu üyesinin, yönetim kuruluna bu işin şirkete zarar verebileceğini bildirmeden basitçe toplantıya katılmama yükümlülüğüne uygun olarak toplantıya katılmaktan imtina etmekle yetinirse sadakat görevini ihlal etmiş olacağı, ayrıca yönetim kurulu üyesinin şirket ile her türlü rekabetinin, bağlılık borcunun ihlâli anlamına geleceği, genel kurul önceden var olan rekabet durumu hakkında bilgi sahibi olarak bir kimseyi yönetim kurulu üyesi seçse bile, bu kişinin alacaklılara karşı zararlarından sorumlu olmaya devam edeceği, ayrıca bağlılık borcunun önemli bir yönünün sır saklama (gizlilik) yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 8-9; bu konuda ayrıca bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 6.

³⁹³ Şirketler topluluğuna tâbi bağlı şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin farklı bir sadakat yükümlülüğüne tâbi kıldıkları yönünde ve bu sadakat yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 112 vd.; diğer yandan, TTK m. 369’a benzer bir hükmün TTK m. 202/1-d’de yer aldığı konusunda bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 432; TTK m. 369/2 hükmü ile, şirket menfaatlerinin esas alınması gereğinin tümüyle bertaraf edilmediği, sadece atıf yapılan hükümlerin izin verdiği ölçüde bir muafiyet tanındığı yönünde bkz. Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 54; grup ilişkilerinde bile, şirket sözleşmesinin amaç maddesinde grubun çıkarlarının desteklenmesi öngörülmüş olmadıkça, bağlılık borcunun temelde sadece yönetim kurulu üyesinin bulunduğu şirketin çıkarlarını kapsadığı yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 6; aynı doğrultudaki açıklamalar ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı yöndeki BGE 130 III 213 E 2.2.2 kararı için bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 9; bağlılık borcunun şirketler topluluğu bakımından katı bir şekilde uygulanmasının sorunlara yol açabileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 204-205.

hareket edilmiş olması zorunlu olmayıp, kriter, şirket menfaatine uygun hareket edilip edilmediğidir³⁹⁴. Şirket menfaati, kâr etme amacıyla kurulan ve faaliyet gösteren şirketin malvarlığının korunması, kârlılığın ve işletme değerinin artırılması ve mali durumun güçlendirilmesi suretiyle sağlanabilecektir³⁹⁵. TTK m. 369’da, şirket menfaatlerinin gözetilmesi konusunda kriter, dürüstlük kuralları olarak düzenlenmiştir³⁹⁶. Böylece, kanun, bu konuda sınırlayıcı bir yaklaşım getirmemiş ve her somut olayda değerlendirilmek üzere objektif bir kriter olarak dürüstlük kurallarının esas alınmasını öngörmüştür. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin yaptığı içsel değerlendirme (sübjektif iyiniyet) değil, TMK m. 2’de düzenlenen objektif iyiniyet kuralları (dürüstlük kuralı) esas alınacaktır³⁹⁷.

Bağlılık borcu sorumluluk davası ile yakından ilgili olup, borcun ihlâli, diğer unsurların da gerçekleşmesi hâlinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektirir³⁹⁸. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini özenle yerine getirmeleri tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda şirketin menfaati doğrultusunda

³⁹⁴ Ayan, s. 47 vd.; ayrıca bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 270.

³⁹⁵ Şirket menfaatinin somutlaştırılması için, şirketin amacı ve faaliyet konusuna uygun işlem yapılması, şirketin değerini ve kârlılığı artıran işlemler yapılması, sermayenin korunması, likiditenin şirketin ihtiyaçlarına ve durumuna göre düzenlenmesi, pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınması gerektiği ve ayrıca bunun yönetim kurulu üyelerinin özenli, dürüst ve eşit bir biçimde karar alması ve davranması suretiyle sağlanabileceği yönünde bkz. Ayan, s. 47, 55-56; şirket menfaati ve bu konuda kullanılan kriterler (şirketin amacı ve konusu, şirketin menfaatinin pay sahiplerinin menfaati ile örtüşüp örtüşmediği, şirketin değeri) konusunda ve ayrıca son yıllardaki eğilimin bu kavramı, pay sahiplerinin, alacaklıların, müşterilerin, çalışanların ve devletin çıkarı olarak algıladığı ve bu çıkar grupları arasında bir denge kurulmasını aradığı yolunda bkz. Şehirali Çelik(Kırca/Manavgat), s. 271-273; şirket menfaatinin, şirketin ekonomik ve hukuki alandaki varlığını en iyi şekilde devam ettirmesini sağlamayı ifade ettiği ve bunun içeriğinin uygulamada somutlaşacağı yönünde bkz. Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 311-312.

³⁹⁶ Dürüstlük kuralının bağlılık borcunun merkezinde yer aldığı yönünde bkz. Altay, **Azilde Yetki Sorunu**, s. 2; sadakat yükümlülüğünün dürüst davranma yükümlülüğünün özel bir görünümü olduğu, ancak bundan daha ağır bir yükümlülük getirdiği yolunda bkz. Ayan, s. 34; bu bağlamda, şirketin ancak meşru menfaatlerinin gözetilebileceği, bağlılık yükümlülüğünün buna ilişkin olduğu yönünde bkz. Battal, s. 32-33.

³⁹⁷ Buna karşılık, Hacımahmutoğlu, hükümde kastedilen dürüstlük kuralının TMK m. 3’te yer alan sübjektif iyiniyet kuralı olduğunu savunmaktadır; bkz. **Business Judgement Rule**, s. 132. Yazar, kanımızca bir çelişkiye düşerek, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini yerine getirirken ve yönetim ve temsil fonksiyonlarını gerçekleştirirken dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini, üyenin içsel durumunun önem taşımadığını ifade ettikten sonra, bağlılık yükümlülüğünde içsel durum ve sübjektif değerlendirmenin rol oynadığını ve buna göre yönetim kurulu üyesi ortaklık yararına olduğunu düşünerek bir işlem yapmış ve bu işlem bir zarara sebebiyet vermiş olsa bile, üyenin sorumlu olmayacağını savunmaktadır. Üyenin bu durumda sorumlu olmaması, ancak “*tedbirli bir yönetici*” gibi özenli davranarak her türlü bilgi toplama, analiz, inceleme ve değerlendirme faaliyetini gerçekleştirmiş olması ve objektif dürüstlük kurallarının yapılan işlemin şirket yararına olduğunun düşünülmesini haklı göstermesi hâlinde mümkündür.

³⁹⁸ Bağlılık borcunun ihlâli ile sorumluluk davası arasındaki bağ için ve ayrıca ihlâlin sonucunun sorumluluk davası olduğu, ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediğinin sorumluluk davalarında önemli bir değerlendirme ölçütü olduğu yönünde bkz. Ayan, s. 31, 32, 49, 199 vd.

hareket etmiş olmaları da zorunludur³⁹⁹. Her iki borca uygun davranılmış olması hâlinde ise, şirket zararı ortaya çıksa dahi, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsedilememesi gerekir⁴⁰⁰.

G- Aslî Sorumluluk - Gözetim Sorumluluğu

Kanunumuz (TTK m. 367), yönetim kurulunun kanundan ve esas sözleşmeden doğan yetkilerinin devredilebilmesine olanak tanımıştır⁴⁰¹. Buna göre, yönetim kurulu, vazgeçilmez ve devredilemez olduğu düzenlenenler dışındaki⁴⁰² yetkilerini kısmen veya tamamen bir veya birden fazla yönetim kurulu üyesine veya üçüncü şahıslara devredebilir⁴⁰³. Bu konuda, TTK m. 367’de özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve esas sözleşmeye konulacak bir hükme istinaden iç yönerge düzenlenmesi öngörülmüştür⁴⁰⁴. Temsil yetkisinin devri ise, farklı bir hükümde TTK m. 370’te düzenlenmiştir⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Bu yönde ve ayrıca, sadakat yükümlülüğü ile özen yükümlülüğü arasındaki ilişki ve bu bağlamda her iki yükümlülüğün birbirinden bağımsız olduğu yolunda için bkz. Ayan, s. 32, 74 vd.

⁴⁰⁰ Ayan s. 76; yöneticilerinin garanti işlevinin bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Kunz, s. 274-275.

⁴⁰¹ Yönetim yetkilerinin devri ve devrin geçerlilik koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 93 vd.; Doğan, s. 113; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 81 vd.; Kortunay, s. 83 vd.; Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 179-200. TTK’nın, yönetimin tek kurullu veya iki organlı anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak tanıyan esnek bir sistem kabul ettiği yönünde bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 125; aynı doğrultuda ve ayrıca üst gözetim sistemleri bağlamında dualist ve monist sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şaban Kayıhan, **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 35 vd. ETTK döneminde yönetim fonksiyonlarını tek bir organda toplandığı ve böylece “*tekli yönetim kurulu yapısı*”nın benimsendiği, yönetim yetkilerinin devri konusunu düzenleyen yeni TTK m. 367’nin gerekçesinde yetki devri ile birlikte yönetim kurulundan ayrı bir organın yaratılmadığı ve yönetim kurulu ile yönetim arasında kesin bir ayırım bulunduğu fikrinin reddedildiği ifade edildikten sonra, yeni getirilen düzenin yönetim yapısının tekli veya ikili sistem uyarınca oluşturulmasına olanak tanıdığı belirlenmiş olmasını eleştirmekte, tekli yönetime ilişkin bir düzenlemenin ikili sistemin gereklerini yerine getirmesinin mümkün bulunmadığını, bunun için ayrıca ve açıkça düzeltme yapılmasına ihtiyaç bulunduğu yönünde bkz. Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, s. 167; aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 21 vd.; yönetim kurulunun organizasyon modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Doğan, s. 23 vd.; Ay Kaplan, s. 30 vd.; tekli ve ikili yönetim yapısı hakkında eski Kanun döneminde yayımlanan ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz. Mustafa Ünal, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, **BATİDER**, C. XI, S. 3, 1982, s. 49-89.

⁴⁰² Devredilemez görev ve yetkilerin, mutlaka yönetim kurulunun bizzat yapması zorunlu olan görevler olmadığı, ancak kim yaparsa yapsın bunların sonuçlarından mutlaka sorumlu olduğu hâller anlamına geldiği yolunda bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 127.

⁴⁰³ Yönetim kurulu görevlerinin genel kurula devredilemeyeceği ve sadece alta olacak şekilde yetki devri yapılabileceği yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 273.

⁴⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 163 vd.; Himmet Koç, **Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 55 vd.

⁴⁰⁵ Temsil yetkisinin devri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Cenkeci, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 30 vd.; ayrıca bkz. Kortunay, s. 134 vd.

Yönetim yetkilerinin devri, sorumluluğu etkileyen bir durumdur⁴⁰⁶. Zîra, görev ve yetkiler ile sorumluluk, madalyonun iki yüzü gibidir. Bu nedenle, geçerli bir yetki devriyle birlikte sorumluluk da devredilmiş olur ve yönetim kurulu üyeleri, devredilen yetkiler bakımından kural olarak sorumluluktan kurtulurlar⁴⁰⁷. Yetkiyi devralanlar ise, kendilerine yetki verilen konular hakkında sorumluluğa tâbi bulunup, devredenler de devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri ile gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından sorumlu olurlar⁴⁰⁸. Bu konuda, TTK m. 553/2’de, kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organ veya kişilerin, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacakları düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim yetkilerinin geçerli bir şekilde devri ile birlikte, aslî sorumluluk - gözetim sorumluluğu ayrımı söz konusu olur⁴⁰⁹. Buna karşılık, yetki devrinin bulunmadığı veya geçersiz olduğu hâllerde böyle bir ayırım da gündeme gelmez. Geçerli bir yetki devri hâlinde, yönetim yetkilerini devralanlar asli sorumluluğa, devredenler (yönetim kurulu üyeleri) ise gözetim sorumluluğuna tâbi olurlar⁴¹⁰. Bu ayırımın anlamı, özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bakımından ortaya çıkacak ve önem arz edecektir. Zîra, bir işlemi bizzat gerçekleştiren veya gerçekleştirmesi gerekenle, sadece gözetim yükümlülüğü bulunan kimseler aynı ölçüde sorumlu olmayacak ve sorumluluk miktarları bu ayırım da dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 191-194, 279 vd.; Doğan, s. 247 vd.; Kortunay, s. 97 vd.; Koç, s. 131 vd. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, b, bb.

⁴⁰⁷ Tekinalp, yetki devrinin devreden sorumlu olduğunu ortadan kaldıracığını, devreden devrettiği görev ve yetkiler bakımından sorumsuzlaşacağını, devrin devralanları organ konumuna getirebileceğini, ancak bunun zorunlu olmadığını, devir bir organın oluşması sonucunu doğurmuşsa “*tam bir sorumsuzluk*” durumunun oluşacağını, buna karşılık devir yönetim işlevinin devri değil de görevlendirme şeklindeyse devreden sorumlu olduğunun kural olarak devam edeceğini ifade etmektedir; **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-67, 68. Ayrıca, yetki devri geçersizse yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulamayacağı, buna karşılık geçersiz yetki devrinin de tek başına bir sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Battal, s. 37.

⁴⁰⁸ Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 40; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 42; Kortunay, s. 98.

⁴⁰⁹ Altay, **Yetki Devri**, s. 191-194, 200-203, 279 vd.; devredilebilir yetkilere ilişkin gözetim yükümlülüğünün kanunî dayanağının TTK m. 553/3 olduğu konusundaki görüş için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-72.

⁴¹⁰ Fransa’da, icracı olmayan ve komite üyesi olmayan yönetim kurulu üyelerinin genellikle meslektaşlarını izlemelerinin gerekmediği, bir yönetici onlara yanlış bilgi verirse veya onları aldatırsa, bu açık olmadıkça sorumlu tutulmalarının pek mümkün olmadığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 104.

⁴¹¹ Yönetim yetkilerini usûlüne uygun bir şekilde devreden ve bu suretle gözetim sorumluluğuna tâbi olan kimselerin, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında sorumluluk bireyselleştirilirken, seçimde mâkul özen gösterilmemesi hâli hariç olmak üzere hiçbir zaman yetkiyi devralan ve aslî sorumlu olan kimselerle eşit sorumluluk altına girmemeleri gerektiği yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 17-18.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir husus da, TTK m. 375/e’de düzenlenen üst gözetim yükümlülüğünün yönetim yetkilerinin devrinden bağımsız olan ve her zaman devam eden (sürekli) bir yükümlülük olduğu ve aslî sorumluluk doğurduğudur⁴¹². Üst gözetim, devredilemez görev ve yetkiler arasında olup, yönetim yetkileri devredilse dahi, üst gözetim yükümlülüğü devredilmiş olmaz, yönetim kurulunda kalmaya devam eder⁴¹³. Gözetim sorumluluğu ise, sadece yetki devrinde, devreden yönetim kurulu üyelerinin yetkiyi devralan kimselerin kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergeye, yönetim kurulunun talimatlarına uygun davranıp davranmadığını gözetme konusunda gündeme gelen bir ayırım ve sorumluluktur⁴¹⁴. TTK m. 375/e hükmü, hem aslî sorumluluk sebebi olarak üst gözetim yükümlülüğünün hem de yetki devrinde devredenler bakımından söz konusu olan gözetim sorumluluğunun sebebi olarak dar anlamda gözetim yükümlülüğünün kaynağıdır⁴¹⁵. Buna göre, gözetim sorumluluğunun unsurlarından biri olan dar anlamda gözetim, TTK m. 375/1-e’de yer alan üst

⁴¹² Üst gözetim yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca bu yükümlülüğün devredilmez bir yükümlülük olduğu konusunda bkz. Kayıhan, 35 vd., 64-66, 129; üst gözetim sorumluluğunun sürekli bir sorumluluk olduğu konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 287; üst gözetim yükümlülüğünün yönetim kurulunun hem devredilebilen ve hem de devredilemeyen görevler için geçerli olduğu konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70; genel gözetim yükümünün hem TTK m. 375/1,e hükmünden ve hem de TTK m. 369’da yer alan özen ve bağlılık borcundan doğduğu ve yönetim ve temsil yetkisi tüm olarak Murahhaslara bırakılmış olsa dahi devam edeceği yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 564; üst gözetim görev ve yetkisinin yönetim kurulunun devredilemez bir görev ve yetkisi olduğu, bunun yerine getirilmesinin genel kurulun onayına bağlanamayacağı, ancak yönetim kurulunun bu görev ve yetkiyi bizzat kendisinin kullanmasının zorunlu olmadığı, yönetim kurulunun gözetim görevini yerine getirecek bir organizasyon yapmasının, diğer bir deyişle gözetim görevini ifa edecek kişileri seçip bunları gözetmesinin yeterli olduğu, buna karşılık üst gözetim yetkisinin delegasyon yoluyla devredilemeyeceği yolunda bkz. Doğan, s. 194 vd.; yetki devri hâlinde dahi üst gözetim yükümlülüğünün devredilemez bir görevi olarak devam edeceği yönünde bkz. Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 190; üst gözetimin, günlük iş ve işlemlerin gözetiminden ayrıldığı ve günlük iş ve işlemlerin gözetiminin devredilebileceği yolunda bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 131; gözetim görevi konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ay Kaplan, s. 67 vd.,131 vd.

⁴¹³ Gözetimin devri hâlinde, etkin bir üst gözetim organizasyonu kurulması gerektiği, üst gözetimin kapsamının somut olaya göre belirleneceği, bu konuda işletmenin faaliyet sahası ile büyüklüğünün, işletme teamüllerinin ve mevzuat gereklilikleri gibi somut olay koşullarının dikkate alınacağı, yönetim kurulunun sürekli denetimi sağlamak üzere gerekli organizasyonu kurmakla yükümlü olduğu, ayrıca bu kapsamda yönetim organizasyonuna, bunun etkinliğine, bilgi akışı teminine, elde edilen bilgileri değerlendirmeye, analize, iktisadi ve normatif denetime yönelik geniş görevleri bulunduğu yönünde bkz. Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 191, 192.

⁴¹⁴ Üst gözetim-dar anlamda gözetim ayırımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 115, s. 200 vd.; gözetim görevinin devredilebileceği, ancak üst gözetimin devredilemeyeceği yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 267.

⁴¹⁵ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 203; yazar, ayrıca bu konudaki bir makalesinde de, TTK m. 553/2 hükmünün gözetim sorumluluğunun esaslarını ortaya koymadığını, gözetim sorumluluğunun temelini TTK m. 375/1, e hükmü olduğunu, TTK m. 553/2 hükmünün TTK m. 375/1, e hükmü ile çelişecek şekilde yorumlanamayacağını, TTK m. 553/3 hükmünün de gözetim sorumluluğunun sınırlarını gösterdiğini ifade etmektedir; **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 8-9; bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70.

gözetimle aynı şey değildir. Üst gözetim yükümlülüğü, yetki devrinden bağımsız sürekli bir yükümlülüktür⁴¹⁶; diğer bir deyişle, yetki devri olsa da olmasa da yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, yetki devri yapılmışsa, TTK m. 553/3'te bahsedilen gözetim yükümü de söz konusu olur. Bu yükümlülük, üst gözetimden dar bir anlam taşımakta olup, Murahhasların ve diğer yöneticilerin faaliyetinin gözetimini kapsar⁴¹⁷.

Devrin kanunun bağladığı sonuçları doğurabilmesi ve sorumluluğa etkili olabilmesi için, devredilen yetkinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan ve yönetim kurulunun işlevine dâhil olan bir yetki olması gerekir⁴¹⁸. Bu bağlamda, yetkiyi devralanlara bağımsız karar verme yetkisinin verilmiş olması gerekli olup, yönetim kurulunun talimatlarına uyma şartının getirilmesi hâlinde yetki devrinin varlığından bahsedilemez⁴¹⁹. Böyle bir durumda, şeklen kendisine yetki devredilmiş bulunan kişiler, şirketin iradesinin oluşmasına bir etkileri bulunmadığından, bağımsız hareket etmediklerinden ve sadece yönetim kurulu tarafından alınan kararları ve verilen talimatları icra ettiklerinden, bu işlem ve eylemler bakımından yönetici sıfatını dahi hâiz olmazlar.

Ayrıca, söz konusu yetki devredilebilir bir yetki değilse, diğer bir deyişle, TTK m. 375'te sayılan veya diğer hükümlerde düzenlenen devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerden biri ise, bu durumda, sorumluluk devredilmiş olmaz ve yönetim kurulu üyeleri meydana gelen zararlardan dolayı aslî olarak sorumlu olurlar⁴²⁰. Yetkiyi geçersiz olarak devralanlar da bu yetkiyi kullanmışlarsa, fiilî organ olarak sorumluluğa tâbi olurlar. Bu kişiler ile yetkiyi devredenler arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olur.

⁴¹⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70; Altay, **Yetki Devri**, s. 287.

⁴¹⁷ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 99; Altay, **Yetki Devri**, s. 292; Tekinalp, gözetim yükümlülüğü kavramını görev ve yetkilerin ifasının gözetimi anlamında kullanmaktadır; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70).

⁴¹⁸ Bkz. madde gerekçesi, ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-67.

⁴¹⁹ Doğan, s. 11; sadece üst yönetimin uzantısı mahiyetindeki işlemlerin yönetim kurulunun onayına sunulması zorunluluğu öngörülebileceği yolunda bkz. Ünal, s. 87-88.

⁴²⁰ Yetki devrinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olması veya yönetim kurulunun yetkisini aşması hâlinde yönetim kurulu üyelerinin Murahhas azanın sebebiyet vereceği zararlardan dolayı sorumlu olacakları yönünde bkz. Arslanlı, s. 191; devredilemez görev ve yetkilerin devri hâlinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olacağı konusunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 51; Doğan, s. 272-273; vazgeçilemez ve devredilemez yetkiler bakımından yönetim kurulunun aslî sorumluluğa tâbi bulunduğu yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 17.

Gözetim sorumluluğunun kapsamı konusunda, öğretide farklı yaklaşımlar bulunmaktadır⁴²¹. Bunun sebebi, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, TTK m. 553/2'de sadece seçimde makul özendenden bahsedilmesi, talimat verme ve gözetime yer verilmeyerek madde gerekçesinde de mehzdan farklılığa işaret edilmiş olmasıdır⁴²². Öğretide, gözetim sorumluluğunu sadece seçimde mâkul özenin gösterilmesine indirgeyen⁴²³ ve seçimde özenin yanı sıra TTK m. 553/3'ün mefhumu muhalifinden (karşıt anlamından) veya hükmün gerekçesinden gözetimde de özen gösterilmesini arayan⁴²⁴ görüşler de mevcut olmakla birlikte ağırlıklı görüş, seçimde, talimat vermede ve gözetimde özen gösterilmesinin gözetim yükümlülüğünün

⁴²¹ Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, yönetim yetkilerinin devri hâlinde, devredenlerin özen borcunun kapsamı konusunda, net bir ayırım olmamakla beraber, yüksek yoğunluklu ve düşük yoğunluklu düzenlemeler arasında ayırım yapılabileceği, yüksek yoğunluklu düzenlemelerin, yetkilendirme bağlamında özen borcunun iki veya üç unsuru arasında ayırım yaptığı, özen borcunun öncelikle yetkilendirme eylemine uygulanacağı, yani yöneticinin, görevlerin verileceği kişiyi dikkatlice seçmesi, bu kişiye yeterince talimat vermesi ve gerektiğinde eğitim vermesi gerektiği, ikinci olarak yönetim kurulu üyelerinin (direktörün) devredilen görevlerin performansını izlemesi gerektiği, bunun günlük denetimi değil, düzenli izleme ve endişe veya şüphe nedenlerinin mevcut olduğu durumlarda ek incelemeleri de içerdiği, sorunların tespit edildiği durumlarda, yöneticilerin gerekli adımları atması ve verilen görevlerin yerine getirilmesine müdahale etmesi gerektiği, üçüncü olarak sadece bir sorun ortaya çıktığında harekete geçmenin yeterli olmadığı ve daha ziyade, yöneticilerin şirketin faaliyetlerinin tüm ilgili yönlerini tanımak, yeni gelişmelerden haberdar olmalarını ve işletme içinde bilgi aktarımını kolaylaştıran sistemlerin yürürlükte olmasını sağlamak için sürekli bir görev altında oldukları, yüksek yoğunluklu yargı bölgelerine örnekler olarak İngiltere ve Almanya'nın gösterilebileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 101-102; yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen devri hâlinde, yönetim kurulunun, bu kişilerin (yetkiyi devralanların) her işlemini izlemek zorunda olmadığı, ancak onun özen görevinin, bunların doğru seçilmesi, yönlendirilmesi ve izlenmesiyle sınırlı bulunduğu yolunda bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 5.

⁴²² Bkz. TTK m 553/2'nin madde gerekçesi.

⁴²³ Doğan, yönetim kurulunun yetkiyi devralanlara talimat veremeyeceği, onlara sadece bilgi verebileceği görüşündedir; bkz. s. 239, 278. Yasaman da, talimat ve gözetimde özendenden hiç bahsetmeden seçimde makul derecede özen gösterildiğinin ispatı hâlinde sorumluluğun ortadan kalkacağını ifade etmektedir; bkz. **Sorumluluk Davaları**, s. 98-99).

⁴²⁴ Tekinalp, devir hâlinde, devreden sorumluluğunun nitelik değiştireceğini ve yükümlülüklerin ihlali sorumluluğunun yerine seçimde özensizlik sorumluluğunun geçeceğini, devirle birlikte gözetim sorumluluğunun da devralana geçeceğini, zira görev ile onun ifasının gözetiminin bir bütün olduğunu, buna karşılık üst gözetim yükümlülüğünün her zaman devam ettiğini, devirle birlikte ortaya çıkan gözetim yükümlülüğünün TTK m. 553/3'ün mefhumu muhalifinden çıktığını belirtmiştir. Yazar, devralanların üst gözetimden ve seçimde makul özendenden dolayı sorumlu olduklarını, bunun dışında sorumsuzlaştıklarını belirtmekte, buna karşılık talimat vermede gerekli özenin gösterilmesi gerektiğinden açıkça bahsetmemektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-14, 66, 70. Yetki devri hâlinde seçimde mâkul özen gösterilmesi ve genel gözetim dışında, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin bir sorumluluğunun bulunmayacağı yönünde bkz. Şener, s. 372; Kanun'un lafzına göre, yetki devri hâlinde yetkiyi devredenlerin sadece seçimde makul özenin gösterilmesinden dolayı sorumlu olacakları, böylece yetki devri hâlinde yönetim kurulunun "*sorumsuzluk makamına*" dönüştüğü, bu nedenle hükmün ölçülülük yönünden eleştiriye açık olduğu, ancak gerekçedeki açıklamalardan yetki devri hâlinde gözetim yükümlülüğünün ve dolayısıyla sorumluluğunun kabul edildiğinin anlaşıldığı, buna göre düzenlemenin kendilerine uygulanacağı kişilerin yükümlülük sahası bakımından bir belirsizlik bulunduğu, yasanın fazı çerçevesinde ilgililerin seçim dışında hangi hususlarda sorumluluklarının bulunduğunu anlama imkânından mahrum bırakıldıkları, bu belirsizliğin giderilmesi bakımından yasa lafzı ile gerekçe arasındaki uyumsuzluğu gidermek için bir değişiklik yapılması gerektiği yönünde bkz. Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 186-187, 190, 199.

kapsamını oluşturduğudur⁴²⁵. Kanımızca da yönetim kurulu üyelerinin, yönetim yetkilerini devrettikleri kişilerin seçiminin yanı sıra, bu kişilere talimat verilmesi ve onların gözetimi konusunda da gerekli özeni göstermeleri, TTK m. 553/2, m. 553/3 ve 375 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda zorunlu bulunmaktadır⁴²⁶.

Bununla birlikte, öğretide, yönetim kurulunun yetkilerini devredip daha sonra yetkiyi devralanlara talimat vermesinin çelişki arz edeceği, zira yetki devri ile birlikte devredilen yetkiler bakımından yönetim kurulunun yönetme yetkisinin sona ereceği ifade edilmektedir⁴²⁷. Kanımızca, yetki devri ile birlikte, yönetim kurulunun yönetme ve talimat verme yetkisi sona ermez; bununla birlikte, yönetim kurulunun talimat verme yetkisinin kullanılmasına bağlı olarak sorumluluk bakımından bazı sonuçların ortaya çıktığının da kabulü gerekir. Şöyle ki, yönetim kurulunun talimat vermesi hâlinde, bu talimatın yerine getirilmesinden dolayı aslî sorumluluk talimatı veren yönetim kurulu üyelerine ait olmalı, talimatı yerine getiren yöneticiler ise, bu kararın alınmasında rol oynamadıklarından, diğer bir deyişle iradeyi yönetim kurulu oluşturduğundan, sorumluluğa tâbi olmamalı, kararı alan ve talimatı veren yönetim

⁴²⁵ Altay, gözetim sorumluluğunun kapsamı, sadece seçimde özene indirgenemeyeceğini, TTK m. 553/2 hükmünün, TTK m. 375 hükmü ile çelişecek şekilde yorumlanamayacağını, TTK m. 375/1-a, e hükümlerinin yönetim kuruluna talimat verme ve gözetim yükümü yüklediğini (**Yetki Devri**, s. 296-297, ayrıca s. 138); TTK m. 553/2 hükmünün, TTK m. 553'ün bütünlüğü içinde, TTK m. 553/3, m. 367 ve 375 hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini (**Yetki Devri**, s. 307; ayrıca, bkz. **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 11, 13), seçimde makul özen gösterilmemesi hâlinde yönetim yetkilerinin devrinin sorumluluğu biçimlendirici etkisinin söz konusu olmayacağını ve bu durumda yetkiyi devredenlerin sorumluluğunun ağırlaşarak aslî sorumlunun sorumluluğuyla eşdeğer hâle geldiğini (**Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 9); Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilemez yetkileri arasında bulunan, şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi ve üst gözetim görevlerine ilişkin TTK m. 375/1-a, e hükümlerinin bu konuda yasal mesnet teşkil ettiğini, aksi takdirde bu hükümlerin işlevsiz kalacağını (s. 612-613); Akdağ Güney, talimat verme yükümlülüğünün dayanağının, TTK m. 375/1-a hükmü olduğunu, (**Yönetim Kurulu**, s. 99); Pulaşlı, yetki devri halinde devreden yönetim kurulu üyelerinin, TTK m. 375 hükmü kapsamında (1-a, d, e), seçmede, talimat vermede ve üst gözetimde kusurlu olmaları halinde sorumlu olduklarını ifade etmektedir (**Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 11 ve § 66, N. 19; **Özen Yükümlülüğü**, s. 40); Helvacı, yetki devri hâlinde, seçimde özenin yanı sıra TTK m. 375/1-a, e bentleri gereğince talimat verme ve ayrıca m. 553/3 uyarınca gözetimde özen gösterilmesi gerektiğini (**Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 132) ifade etmiştir. Aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 100; Ay Kaplan, s. 68-73; Battal, s. 37. ETTK döneminde de, yönetim yetkilerinin devri hâlinde, devreden yönetim kurulu üyelerinin üst yönetim bağlamında seçim ve gözetim bakımından sorumlu olacağı yönünde bkz. Arslanlı, s. 123, 126; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 197; Ünal, s. 86 vd.

⁴²⁶ Altay, gözetim sorumluluğunun temelinin TTK m. 375 hükmü olduğunu ve bu hükmün uygulama alanının ortadan kaldırılmasının veya daraltılmasının hiçbir şekilde mümkün bulunmadığını, TTK m. 553/2 hükmünü m. 375/1-a, e hükümlerinden soyut olarak yorumlamanın mümkün olmadığını ifade etmektedir; bkz. **Yetki Devri**, s. 295, 297, 300; ayrıca bkz. **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 11, 13.

⁴²⁷ Arslanlı, s. 123-125; aynı yönde bkz. Atan, s. 34; Ünal, s. 87.

kurulu üyeleri aslî olarak sorumlu tutulmalıdırlar⁴²⁸. Zîra, yetkiyi devralanlar, sadece kendilerine yetki devredilen konular ve bu kapsamda kendi aldıkları kararlar çerçevesinde gerçekleştirdikleri işlemlerden sorumludurlar.

Belirttiğimiz üzere, gözetim yükümlülüğünün ve bu bağlamda sorumluluğunun unsurları, seçimde, gözetimde ve talimat vermede özen gösterme yükümlülüğüdür. Yönetim kurulu üyeleri, yetki devrini gerçekleştirirken devralanların bu görev için ehliyetli, bilgili ve yeterli kişiler olup olmadığını değerlendirmelidirler. Bu konuda gerekli özenin gösterilmiş olmasına kanun koyucu özel bir önem atfetmiş ve TTK m. 553/2’de, bizim de katıldığımız görüşe göre, seçimde özen (“*makul derecede özen*”) yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması hâlinde yetkiyi devredenlerin aslî sorumluluğa tâbi olacakları düzenlenmiştir. Bu görüşün savunucusu Altay, bu hükmün, yetki devrine rağmen, devredenlerin aslî sorumluluğa tâbi olacakları hâli düzenleyen bir maddî hukuk hükmü olduğunu ifade etmektedir⁴²⁹. Buna göre, yetkiyi devredenlerin, devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermedikleri ispat edilmedikçe, bu kişiler devralanların fiil ve kararlarından aslî olarak sorumlu olmazlar. Seçimde makul özenin gösterilmediğini ispat yükü davacıdadır. Madde metninde, seçimde özen gösterilmesi hâlinde, “*sorumlu olmazlar*” şeklinde kesin bir ifade kullanılmış ise de, bu ibare sadece aslî sorumluluğun olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır; yoksa, gözetim sorumluluğu yine bu hâlde de söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, yetkiyi devredenler, devralanların faaliyetlerini gözetmek, bilgi ve raporlama talep etmek, gerektiğinde talimat vermek ve hatta devralanları azletmek hak ve yükümlülüğüne sahiptirler. Bu konuda gerekli özenin gösterilmesi gözetim yükümlülüğünün içeriğini oluşturur. Buna aykırı davranılması, devredenler bakımından gözetim sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verecektir. Buna karşılık **Tekinalp**, bu hükmün usûlî bir hüküm olduğunu ve iki amaç taşıdığını belirtmekte ve bu amaçları, farklılaştırmanın yapılması ve davacı aleyhine yargılama giderine hükmedilmesine engel olunması şeklinde ifade etmektedir⁴³⁰.

⁴²⁸ Gözetimin kararlara müdahale şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, artık gözetim değil yönetim faaliyetinin icrasından bahsedileceğinden, gözetim sorumluluğunun değil, doğrudan karardan doğan sorumluluğun söz konusu olacağı yönünde bkz. Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 191.

⁴²⁹ Altay, **Yetki Devri**, s. 295, 302-303; ayrıca bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 6 vd.; buna karşılık Akdağ Güney, Altay’ın, seçimde makul özen gösterilmemiş olması hâlinde yetkiyi devredenlerin aslî sorumluluğa tâbi olacakları yolundaki görüşüne katılmadığını ifade etmektedir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 101.

⁴³⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-135.

Gözetim sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, sorumluluğun unsurlarının tamamının gerçekleşmesi zorunludur, bu açıdan aslî sorumlulukla arasında bir fark yoktur. Aradaki fark, unsurların içeriğinin ve sorumluluk miktarının belirlenmesindedir. Gözetim yükümlülüğünde hukuka aykırılık unsuru, seçimde, gözetimde ve talimat vermede gerekli özenin gösterilmemiş olmasıdır. Uygun nedensellik bağı ise, bu özen borcuna aykırılık nedeniyle zararın doğmuş veya artmış bulunmasıdır. Gözetim sorumluluğu kapsamında sorumluluk miktarı belirlenirken, uygun nedensellik bağının mevcut olup olmadığı da mutlaka araştırılacaktır⁴³¹. Nitekim, TTK m. 553/3'te de, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağı ifade edildikten sonra, bu ilkenin gözetim ve özen borcu gerekçe gösterilerek bertaraf edilemeyeceği düzenlenmek suretiyle, uygun nedensellik bağı ve kusurun önemine ve bunların her zaman aranacağına özel bir vurgu yapılmış bulunmaktadır⁴³².

H- “Zararın Tamamı”nın Dava Edilebilmesi

Sorumluluk davalarında, zararın miktarının tespit edilmesi ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında hangi davalının zararın ne kadarlık miktarından sorumlu olduğunun hesaplanıp mahkemeye bildirilmesi, ortaklığın yanı sıra özellikle faaliyetlere yabancı olan ve bunlar hakkında bilgi edinme yolları sınırlı bulunan pay sahipleri⁴³³ ve alacaklılar bakımından güçtür⁴³⁴. Bunu dikkate alan kanun koyucu, farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile birlikte “zararın tamamı”nın dava edilebilmesine olanak vermiştir. Buna göre, davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu

⁴³¹Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-13.

⁴³²TTK m. 553/3'ün gözetim sorumluluğunun sınırlarını gösteren bir hüküm olduğu yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 8-9; bu hükmün gözetim sorumluluğu için bir şart (nedensellik bağı) içerdiği konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70. Kanımızca söz konusu hüküm esasen bir yenilik getirmemekte, sadece nedensellik bağı ve kusur unsurlarına özel bir vurgu yapmaktadır. Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, F.

⁴³³ Pay sahibi açısından azlık olma ve gerektirici sebeplerin varlığı koşuluyla özel denetim talebi ile vâkıa ve delilleri ortaya çıkarma imkânı konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 248; sorumluluk davasına hazırlık amacıyla özel denetim talebinde bulunulabileceği ve özel denetimin amaçlarından birinin de bu olduğu yönünde bkz. Fatih Yurtbaşı, **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 63 vd.

⁴³⁴ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 383; Altay, **Yetki Devri**, s. 244; Kortunay, s. 286; sorumluluk davası ve ispat bakımından genel olarak asıl sorunun, davacının makul bir iddiada bulunmak için gereken kanıtı elde etmekteki zorluğu olduğu, bunun da tipik olarak davacının şirketin iç belgelerine erişimini gerektireceği, yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 871.

belirlenmesini isteyebilir⁴³⁵ (TTK m. 557/2). Bu hüküm, tam teselsül varmış gibi dava açılabilmesi imkânını sağlar. Zîra davacı dava açarken, zarara kimin hangi ölçüde sebebiyet verdiğini ve kişisel indirim sebeplerini bilemeyebilir. Diğer bir deyişle, “zararın tamamı” kavramı, farklılaştırılmış teselsülü davacının dikkate almasının gerekli olmadığını⁴³⁶, yani farklılaştırılmış teselsül ilkesinin sadece hâkime ve tesis edeceği hükme hitap eden bir kural olduğunu ifade eder.

“Zararın tamamı” kavramı ve gerekçede kullanılan diğer bazı kavramlar konusunda öğretide bazı görüş ve tartışmalar bulunmaktadır⁴³⁷. Nitekim, TTK m. 557’nin gerekçesinde bu kavramın tanımlanmasının öğreti ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmiştir. Kanımızca, söz konusu kavramın gerek bireysel olarak (tek başına) ve gerekse birlikte (ister tam teselsül, isterse eksik teselsül bağlamında) verilen tüm zarar kalemlerinin toplamı, diğer bir deyişle hem bireysel sorumluluk hem de müteselsil sorumluluk konusu zararların toplamı olduğu yolundaki görüş⁴³⁸, sorumluluk sistemine ve düşüncesine daha uygun bulunmaktadır. Nitekim, “farklılaştırılmış teselsül ilkesi”nin temel esası olan “yükletilebilme şartı” da bu düşünceyi desteklemektedir. Zîra, her bir davalı kendisine yükletilebilen tüm zararlar için sorumlu tutulmakta ve sorumluluk tavanı⁴³⁹ da buna göre belirlenmektedir.

⁴³⁵ Söz konusu hükmün kolaylık sağlamak amacını taşıyan bir usûl hukuku kuralı olduğu yönünde bkz. Karayalçın, s. 668; “zararın tamamı”nın dava edilebilmesi imkânının, davacıyı yargılama giderleri riskinden kurtarmak üzere, farklılaştırılmış teselsülün bir ürünü olarak düzenlendiği konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 349, 353; zararın tamamının dava edilebilmesi imkânının, pay sahipleri ve alacaklıların kimin ne ölçüde zarar verdiğini bilememeleri nedeniyle ortaya çıkan eksikliği kapatmak amacıyla getirildiği, hatta anonim şirketin de dava malzemesi ve zararın paylaşılması anlamında bazı güçlüklerle karşı karşıya bulunduğu yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 69; bu konuda ayrıca bkz. Şener, s. 425.

⁴³⁶ Bu imkân sâyesinde, zarar görenin farklılaştırılmış teselsül hesabı yaparak dava açmak zorunda kalmadığı yönünde bkz. Doğan, s. 261; davacının her bir davalının sorumlu olduğu miktarı gösterme yükümlülüğünden kurtulduğu, ayrıca bu davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 69, 72; aynı yönde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 299.

⁴³⁷ Bu konuda bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 389 vd.; Üçışık/Çelik, 521 vd.

⁴³⁸ Bu görüş ve ayrıca “zararın tamamı” kavramı için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 349 vd.; Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 73; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-128, 136; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 34 vd.; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 47; Doğan, s. 262; zararın tamamı ifadesinin, zarar kalemlerinin tümünü ifade ettiği yolunda ayrıca bkz. Battal, s. 39; zararın tamamı kavramının, şirket zararından farklı olabileceği, zira davalılara yüklenmesi mümkün bulunmayan zararların da (şirket zararının) söz konusu olabileceği, ayrıca zararın tamamı kavramının, iç ilişkideki rücu hakları toplamından farklı olduğu yolunda bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 48.

⁴³⁹ Bu konuda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, E.

Tekrar vurgulamak gerekirse, müteselsil sorumluluğa ve bireysel sorumluluğa ilişkin tüm talepler aynı davada ileri sürülebilir⁴⁴⁰, bu durumda tek bir dava vardır⁴⁴¹. Zîra ortada esasen birden fazla ve farklı dava sebebi ve aslî talep yoktur, sadece aynı dava sebebine ilişkin olarak birden fazla kişinin zararın bir kısmından müteselsilen sorumlu olmaları, bazı kimselerin ise zararın diğer bir kısmından bireysel olarak sorumlu tutulmaları söz konusudur. Dolayısıyla, aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebin ileri sürülmesi şeklinde ortaya çıkan “*objektif dava yığılması*” durumu⁴⁴² (HMK m. 110) yoktur. Bununla birlikte, kanun metni madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, burada kanun koyucunun usûl hukuku anlamında özgün bir düzenleme getirdiği de görülmektedir. Gerçekten, kanun koyucu, davacıya, dava dilekçesinde her bir davalı bakımından ayrı bir tazminat (talep) miktarı belirtmesine gerek olmadan, zararın tamamını göstermek suretiyle bunun davalılardan tazminini talep etme hakkı vermektedir⁴⁴³. Buna göre, davacı, her bir davalının zararın tamamından sorumlu olmadığını bilse bile, bu konudaki rakamsal ayrıştırma ve hesaplamayı yapamıyorsa, zararın tamamının davalılardan tahsiline karar verilmesini mahkemeden isteyebilecektir. Burada, akla şu soru gelmektedir: Davacı, uygulamada karşılaşılması düşük bir olasılık da olsa, her bir davalının hangi miktarda zarar sebebiyet verdiğini biliyorsa, örneğin dava dilekçesinde bu miktarlara ve zarar doğrucu karar ve eylemlere ayrı ayrı yer vermişse, bu durumda da zararın tamamının tüm davalılardan tazminine karar verilmesini talep edebilecek midir? Diğer bir deyişle, zararın tamamının dava edilebilmesi istisnasız her durum için davacıya tanınan sınırsız bir olanak mıdır? Kanımızca, bu husus davanın açılmasına engel bir durum olarak değerlendirilmemeli, davacıya bu hâlde de TTK m. 557/2 uyarınca, zararın tamamını dava edebilmek ve hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirlemesini isteyebilmek hakkı tanınmalıdır. Zîra farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması

⁴⁴⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-131; Üçışık/Çelik, s. 520; bu konuda ayrıca bkz. TTK m. 557’ye ilişkin madde gerekçesi.

⁴⁴¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 249; zararın tamamı için davalıların birlikte dava edilebilmesinin anlamının, davalıların tek davalı olarak kabul edilmesi olduğu, bunun da pratik açıdan yargılama giderleri bakımından önem taşıdığı yönünde bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 48.

⁴⁴² “*Objektif dava yığılması*” kurumu için bkz. Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1092; Baki Kuru, **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı**, - s. 421 vd.; Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, İstanbul 2000, s. 160; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2020, s. 259; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 626-628; Şanal Görgün/ Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 282-283; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 344-346.

⁴⁴³ Altay, **Yetki Devri**, s. 246.

hâkime düşen ve hatta re'sen uygulanması gereken bir görev olup, karar verecek olan da hâkimdir. Davacının zarar miktarının tamamını bilip bilmemesi, ancak davanın belirsiz alacak davası (HMK m. 107) şeklinde açılıp açılmaması bakımından önem arz edebilir. Bununla birlikte, belirttiğimiz varsayımda, TTK m. 555/2'de yargılama giderleri konusunda öngörülen özel hükmün uygulanmasında ve bu bağlamda davacının mahkûm edileceği yargılama giderlerinin miktarının tespitinde bu husus göz önünde bulundurulmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK m. 557/2 hükmü, HMK'da açıkça düzenlenen (m. 119, 194) ve özel önem verilen somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi gereğini hiçbir şekilde ortadan kaldırmamakta ve zayıflatmamaktadır. Davacı, sadece her bir davalının ayrı ayrı hangi miktar için sorumlu tutulmasını talep ettiğini açıklamaktan kurtulmakta, buna karşılık dayandığı maddî vâkıaları somutlaştırmak, bunların ispata elverişli delillerini sunmak ve hangi delilin hangi vâkıanın ispatı için olduğunu bildirmek zorunluluğundan kurtulmamaktadır⁴⁴⁴. Aynı şekilde, kanunun tanıdığı bu imkân, usûl hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ilkesini⁴⁴⁵ (HMK m. 25) ve ispat yükünü (HMK m. 190) ortadan kaldırmadığı gibi, ispat ölçüsünü de değiştirmez⁴⁴⁶; ayrıca, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında davalılardan her birinin farklı savunmalara dayanma hakkına da bir hâlel getirmez.

Bu kavram, pay sahiplerinin şirket zararın tazminine ilişkin olarak açtıkları dava bakımından ayrıca özel bir anlam taşır. Şöyle ki, pay sahibinin pay oranına bakılmaksızın⁴⁴⁷ ortaklığın uğradığı zararın tamamı, sorumluluk davasının konusunu

⁴⁴⁴ Maddî vâkıalar bakımından hâkimin rolü için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 229-230.

⁴⁴⁵ Taraflarca getirilme ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 795 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 243 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 569 vd.; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 625 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 156 vd.; Tanrıver, s. 368 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 339-341; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 104-10; taraflarca getirilme ilkesine ilişkin hükmün (HMK m. 25) eleştirisi ve bu hükmün uygulanmasında karşılaşılabilecek özel sorunlar için bkz. Umar, s. 114 vd.

⁴⁴⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 249 ve özellikle dn. 198; bu doğrultuda ayrıca bkz. Kortunay, s. 287; "ispat yükü" ve "ispat ölçüsü" kavramları için ayrıca bkz. Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1692 vd., 1214 vd. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 548-551, 555 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 613 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 615 vd.; Atalay, s. 8 vd., 37 vd.; Tanrıver, s. 788 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 460-468, 472-473; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 475-481.

⁴⁴⁷ Pay sahibinin, kendi pay oranına bakılmaksızın şirket zararının tümünün tazmin edilmesini talep etme hakkına sahip olduğu, zîra, pay sahibinin zararının, yalnızca, şirket zararının tam olarak tazmin edilmesi hâlinde giderilmiş olacağı yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 8; buna karşılık bazı Kıta Avrupası ülkelerinde bir türev davası açmak için hissedarların (veya hissedar gruplarının) şirketin hisselerinin nitelikli bir yüzdesine veya belirli bir miktarda sermayeye sahip olmasını gerektiği, bunun az miktarda hisseye sahip pay sahiplerinin taciz edici davalar açmasının önüne geçilmesi için bir mekanizma olarak rasyonelleştirilebileceği, buna karşılık, herhangi bir yüzde sınırının bazı meşru

teşkil eder⁴⁴⁸. Buna göre, davanın konusu, davacının bireysel olarak yansıma yoluyla uğradığı zararın değil, ortaklığın uğradığı tüm zararın tazminidir. Bu ilke, halka açık şirketler bakımından da aynen geçerli olup, pay sahibinin çok düşük oranda paya sahip küçük yatırımcı konumunda bulunması, hangi miktara ulaşırsa ulaşsın zararın tamamı için sorumluluk davası açmasına engel değildir⁴⁴⁹. Zîra pay sahiplerinin yansıma zararının giderilmesi, anonim ortaklığın zararının tümüyle karşılanmasına bağlı olup, ortaklığın dava sonucunda elde edeceği tazminat sadece davacının yansıma zararının karşılanmasına değil, tüm pay sahiplerinin zararını da gidermeye yönelik bulunmakta ve payın değerindeki azalmanın telafisi de ancak tüm zararın tazmini ile mümkün olmaktadır⁴⁵⁰. Şüphesiz, bu durumda davanın başında yatırılması gereken yargılama harç ve masrafları bu konuda uygulamada karşılaşılabilecek fiilî bir güçlük yaratabilecektir⁴⁵¹.

Madde gerekçesinde, davacının, davalıları birlikte dava etmesinin anlamının, davalıların tek davalı olarak kabul edilmesi ve bunun sonucu olarak bazı davalılar bakımından dava reddedilse dahi, davacının talebi kabul edilmişse davacının dava giderlerine mahkûm edilmemesi olduğu; böylece burada bir usûl kuralı öngörüldüğü, bu hükmün usûl hukukumuzun kuralları çerçevesinde yorumlanacağı ve anlam kazanacağı ifade edilmiştir⁴⁵². Oysa, yargılama giderleri konusundaki HMK m.

davalıları engelleyebileceği yolundaki açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 856-857; İngiltere, Fransa, İsviçre’de türev davalar için sahiplik eşliğinin bulunmadığı, ancak bu ülkelerde dahi bu davaların yaygın olmadığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 25; dava açmak için asgari bir pay oranının (yüzdenin) öngörüldüğü sistemlerde, bir dava açacak kadar büyük bir paya sahip herhangi bir yatırımcının, yönetim kurulunda temsil edilme olanağına sahip olacağı ve bu nedenle bu tür bilgilere doğrudan erişime sahip olacağı, tüm hissedarların dava açmasına izin verilmediğinden, yöneticilerin şirket varlıklarını kötüye kullanabileceği ve potansiyel davacı hissedarlara menfaat temin ederek gizli anlaşmalar yapabileceği, diğer pay sahiplerinin (dava açma hakkına sahip olmayanların) dışlanacağı yolundaki görüş için bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 17. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, A, 3, a.

⁴⁴⁸ Davacının zararın kendisine isâbet eden kısımla sınırlı olmayıp, zararın bütününe dava edebileceği eski Kanun döneminde de savunulmaktaydı; bu yönde bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 106-107; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 125, 134 vd.; Atan, s. 45-46; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 130; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 56, 116; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 72; Bozkurt Yaşar, **Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ**, s. 141; Arslanlı da, şirketle pay sahibi arasındaki ilişkinin kanundan doğduğu ve teselsül vasfını taşıdığı sonucuna varılabilirse, pay sahibinin de şirket zararının tamamı için dava açabileceğini ifade etmiştir; bkz. s. 187.

⁴⁴⁹ Borsaya kayıtlı şirketler bakımından pay sahipleri tarafından açılan davaların yaygın olmadığı yönünde bkz. Latella, s. 1.

⁴⁵⁰ Bu konuda bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 106; Atan, s. 45;

⁴⁵¹ Belirli bir dava türünün sık kullanılan bir icra mekanizması haline gelmesi için gerek davanın başında ve gerekse davanın sonunda ödenmesi söz konusu olacak yargılama giderlerinin önem taşıdığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 23-24.

⁴⁵² Bkz. TTK m. 557/2’ye ilişkin madde gerekçesi; ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63 N. 38; Muhammet Özkes/Vural Seven/Nedim Meriç, **Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası**, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 68 vd.

326’da, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağı ve davanın kısmen kabulüne karar verilmesi hâlinde, mahkemenin yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşacağı, aleyhine hüküm verilenlerin birden fazla olması hâlinde ise mahkemenin yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşırabileceği veya müteselsilen sorumlu tutulmalarına karar verebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi’nin 3/2. maddesinde⁴⁵³, “*Müteselsil sorumluluk da dahil olmak üzere, birden fazla davalı aleyhine açılan davanın reddinde, ret sebebi ortak olan davalılar vekili lehine tek, ret sebebi ayrı olan davalılar vekili lehine ise her ret sebebi için ayrı ayrı avukatlık ücretine hükmolunur*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, gerekçede ifade edildiğinin aksine, davalıların tek davalı sayılıp, bir kısım davalılar yönünden davanın reddine karar verilmesi hâlinde, bu kimseler yönünden davacıyı yargılama giderlerine mahkûm olmaktan kurtaran bir usûl kuralı mevcut olmadığı gibi, madde metni gerekçenin içerdiği anlamı vermemektedir. Bununla birlikte, birden fazla kişi yönünden davanın reddine karar verilmiş olması ve davanın reddi sebebinin ortak bulunması hâlinde, davacının bu kimseler bakımından tek bir vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edileceğinde kuşku yoktur⁴⁵⁴. Ancak, bu sonuç, TTK m. 557/2’te yer alan “*birlikte dava edilme*”sinden değil, davalılar arasında müteselsil sorumluluk bulunduğu iddiasıyla dava açılmış olması ve buna bağlı olarak, belirttiğimiz HMK m. 326 ve Tarife hükmü dolayısıyla söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, kanun koyucu, her bir sorumlunun (davalının) sorumlu olduğu miktarı farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre belirlemesini davacıdan beklemediğinden ve bu farklılaşmayı hâkimin yapmasını ve hükmünde belirtmesini emrettiğinden, davacı pay sahiplerini yargılama giderleri riskinden kurtarmak ve dava açmaya teşvik etmek bakımından TTK. m. 555/2’de özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hükmü göre, pay sahibinin açtığı davayı hukukî ve maddî sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderlerin davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaşır⁴⁵⁵. “*Giderlerin davalıya yükletilemediği hâller*”, davanın tamamen

⁴⁵³ RG., 20.11.2021 T., Sayı: 31665.

⁴⁵⁴ İsviçre hukukunda da OR 759 paragraf 2’ye göre, bir davacının toplam zarardan sorumlu birkaç kişiyi dava edebileceği ve başarısızlık durumunda her bir davalı için ayrı ayrı değil, sadece bir kez yargılama gideri ödeyeceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 14.

⁴⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 5. Ayrıca, İsviçre hukukuna göre, sorumluluk davalarına ilişkin yargılama giderleri konusunda ayrıca bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 12.

veya kısmen reddine karar verilen ve esasen bu hüküm olmasa idi davacıya yükletilmesi gereken giderlerdir. Buna göre, pay sahibinin açtığı sorumluluk davası tamamen reddedilse bile, maddî ve hukukî sebepler haklı gösteriyorsa, mahkeme yargılama giderlerinin pay sahibi ve şirket arasında paylaştırılmasına karar verebilecektir. Burada, hâkimin takdir hakkı söz konusu olup, bu takdir hakkı, davanın açılmasının haklı görülüp görülmeyeceği ve haklı görülüyorsa, pay sahibi ile şirket arasındaki hakkaniyete dayalı paylaştırmanın hangi oranda gerçekleştirileceği konusundadır⁴⁵⁶. Yargılama giderleri konusundaki bu özel hüküm, sadece pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından ve hükümle birlikte karar altına alınacak yargılama giderleri ile ilgili bir hüküm olup, alacaklılar tarafından açılacak davalarda uygulanmaz.

I- Tazminatın Ortaklığa Verilmesi

Pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davalarında, davacının doğrudan mı yoksa yansıma yoluyla zarara uğradığını açıklaması⁴⁵⁷ ve şirketin zarara uğradığını ileri sürüyorsa tazminatın ortaklığa ödenmesine karar verilmesinin talep etmesi gerekir⁴⁵⁸ (TTK m. 555). Buna göre, sorumluluk davasının talep sonucunun “*tazminat şirkete verilmek üzere zararın tazmini*” olarak ifade edilmesi⁴⁵⁹, davanın âkîbetini belirleyen önemli bir olgudur. Bu bağlamda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, daha önceleri, dolaylı zarara uğrayan pay sahibinin açtığı davada tazminatın kendisine verilmesini talep etmesi halinde davanın bu nedenle reddedilmemesi ve mahkemenin talebi doğru ifade edilmiş gibi değerlendirerek tazminatın şirkete ödenmesi şeklinde

⁴⁵⁶ TTK m. 555/2’deki özel hüküm dolayısıyla, yargılama gideri için dava dilekçesindeki miktar ile hüküm konusu miktar arasındaki olumsuz fark üzerinden davacının yargılama giderlerine mahkûm edileceği konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-137.

⁴⁵⁷ Davacının, dava açma hakkına sahip olup olmadığının belirlenebilmesi (kontrol edilebilmesi) için dayandığı sorumluluk esaslarını belirtmesi gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 28.

⁴⁵⁸ İsviçre hukukunda da, pay sahibinin, tazminat ortaklığa verilmek üzere talepte bulunabileceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 1, 8; pay sahibinin dava açma hakkının şirketin tatmin edilmesine yönelik olduğu konusunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 1; İngiltere’de pay sahiplerinin dava açmasını teşvik etmek için dava sonucunda hükmedilecek tazminatın bir kısmının davacı pay sahibine ödenmesi ve bunun miktarının belirlenmesi konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınması yolundaki öneri ile bu uygulamanın, şirketin tamamen hatalı kişiler tarafından kontrol edildiği ve mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın uygunsuz bir şekilde kullanılmasının söz konusu olabileceği durumlarda özellikle yararlı olacağı yolundaki görüş için bkz. Keay, 49-50.

⁴⁵⁹ Yansıma zararlar nedeniyle kişisel olarak (tazminat kendisine ödenmek üzere) talepte bulunulamamasının zayıf yönleri ve bunlara rağmen söz konusu yasağın genel olarak pratik ve adil bir çözüm olarak kabul edildiği konusunda bkz. Korzun, s. 207.

karar vermesi gerektiği yönünde kararlar vermiş iken⁴⁶⁰, son kararlarında bu durumda davanın reddedileceği doğrultusunda kararlar vermektedir⁴⁶¹. Kanımızca, tereddüt duyulan hâllerde davanın reddi olasılığını en aza indirmek için, doğrudan zarara uğradığını düşünen davacının (pay sahibinin) terditli bir talepte bulunması, diğer bir deyişle, davacının, maddî vâkıaları ortaya koyduktan sonra doğrudan zarara uğradığını ileri sürerek zararının tazminini ve bu bağlamda tazminatın kendisine verilmesini talep etmesi (aslî talep), mahkemece bu talep kabul edilmeyip ortada bir şirket zararının bulunduğu kanaatinde olunması hâlinde ise tazminatın ortaklığa verilmesini talep edebilmesi (fer'î talep) terditli dava⁴⁶² (HMK m. 111) bağlamında mümkün olmak gerekir⁴⁶³.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, mahkemece, zararın davanın tarafı olmayan şirkete ödenmesine ilişkin olarak karar verilmesi, kesin hükmün sübjektif sınırlarına ilişkin bir istisna niteliğindedir⁴⁶⁴. Diğer yandan, bu yasal zorunluluk nedeniyle, dava açma giderlerine katlanan ve ispat faaliyetini yerine getirerek davayı başarıya ulaştıran davacı pay sahibi bu karardan sadece kendi payı ölçüsünde ve dolaylı olarak (payın değerine yansımaları şeklinde) yararlanabilmekte iken⁴⁶⁵, dava açmayıp pasif kalan diğer pay sahipleri de tazminatın şirkete ödenecek olması nedeniyle davacı ile aynı

⁴⁶⁰ Bkz. Yarg. 11. HD'nin 11.01.2010 T., 2008/8811 E. ve 2010/89 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Hatta, ilk derece mahkemesinin tazminatın davacı ortaklara payları oranında verilmesi yolundaki kararın tazminatın ortaklığa verilmesi şeklinde düzeltilerek onanmasına ilişkin bkz. Yarg. 11. HD'nin 06.07.2004 T., 2003/13387 E. ve 2004/7567 K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶¹ Bkz. Yarg. 11. HD'nin 18.10.2017 T., 2016/8582 E., 2017/5489 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 01.12.2016 T., 10385/8877 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD'nin 07.06.2016 T., 2015/12735 E., 2016/6278 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 11. HD'nin 30.12.2015 T., 6139/13937 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); İstanbul BAM. 14. HD'nin 16.06.2020 T., 2019/213 E., 2020/564 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu konuda ve söz konusu Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi için bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 81 vd.

⁴⁶² Terditli dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1083 vd. 961; Üstündağ, **Usûl**, s. 337 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 414 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 255-258; Tanrıver, s. 628-629; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 283-285; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 346-348.

⁴⁶³ Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD'nin 07.06.2016 T., 2015/12735 E., 2016/6278 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 23.05.2019 T., 2017/4664 E., 2019/4092 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, diğer bir kararında da, terditli olarak açılan bir sorumluluk davasında iddia edilen zararların hangisinin doğrudan zarar ve hangisinin dolaylı zarar olduğunun araştırılması gerektiğini ifade etmiştir; bkz. Yarg. 11. HD'nin 11.02.2010 T., 2009/11823 E. ve 2010/1526 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 240; kesin hükmün sübjektif sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Deren Yıldırım, **Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996, s. Hükmün içeriği ve icra edilmesi ileride ayrıca incelenecektir; bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G ve III.

⁴⁶⁵ Pay sahiplerinin, başarılı bir sorumluluk davasının sonuçlarından göreceği yararın, şirketin değerinin yükselişinden payı oranında yararlanmaktan ibâret olduğu yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 856.

ölçüde bu karardan yararlanmaktadırlar⁴⁶⁶. Diğer bir deyişle, karardan faydalanma noktasında, davacı pay sahibi ile dava açmayan pay sahipleri arasında hiçbir fark yoktur⁴⁶⁷. Bu durumun, dava açma motivasyonunu düşüreceği açıktır⁴⁶⁸. Nitekim, bunu dikkate alan kanun koyucu, pay sahiplerini teşvik etmek amacıyla, dava sonunda mahkemece hükmedilecek yargılama giderlerinin ortaklık ile davacı pay sahibi arasında paylaştırılmasına yönelik özel bir hüküm (TTK m. 555/2) öngörmüş⁴⁶⁹ ise de, bu imkân, davacı pay sahibinin davanın başından hüküm anına kadarki yargılama giderlerine ve ayrıca yargılamanın tüm zorluklarına (bilgi toplama, maddî vâkıaları

⁴⁶⁶ Şirketin talep hakkının yerine getirilmesinin (şirket zararının tazmin edilmesinin), tüm pay sahiplerinin paylarıyla orantılı olarak uğradığı zararın şirket tarafından tazmin edilmesini sağladığı, bu nedenle, şirketin talep hakkının bir “türev dava” (“*derivative action*”) yoluyla pay sahipleri tarafından ileri sürülmesinin “toplu dava” (“*collective action*”) sorunu ile karşı karşıya olduğu, dava masraflarının davayı açan hissedarlar tarafından karşılanırken, pasif hissedarların davacının çabalarından yararlandıkları yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 185.

⁴⁶⁷ Türev davaların baskın bir özelliğinin, sadece mahkeme bakımından değil davacı pay sahibi açısından da pay ile ödül arasında herhangi bir bağlantının bulunmaması olduğu yönünde bkz. Keay, s. 49; yargılama giderlerine katlanıp dava açan pay sahibinin, dava sonucunda elde edebileceği menfaatin, dava açmayan ve hiçbir gidere ve riske katlanmayan pay sahipleri ile eşit olmasının da dava açmanın câzibesini azalttığı yolunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 14.

⁴⁶⁸ İsviçre hukukunda, davacı pay sahibinin, sahip olduğu pay ile hiçbir ilgisi olmayan büyük bir yargılama masrafı rizikosu altında bulunduğu, dava olumlu sonuçlansa bile sadece davacının paylarının değeri dolaylı olarak etkileneceği, bu nedenle bu davaların uygulamada nadir olduğu yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 13; yargılama giderlerinin pay sahiplerinin dava açmasının önünde caydırıcı bir etkiye sahip olduğu ve bu nedenle, dava sayısının az olduğu yolunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 14; bireysel hissedarın dava açma teşvikinin zayıf olduğu, potansiyel bir davacının, başarılı bir davadan yalnızca şirketteki hissesi oranında yararlanırken, bundan dava açmayan diğer pay sahiplerinin de yararlandığı, davacının, bir davayla ilgilenmenin zaman yatırımını ve muhtemelen maliyetini üstlenmesi, bu nedenle, türev davaların yararlı etkileri olduğu düşünülürse, pay sahibinin âdeti “*üretimi sübvansé edilmesi gereken bir kamu malı*” ürettiğinin söylenebileceği yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 851; pay sahibi açtığı davanın başarılı olması hâlinde, zararın şirkete ödenmesine karar verileceği ve tüm pay sahiplerinin bu sonuçtan yararlanacağı, davacı pay sahibinin ise sadece payı oranında bu sonuçtan yararlanacağı, buna karşılık davanın kaybı hâlinde yargılama giderlerine şirketin veya diğer pay sahiplerinin değil sadece kendisinin mahkûm edileceği, bu nedenle pay sahiplerinin bir dava açmak yerine suüstimal yapan yöneticiden menfaat temin etme veya dava öncesi aşamada uzlaşma yollarını tercih edebileceği yolunda bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 17; tazminatın şirkete verilmesi nedeniyle, dava açmanın maliyetlerine katlanan davacı pay sahibinin doğrudan herhangi bir fayda elde etmeyip dava açmayan ve pasif kalan diğer pay sahipleri ile aynı derecede yarar görmesinin dava açmanın câzibesini bırakmadığı yolunda bkz. Keay, s. 44; sorumluluk davasının başarıya ulaşması hâlinde, zararları telafi edenin şirket olduğu, ödemenin pay sahiplerine payları ile orantılı olarak sadece dolaylı olarak yansıtacağı, bu nedenle yargılama giderlerinin pay sahipleri tarafından karşılanmasının istenmesi hâlinde pay sahiplerinin dava açma konusunda hiçbir teşviklerinin olmayacağı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 216; pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarında tazminatın bir bütün olarak şirkete gittiği, ancak, dava masraflarının, kaybetmesi durumunda davacı tarafından karşılanması gerektiği, bu asimetrik getirilerin, her bir hissedarın diğer hissedarların bir işlem yapmasını beklemesine neden olacağı ve sonunda hiç kimsenin yöneticilere dava açmayacağı yolundaki görüş için bkz. Latella, s. 14; aynı doğrultuda bkz. Aytaç, s. 152.

⁴⁶⁹ Avrupa Birliği’ne üye devletlerin yaklaşık üçte birinin, medeni usûl kanununun maliyet kurallarının dava açmak isteyen pay sahipleri için yarattığı caydırıcı unsurlara duyarlı olduğu, buna karşılık, diğer üye devletlerde, dava riskinin dağılımının, bu davayı çekici olmaktan büyük ölçüde çıkardığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 220.

ortaya koyma ve ispat başta olmak üzere) kendisinin katlanacağı gerçeği karşısında sınırlı bir etkiye sahiptir⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Akılcı hissedarların, şirket zarar görmüşse, dava sonucunda doğrudan hiçbir menfaat elde etmeyecekleri için, zaman ve olası maliyetlerini de dikkate alarak, bir şirketten ayrılmanın tercih edilebilecekleri, bununla birlikte şirkete verilen zararın hisselerin değerini düşürerek şirketten çıkışı uygun veya ekonomik bir seçenek olmaktan çıkarabileceği yolundaki görüş için bkz. Keay, s. 42.

İKİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVASI AÇMA HAKKININ NİTELİĞİ, DAVANIN TARAFLARI VE DAVA HAKKININ KULLANILMA YÖNTEMLERİ

I- Dava Hakkının Niteliği

A- Hakların Nitelendirilmesinde Metodolojinin Belirlenmesi

Kanunumuz, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmeleri hâlinde, şirket nezdinde gerçekleşecek zararların tazmini konusunda anonim ortaklığın ve ayrıca tazminat şirkete verilmek üzere pay sahiplerinin sorumluluk davası ikâme edebileceğini (TTK m. 555), ayrıca şirketin iflâsı ve iflâs idaresinin dava açmaması şartlarına bağlı olarak alacaklıların da dava açma hakkına sahip bulunduğunu (TTK m. 556) düzenlenmiş bulunmaktadır. Alacaklıların iflâstan sonra dava açmaları, esasen konumuzun dışında kalmakla birlikte, ortaklık dışındaki kimselerin dava açma hakkı konusunda öğretide ortak açıklamalar yapıldığından⁴⁷¹ ve konu bu kişiler arasında bir ayırım yapılmaksızın değerlendirildiğinden, biz de bu doğrultuda açıklamalara yer vereceğiz.

Ortaklık dışında sorumluluk davası açabilecek kimselerin (pay sahipleri ile alacaklıların) sahip oldukları dava hakkının mâhiyeti konusunda, öğretide çoğu zaman benzer ifadeler kullanılmakla birlikte, konunun usûl hukuku boyutları konusunda genellikle ayrıntılı açıklama ve analizler ile nitelendirmelere yer verilmemektedir. Oysa, bu konu, davalıların ileri sürebilecekleri savunmaların (itiraz ve def'ilerin) neler olabileceği ve hangi davacıya karşı hangi savunmaya dayanılabileceği hususunun yanı sıra, davacılar arasındaki ilişki, derdestlik, kesin hüküm, hükmün icrası gibi önemli konuları da yakından ilgilendirmektedir. Yapılan açıklamalar, kimi zaman benzerlik

⁴⁷¹ Domaniç, s. 375 vd., 683; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 269, 274, 275; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 109, 111, 137, 140-141, 154; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 55, 61, 62, 63; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 110, 118-121, 131; **Yönetim Kurulu**, s. 416, dn. 1123; Altay, **Yetki Devri**, s. 219, 235, 241, 245; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 71, 74-75.

göstermekle birlikte, aynı nitelendirme ile ilgili olarak konunun farklı yönlerine işaret edildiği de görülmektedir. Bu nedenle aşağıda, öncelikle, dava hakkının niteliği konusunda öğretilde yapılan açıklamalara ayrıntılı bir şekilde yer vermenin konunun doğru ve eksiksiz bir şekilde analiz edilebilmesi için gerekli olduğu kanısındayız.

Diğer yandan, dava hakkının hukukî niteliği, maddî hak-alacak hakkı-talep hakkı ayırımı ile de yakından ilgilidir. Zîra pay sahipleri ile alacaklılar, tazminatın kendilerine değil, ortaklığa verilmesini talep etmektedirler. Dolayısıyla, tazminatın ortaklığa, ancak bunun talep hakkının ortaklığın yanı sıra pay sahipleri ile alacaklılara da ait olduğu bir durum söz konusudur. Bu nedenle, kişisel görüşümüze de esas teşkil etmek üzere, belirttiğimiz ayırımı ve buna ilişkin olarak borçlar hukuku ve medenî usûl hukuku öğretisinde yapılan açıklamalara yer vereceğiz.

Diğer yandan, pay sahipleri ile alacaklıların şirket zararının tazmini konusundaki dava hakkının hukukî niteliği konusunda öğretilde “*dava takip yetkisi*” ve “*dava yetkinliği*” görüşleri savunulduğundan ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da bu görüş kabul edildiğinden, bu kavramların da açıklanmasında fayda görüyoruz. Zîra, medenî usûl hukukuna ait bu kavramların, sorumluluk davası açma hakkını karşılayıp karşılamadığı, bunların usûl hukukuna ilişkin içeriklerinin ortaya konulması ve daha sonra kişisel görüşümüz bağlamında hukukumuzda tanınan dava hakkı ile karşılaştırılması sonucunda belirlenebilecektir. Tüm bu açıklamalardan sonra da öğretilde savunulan görüşleri dikkate almak suretiyle kişisel görüşümüzü ve gerekçelerini açıklayacağız.

B- Hakkın Nitelendirilmesi Konusundaki Görüşler

Öğretildeki açıklamalar incelendiğinde; asıl hak sahibinin anonim ortaklık olduğu, ancak alacaklının dava hakkının bundan bağımsız bulunduğu, pay sahibi ve alacaklının ortaklık hesabına dava açtığı, pay sahibinin dava açma hakkının ikincil nitelikte olduğu, pay sahibi veya alacaklının dava açması hâlinde, bu sıfatların dava sonuna kadar taşınması gerektiği hususlarının ifade edildiği, dava hakkının niteliği konusunda ise geçmişten bu yana, alacaklılar teselsülü, suî generis, bağımsız, fer’î, talî, dava takip yetkisi, dava yetkinliği gibi ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Pay sahipleri ile alacaklıların sahip oldukları dava hakkının niteliği konusunda öğretilde

savunulan görüşleri ortaya koyabilmek ve konunun tüm boyutlarını doğru ve eksiksiz bir şekilde analiz edebilmek amacıyla öğretilerde yapılan açıklamalara aşağıda ayrıntılı bir şekilde yer vermenin faydalı olduğu kanısındayız.

Alacaklı teselsülü görüşü, öğretilerde Arslanlı ve Mimaroglu tarafından savunulmuştur. Arslanlı, dolayısıyla görülen zararlarda şirket ile pay sahipleri arasında “*bir nevi alacaklı teselsülü*” ilişkisi bulunduğunu, buna karşılık şirket tarafından daha önce tazminat davası açılmışsa, pay sahibinin ancak bu davaya katılabileceğini, bundan bağımsız olarak dava açamayacağını, pay sahipleri ile alacaklılara karşı sorumluluğun şirkete karşı sorumluluktan doğduğunu ve bunun bir fer’î sayıldığını savunmuştur⁴⁷². Mimaroglu da, dava açma hakkının asıl olarak şirkete ait olduğunu ve eTTK m. 336’da öngörülen şahsî sorumluluk davası bakımından şirket, pay sahipleri ve alacaklılar arasında alacaklılar teselsülüne benzer bir durumun bulunduğunu ifade etmiştir⁴⁷³.

Domaniç ise, alacaklılarla ortakların davada asil olmadığını, ortaklığın hâlefî, vekili veya temsilcisi durumunda olmadıklarını, bu kişilerin davada *sui generis* (kendine özgü) bir vekil ve temsilci durumunda bulunduklarını, kendi adlarına fakat ortaklık hesabına hareket ettiklerini, bir yandan şirket, diğer yandan da ortaklar ve alacaklılar tarafından davası açılabileceğini belirtmiştir⁴⁷⁴.

Dava hakkının talî (ikincil) ve fer’î bir nitelik taşıdığı görüşü ise, Atan, İmregün ve Postacıoğlu tarafından ileri sürülmüştür. Atan, talep hakkının asaleten şirkete ait olduğunu ve şirketin açtığı dava reddedildiği takdirde pay sahibinin dava hakkının kalmayacağını belirtmek suretiyle pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının talî (ikinci) ve fer’î nitelikte olduğu görüşünü dile getirmiştir⁴⁷⁵. İmregün, dava hakkının ortaklığa ait olduğunu, ortaklık dava açmaz ise pay sahibi ve alacaklının ortaklık adına dava açabileceğini belirttikten sonra ayrıca kişilerin kendi adlarına ortaklık hesabına dava açtıklarını, ibra kararı varsa pay sahiplerinin dava açmak için öncelikle bu kararı iptal ettirmeleri gerektiğini, pay sahipleri ve alacaklıların açtıkları davada ortaklığın

⁴⁷² Arslanlı, s. 168, 181, 183-184, 188, 191.

⁴⁷³ Mimaroglu, s. 113, 116.

⁴⁷⁴ Domaniç, s. 375 vd., 683.

⁴⁷⁵ Atan, s. 47.

yasal temsilcisi gibi hareket ettiklerin ifade etmiştir⁴⁷⁶. Bu konuda, Postacıoğlu, “*her bir aksiyon sahibinin*” kendi adına dava açma hakkına sahip olduğunu, ancak bu hakkın kullanılabilmesi için, öncelikle, şirket tarafından verilmiş bir ibra kararı varsa bunun kaldırılması (iptaline karar verilmesi) gerektiğini, ayrıca sermayenin onda birine tekâbül eden azınlık kararının her bir pay sahibinin dava açması bakımından da bir dava şartı teşkil ettiğini savunmuştur⁴⁷⁷.

Kendigelen de, açık bir nitelendirme yapmadan ve ayrıntıya girmede, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının istisnâ olduğunu ve şirkete tanınan dava hakkından doğduğunu belirtmiştir⁴⁷⁸.

Buna karşılık, çoğunluk diyebileceğimiz görüş, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının talî veya fer’î olmadığı, bilâkis bağımsız ve aslî bir nitelik arz ettiği yönündedir:

Poroy/Tekinalp/Tekinalp, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının tâlî nitelik taşımadığını, ortaklık ile pay sahipleri ve alacaklıların aynı anda dava açabileceklerini, bu durumda ne ortaklığın, ne de pay sahipleri veya alacaklıların açtığı davaların reddedileceğini, davaların birleştirilip tek tazminatın ortaklığa ödenmesine karar verilebileceğini, pay sahibinin dava hakkının niteliğinin tartışmalı olduğunu, kendilerinin de katıldığı bir görüşe göre pay sahibine tanınmış bir alacak hakkı olduğunu, diğer görüşün ise zararın giderilmesi konusunda pay sahiplerine bir hak tanındığını belirtmişlerdir⁴⁷⁹.

Çamoğlu, bu konudaki monografik eserinde, sorumluluk davasında asıl hak sahibinin anonim ortaklık olduğunu, tazminat şirkete verileceğinden ortaklığın dava hakkının öncelikte kaldığını, üyelerin dolayısıyla zarar gören ortak ve alacaklılara karşı sorumluluğunun ortaklığa karşı olan sorumluluğun bir sonucu olduğunu, usûl hukuku bakımından davacı ortak veya alacaklının kanunun kendisine dava takip yetkisi verdiği kişi olduğunu, ortakların ve alacaklıların kendi adlarına fakat ortaklık hesabına dava açtıklarını, bu davanın kanunun tanıdığı özel bir imkâna dayandığını,

⁴⁷⁶ İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 269, 274, 275.

⁴⁷⁷ Postacıoğlu, s.1003-1005.

⁴⁷⁸ Kendigelen, **Tespitler**, s. 460.

⁴⁷⁹ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371, 374-375.

pay sahibi ve alacaklıların bu sıfatla dava açtıklarını, bu davanın ortaklığın davasından bağımsız bir dava olduğunu ve ortak veya alacaklı tarafından asıl sıfatıyla açıldığını, tazminatın ortaklığa verilmesinin bu sonucu değiştirmedğini savunmuştur. Yazar, ayrıca, talep hakları arasındaki hukukî ilişkinin kanunda özel olarak düzenlenmiş bir yarışma olduğunu, ortakların ve alacaklıların dava hakkının ortaklığın dava hakkından doğan ikinci derecede (talî) bir dava hakkı olmadığını, söz konusu süjelerin menfaatlerinin korunmasının ancak bu şekilde sağlanacağını ifade etmiştir⁴⁸⁰.

Pekcanitez, konuyu usûl hukuku bakımından ayrıntılı bir şekilde ele almak suretiyle, sorumluluk davası açabilecek kişilerin açacakları davaların birbirinden bağımsız olduğunu, bu kişilerin seçimlik dava arkadaşı olarak kabul edilebileceklerini, buna göre birlikte dava açmak zorunda olmadıklarını, ayrı ayrı dava açmalarının derdestlik teşkil etmeyeceğini ve tarafların aynı olduğundan bahsedilemeyeceğini, bu nedenle pay sahiplerinden biri tarafından açılan davanın reddine ilişkin kararın diğer pay sahipleri veya ortaklık tarafından açılacak dava bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceğini, birlikte dava açmış olsalar dahi mahkemece her biri hakkında ayrı ayrı hüküm kurulacağını, bu bağlamda örneğin ortaklık yönünden genel kurul kararı bulunmaması nedeniyle dava şartı eksikliğinden davanın reddine karar verilmesinin diğer davacılar bakımından davaya devam edilmesine engel teşkil etmeyeceğini, ikrar, feragat ve davayı kabul işlemleri açısından da her birinin diğerlerinden bağımsız olduğunu, ayrıca zamanaşımı süresinin bu kişilerden her bir hakkında ayrı ayrı hesaplanacağını ifade etmiştir⁴⁸¹.

Helvacı, pay sahiplerinin dava hakkının, ikincil olmayan, asıl ve bağımsız bir dava hakkı olduğunu belirtmiş⁴⁸², benzer şekilde Kayar/Özatlan ile Kortunay da pay sahipleri ile alacaklılara bağımsız bir dava hakkı tanındığını savunmuşlardır⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 109, 111, 137, 140-141, 154; aynı doğrultuda bkz. Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 339. Yazar, ayrıca, Poroy/Tekinalp ile olan ortak eserlerinde de, aynı görüşü dile getirmiş, talep hakları arasındaki ilişkinin alacaklılar teselsülü olarak nitelendirilemeyeceğini, kanun tarafından özel olarak düzenlenmiş bir talepler yarışmasının bulunduğunu, bir dava hakkı yönünden verilen hükmün diğer dava hakları yönünden kesin hüküm teşkil etmediğini vurgulamıştır; bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 603.

⁴⁸¹ Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 55, 61, 62, 63.

⁴⁸² Helvacı, **Sorumluluk**, s. 127, 146.

⁴⁸³ Kayar/Özatlan, s. 26; Kortunay, yansıma zarara dayalı olarak açılan davalarda pay sahipleri ile alacaklıların taleplerini şirketin tazminat hakkından türetilmiş bir hak olarak görmemek gerektiğini, pay sahibinin dolaylı zararını istemesinin İsvBK. m. 754 ve TTK m. 553'te ayrıca ve açıkça tanınmış bağımsız bir hak olduğunu, elde edilecek tazminatın şirkete verilecek olmasının bu sonucu değiştirmedğini ifade etmiştir; bkz. s. 263 dn. 873, 298. Pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının

Üçışık/Çelik ise, ortaklığın, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkının birbirinden bağımsız ve kişisel olduğunu belirttikten sonra, pay sahiplerinin dava hakkının, bağımsız olmayıp, ikincil nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁴.

Akdağ Güney, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkının, şirketin dava hakkına bağlı olmadığını, şirketin dava hakkından bağımsız olarak pay sahipleri ve alacaklılara doğrudan doğruya kişisel olarak tanınmış bir hak olduğunu, pay sahipleri ve alacaklıların davalarını TBK’da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu veya TTK’da yer alan sorumluluk hükümlerine dayandırmak konusunda seçimlik bir hakka sahip bulunduklarını savunmuştur⁴⁸⁵.

Altay, asıl hak sahibinin anonim ortaklık olduğunu, ancak alacaklının dava hakkının bundan bağımsız olduğunu, pay sahipleri ile alacaklıların TTK’nın verdiği özel ve istisnâî imkânla şirket zararının giderilmesini talep edebilmesi karşısında, dolaylı sorumluluk davasının özündeki talep hakkının niteliğinin de, şirketin zararının giderilmesine yönelik talep hakkının niteliğiyle aynı olduğunu ve buna göre esaslı unsurları kanunda düzenlenmiş bir sözleşmesel sorumluluk niteliğini taşıdığını ifade etmiştir⁴⁸⁶.

Bu görüşlerin yanı sıra öğretide savunulan önemli bir görüş de, dava hakkının niteliğinin dava takip yetkisi (dava yetkinliği) olduğu yönündedir.

Pekcanitez/Taş Korkmaz, davacı pay sahibi ile alacaklının “dava yetkini” olduğunu ifade etmişler⁴⁸⁷, Yasaman da bu durum için “kanuna dayanan dava yetkini” kavramını kullanmıştır⁴⁸⁸.

Ayoğlu da, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının bağımsız olduğunu ve dava açılabilmesi için ortaklığın muvafakatının alınmasına gerek bulunmadığını, genel

ortaklıktan bağımsız, kanundan doğan bir maddî hak niteliğinde olduğu yönünde ayrıca bkz. Üstün Köprücü, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasındaki Usûl Hukuku Sorunları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 28.

⁴⁸⁴ Üçışık/Çelik, s. 552, 575-576.

⁴⁸⁵ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 110, 118-121, 131; **Yönetim Kurulu**, s. 416, dn. 1123.

⁴⁸⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 219, 235, 241, 245.

⁴⁸⁷ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 598.

⁴⁸⁸ Yasaman, s. 111.

kurulda sorumluluk davası açılması, ibra veya davadan feragat yahut sulh yönünde karar alınmasının pay sahipleri ile alacaklılar tarafından açılan davaya bir etkisinin olmadığını, pay sahibi veya alacaklının temsilci sıfatıyla değil, asil sıfatıyla dava açtığını belirttikten sonra⁴⁸⁹, konuyu ayrıca usûl hukuku bakımından da ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Yazar, öğretide Çamoğlu'nun ifade ettiği takip yetkisinin “*genel dava takip yetkisi*” kategorisine girdiğini, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının genel dava takip yetkisi çerçevesinde açıklanması hâlinde şirketin davaya taraf olduğu, yargılama giderlerinden de şirketin sorumlu tutulacağı ve verilecek hükmün şirket hakkında kesin hüküm teşkil edeceği sonuçlarına ulaşılacağını, buna karşılık pay sahipleri ile alacaklılara tanınan dava hakkının ortaklığın dava hakkından bağımsız bir dava hakkı olması ve bu kimselerin asil sıfatıyla hareket etmeleri, ayrıca yargılama giderleri ödeme riskini de üzerlerinde taşımalarının, klasik bir dava takip yetkisinin varlığından bahsedilemeyeceğini gösterdiğini savunmuştur. Yazar, bu nedenle, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının farklı bir kavramla açıklanması gerektiğini, bunun da “*dava yetkinliği*” kurumu olduğunu, zîra bu kimselerin dava açma yetkisini kanundan aldıklarını ve kendi adlarına dava açtıklarını ve davayı yürüttüklerini, yargılama giderlerinden de kendilerinin sorumlu olduklarını, kanundan doğan dava yetkinliği kurumunda verilen hükmün asıl hak sahibini bağladığının kabulünün zorunlu olmadığını, sorumluluk davasında da verilen hükmün şirketi bağladığını kabul etmenin bazı sakıncalar arz ettiğini, sonuç olarak pay sahipleri ile alacaklıların kanuna dayanan dava yetkini olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹⁰.

Dişel de, “*Dava Takip Yetkisi*” adlı doktora tezinde, TTK m. 555’te pay sahiplerine tanınan dava hakkının, kanunî dava takip yetkisi niteliğinde olduğunu, gerek İsviçre doktrinde gerek İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu görüşün kabul edildiğini, bir yandan hak sahibi olan şirkete, diğer yandan pay sahiplerine bu hakkın tanınması nedeniyle “*çift yönlü yarışan takip yetkisi*” bulunduğunu ifade etmiştir. Yazar, ayrıca, bunun maddî hukuk kurallarının öngördüğü bir takip yetkisi olduğunu, pay sahibi tarafından açılan davada verilen hükmün dava açmayan diğer tüm pay sahipleri ve “*özellikle de şirket için*” kesin hüküm teşkil ettiğini, pay sahibi tarafından dava açılması hâlinde diğer pay sahipleri ile hak sahibi ortaklık tarafından

⁴⁸⁹ Ayoğlu, *İlamları İcraya Koyma Yetkisi*, s. 71, 74-75.

⁴⁹⁰ Ayoğlu, *İlamları İcraya Koyma Yetkisi*, s. 76-81, 84.

derdestlik nedeniyle dava açılmayacağını ileri sürmüştür⁴⁹¹. Özekes/Seven/Meriç de Dişel'e atıfla bu görüşleri ifade etmişler, ayrıca davalıların şirkete karşı sahip oldukları tüm itiraz ve def'ileri pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarında da ileri sürülebileceklerini, bu bağlamda şirket tarafından verilen ibra kararının pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davasına karşı, pay sahibinin ibraya olumlu oy verip vermediği konusunda bir ayırım yapmaksızın, bir itiraz sebebi olarak ileri sürülebileceğini savunmuşlardır⁴⁹².

Yargıtay ise, asıl dava hakkının ortaklığa ait olduğunu, ancak yansıma yoluyla zarar gören ortakların ve alacaklıların da dava hakkına sahip bulunduğunu belirtmektedir⁴⁹³.

Diğer yandan, İsviçre hukukunda da bu konuda tartışma bulunduğu, Federal Mahkeme'nin 1991 tarihli kararına kadar İsviçre öğretisinde ağırlıklı görüşün alacaklının şirket zararı için sorumluluk davası açma hakkının maddî hak niteliğini taşıdığı yönünde olduğu, buna karşılık Federal Mahkeme kararında iflâstan sonra sorumluluk davası açma hakkının tüm alacaklılara ait bir maddî hak olduğunun ifade edildiği ve bu içtihadattan sonra da tartışmaların devam ettiği belirtilmektedir⁴⁹⁴. İsviçre'de savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul gören dava takip yetkisi teorisine göre, pay sahibinin kendi hakkına dayalı olarak dava açmayacağı, ancak şirket yerine süreci kendi adına yöneteceği, bunun da davalının

⁴⁹¹ Buse Dişel, **Dava Takip Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 59, 80, 302-304; Buse Dişel, "Medenî Usûl hukuku Perspektifiyle TTK. m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler ve Hükmün İcrası", **Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021 Bildiri Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 174, 186 vd.

⁴⁹² Özekes/Seven/Meriç, s. 98-99, 142, 190-191.

⁴⁹³ "... sorumluluk davasında asıl dava hakkı, ortaklığa aittir. Ayrıca, yukarıda açıklandığı üzere, zarar gören alacaklıların da müdür aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır." (Yarg. 11. HD., 2310.2018 T., 2016/43109 E. ve 2018/6594 K.; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 01.12.2016 T., 10385/8877 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD'nin 12.06.2017 T., 2016/4693 E., 2017/3627 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹⁴ Pay sahibinin dava hakkının hukukî niteliğinin tartışmalı olduğu yönünde ve bu konuda İsviçre hukukunda savunulan dava takip yetkisi teorisine göre, pay sahibinin kendi hakkına dayanarak hareket etmediği, bunun yerine taraf olarak asıl hak sahibi şirket yerine davayı yönettiği ve bu sıfatla davada taraf olarak yer aldığı, buna karşılık maddî hak iddiası teorisine göre, pay sahibinin kendisine ait bir hakkın bulunduğu, İsviçre Federal Mahkemesi'nin dava takip yetkisi görüşünü kabul ettiği (BGE 132 III 350 ve BGE 131 III 310) yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 11; İsviçre'de, pay sahibinin dava hakkının hukukî niteliğinin öğretide tartışmalı olduğu ve davalıların davacı pay sahibine karşı hangi itirazları yapabileceği sorusunun cevabı için dava hakkının niteliği önemli bulunduğu yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 10; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 219 ve naklen BGE 117 II 432, s. 439.

şirkete karşı yapabileceği tüm savunmaları (itirazları) gündeme getirebileceği, ancak, sadece davacı pay sahibine karşı sahip olduğu itirazları ileri süremeyeceği anlamına geldiği, diğer bir deyişle, pay sahibi şirketin hakkına dayandığından davalının yalnızca şirkete karşı ileri sürebileceği savunmalara dayanabileceği, yoksa pay sahibine karşı sahip olduğu savunmaları ileri süremeyeceği, bu bağlamda davacı pay sahibinin karara olumlu oy verip vermediğine bakılmaksızın ibra kararının savunma olarak ileri sürülebileceği, bu nedenle ibra kararına muvafakat etmeyen pay sahibinin dava hakkının mevcut yasal düzenlemeye rağmen bir anlam ifade etmediği, zira kendisi ibra etmese de verilen ibra kararına davalı organca dayanılabileceği ifade edilmektedir⁴⁹⁵.

Bu konudaki görüş ve yaklaşımları bu şekilde aktardıktan sonra, öncelikle ifade etmek isteriz ki, TTK m. 555 ve 556'da pay sahipleri ve alacaklıların *“tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkı”*ndan bahsedilmiş, ibrayı ve sonuçlarını düzenleyen 558. maddede de *“dava hakkı”* kavramına yer verilmiş olup, bu ifadeler nitelendirme konusunda yeterli değildir. Bu bağlamda gerek eTTK gerek TTK döneminde savunulan görüşlerin çoğunda bu kişilerin *“bağımsız bir dava hakkı”*na sahip olduklarının ifade edildiği, bununla birlikte bu hakkın niteliği konusunda genellikle açık bir nitelendirmeye yer verilmediği görülmektedir. Buna göre, pay sahipleri ile alacaklıların şirket zararının tazmini konusunda sahip oldukları dava hakkının, maddî hukuk anlamında bir hak mı, yoksa sadece usûl hukukuna ilişkin bir yetki (dava takip yetkisi veya dava yetkinliği) mi ya da kendine özgü nitelikte (*sui generis*) bir kurum mu olduğu sorusunun, *“hak, talep, dava hakkı, dava takip yetkisi, dava yetkinliği”* kavramları çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir⁴⁹⁶. Bu nedenle, öncelikle bu kavramları sorumluluk davası bağlamında kısaca açıklayıp, daha sonra kişisel görüşümüzü açıklayacağız.

⁴⁹⁵ Bu konuda ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin dava takip yetkisi teorisine uygun hareket ettiği yönünde (BGE 132 III 342 E. 4.3 kararı: *“Pay sahiplerinin dava hakkı, dava takip yetkisi niteliğindedir. Literatür haklı olarak bir şirkete verilen zararın dava konusu olduğuna ve tazminatın şirkete gittiğine, hissedarın ise kendi adına ifa için dava açamayacağına işaret etmektedir»*) bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 11.

⁴⁹⁶ Talep hakkı kavramının tarihi gelişimi ve buna ilişkin ayrımlar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 39 vd.; alacak hakkı ile talep hakkı arasındaki ilişkinin belirlenmesi konusundaki görüşler ve bu bağlamda, iki kavramın ayrı şeyler olup talep hakkının alacak hakkına oranla daha geniş bir kavram olduğu yolundaki görüş için bkz. Faruk Acar, **Türk – İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 55-56.

C- Alacak Hakkı, Talep Hakkı ve Dava Hakkı Ayrımının Etkileri

Şirket zararı için açılan sorumluluk davaları bakımından, dava kim tarafından açılırsa açılsın, dava konusu alacak hakkının, zarara uğrayan şirkete ait olduğunda bir kuşku yoktur. Zîra, pay sahipleri ile alacaklılar tarafından açılan davada da tazminatın şirkete ödenmesine karar verilmesi talep edilmektedir (TTK m. 555, 556). Bu itibarla, alacak hakkını (tazminat) konu alan maddî (sübjektif) hak, sadece ortaklığa ait olup, bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer yandan, kanunda bu alacağın istenmesi konusunda birden fazla kişiye hak tanınmış olması nedeniyle, alacak hakkı, talep hakkı ve dava hakkı kavramları ile bunların birbirleriyle ilişkisini açıklamakta fayda vardır.

Borçlar hukuku öğretisinde, alacak hakkı ve talep hakkı ile ilgili olarak; **von Tuhr**, “*mütalebe alacağın alacaklıya verdiği en mühim salâhiyettir Mütalebe, alacaklının kendisinden eda talep ettiği borçlunun şahsına tevcih edilir*” şeklinde açıklamada bulunmaktadır⁴⁹⁷. Oğuzman/Öz, bu iki kavramın çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılsa da esasen birbirinden farklı kavramlar olduğunu, alacak hakkının dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini istemeyi sağlayan hakkı ifade ettiğini, buna karşılık talep hakkının alacaklının alacağı isteme yetkisi olduğunu belirtmektedir⁴⁹⁸. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da herhangi bir kimseden bir şeyin verilmesini, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını isteyebilmek hakkına talep hakkı dendiğini, talep hakkının borç ilişkisi dışında kalan hukukî ilişkilere de dayanabileceğini, talep hakkı ile alacak hakkının birbirinden farklı olduğunu, ikisinin her zaman bir arada bulunmasının da zorunlu olmadığını açıklamaktadır⁴⁹⁹. **Eren** ise, alacak hakkının, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep etme hakkı olduğunu, alacak hakkının sağladığı en önemli yetkinin talep yetkisi olduğunu ve bu bakımdan talep yetkisinin alacak hakkının özünü oluşturduğunu, alacak hakkı ile talep hakkının birbirinden farklı olduğunu savunmaktadır. Yazar, devamında, talep hakkının genel olarak bir hak sahibinin üçüncü bir kişiden belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkı olduğunu, buna karşılık alacak hakkının ise, talep

⁴⁹⁷ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım I-II**, Çeviren: Av. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 15, 17.

⁴⁹⁸ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 48-49.

⁴⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 13.

hakkının yanı sıra (talep dışında) icra yoluyla takip yetkisi ve tazminat istemek hakkı da sağladığını, alacak hakkına dayanan icra yoluyla takip yetkisinin hukukî niteliği itibarıyla bir talep hakkı olmadığını, zira talep hakkının borçludan istenilen bir davranış biçimi olduğunu, buna karşılık icra yoluyla takip yetkisinde devlet tarafından borçlunun malvarlığına el konulduğunu belirtmektedir. Ayrıca, tazminat isteme hakkı bakımından da, bunun hukukî niteliği itibarıyla bir talep hakkı olmadığını, borçlunun kusurlu olması ve alacağın icra yoluyla aynen elde edilmesinin mümkün bulunmaması veya icra yoluyla takip istememesi hâlinde, alacaklının isterse uğramış olduğu zararın tazminini isteyebileceğini ifade etmektedir.⁵⁰⁰ Buna karşılık, Kocayusufpaşaoğlu, maddî hukuk yönünden asıl olanın talep hakkı olduğunu, usûl hukukunun tanıdığı dava hakkının maddî hukukça bahsedilmiş olan hakkın tespiti ve gerçekleşmesine yaradığını, talep hakkının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla bir dava açıldığı zaman bunun bir eda (ifa) davası olacağını, talep hakkının alacak hakkına göre daha geniş bir kavram olduğunu, alacak hakkı niteliğini taşımayan talep haklarının da bulunduğunu dile getirmektedir. Yazar, ayrıca, konuya “*sadece borç ilişkisinden doğan talepler*” açısından bakıldığında ise, prensip itibarıyla alacak ve talep haklarının aynı şey olduğunu, bu konuda sadece henüz muaccel olmamış alacaklar bakımından tereddüt edilebileceğini, bu nedenle muaccel alacak hakkı ile talep arasında bir ayırım yapmamakla yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁰¹.

Dava hakkı kavramı ve bunun hak ve talep kavramları ile ilişkisine gelince, bu konuda öğretilde yapılan açıklamalar da şu şekildedir: Pekcanitez, dava hakkının asıl hakka bağlı olduğunu ve ondan ayrılmayacağını, davanın asıl hakkın yargılama hukukundaki görünümü olduğunu, dava hakkının bağımsız bir niteliğe sahip olmadığını, bu nedenle asıl haktan bağımsız olarak devredilemeyeceğini ve haktan tamamen bağımsız bir şekilde kullanılamayacağını ifade etmektedir⁵⁰². Postacıoğlu/Altay, bireylerin bir hakkın inkârı veya ihlâli hâlinde yargı gücüne başvurarak haklarının etkin bir şekilde korunmasını istemek hususunda sahip oldukları yetkiye dava hakkı denildiğini, klasik görüşün dava hakkı için bir sübjektif hakkın varlığını zorunlu gördüğünü, ancak bu görüşün modern görüş tarafından eleştirildiğini ve dava hakkının sübjektif haktan bağımsız olduğunun ve dava hakkının bir iddianın

⁵⁰⁰ Eren, **Genel Hükümler**, N. 213 vd., N. 224-226.

⁵⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 40-44.

⁵⁰² Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1112.

yargı makamlarına sunulmasından ibâret olabileceğinin ifade edildiğini belirtmektedirler. Ayrıca, yazarlar, bu modern görüşün konuya açıklık getirmediğini, bir iddiayı adli makamlara sunma yetkisinin kimlere tanınması gerektiğinin tespiti konusunda zorunlu olarak hak kavramına başvurulması gerektiğini, diğer yandan dava hakkının mevcut olmasına rağmen bunun bir sübjektif hakka dayandırılmayacağı olasılıkların da bulunduğunu, dava hakkının genellikle bir sübjektif hakkın yaptırımını olarak ortaya çıktığını açıklamaktadırlar⁵⁰³. Üstündağ ise, klasik teori ve görüşlere göre dava hakkından bahsedilebilmesi için mutlaka bir sübjektif hakkın bulunmasının arandığını, buna karşılık modern hukuklarda bazı hâllerde hak olmamasına rağmen dava hakkının öngörüldüğünü, bu nedenle dava hakkının maddî hukukla arasında mevcut olan bağdan çözüldüğünü ve mücerret (soyut) bir karakter aldığını ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, dava hakkı kavramı yerine “*hukukî himaye talebi*” kavramının önerildiğini, bunu talep hakkının da hukukî himaye ihtiyacı bulunana tanındığını, örneğin İİK m. 94’te de hak olmadığı hâlde dava hakkı tanındığını⁵⁰⁴, dava hakkının (hukukî himaye talebinin) kısmen usûl hukukuna ve kısmen de maddî hukuka tâbi olduğunu, davaya çoğunlukla maddî hukuka ilişkin bir talep hakkının esas teşkil edeceğini belirtmektedir⁵⁰⁵. Tanrıöver, dava hakkının çoğu zaman bir sübjektif hakka dayanmakla birlikte, onun hakka dayanmadığı durumların da söz konusu olabileceğini, örneğin menfi tespit davalarında durumun bu şekilde olduğunu, dava hakkının sübjektif haktan soyutlanmış, bağımsız bir yapıya sahip olduğunu ve mahkemeye yöneltilebilen sübjektif bir kamu hakkı niteliğinde bulunduğunu açıklamaktadır. Devamında da yazar, sübjektif hak temelli dava tanımlamasının, maddî hukuktaki talep hakkı kavramını esas alan eda davaları bakımından geçerlilik taşıdığını, bununla birlikte usûl hukukundaki talep kavramının maddî hukuktakinden daha geniş ve farklı bir içeriğe sahip bulunduğunu, bu nedenle dava kavramının açıklanmasında usulî talep kavramının esas alınmasının sübjektif bir hakka dayanmayan dava hakkının temellendirilmesini kolaylaştıracağını savunmaktadır⁵⁰⁶. Oğuzman/Öz de, talebin

⁵⁰³ Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 177 vd.; dava hakkının asıl haktan ayrı bir hak olmadığı yönünde ayrıca bkz.: “*Dava hakkı asıl haktan ayrı bir hak değildir ve bu nedenle yalnız başına başkasına devredilemez*” (bkz. Yarg. HGK’nın 27.01.2010 tarih, 2010/16-31 E. ve 2010/24 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁰⁴ Bu örnek, esasen dava takip yetkisine tekâbül etmektedir; bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 252; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 226-227.

⁵⁰⁵ Üstündağ, **Usûl**, s. 265 vd.

⁵⁰⁶ Tanrıöver, s. 465-466.

mahkeme yolu ile kullanıldığı zaman davanın (eda davasının) söz konusu olacağını belirtmektedir⁵⁰⁷.

Tüm bu açıklamalardan, talep hakkının esasen maddî hukuka ait bir kavram ve yetki olduğunu, ayrıca alacak hakkına bağlı bulunduğunu, dava hakkının ise her zaman bir maddî hakka dayanması zorunlu olmamakla birlikte, bir hakkın varlığı hâlinde bunun bir unsuru ve esasen talep hakkının usûl hukukundaki kullanımı olduğunu görmekteyiz.

D- Dava Takip Yetkisi ve Dava Yetkinliği

Medenî usûl hukukunda, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir hakkı dava yoluyla talep ettiği durumlar, bir usûl hukuku kavramı olan “*dava takip yetkisi (bağımsız dava takip yetkisi)*” veya “*dava yetkinliği*” kavramları ile ifade edilmektedir. Esasen her iki kavram, aynı durumu ifade etmek için kullanılmakta ve dava takip yetkisine hakka yabancı olan üçüncü bir kimsenin sahip olmasını ve hakkın bu kişi tarafından ileri sürülmesini ifade etmektedir⁵⁰⁸. Dava takip yetkisi ile dava yetkinliği kavramlarının ayrıldığı nokta, bağımlı dava takip yetkisi bakımından olup, bağımlı dava takip yetkisinde hakkın hak sahibi adına ileri sürülmesi söz konusu olmakta, buna karşılık, dava yetkinliğinde maddî hakka yabancı olan üçüncü kişi bu hakkı ileri sürebilmekte ve bunu yaparken de kendi adına hareket etmektedir⁵⁰⁹. Bu bağlamda, bağımsız dava takip yetkisi ile dava yetkinliği kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır. Öğretide, “*bağımlı-bağımsız dava takip yetkisi*” ayrımı yapılmaksızın örnekler verildiği ve dava takip yetkisinin öneminin bu yetkinin haktan ayrıldığı hâllerde ortaya çıkması nedeniyle, esasen dava takip yetkisi için verilen örneklerin dava yetkinliği (bağımsız dava takip yetkisi) ile ifade edilmek istenen

⁵⁰⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 52.

⁵⁰⁸ Bu konuda bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 593, 596; dava yetkinliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Deren Yıldırım, s. 27 vd.; ayrıca, dava takip yetkinliği kavramının ilk olarak Deren Yıldırım tarafından, asıl hak sahibi olmayan kimsenin, hakkı kendi adına takip etmesi anlamına gelmek üzere kullanıldığı, ancak, uygulamada ve doktrinde bunun benimsenmediği yönünde bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 19.

⁵⁰⁹ Bu konuda bkz. Deren Yıldırım, s. 24, 28; dava yetkinliği ile aynı anlamda kullanılan başkasına ait hakkı dava takip yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 57 vd; dava yetkinliğinin söz konusu olduğu durumlarda üçüncü kişinin (dava yetkinin) kendisine yabancı bir hakka ilişkin davayı kendi adına açabildiği ve hüküm alabildiği, dava yetkininin aldığı hükmün maddî hukuk ilişkisinin tarafı için de bağlayıcı olduğu yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 596.

duruma ilişkin olduğu görülmektedir⁵¹⁰. Dava yetkinliğinin kanun tarafından tanınmış olması hâlinde de “*kanundan doğan dava yetkinliği*” kavramından bahsedilmektedir⁵¹¹. Sonuç olarak, bağımsız dava takip yetkisi, başkasının hakkını dava takip yetkisi ve dava yetkinliği kavramları aynı anlama gelmektedir. Diğer yandan, hak sahibi olmayan üçüncü kişinin dava takip yetkisine sahip olmasının farklı şekillerde ortaya çıkabileceği, bu bağlamda hak sahibinin dava takip yetkisinin kaldırılarak sadece üçüncü kişiye bu yetkinin tanınması şeklinde olabileceği gibi, hak sahibinin yetkisi kaldırılmaksızın (münhasır olmaksızın) üçüncü kişiye dava açma ve yürütme yetkisinin tanınması şeklinde gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁵¹².

Dava takip yetkisi, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenmesine (HMK m. 53) rağmen, esasen usûl hukukuna ilişkin bulunmakta olup, maddî hukuk bağlamında bir sübjektif hakkı ifade etmez; aynı şekilde, bağımsız dava takip yetkisi olan dava yetkinliği kavramı da usûl hukukuna ilişkindir⁵¹³. Bu bağlamda, dava takip yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanılması, yani dava yetkinliğinin söz konusu olması hâlinde davanın tarafının kim olduğu öğretide tartışmalıdır⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Örneğin, terekenin resmen idaresine ve tasfiyesine ilişkin hükümler dava takip yetkisine örnek olarak gösterilirken (Üstündağ, **Usûl**, s. 307), diğer yandan dava yetkinliğine de örnek olarak gösterilebilmektedir (Deren Yıldırım, s. 30, dn. 119; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 80, dn. 60). Ayrıca, dava takip yetkisine ilişkin örnekler olan İİK m. 120/II ve 245 hükümleri, kanuna dayanan dava yetkinliğinin başlıca örnekleri olarak ifade edilmektedir (Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 598; Deren Yıldırım, s. 30, dn. 120; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 278, 281; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 80, dn. 60).

⁵¹¹ Deren Yıldırım, s. 29-30.

⁵¹² Bu konuda Dişel, “*münhasır ve yarışan (paralel) dava takip yetkisi*” kavramlarını kullanmakta, ayrıca pay sahiplerinin dava açmasını örnek olarak göstererek yarışan dava takip yetkisinin bir alt türünün potansiyel dava takip yetkisi olduğunu belirtmektedir; bkz. **Takip Yetkisi**, s. 79-80; bazı hâllerde özel kanun hükümleriyle dava konusu hakkın sahibi olmayan kişilere de davacı olma sıfatı tanındığı, bunun iki şekilde gerçekleştirilebileceği, birincisinin hak sahibi olan bir kimsenin dava takip yetkisinin kaldırılarak üçüncü kişiye dava takip yetkisi verilmesi şeklinde olduğu (iflâs idaresinin dava takip yetkisine sahip olması gibi) (zorunlu dava takip yetkisi), ikinci olarak hak sahibinin dava takip yetkisi kaldırılmaksızın hak sahibi olmayan üçüncü bir kişiye dava açıp yürütme yetkisi tanındığı (paralel dava takip yetkisi), İİK m. 94 ve 120 hükümlerinin bu ikinci şekle örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 226-227; dava takip yetkisinin münhasıran üçüncü kişiye bırakıldığı durumlara örnek olarak iflâs idaresinin dava açması hâli ile İİK m. 120/II ve 245 hükümlerinin gösterilebileceği yolunda bkz. Tanrıöver, s. 526-527.

⁵¹³ Nitekim, Deren Yıldırım da dava yetkinliği kavramının açıklanmasında çıkış noktasının usûl hukuku olduğunu, bu kavramı maddî hukuka dayanan ilişkiye göre açıklayan görüşün aşıldığını ayrıntılı bir şekilde açıklamaktadır; bkz. 27-28; dava takip yetkisinin maddî hukuka değil, usûl hukukuna ilişkin bir kavram olduğu yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 604; Üstündağ, **Usûl**, s. 307; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 276-278; Yılmaz, **Şerh**, s. 1235; Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 25; Tanrıver, s. 525; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 253; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 226.

⁵¹⁴ Bu konudaki farklı görüşler ve dava takip yetkisini kullanan kimsenin davaya taraf olduğu yolundaki görüş için bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 599 ve dn. 139; yazarlar, daha önce dava takip yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının davanın taraflarında bir değişiklik meydana getirmeyeceği, diğer bir deyişle maddî hukuk ilişkisinin taraflarının davaya taraf olduğu yolundaki görüşten dönmek suretiyle şekli taraf teorisi doğrultusunda dava yetkininin davaya taraf olduğu

E- Görüşümüz

Sorumluluk davasının konusu bir sübjektif haktır ve bu hak, sorumluluğun unsurlarının bulunması şartıyla şirket zararının tazmin edilmesine yöneliktir. Davada, davalıların şirkete karşı olan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl edip etmedikleri ve uygun nedensellik bağına göre bundan dolayı şirketin bir zararının doğup doğmadığı incelenip araştırılacaktır. Zarara uğrayan ve mahkemece kendisine tazminat ödenmesine karar verilecek süje, davayı kendisinin açıp açmadığına bakılmaksızın anonim ortaklıktır. Bu nedenle, bu sübjektif hakka da (alacak hakkına) ortaklık sahiptir. Bununla birlikte, borçlar hukukunda ifade edilen, hakkın bir unsuru ve hatta özü olan talep hakkı ise, ortaklıklar hukukunda ortaklığın yanı sıra yansıma yoluyla zarara uğrayan pay sahiplerine ve belli koşullarla alacaklılara tanınmıştır (TTK m. 555, 556). Diğer bir deyişle, alacak hakkı (şirket zararı – tazminat hakkı) tek olmasına rağmen, bunu talep etme hakkı birden fazladır (çoktur). Şirket zararı pay sahipleri ile alacaklıların yansıma yoluyla zararını teşkil ettiğinden, bu kimseler sorumluluk davası açıp şirket zararının tazminini talep etmekle, esasen, kendi yansıma zararlarının da giderilmesini amaçlamaktadırlar. Nitekim, yansıma zararların talep edilmesi kural olarak mümkün olmayıp, ancak buna imkân veren özel bir düzenlemenin varlığı hâlinde bu mümkündür⁵¹⁵. Zararın giderilmesini talep hakkı esasen, doğrudan zarara uğrayan kimseye tanınan bir maddî hak olmakla birlikte⁵¹⁶, yansıma zararın giderilmesine olanak tanınan hâllerde de yansıma zarara uğrayan bakımından bir maddî hakkın varlığı söz konusu olur. İşte, TTK m. 555 ve 556’da, yansıma zarara uğradıkları için pay sahiplerine sorumluluk davası açma konusunda istisnâ ve özgün bir imkân tanınmıştır. Ancak, bu imkân, yansıma zararın doğrudan tazmini şeklinde

yolundaki görüşe katıldıklarını, zira aksi görüşün şekli taraf teorisine aykırı olmanın yanı sıra takip yetkisini kullanan kişinin hak sahibinin temsilcisi olduğu şeklinde hatalı bir sonucu doğuracağını ifade etmişlerdir. Dava takip yetkisinin kanunla, uyumsuzluk konusu maddî hukuk ilişkisine yabancı bir üçüncü kişiye bırakılmış olduğu hâllerde, üçüncü kişinin kanunla kendisine verilen görev dolayısıyla davanın tarafı konumunda olacağı yolundaki görüş için bkz. Tanrıver, s. 526; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoglu, s. 252; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 227; buna karşılık, dava takip yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanılmasının davanın taraflarında değişiklik meydana getirmeyeceği yolundaki görüş için bkz. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, 6. Baskı, İstanbul, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, C. I, s. 1155; Evrim Erişir, **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007, s. 82 vd. Bu konuda Kale ise, dava takip yetkisinin hakka yabancı olan bir kimse tarafından kullanıldığı hâllerde hak sahibinin davada üçüncü kişi konumunda bulunacağı yolunda ayrıca bkz. Serdar Kale, **Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 25.

⁵¹⁵ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, E.

⁵¹⁶ Eren, **Genel Hükümler**, N. 1646.

olmayıp⁵¹⁷, tazminatın ortaklığa verilmesi suretiyle zararın dolaylı bir şekilde giderilmesine yöneliktir. Diğer bir deyişle, pay sahipleri ve alacaklılar nasıl yansıma yoluyla zarara uğramışlarsa, bu zararlarının giderilmesini de yine dolaylı bir şekilde sağlamaktadırlar⁵¹⁸. Yansıma zararın giderilmesine yönelik bu özgün yapı, yansıma yoluyla zarar gören pay sahiplerinin dava hakkının bir maddî hak olarak nitelendirilmesine engel değildir. Zîra kanun koyucu, zararın kaynağının tek olduğunu ve ortaklık zararının giderilmesi hâlinde yansıma zararın da giderilmiş olacağını dikkate alarak, yansıma zararın giderilme biçimini özgün bir şekilde belirlemiştir.

Diğer yandan, borçlar hukuku öğretisinde, alacak hakkı ile talep hakkının birbirinden ayrılabilmesi ve talep hakkının alacaktan bağımsız olarak temlik edilebileceği ifade edilmekte olup⁵¹⁹; TTK da esasen benzer şekilde kişisel sorumluluk davaları bakımından alacak hakkı ile talep hakkını birbirinden ayırmış ve alacak hakkını anonim ortaklıkta bırakarak, talep hakkını birden fazla kişiye tanımış görülmektedir⁵²⁰. Gerçekten, ortada tek bir alacak hakkı (anonim ortaklığın alacak hakkı) olmasına rağmen birden fazla talep hakkı bulunmaktadır. Bu talep hakları da aynı alacak hakkına yönelmektedir.

⁵¹⁷ Yansıma zararın doğrudan doğruya pay sahibinin malvarlığında giderilmesine yönelik özel bir durum ise, TTK m. 202/2 hükmüdür; bu tespit ve niteleme için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.404 vd.; diğer yandan, TTK m. 202/1’de öngörülen sorumluluk davasının da şirket zararının giderilmesine yönelik dolaylı zararın tazmini davası olduğu, bununla birlikte TTK m. 556’ya yapılan atıf dolayısıyla davacı alacaklının hükmedilecek tazminattan öncelikle alacağını tahsil etme olanağına sahip bulunduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması**, s. 24; buna karşılık, alacaklı iflâstan önce dava açma hakkına sahip olsa da, bu davada da tazminatın bağlı şirkete verilmesinin talep edilmesi gerektiği, alacaklının TTK m. 556’ya yapılan atıf dolayısıyla, ancak iflâs hâlinde elde edilen tazminattan alacağını alma hakkına sahip olabileceği yönünde bkz. Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 219.

⁵¹⁸ Dolaylı zararın dolaylı yoldan giderileceğine dair bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 240, dn. 163.

⁵¹⁹ Bu görüşün ayrıntıları ve Alman hukukundaki hâkim görüşün bu yönde olduğu konusunda bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 51, 856, **Cilt 2**, N. 1664; Alman hukukunda sadece alacak hakkını ifade etmek üzere kullanılan talep hakkına “*bağımsız talep hakkı*” denildiği ve bu hakların bağımsız olarak devredilebildiği yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 221; ayrıca, alacak hakkı alacaklıda kalmak üzere, üçüncü bir kişiye veya birden fazla kişiye ifayı talep yetkisi verilebileceği, bu durumda hem alacaklının hem de talep yetkisi sahiplerinin ifayı talep edebilecekleri, bununla birlikte bu şekilde üçüncü kişilere yetki verilmesinin alacak hakkının parçalandığı anlamına gelmediği yolundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şener Akyol, **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 6-7, 14-15, 23, 77, 124.

⁵²⁰ Bu bağlamda, Kocayusufoğlu’nun aktardığı ve aynı zamanda savunduğu alacak hakkı ile talep hakkının aynı olduğu yolundaki görüşün ilişkin bulunduğu talepler, “*sadece borç ilişkisinden doğan talepler*” olup (s. 42-43), incelediğimiz pay sahipleri ile alacaklıların talep hakları ise borç ilişkisinden değil, doğrudan kanundan doğmaktadır. Bu nedenle, Kocayusufoğlu’nun ifade ettiği görüşün sorumluluk davalarına uygulanamayacağı kanısındayız.

Bu özgün hukukî durum, istisnaî olmakla birlikte, hukukumuzda başka hiçbir yerde düzenlenmemiş veya kabul edilmemiş bir durum değildir⁵²¹. Zîra borçlar hukukunda ve eşya hukukunda benzer durumlar söz konusudur. Gerçekten, sadece bir kişiye ifa yapılmasına yönelik birden fazla talep hakkının açıkça düzenlendiği diğer bir hâl, TBK m. 129'da öngörülen üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu sözleşmenin türlerinden bir olan tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçlü bir ilişki bulunmakta olup, bu ilişkide hem sözleşmenin tarafı olan kişi (vaad ettiren) hem de üçüncü kişi (lehtar) ifayı talep etme hakkına sahiptir; bununla birlikte, vaad ettiren ifanın sadece üçüncü kişiye yapılmasını talep edebilir, diğer bir deyişle, ifanın kendisine yapılmasını talep edemez⁵²². Buna göre, birden fazla talep hakkı mevcutsa da ifanın sadece üçüncü kişiye yapılması nedeniyle alacaklı teselsülünden farklı bir durum bulunmaktadır⁵²³. Gerçekten, vaad ettiren, açacağı davada, edimin kendisine değil, dava dışı üçüncü kişiye ifa edilmesini ve buna karar verilmesini talep etmekte olup, bu durum, vaad ettirenin kendi talep hakkına dayanarak dava açtığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zîra, talep hakkının mâhiyeti, bizâtihi bu şekildedir. Buna benzer bir şekilde sorumluluk davasında da birden fazla talep hakkı mevcut iken, ifa sadece ortaklığa yapılabilmektedir. İşte, nasıl tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaad ettiren, üçüncü kişiye ifa yapılmasını talep etme konusunda bir maddî hakka sahip ise, kanımızca sorumluluk davasında da pay sahipleri ile alacaklılar şirket zararının tazmini (tazminatın ortaklığa verilmesi) konusunda bir maddî hakka sahiptirler⁵²⁴.

Benzer şekilde, zilyedliğin gaspı hâlinde, dolaysız zilyedin yanı sıra dolaylı zilyedin de geri alma davası (TMK m. 982) açabileceği, dolaylı zilyedin açacağı davada malın dolaysız zilyede verilmesini talep etmesi gerektiği, dolaysız zilyed malın kendisine verilmesini reddetmediği sürece kendi adına talepte bulunamayacağı kabul

⁵²¹ Buna karşılık, Dişel, dava dışı bir kimse lehine hüküm verilmesine ilişkin TTK m. 555 dışında başka bir örnek bulunmadığını ileri sürmektedir; bkz. **Hükümün İcrası**, s. 177, 194.

⁵²² Şener Akyol, **Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 111-115; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1258, 1261, 1307; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3583; Tekinay/Akman/Borcuoğlu/Altö, s. 220.

⁵²³ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1308; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3583.

⁵²⁴ Nitekim, sorumluluk davaları bakımından dava takip yetkisi görüşünü savunan (s. 59, 80, 302-304) Dişel de tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin de ifayı talep etme konusunda bir şahsî hakka sahip olduğunu, bu hakkın başkasının hakkını dava takip yetkisi olmadığını, buna göre sigorta sözleşmesi örneğinde sigorta ettiren ile sigortalının kendi haklarına ilişkin talepte bulunacaklarını, bunun başkasının hakkını dava takip yetkisi niteliğinde olmadığını ifade etmektedir; bkz. **Takip Yetkisi**, s. 146.

edilmektedir⁵²⁵. Bu örnekte de gerek dolaylı zilyed gerek dolaysız zilyed geri alma davası açma konusunda ayrı birer maddî hakka sahip olup, her iki hak da, malın dolaysız zilyede geri verilmesine yöneliktir.

Görüldüğü üzere, taleplerin çokluğu, sadece usûl hukukuna ilişkin bir konu olmayıp, maddî hukuk ile de yakından ilgilidir. Zîra talep hakkı, sadece mahkemeler yoluyla kullanıldığı zaman bir davaya vücut verir ve ancak bu takdirde usûl hukukunu da ilgilendirir. Bununla birlikte, talep hakkı öncelikle ve mâhiyeti itibarıyla maddî hukuka (borçlar hukukuna) ilişkin olup, sübjektif hakkın bir unsurudur. Talep hakkının usûlî bir kavramla açıklanmasına en başta bu özelliği engel teşkil eder. Nitekim, dava açılmasından önceki aşamaya ilişkin olarak da talep hakkı ile ilgili olan ve maddî hukuka ait bulunan ibra, hak düşürücü süre, zamanaşımı süresi gibi durumların her bir talep hakkı sahibi bakımından ayrı ayrı hüküm ifade etmek üzere TTK'da açıkça düzenlenmiş olması da, tanınan hakkın usûlî bir hak veya yetkiden ibâret olmadığını, bunun ötesinde maddî hukuka ilişkin bir mâhiyet arz ettiğini göstermektedir.

Ayrıca, dava hakkı bakımından ifade edilen, sübjektif hakka dayanmaksızın da dava hakkının söz konusu olduğu durumlar, dava konusu bir maddî hakkın bulunmadığı, diğer bir deyişle dava konusunun (talep sonucunun) bir sübjektif hakka ilişkin bulunmadığı hâllerdir⁵²⁶. Örneğin, menfi tespit davası açılmasında durum bu şekilde olup, davacı bir maddî hakkın (örneğin, bir alacak hakkının) hüküm altına alınmasını, diğer bir deyişle, herhangi bir normdaki koşul vâkıya uygun somut maddî vâkıaların gerçekleşmesi nedeniyle normda öngörülen hukukî sonucun uygulanmasını talep etmemektedir⁵²⁷. Oysa, sorumluluk davasında bir alacak hakkı incelenmekte ve tartışılmakta olduğundan ve ayrıca davacının talebi bir edaya (tazminatın tahsiline) yönelik bulunduğundan verilen örnekler konumuza uymamaktadır. Bu bağlamda, sorumluluk davası, usûl hukukunda yapılan açıklamalarda geçen, dava hakkının sübjektif hakka dayandığı ve eda talebini içerdiği dava türüne bir örnektir.

⁵²⁵ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2020, N. 423; Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 73; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 43.

⁵²⁶ Esasen Postacıoğlu/Altay, modern görüşlerde verilen örnekler bakımından da sübjektif hakkın incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar; bkz. **Usûl**, s. 183.

⁵²⁷ Menfi tespit davasının mâhiyeti ve özellikleri için bkz. Kuru, **Usûl - Cilt 1**, s. 401 vd.; Atalay, s. 88-89.

Buna göre, kanımızca, pay sahiplerinin ve alacaklıların sahip oldukları dava hakkı, maddî hukuk anlamında bir talep hakkına ve dolayısıyla da sübjektif hakka dayanmaktadır. Tekrar vurgulayalım ki, bu ifademiz, pay sahipleri veya alacaklıların dava konusu alacak hakkına sahip oldukları anlamına kesinlikle gelmemektedir; sorumlulara karşı alacak hakkı münhasıran ortaklığa aittir. Nitekim, bu kimseler de açtıkları davada tazminatın şirkete verilmesini talep etmektedirler. Pay sahipleri ile alacaklıların sahip olduğu hak, tazminatın (alacağın) ortaklığa verilmesini talep etme hakkıdır. Bu hukukî durumun, istisnâ bir hâl olduğunda kuşku yoktur.

Bu nedenlerle, dava açma hakkının paralel dava takip yetkisine⁵²⁸ benzediğini kabul etmekle birlikte, özellikle ibra, zamanaşımı, hak düşürücü süreler, itiraz ve def'îlerin ileri sürülmesi, derdestlik, kesin hükmün etkisi konularında gerek kanunda gerek Türk öğreti ve uygulamasında kabul edilen hususların, dava takip yetkisine ilişkin özellik ve sonuçlardan farklılaştığı ve bu nedenle sorumluluk davası açma hakkının dava takip yetkisi kalıbına uymadığı, pay sahipleri ile alacaklılara tanınan ve öğretide büyük çoğunluk tarafından da asıl ve bağımsız olduğu kabul edilen dava hakkının, talep hakkının ortaklığın alacak hakkına dayanması nedeniyle maddî hukuk karakteri taşıdığı ve bu kimselere bu alacak hakkının ileri sürülmesi konusunda TTK'da birer maddî hak tanındığı, ancak bu hakkın içeriğinin alacak hakkını kapsamayıp, sadece talep hakkına inhisar ettiği kanısındayız. Bu bağlamda gerek yukarıda belirttiğimiz sebeplerle gerek aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle, bu kişilerin konumunu dava takip yetkisi veya esasen aynı anlama gelen dava yetkinliği ile açıklayan görüşlere de katılma olanağı bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

Pay sahiplerinin ve alacaklıların açtıkları davada, dava takip yetkisinden farklı olarak, bu kimselerin davacı (taraf) sıfatını hâiz oldukları, diğer bir deyişle şirkete izâfeten dava açmadıkları, şirket dava açsa dahi pay sahiplerinin dava açabilecekleri artık neredeyse tereddütsüz kabul edilmektedir⁵²⁹. Diğer yandan, dava açma hakkına

⁵²⁸ Paralel (yarışan) dava takip yetkisi kavramı ve bu kavramın, birden fazla kişinin aynı anda dava takip yetkisine sahip olması ve bu kişilerin kural olarak birinden bağımsız olarak tek başlarına dava takip yetkisine sahip bulunması durumunu ifade ettiği yönünde bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 79-81.

⁵²⁹ Bu yönde bkz. Domaniç, s. 375 vd., 683; Postacıoğlu, s. 1003 vd.; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371, 374-375; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 109, 111, 137, 140-141, 154; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 339; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılan Davalar**, s. 61, 62; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 127, 146; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 110, 118-121, 131; Altay, **Yetki Devri**, s. 235, 241, 245; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 71, 74-75. Aksi yönde bkz. Atan, s. 47. Diğer yandan, İsviçre hukukunda, dava takip yetkisi teorisinin bir sonucu olarak, bir pay sahibinin açtığı

sahip kimselerden biri tarafından açılan bir sorumluluk davasında verilen hükmün diğer kimseler bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilmekte iken⁵³⁰, dava yetkinliği durumunda kesin hükmün etkisi konusu tartışmasız bir şekilde çözümlenmiş bir konu değildir. Dava yetkinliğinde, kesin hükmün hak sahibi dâhil olmak üzere dava takip yetkisine sahip diğer kimseleri de bağlayacağı görüşü ağır basmaktadır⁵³¹.

Ayrıca, öğretilerde hak sahipleri arasındaki ilişkinin bazı yazarlarca “*talepler yarışması*” olarak nitelendirilmesi⁵³² de, aslında bir anlamda görüşümüzü doğrulamaktadır. Gerçekten, sadece ortaklığın sahip olduğu hak maddî hak, pay sahipleri ile alacaklıların hakkı ise usûlî bir hak (dava takip yetkisi veya dava yetkinliği) olarak tanımlanabilecek olsaydı, ortada tek bir talep olacağından, talepler

davanın diğer pay sahiplerinin veya şirketin açacağı dava bakımından derdestlik ve neticede verilen hükmün ise kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 12.

⁵³⁰ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 157-158; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 603; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 63; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 151; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 82-84; bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, a.

⁵³¹ Söz konusu tartışmalar ve kanuna dayanan dava yetkinliği hâllerinde kanunda aksi öngörülmedikçe kesin hükmün hak sahibine de etkili olacağının herhangi bir şart olmaksızın kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Deren Yıldırım, 30-34, 81 vd.; buna karşılık, yine bu konudaki tartışmalar ve ayrıca, Alman hukukunda savunulan, dava yetkinliğine rağmen hak sahibinin hakkını ileri sürme yetkisine sahip olduğu hâllerde kesin hükmün etkisinden bahsedilemeyeceği, ancak hak sahibine bu yetkinin tanınmadığı hâllerde kesin hükmün hak sahibine karşı da etkili olacağı yolundaki görüş için bkz. Erişir, s. 80, 81-82; dava yetkini tarafından açılan davada verilen hükmün maddî hukuk ilişkisinin tarafı için bağlayıcı olacağı yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 596; münhasır ve münhasır olmayan (paralel) dava takip yetkisi bağlamında kesin hükmün etkisinin Alman doktrininin aksine, İsviçre doktrini ve uygulamasında açık olmadığı, dava takip yetkisinde, kesin hüküm ve derdestlik bakımından tarafların aynı olmasının değil, dava takip yetkisinin aynı olmasının önemli olduğu, buna göre ancak ikinci davanın aynı takip yetkisine ilişkin aynı talep ile ilgili olması hâlinde kesin hükümden söz edileceği, dava takip yetkisinin davanın tarafı olduğu, maddî hakkın tarafının ise dava dışı bir kişi olduğu, dava takip yetkisini ilk kullanan kişinin artık potansiyel takip yetkilisi bulunan diğer kimseler için de hareket ettiği, bu nedenle dava takip yetkililerinden biri dava açmışsa, artık diğer yetkililerin (bu bağlamda hak sahibinin) dava açmayacakları yolunda bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 81, 155, 162, 201; kesin hüküm ve derdestliğin etkilerinin yabancı doktrin ve Türk öğretisinde hâlen tartışıldığı ve bir görüş birliğine varılamadığı yönünde bkz. Dişel, **Hükmün İcrası**, s. 186; kesin hükmün kimlere etki edeceğinin tespiti bakımından, dava takip yetkisinin hakka yabancı üçüncü kişilere “*münhasıran*” bırakılmış olup olmadığına bakılması gerektiği, münhasıran bırakıldığı hâllerde bu kişinin yürüteceği dava sonucunda verilen hükmün hak sahibini de bağlayacağı, buna karşılık dava takip yetkisi münhasıran bir kişiye (dava takip yetkilisine) bırakılmamışsa kararın sadece kendisi bakımından kesin hüküm olumlu ise hak sahibini bağlayacağı, buna karşılık olumsuz ise hak sahibini bağlamayacağı yolunda bkz. Tanrıver, s. 526-527; benzer şekilde, hak sahibi olan bir kimsenin dava takip yetkisinin kaldırılarak üçüncü kişiye dava takip yetkisi verilmesi hâlinde (zorunlu dava takip yetkisi), üçüncü kişi tarafından alınan kesin hükmün hak sahibini de bağlayacağı, hak sahibinin dava takip yetkisinin kaldırılmadığı durumlarda (paralel dava takip yetkisinde) ise üçüncü kişi tarafından açılan dava sonucunda verilen hükmün hak sahibini bağlamayacağı yönünde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 226-227; dava sonucunda verilen kararın dava yetkini olmayan hak sahibini etkileyeceği yolunda bkz. Kale, s. 25.

⁵³² Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 107; Arslanlı, s. 183-184; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 26 vd., 154; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 607.

yarışmasından da bahsedilemeyecek, bir hak ve bu hakka bağlı birden fazla dava takip yetkisinin (usûlî yetkilerin) bulunmasından söz edilecekti.

Medenî usûl hukuku öğretisine göre, eda davasına ilişkin dava hakkı sübjektif (maddî) hakkın bir unsuru olup, kural olarak dava hakkı sübjektif hakkın sahibine aittir⁵³³. Maddî hak ile dava hakkının birbirinden ayrılması ancak kanunda açıkça öngörülen istisnâî hâllerde söz konusu olabilir. Örneğin, İİK m. 94 uyarınca bir taşınmaz yahut taşınmaz hissesinin borçlu adına tescilini alacaklının talep edebilmesi, İİK m. 120/II uyarınca alacaklının borçlunun sahip olduğu bir hakkı dava ve takip yetkisini devralması, İİK m. 245 uyarınca iflâsta çekişmeli alacakların takip yetkisinin talep eden alacaklılara devrine karar verilmesi hâllerinde, maddî hak ile dava takip yetkisi birbirinden ayrılmaktadır. Ancak, hakkın hak sahibi tarafından kullanılması hâlinde, dava hakkının başka bir kimse ve hatta maddî hakka sahip kişi tarafından kullanılması mümkün değildir. Gerçekten, örneğin miras nedeniyle taşınmazın tescili için dava açılmış olması hâlinde, İİK m. 94 uyarınca dava takip yetkisinin alacaklıya verilmesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde, borçlunun üçüncü kişideki alacağı için takip veya dava açmış olması hâllerinde de İİK m. 120/II uyarınca dava ve takip yetkisinin alacaklıya devrine karar verilemez⁵³⁴. İİK m. 245'te öngörülen varsayımda iflâs idaresinin dava açması hâlinde de alacaklıların dava takip yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, tüm bu örneklerde (İİK m. 245 dışında), maddî hak üzerinde tasarruf yetkisi hak sahibinde bulunmakta ve bu kişinin hak üzerinde tasarrufta bulunması hâlinde dava hakkı sona ermektedir. Örneğin, hacizden önce hak sahibinin İİK m. 94'e konu olabilecek bir hakkını üçüncü bir kişiye devretmiş olması veya İİK m. 120/II'nin uygulanmasını sağlayabilecek bir alacak nedeniyle borçlusunu ibra etmiş olması durumunda, alacaklıların kendilerine devrini talep edebilecekleri bir dava takip yetkisi de kalmaz. Bu gibi hâllerde, alacaklıların başvurabilecekleri yol, muvazaa (TBK m. 19) veya tasarrufun iptali (İİK m. 277 vd.) hukukî sebeplerine göre dava açmaktan ibârettir⁵³⁵. Diğer yandan, İİK m. 245'e göre dava takip yetkisi devredilip dava yetkinliği durumu ortaya çıktıktan sonra, iflâs masası artık haktan feragat edemez, o

⁵³³ Bu konuda bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 268 vd., 314; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 177 vd.; Tanrıöver, s. 465-466.

⁵³⁴ Ancak takip borçlusunun alacağının tahsili için kendi borçlusuna karşı dava açmaması hâlinde alacaklının İİK m. 120/II hükmüne istinaden dava takip yetkisinin kendisine devredilmesini talep edebileceği yönünde bkz. Erişir, s. 78-79.

⁵³⁵ Borçlunun dava açması, ancak kötü yürüterek davanın kaybedilmesine yol açması hâlinde, alacaklının yargılamanın yenilenmesini isteyebileceği yönünde bkz. Erişir, s. 79 dn. 225.

konuda sulh akdedemez, talep hakkının takibi için dava açamaz⁵³⁶ veya İİK m. 120/II uyarınca borçlunun sahip olduğu çekişmeli hakkın takip yetkisinin alacaklıya devredilmesinden sonra, borçlu o hak üzerinde tasarrufta bulunamaz⁵³⁷.

Buna karşılık, dava yetkinliği görüşünü savunan yazarlar, dava yetkinliğine ilişkin bu yönleri dikkate almamakta, sadece kesin hüküm ve derdestliğin etkisi üzerinde durmakta, zarara uğrayan ortaklığın menfi borç ikrarı niteliğinde ibra kararı vermesi, davadan feragat etmesi veya sorumlularla sulh akdetmesi durumunda, dava yetkinliğine sahip olduğunu savundukları pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının âkıbeti konusunda bir açıklamada bulunmamaktadırlar⁵³⁸. Oysa, örneklerle belirttiğimiz gibi, dava yetkinliğinde ve örnek olan gösterilen hâllerde, hak sahibinin haktan feragati, dava yetkinliğine sahip kimselerin de o konuda dava açmalarına engel teşkil etmekte iken; şirketler hukuku öğretisinde genel kabul gören yaklaşıma göre, ibra, feragat, sulh gibi hususlar, sadece ortaklığın talep hakkını engellemekte, buna karşılık pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkını ise etkilememektedir.

Diğer yandan, şirket zararına dayalı sorumluluk davalarında, ortaklık ile dava açabilecek diğer kimseler arasında sadece doğrudan veya yansıma yoluyla zarara uğrama bakımından bir fark bulunmaktadır. Bu nedenle, “*ortaklığın dava hakkının asıl olması*” veya “*asıl hak sahibinin ortaklık olması*” yahut pay sahibi veya alacaklının “*ortaklık hesabına dava açması*” gibi bir durum söz konusu değildir; zararın tek olması ve zararın karşılanmasıyla birlikte herkesin dava hakkının ortadan kalkması da bu olguyu değiştirmez. Aynı şekilde, yargılama giderlerinin davacı pay

⁵³⁶ Bu konuda bkz. Saim Üstündağ, **İflâs Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 194, 196.

⁵³⁷ İİK m. 120/II’ye göre dava takip yetkisinin devredilmesi varsayımında, maddî hakka sahip bulunan takip borçlusunun dahi artık kendi borçlusuna karşı dava açamayacağı yönünde bkz. Erişir, s. 79; aynı doğrultudaki bir Yargıtay kararı için bkz.: “... İcra Müdürlüğü’nce düzenlenen 12.9.2014 tarihli belge ile de; T.E Bankası AŞ’ye İİK’nın 120/2. maddesi gereğince, 2. icra Müdürlüğü dosyasında haciz konulan alacak miktarınca, takip ve tahsil yetkisi verilmiştir. T.E Bankası A.Ş. vekilince bu yetki belgesi 2. İcra Müdürlüğü’ne sunularak takip işlemleri yapılmış, takibin derdest bulunduğu aşamada, borçlu N.A alacaklı olduğu 2. İcra Müdürlüğüne 30.9.2014 tarihinde müracaat ederek 2.12.2011 tarihli feragatnameyi sunup dosyanın kapatılmasını istemiştir. ... şikayetçi T.E Bankası A.Ş.’nin, 3. İcra Müdürlüğü’nün Esas sayılı dosyasında, aynı yer 2. İcra Müdürlüğü’nün ... Sayılı dosyasını haciz koyduğu miktar kadar takip ve tahsil yetkisi aldığı görülmektedir. Adı geçen anılan bu yetki belgesinde geçen alacak yönünden takibe devam etme yetkisi bulunduğundan, dosya alacaklısının ibranameye dayalı yaptığı feragat, bu miktar için T.E Bankası A.Ş. yönünden bağlayıcı kabul edilemez” (bkz. Yarg. 12. HD’nin 03.03.2015 T., 2014/28894 E. ve 2015/4493 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵³⁸ Kanuna dayanan dava yetkinliği hâllerinin birçoğunda hak sahibi kişiden dava takip yetkisinin esirgendiği yolunda bkz. Deren Yıldırım, s. 29; dava takip yetkisini ilk kullanan kişinin artık potansiyel takip yetkilisi bulunan diğer kimseler için de hareket ettiği, bu nedenle dava takip yetkililerinden biri dava açmışsa, artık diğer yetkililerin (bu bağlamada hak sahibinin) dava açmayacakları yolunda bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 155, 162.

sahipleri ile dava dışı şirket arasında paylaştırılmasına olanak veren TTK m. 555/2 hükmü de pay sahiplerinin dava hakkının bağımsız ve asıl niteliğini etkilemez. Zîra, zararın tazminini talep hakkı gerek anonim ortaklık gerek dava açabilecek diğer kimseler bakımından kanımızca ayrı maddî haklar bahşetmektedir. Bu maddî haklar aynı zararın tazminine yönelik olsa da her bir hak asıl ve bağımsızdır. Tek fark, pay sahipleri ve alacaklıları tazminatın kendilerine değil, ortaklığa verilmesi talep edebilmeleridir.

Bu bağlamda, İsviçre’de savunulan⁵³⁹ ve İsviçre Federal Mahkemesi’nce⁵⁴⁰ kabul edilen dava takip yetkisi teorisinin hukukumuz bakımından esas alınması da kanımızca mümkün değildir. Zîra, İsviçre hukukunda şirket dava açmazsa, ancak bu durumda sorumluluk davasının bir pay sahibi tarafından açılabilmesi, buna göre pay sahibinin dava hakkının ikincil (talî) olduğu ifade edilmektedir⁵⁴¹. Bunun sonucu olarak, pay sahibinin kendi hakkına dayalı olarak dava açamayacağı, ancak şirket yerine süreci kendi adına yöneteceği, bunun da davalının şirkete karşı yapabileceği tüm savunmaları (itiraz ve def’ileri) pay sahibine karşı ileri sürmesine de imkân tanıyacağı, bununla birlikte sadece davacı pay sahibine karşı sahip olduğu itirazları ileri süremeyeceği anlamına geldiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, pay sahibi şirketin hakkına dayandığından, pay sahibinin açtığı davada davalının yalnızca şirkete karşı ileri sürebileceği savunmaları ileri sürebileceği, yoksa pay sahibine karşı sahip olduğu savunmaları ileri süremeyeceği, bu bağlamda davacı pay sahibinin karara rıza gösterip göstermediğine bakılmaksızın (davacı ibra yönünde oy kullanmamış olsa bile), davalı tarafından ortaklık tarafından alınmış bir ibra kararının savunma olarak ileri sürülebileceği, bu nedenle ibra kararına muvafakat etmeyen pay sahibinin dava hakkının (TTK m. 558/2) bir anlam ifade etmediği, zira kendisi ibra etmese de verilen

⁵³⁹ Bu yönde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 11; Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 10

⁵⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi’nin dava takip yetkisi görüşünü kabul ettiği (BGE 132 III 350 ve BGE 131 III 310) yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 11; İsviçre Federal Mahkemesi’nin dava takip yetkisi teorisine uygun hareket ettiği yönünde ve bu bağlamda BGE 132 III 342 E. 4.3 kararı (“*Pay sahiplerinin dava hakkı, dava takip yetkisi niteliğindedir. Literatür haklı olarak bir şirkete verilen zararın dava konusu olduğuna ve tazminatın şirkete gittiğine, hissedarın ise kendi adına ifa için dava açamayacağına işaret etmektedir*») için bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 11.

⁵⁴¹ Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 8; benzer şekilde, Almanya ve Fransa’da, pay sahiplerinin ancak, şirket temsilcilerinin dava açmaması hâlinde dava açabilecekleri, buna göre ikincil bir dava niteliğinde olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 194; aynı yönde bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 507; İngiliz hukukunda, şirketin talep hakkını kullanmış olmasının, pay sahibinin iddiasını her zaman gölgede bırakacağı ve bu konuda mahkemenin bir takdir hakkının bulunmadığı yolunda bkz. Koh, s. 385; İngiltere’de bir şirketin birine karşı dava açması durumunda, artık başka hiç kimsenin bu davaya konu iddia ve taleplerle ilgili olarak dava açmaması gerektiği hususunun şirketler hukukunun önemli bir ilkesi olduğu yolunda bkz. Keay, s. 39.

ibra kararına davalı organca dayanılabileceği, bir pay sahibinin açtığı davanın diğer pay sahiplerinin veya şirketin açacağı dava bakımından derdestlik ve neticede verilen hükmün ise kesin hüküm teşkil edeceği savunulmaktadır⁵⁴². Buna karşılık, Türk hukukunda bugün artık neredeyse ittifakla kabul edilen görüş ve uygulamaya göre, pay sahibinin dava hakkı ikincil (talî) bir hak olmayıp, pay sahibi şirketin dava açıp açmamasından bağımsız olarak ve hatta şirket dava açmış olsa dahi dava açma hakkına sahiptir; diğer bir deyişle, pay sahibinin dava açma hakkı bakımından, kendisinin önce şirkete başvurması ve şirketin dava açmasını beklemesi şeklinde bir kural yoktur⁵⁴³. Bu nedenle, İsviçre hukukunda kabul edilen dava takip yetkisi teorisinin ve buna bağlanan sonuçların aradaki bu önemli fark dikkate alınmadan hukukumuzda da geçerli olacağının savunulmasının doğru olmadığı kanısındayız.

Diğer yandan, dava takip yetkisi görüşünü savunan Dişel, dava takip yetkisini ilk kullanan kişinin artık potansiyel takip yetkilisi olan diğer kimseler için de hareket ettiğini, bu nedenle dava takip yetkililerinden biri dava açmışsa, artık diğer yetkililerin (bu bağlamda hak sahibinin) dava açamayacaklarını, davanın açılması, davaya devam edilmesi ve davanın sona erdirilmesinin, dava takip yetkisinden ayrılmayan ve ona “yapışık” yetkiler olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu genel açıklamalardan sonra, sorumluluk davası bağlamında, pay sahibi tarafından açılan davada verilen hükmün dava açmayan diğer tüm pay sahipleri ve “*özellikle de şirket için*” kesin hüküm teşkil ettiğini, derdestlik bakımından da aynı durumun söz konusu olduğunu savunmaktadır. Yazar, ayrıca itiraz ve def’îler konusunda dava takip yetkilisinin, hak sahibine ait itiraz ve def’îleri ileri sürebileceği gibi, aynı şekilde davalının da hak sahibine karşı olan zamanaşımını def’î gibi itiraz ve def’îleri davacı dava takip yetkilisine karşı ileri sürebileceğini ve dava takip yetkilisinin zamanaşımını kesen işlemlerinin hak sahibi ile karşı taraf için etkili olacağını savunmaktadır⁵⁴⁴. Yazarın, dava takip yetkisi bağlamında yaptığı bu açıklamalar dahi, pay sahiplerinin dava açma hakkının dava takip yetkisi olarak nitelendirilemeyeceğinin kanıtıdır. Zîra bu açıklamaların, sorumluluk davasının mâhiyetine ve özelliklerine uymadığı açıktır. Gerçekten, bu

⁵⁴² Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 11-12.

⁵⁴³ Pay sahibinin dava açma hakkının aslî ve bağımsız bir hak olduğu yönüne bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371, 374-375; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 339; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 603; Pekcanıtez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 55; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 127, 146; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 110, 118-121, 131; **Yönetim Kurulu**, s. 416, dn. 1123; Altay, **Yetki Devri**, s. 235, 241, 245; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 71, 74-75; Kortunay, s. 263 dn. 873, 298; Kayar/Özatlan, s. 26.

⁵⁴⁴ Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 254, 155, 162, 169-170, 304.

açıklamalarda, asıl hak sahibi dahil olmak üzere dava takip yetkisi sahibi kişilerin tamamı “*aynı*” (özdeş) olarak görülmektedir. Oysa, özellikle dava açma hakkına ilişkin belirleyici bir fonksiyona sahip bulunan ibra, hak düşürücü süre ve zamanaşımı süreleri bakımından TTK’da öngörülen farklılıklar ve itiraz ve def’ilerin ileri sürülmesi bakımından öğretide kabul edilen yaklaşımlar, dava açma hakkına sahip her bir süjenin özdeş olmadığını, bilâkis farklı konumda bulunduklarını ortaya koymaktadır. Esasen, İsviçre öğretisinde ifade edildiği gibi, ortaklık dışındaki kimselere tanınan dava hakkının niteliği konusunda ulaşılabilecek sonucun önemi, itiraz ve def’ilerin ileri sürülmesi konusunda kendisini göstermektedir⁵⁴⁵. Buna karşılık, yazarın, sorumluluk davasının aşağıda kısaca açıkladığımız kendine özgün mâhiyetini dikkate almadan, dava takip yetkisine ilişkin tüm özellik ve sonuçları *hod be hod* (doğrudan) sorumluluk davasına da uyguladığı anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda belirtelim ki, ortaklık ibra kararı vermiş olsa veya açılmış davadan feragat etse yahut dava açmış olsa ya da açtığı dava kabul veya reddedilmiş olup kesin hükme bağlanmış olsa veyahut da zararın tazmini için sorumlularla sulh yapıp zararı tazmin ettiğini beyan edip sorumluları ibra etse bile, pay sahibi ve alacaklılar dava açma hakkına yine sahiptirler⁵⁴⁶. Zîra kendilerinin dava hakkı, asıl ve bağımsızdır. Ayrıca, ortaklık ibra kararı vermiş, dava hakkından feragat etmiş veya sorumlularla sulh olmuş olsa bile, iflâs hâlinde iflâs idaresi de buna rağmen sorumluluk davası açabilir⁵⁴⁷. Buna karşılık, pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkı, dava takip yetkisi olarak nitelendirilebilse idi, dava hakkının asıl sahibinin ibra, feragat, sulh, kabul gibi tasarruf işlemleri dava takip yetkisini kullanmak isteyen diğer kişileri de bağlardı. Bu farklılık dahi, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkının mâhiyetinin dava takip yetkisinden (dava yetkinliğinden) öte bir anlam taşıdığını ortaya koymaktadır.

⁵⁴⁵ Bu konuda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 10; aynı yönde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 340-341; Kortunay, s. 262, dn. 873; pay sahibinin dava hakkının hukukî niteliği konusundaki tartışmanın pratik etkisinin, şirkete karşı sahip olunan kişisel savunmaların sadece şirkete karşı mı ileri sürülebileceği, yoksa pay sahiplerine karşı da bu savunmalara dayanılıp dayanılmayacağı olduğu, dava takip yetkisi denirse pay sahiplerine karşı açılan davalarda yalnızca şirkete karşı yapılabilecek savunmaların ileri sürülebileceği, buna karşılık pay sahibinin kendisine ait bir maddî hakkının bulunduğu görüşü kabul edilirse, davalının sadece davacının şahsına ilişkin olanlar savunmaları ileri sürebileceği yönünde ve ayrıca bu görüşün savunulması için bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 11.

⁵⁴⁶ Bu konuda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, A, 5 ile Üçüncü Bölüm, II, C, 1-3 ve Beşinci Bölüm, III.

⁵⁴⁷ Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de, BGE 131 III 640 E. 4.2.1 kararında genel kurulun OR 758 paragraf 1 uyarınca sorumlu kişilerin ibra edilmesine karar vermesi halinde şirketin tazminat talep edemeyeceğine, ancak iflâs hâlinin bundan müstesna olduğuna karar vermiştir; bu konuda ayrıca bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9.

Aynı şekilde, davalıların doğrudan zarara uğrayan ortaklığa karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri pay sahipleri ve alacaklılara karşı kural olarak ileri sürememeleri de bu kimselerin dava (talep) hakkının ayrı ve bağımsız bir maddî hak olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten, ibra kararının yanı sıra, ortaklığın zarara rıza gösterme veya birlikte kusur anlamına gelebilecek davranışları yahut ortaklık ile davalılar arasında yapılan sulh veya sorumluluğu azaltan sözleşmeler bunlara katılmayan pay sahipleri ile alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği gibi ortaklık bakımından zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması da bu kimselere karşı savunma olarak ileri sürülemez⁵⁴⁸.

Pay sahipleri ile alacaklıların sübjektif hakkının konusu, yansıma yoluyla zararlarının giderilmesidir ki, kanun bunun yolunu, ortaklığın zararının giderilmesi olarak düzenlemiştir⁵⁴⁹. Nitekim, TTK m. 558/2'deki sürenin usûli olarak değil, maddî hakkı sukût ettirecek şekilde "*hak düşürücü süre*" olarak düzenlenmiş olması ve zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dava açmak isteyen her bir pay sahibi ve alacaklı için ayrı ayrı işlemesi de, kanunun dava açma hakkı tanıdığı her bir kimsenin ayrı ayrı maddî hakka sahip olduğunu kabul ettiğini ve bu itibarla, pay sahibi ve alacaklıların dava hakkının esasen sahip oldukları maddî hakka dayandığını göstermektedir. Ayrıca, TTK'da isteme ve dava hakkından bahsedilmiş olması ve bu hakkın tüm pay sahipleri ile her bir alacaklıya ayrı ayrı tanınmış bulunması, ayrıca aynı anda veya farklı zamanlarda birden fazla süjenin aynı ortaklık zararının tazmini için dava açabilmeleri de, her bir süjenin zararın tazmini konusunda farklı maddî haklara sahip bulunduğunu kanıtlamaktadır. Ayrıca, bir süjenin dava açması hâlinde diğer kimselerin dava açamaması hâli, sadece iflâsta iflâs idaresinin sorumluluk davası açması durumunda (TTK m. 556) söz konusu olmaktadır ki, bu varsayımda de, iflâs idaresi tüm hak sahiplerinin ve bu bağlamda müflis ortaklığın, alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatlerini korumakta ve onları temsil etmektedir (İİK m. 226, 229).

Bu bağlamda, alacaklılar, dava açma konusunda iki olanağa sahip olup, bunlardan birincisi bu konudaki maddî hakka dayanan TTK m. 556 hükmü, diğeri de dava takip yetkisinin devrine ilişkin İİK m. 245'tir. Her iki hüküm arasındaki fark, alacaklının, TTK m. 556'da kendi sahip olduğu dava hakkını kullanması, İİK m.

⁵⁴⁸ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, D, 1 ile H, İ, M.

⁵⁴⁹ Yansıma zararda, zarara uğrayan şirketin sorumluya karşı dava açıp zararını tazmin etmesi hâlinde pay sahibinin de zararının giderilmiş olacağı yönünde bkz. Koh, s. 375.

245’de ise iflâs masasından devraldığı dava takip yetkisine istinaden dava açmasıdır. Kanun koyucunun İİK m. 245’te yer alan imkânla yetinmeyip, bu imkânın yanı sıra alacaklılara TTK m. 556 bağlamında ayrı ve özel bir dava hakkı tanımış olması da bu hakkın ayrı bir maddî hak olduğunu kanıtlamaktadır.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, dava açma hakkının ikincil (talî) nitelik arz edip etmediği konusunda da şu tespitleri yapmak gerekir: Pay sahibinin iflâstan önce dava açabilmesi, anonim ortaklık tarafından bu yönde bir karar alınmış veya ibra oylaması yapılmış olmasına ya da kendisinin önce şirkete başvurması ve şirketin dava açmasını beklemesine yahut başka bir şarta bağlı değildir⁵⁵⁰. Diğer bir deyişle, pay

⁵⁵⁰ Pay sahibinin dava açma koşulları bakımından; Avrupa Birliği ülkelerinin büyük çoğunluğunun, dava açma bakımından gerekli paya sahip olmanın (eşiği) dışında ek gereklilikler olmaksızın, şirket zararı için pay sahiplerine dava açma imkânı tanıdıkları, bununla birlikte, İngiltere ve Almanya’nın, bir talep kabul prosedürü öngörerek, talebi takip etmede pay sahiplerinin menfaatlerinin şirket menfaatlerinden daha ağır basıp basmadığını gözden geçirme (örneğin davanın yıkıcı olacağı, şirketin itibarına zarar vereceği veya yöneticilerin bağlılığının daha önemli olduğu hassas bir zamanda dava açıldığı için) konusunda mahkemeye takdir yetkisi verdikleri, Alman dava kabul prosedürünün, mahkemenin izin vermeyi reddetmesinin, kanunun diğer gereklerinin yerine getirilmesi durumunda istisna olacak şekilde yapılandırıldığı (davacıların, iddia edilen görev ihlalini öğrendikleri sırada hissedar olmaları, şirketin uğradığı zararın sahtekarlıktan veya yasal hükümlerin veya maddelerin ağır ihlalden kaynaklandığını “*prima facie*” olarak ortaya koymaları gerekir) ve mahkemelerin sınırlı takdir yetkisinin düzenlemenin formülasyonundan çıkarılabileceği (AktG 148/1) ve buna göre, mahkemelerin başvuruyu ancak şirketin çıkarları ağır basarsa reddedebileceği; buna karşılık, İngiltere mahkemelerinin daha geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları (CA 263/2), izin vermeyi zorunlu olarak reddetmenin gerekçelerinden biri mevcut değilse, mahkemelerin izin verilip verilmeyeceğini değerlendirirken, yasada ayrıntılı olmayan bir şekilde sıralanan bazı faktörleri (örneğin, hak talebinde bulunan kişi veya iyi niyetle hareket eden bir direktörün iddiayı sürdürmeye vereceği önem, CA 263/2) dikkate alacakları yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 194, 199, 202-203; ABD’de, potansiyel bir davacının bir türev davada yer almak için aşması gereken ana engelin, hissedarlara dava açma yetkisi devredilmeden önce yöneticilere iddiayı takip etme fırsatı verilmesini sağlamaya çalışan talep gerekliliği olduğu, ABD’deki mekanizmanın diğer ülkeler (örneğin İngiltere ve Almanya) için bir model hâline geldiği ve 2006 tarihli İngiltere Şirketler Yasası uyarınca, bir hissedarın, türev bir talepte bulunmak için mahkemenin iznini istemesi gerektiği ve mahkemenin, diğer hususların yanı sıra, şirketin menfaatlerini en iyi şekilde korumak isteyen bir kişinin davayı açıp açmayacağını ve davacının iyi niyetle hareket edip etmediğini, diğer bir deyişle, davanın şirketin çıkarına olup olmadığını bir dereceye kadar değerlendireceği, benzer şekilde, Almanya’da 2005 yılında türev dava mekanizmasında reforma gidildiği ve davacıların yöneticilerin davayı açması için adımlar attıklarını göstermelerini gerektiren bir “*dava kabul prosedürü*”nün öngörüldüğü, Alman hukukuna göre, davacının “*kanunun veya tüzüğün ağır ihlallerini*” tespit etmesi ve mahkemenin davanın şirketin çıkarlarına uygun olup olmadığına karar vermesi gerekmesinin önemli bir sorun olduğu, buna karşılık, Fransız hukukunda türev davası için bir talep şartı olmadığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 26-27; Avrupa Birliği üye devletlerden çok azının pay sahiplerinin sorumluluk davası açabilmesi için uygun bir düzenleyici ortam sağladığı yolundaki değerlendirme ile İngiltere ve Almanya’da geçerli bulunan talep kabul prosedürleri için ayrıca bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 218, 233; İngiliz ve Alman hukuk sistemlerinde pay sahibinin sorumluluk davası açma olanağına ilişkin karşılaştırılmalı bir inceleme ve bu bağlamda her iki hukuk sistemi arasında genel konsept aynı görünürken, uygulamanın büyük ölçüde farklılık gösterdiği, İngiliz konseptinin esnekliğine rağmen, daha öngörülebilir ve kesin sınırlar çizen Alman mevzuatının, dava kabul prosedürü dahil davaların tüm aşamalarını gerçekten kapsayan daha sıkı bir koruma yapısı sağladığı ve pay sahiplerinin davaya ilişkin teşvikleri konusunda daha iyi bir denge sağladığı yönündeki açıklamalar için bkz. Paul, s. 82 vd., 107, 115; pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davalarının (türev davaların) çoğalmasına izin vermek için devletlerin en az dört boyutta

sahibi, şirketin dava açıp açmamasından bağımsız olarak ve hatta şirket dava açmış olsa dahi dava açma hakkına sahiptir⁵⁵¹. Buna göre, pay sahibinin iflastan önce dava açma hakkı ikincil (talî) bir hak değildir⁵⁵². Buna karşılık, iflâstan sonraki dönemde ise, gerek pay sahipleri gerek alacaklıların dava açması, iflâs masası adına iflâs idaresi tarafından dava açılmaması koşuluna bağlıdır. Bu itibarla, pay sahipleri ile alacaklıların iflâstan sonra sahip oldukları dava hakkı talî (ikincil) niteliktedir.

Buna göre, kanunun dava açma hakkı tanıdığı her bir süjenin ayrı, müstakil ve asıl bir maddî hakka sahip bulunduğu, buna karşılık ister pay sahibi ister alacaklı tarafından açılmış olsun dolayısıyla sorumluluk davalarının yöneldiği amacın anonim ortaklığın zararının tazmini olduğu, ayrıca pay sahipleri ile alacaklıların iflâstan sonraki dava açma haklarının ikincil nitelikte olmasının kendilerinin dava açma konusunda ayrı bağımsız birer maddî hakka sahip oldukları gerçeğini değiştirmediği, bu nedenle asıl hak sahibinin ortaklık olduğu şeklinde bir ifadenin hukukî durumu tam anlamıyla yansıtmadığı ve belirttiğimiz şekilde anlaşılması gerektiği kanısındayız.

Sonuç olarak, pay sahipleri ile alacaklıların konumunun, kanundan doğan dava yetkinliği kavramına yaklaşmakla birlikte, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle farklı

"doğru yapmaları" gerektiği, bu dört boyutun, 1) dava açmak için minimum oranda pay sahipliği eşiği (sınırı) içermeyen, uygun kalıcı gereklilikler olması, 2) dava riskinin, azınlık hissedarlarının rasyonel ilgisizliğinin ortadan kaldırmak için avantajlı bir şekilde tahsis edilmesi, 3) potansiyel davacıların dava açmak için bilgiye yeterli erişiminin olması ve 4) uygulama modelinin, hissedarların, yalnızca yöneticileri değil, aynı zamanda hissedarları da içeren potansiyel sorumluları türev olarak dava etmesini mümkün kılması gerektiği, buna karşılık bir hukuk sistemi türev davaları caydırırsa, hoşnutsuz hissedarların "*en az direniş yolu*"nu seçerek diğer uygulama mekanizmalarına yöneleceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 845, 846, 856.

⁵⁵¹ Pay sahibinin dava açma hakkının aslî ve bağımsız bir hak olduğu yönüne bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371, 374-375; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 339; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 603; Pekcanıtez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 55; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 127, 146; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 110, 118-121, 131; **Yönetim Kurulu**, s. 416, dn. 1123; Altay, **Yetki Devri**, s. 235, 241, 245; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 71, 74-75; Kortunay, s. 263 dn. 873, 298; Kayar/Özatlan, s. 26; Salih Canöz, **Anonim Şirketlerde İbra**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 215. Özekes/Seven/Meriç, pay sahibinin dava açma hakkının ikincil olmayıp bağımsız bir hak olduğunu ifade etmekler, ancak hak sahiplerinden biri dava açmışsa artık diğer kimselerin dava açamayacaklarını savunmaktadırlar; bkz. s. 136, 142.

⁵⁵² Buna karşılık, İsviçre hukukunda şirket dava açmazsa, bu durumda sorumluluk davasının bir pay sahibi tarafından açılabilmesi, buna göre pay sahibinin hakkının ikincil (talî) olduğu yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 8; benzer şekilde, Almanya ve Fransa'da, pay sahiplerinin ancak, şirket temsilcilerinin dava açmaması hâlinde dava açabilecekleri, buna göre ikincil bir dava niteliğinde olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 194; aynı yönde bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 507; İngiliz hukukunda, şirketin talep hakkını kullanmış olmasının, pay sahibinin iddiasını her zaman gölgede bırakacağı ve bu konuda mahkemenin bir takdir hakkının bulunmadığı yolunda bkz. Koh, s. 385; İngiltere'de Foss v Harbottle davasındaki karardan itibaren, bir şirketin birine karşı dava açması durumunda, artık başka hiç kimsenin bu davaya konu iddia ve taleplerle ilgili olarak dava açmaması gerektiği hususunun şirketler hukukunun önemli bir ilkesi olduğu yolunda bkz. Keay, s. 39.

olduğu, özetle, zarar doğrudan malvarlığında doğan anonim ortaklık ibra kararı verse veya sorumlularla sulh olsa yahut davadan feragat etse bile pay sahipleri ile alacaklıların bundan etkilenmemeleri⁵⁵³, aynı şekilde ortaklığın dava açmasının pay sahipleri ile alacaklıların dava açmasını engellememesi ve ortaklığın açtığı sorumluluk davasında verilen hükmün pay sahipleri ile alacaklıları bağlamaması⁵⁵⁴, TTK’da her bir süje için “*dava hakkı*”ndan ve bu hakkın ortadan kalkmasından bahsedilmiş olması ve birden fazla kişiye bu hakkın ayrı ayrı tanınmış bulunması, aynı zarar için aynı anda veya farklı zamanlarda birden fazla sorumluluk davası açılabilmesi, iflâs hâlinde pay sahipleri ile alacaklıların istemlerinin iflâs idaresi tarafından ileri sürüleceğinin belirtilmiş olması suretiyle iflâs idaresinin kullanacağı hakkın ortaklığa ait bir hak olmayıp pay sahiplerine ve alacaklılara ait bir hak olduğunun vurgulanmış olması, dava açılması konusunda maddî hukuk kurumları olan hak düşürücü süre ile zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi ve bu sürelerin her bir hak sahibi bakımından ayrı ayrı işleyecek olması, davalıların sadece ortaklığa karşı ileri sürebilecekleri ibra, mağdurun rızası, birlikte kusur, tahkim kaydı, sorumluluğu azaltan sözleşme gibi itiraz ve def’îleri pay sahipleri ile alacaklılara karşı ileri sürememeleri hususlarını dikkate alarak pay sahipleri ile alacaklıların sorumluluk davası açma konusunda ayrı ayrı birer maddî hakka sahip oldukları kanısındayız. Buna göre, pay sahiplerinin ve alacaklıların açtığı sorumluluk davalarında iki ayrı maddî hak söz konusudur⁵⁵⁵. Bunlardan birincisi, doğrudan zarara uğrayan anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere (davalılara) karşı sahip olduğu zararın tazminine yönelik maddî hak; diğer hak da davacı pay sahibinin veya alacaklının anonim ortaklık zararının tazminini talep etme hakkını içeren ve içeriği bundan ibâret bulunan haktır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, anonim ortaklığın zararının tazmin edilmesi halinde, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava haklarının bir konusunun da kalmayacağı tabiidir.

⁵⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, A, 5 ile Üçüncü Bölüm, II, C, 1-3 ve Beşinci Bölüm, III.

⁵⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, a.

⁵⁵⁵ Belirtmek isteriz ki, alacaklının açtığı sorumluluk davasında da bu şekilde iki ayrı maddî hak söz konusudur. Ancak, ibra hususu alacaklıları ilgilendirmedüğinden metinde alacaklılara ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

II-Davanın Tarafları

A-Davacılar

1- Genel Olarak

Ortaklığın yanı sıra pay sahipleri ile alacaklıların da şirket zararının tazmini konusunda dava hakkına sahip olduklarını dava hakkının niteliği bağlamında yukarıda incelenmiş bulunuyoruz. Burada ise, söz konusu açıklamalarımızı tekrardan kaçınmak suretiyle, şirket zararı için kimlerin sorumluluk davası ikâme edebileceklerini özellikle “*taraf*” unsuru bağlamında inceleyeceğiz.

TTK m. 555 ve 556’da, şirket zararı için anonim ortaklığın yanı sıra pay sahiplerinin ve iflâstan sonra alacaklıların dava açabilecekleri düzenlenmiştir⁵⁵⁶. Bir kimsenin bir yandan pay sahibi, diğer yandan da alacaklı sıfatına sahip olduğu durumlarda, hangi sıfatla zarara uğradığına bakılmalı ve konumu buna göre değerlendirilmeli, ayrıca, iflâstan önceki aşamada, sadece pay sahibi olarak uğradığı yansıma zarar nedeniyle dava açabileceği sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁵⁷. Ayrıca, diğer bir olasılık olarak, pay sahibinin, yapılan işlemler nedeniyle doğrudan ve yansıma yoluyla zarara aynı anda uğraması mümkündür. Bu durum hem şirketin hem de pay sahibinin doğrudan zarara uğraması hâlidir. Pay sahibi, zararları farklı maddî vâkıalara dayanıyorsa, objektif dava yığılması (HMK m. 110) şeklinde sorumluluk davası açmak suretiyle bir yandan kendi doğrudan zararının, diğer yandan kendisi için yansıma zarar teşkil eden şirket zararının tazminini talep edebilir⁵⁵⁸. Buna karşılık, tek

⁵⁵⁶ İngiliz Hukukunda şirket zararı için öngörülen “*türev dava*” açma imkânının (CA 260 vd. hükümleri), bağlılık borcu (CA 172) bağlamında adı geçen çalışanlar veya diğer kimselere kadar genişletilemeyeceği, bu bağlamda CA 172’nin yöneticileri artan davalara mâruz bırakma potansiyeline sahip olduğu yönündeki kaygının gerçek durumla örtüşmediği yolunda bkz. Lowry, s. 618, 622; İngiltere’de öngörülen sistemin dava açabilecek kimseleri diğer yargı alanlarına göre sınırladığı yolundaki açıklamalar ile hissedarların davaları bakımında öngörülen izin prosedürüne benzer bir denetim sistemi altında pay sahiplerinin yanı sıra “*mahkemeye şirket ile ilgilendiğini gösteren herkes*” (örneğin çalışanlar, alacaklılar, tedarikçiler vd.) tarafından başvurulabilmesi gerektiği yolundaki öneri için ve dava açabilecek kişilerin kapsamının genişletilmesinin, bir şirketin çıkarlarının korunma şansını artıracığı yönünde bkz. Keay, s. 45-46; şirketin yetkili organı tarafından yöneticilere karşı dava açılmasının nadir olduğu ve genellikle yönetimde bir değişikliği gerektirdiği göz önüne alındığında, pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının merkezî önemi bulunduğu yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 215.

⁵⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 90-90a.

⁵⁵⁸ Pay sahibinin bunları birlikte dava konusu edemeyeceği, ayrı ayrı istemesi gerektiği yönünde bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 128-129.

bir işlem veya davranışın (aynı maddî vâkıanın), aynı anda hem doğrudan zarara ve hem de yansıma zarara yol açtığı durumlarda da pay sahibinden bir dava için tercihte bulunması istenmeyecek, iki ayrı zarar bulunduğundan pay sahibinin bu her iki zarar (bir yandan kendi doğrudan zararı, diğer yandan şirket zararı) için dava açabileceğinin kabulü gerekecektir⁵⁵⁹.

2- Anonim Ortaklık

TTK'nın 553 ve 555. maddeleri uyarınca, sorumluluk davası açabilecek ilk süje, zarar doğrudan kendi malvarlığında ortaya çıkan anonim ortaklıktır⁵⁶⁰. Bu bağlamda, anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukukî ilişkinin niteliği konusunda öğretide ileri sürülen görüşlerin dava hakkı bakımından pratik bir faydası olmayıp, bütün görüşlere göre anonim ortaklığın dava hakkının bulunduğu tartışmasızdır⁵⁶¹.

Anonim ortaklığın ikâme edeceği dava, doğrudan zararın tazminine ilişkin olacak ve dava sonucunda hükmedilecek tazminatın davacıya, yani anonim ortaklığa (kendisine) verilmesi talep edilecektir⁵⁶². Ayrıca, TTK m. 557 hükmünde düzenlenen farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile zararın tamamının dava edilebilmesi imkânı, anonim ortaklığın açacağı davada da aynen söz konusu olacaktır.

⁵⁵⁹ Bu konuda bkz. "... davacıların doğrudan doğruya uğradıkları zararlar ile dolayısıyla uğradıkları zararların ayrı ayrı belirlenerek doğrudan uğranılan zararların tazminin T.T.K.nun 336 ve dolayısıyla uğradıkları zararın aynı yasanın 309. maddesi uyarınca değerlendirilmesinin gerekmesine göre, ..." (Yarg. 11. HD'nin 11.02.2010 T., 2009/11823 E. ve 2010/1526 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶⁰ Organlarının görev ihlalinin kaynaklanan zarar şirketin mal varlığında meydana geldiği için asıl mağdurun şirket olduğu ve bu nedenle, şirketin tüm zararın ödenmesini talep edeceği ve kendi adına dava açacağı yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 2; buna karşılık, İsviçre'de şirket ayakta (faaliyette, çalışır durumda) olduğu sürece, sorumluluk davalarının uygulamada nadir olduğu yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 2.

⁵⁶¹ Anonim ortaklığın dava hakkı konusunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 109 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 331; Altay, **Yetki Devri**, s. 235; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-103. İngiliz hukukuna göre, görev ihlali iddiasına dayanan bir sorumluluk davasındaki "uygun davacı"nın tipik olarak şirket olduğu ve bu dava hakkının kullanılması hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 695, 700.

⁵⁶² Şirketin kendi hakkına dayalı olarak sorumluluk davası açacağı ve bu davada ifanın doğrudan zarar gören konumundaki davacı şirkete yapılmasının talep edileceği yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 3.

Anonim ortaklığın dava açabilmesi, genel kurul tarafından bir ibra kararı verilmemiş olmasına⁵⁶³ ve sorumlular hakkında dava açılmasına ilişkin bir genel kurul kararı bulunmasına⁵⁶⁴ bağlıdır. Zira aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere⁵⁶⁵, ibra kararı kapsadığı konular bakımından anonim ortaklığın sübjektif hakkını sona erdirmekte, dava açılmasına ilişkin genel kurul kararı ise anonim ortaklığın ikâme edeceği dava bakımından özel bir dava şartı niteliğini taşımaktadır⁵⁶⁶. Genel kurulun dava açılmasına karar vermesi üzerine, davayı, ortaklığın temsil ve yönetim organı yönetim kurulu açar⁵⁶⁷. Bu, çoğunlukla, aynı genel kurulda yönetim kurulu seçimi de gerçekleştirileceğinden, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açması şeklinde gerçekleşecektir⁵⁶⁸. Buna karşılık, mevcut yönetim kurulu üyelerinin tamamına veya çoğunluğuna karşı dava açılması söz konusu ise, genel kurulca davayı açmak üzere bir temsilci tayin edilebilir, böyle bir karar alınmamışsa, dava açma yetkisiyle sınırlı olmak üzere ortaklığa bir kayyım atanması TMK m. 426/I,

⁵⁶³ Genel kurul tarafından sorumlu organların (yönetim kurulunun) ibra edilmiş olması hâlinde, şirket tarafından ibra edilen kişilere karşı tazminat taleplerinin ileri sürülemeyeceği yönünde ve aynı doğrultudaki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı (BGE 131 III 640 E. 4.2.1) için bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 4.

⁵⁶⁴ İsviçre hukukunda, genel kurulun sorumluluk davası açılmasına karar verme konusundaki yetkisine ilişkin açık bir genel hüküm bulunmadığı, bununla birlikte genel kurul tarafından sorumluluk davası açılması yönünde karar verilebileceği, bunun dolaylı olarak 793/3,4'ten kaynaklandığı (bizdeki TTK m. 479/3), buna karşılık, genel kurulun, şirketin sorumluluk davası açılmaması yönünde karar verip veremeyeceğinin doktrinde tartışmalı olduğu, dava açılmamasına karar veremeyeceği yönündeki görüşün şirket varlıklarını korumaya yönelik tedbirlerin yönetim kurulunun münhasır yetkisinde olduğu fikrine dayandığı yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 5-6; İsviçre hukukunda, sorumlular hakkında dava açma kararının yönetim kurulu tarafından verileceği, ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 693. maddesinin 3. fıkrasının 4. fıkrasına göre, genel kurulun da yönetim kurulunu sorumluluk davası açmaya zorlayabileceği yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 2.

⁵⁶⁵ Bkz. genel kurul kararının özel bir dava şartı teşkil ettiği konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, I, A, 5; ibra kararının ortaklığın dava hakkını sona erdirmesi konusunda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 2.

⁵⁶⁶ Buna karşılık, Tekinalp, ibra etmeme kararının bir anlamda dava açma kararı olduğunu ve genel kurul kararının dava şartı teşkil etmediğini ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-92 Diğer yandan, ibra etmeme kararının dava açılması için yeterli olmadığı, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından dava açılmasına karar verilmesi gerektiği yolunda bkz. Canözü, s. 201.

⁵⁶⁷ İsviçre'de, şirket yönetim kurulunun, riskleri ve maliyetleri değerlendirdikten sonra, böyle bir davanın şirketin menfaatine olması halinde bir sorumluluk davası açmakla yükümlü bulunduğu yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 4; Fransız ve İngiliz hukuklarına göre, şirket adına açılacak davada şirketi yönetim kurulunun temsil edeceği, Alman hukukunda ise şirket adına davayı denetleme kurulunun açacağı (AktG 112) yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 187, 191.

⁵⁶⁸ En etkili yönetimin, yeni yönetim kurulunun eskisine dava açması olduğu, bu nedenle mümkün olduğunda, eski yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilmesi için yönetim kurulunu yeniden seçmenin daha etkili olabileceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 7; yeni yönetim kurulu seçilmediği takdirde, sorumluluğuna gidilecek olan da, dava açma hakkını kullanacak olan da aynı yönetim kurulu olduğu için, şirketin mevcut yönetim kurulu üyelerine karşı iflas dışında dava açılmasının son derece nadir olduğu, şirket tarafından iflâs dışında açılan davaların, artık pay sahibi olmayan veya sermayenin çoğunluğuna sahip bulunmayan eski yönetim kurulu üyelerine karşı olduğu yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 3.

b. 3'e göre pay sahiplerinden biri tarafından mahkemeden talep edilebilir⁵⁶⁹. Zîra, TTK m. 126'da Türk Medenî Kanunu'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümlerinin ticaret şirketleri ve bu bağlamda anonim ortaklıklara da uygulanacağı düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinden, çoğunluğun oluşmasına engel olmayan sayıdaki (bir veya birden fazla) kişiye karşı dava açılmasına karar verilen hâllerde ise, davanın yönetim kurulu tarafından açılıp takip edilmesi gerekmektedir⁵⁷⁰. Anonim ortaklığın tasfiyesine genel kurulca ve mahkemece karar verilerek tasfiyeye başlanmış olan durumlarda ise, davanın tasfiye memurları tarafından ikâme edilmesi gerekir⁵⁷¹.

Tek kişilik anonim şirkette, tek pay sahibi kişi aynı zamanda tek yönetim kurulu üyesi ise, genel kurulda sorumluluk davası açılması yönünde karar alınması ve anonim ortaklık adına dava açılması fiilen söz konusu olmayacaktır. Bu varsayımda, anonim ortaklık adına dava açılması, ancak ortaklığın iflâsına karar verilmesi hâlinde, dava hakkının iflâs idaresi tarafından kullanılması şeklinde mümkün olabilecektir. Zîra iflâsta, anonim ortaklığın sahip olduğu dava haklarını kullanma yetkisi iflâs masasına ve temsil organı olan iflâs idaresine ait bulunmaktadır⁵⁷² (İİK m. 226, 229).

Anonim ortaklığın tüm paylarının devredilmesi, tek pay sahibinin veya çoğunluk (hâkim) pay sahibinin değişmesi, ayrı bir tüzel kişilik olan ortaklığın dava hakkını etkilemez ve daha önce açılmış bulunan davalara ortaklık tarafından devam olunur⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 122; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 603; aynı yönde bkz. Canöz, s. 197-198. Akdağ Güney, burada bir yönetim boşluğu söz konusu olmadığından, bir yönetim kayyımı tayinin de söz konusu olamayacağını, İsviçre hukukunda bu hükmüne (TMK m. 427/4 – OR Art. 693 Abs. 4'e) istinaden mahkemeden bir vekil tayin edilmesi gerektiğinin ileri sürüldüğünü, bu çözümün Türk hukukunda benimsenmesinin önünde bir engel bulunmadığını ifade etmektedir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 332-335. Tekinalp, bu durumda davayı mahkemece atanacak kayyımın ikâme etmesini gerektiğini ifade etmiş, ancak kayyımın TMK m. 426/3 hükmüne göre mi, yoksa TMK m. 427/4 hükmüne göre mi tayin edileceğine değinmemiştir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-92; aynı doğrultuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 237.

⁵⁷⁰ Eski üyeye veya görevi devam eden tek bir üyeye karşı dava açılacaksa, ortaklık adına yönetim kurulunun dava açması gerektiği yönünde bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 272; aksi yönde bkz. Üçışık/Çelik, s. 550.

⁵⁷¹ Anonim ortaklığın davada temsili konusunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 113; Üçışık/Çelik, s. 549-550; Altay, **Yetki Devri**, s. 237; Bozkurt Yaşar, **Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ**, s. 146 vd., 161-162; sorumluluk davasının şirketi idare ve temsile yetkili yönetim kurulu tarafından açılacağı, dava açılıp açılmamasına karar verme ve davayı takip edecek temsilciyi belirleme yetkisinin sorumlu tutulmak istenen üye dışındaki üyelere ait olduğu, tek kişilik yönetim kurulu üyesine karşı davanın yeni seçilecek üye veya mahkemece MK. m. 426/3 uyarınca atanacak temsil kayyımı tarafından dava açılacağı yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 602-603.

⁵⁷² Bu konuda bkz. Pekcanitez, **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, s. 76-78.

⁵⁷³ Buna karşılık, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 133/II. maddesinde TMSF'ye devredilmiş olan bankalar bakımından farklı bir hüküm öngörülmüş olup, bu konudaki bir Yargıtay kararı için bkz.: *"Hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali halinde banka tarafından, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış*

3- Pay Sahipleri

a- Genel Olarak

TTK m. 555/1’de, pay sahibinin anonim ortaklığın uğradığı zararın tazminini talep etme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir⁵⁷⁴. Hükümde belirtilen zarar, anonim ortaklığın doğrudan uğradığı ve pay sahibinin ise yansıma yoluyla gördüğü zarardır. Pay sahibi, sorumluluk davası açarak, yansıma yoluyla uğradığı zararın hükmedilecek tazminatın anonim ortaklığa verilmesi suretiyle giderilmesini sağlama imkânına sahiptir⁵⁷⁵. Öğretide, pay sahibinin dava açabilmesi için, bu sıatı dolayısıyla bir zarara

olan dava takiplere Fon tarafından kanuni halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur. Bu dava ve takipler sonucunda hükmolunacak tutarlar Fon'a ait olur” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 14.09.2004 T., 2003/11546 E. ve 2004/8255 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷⁴ İngiltere’de, Foss v. Harbottle kuralının, tarihsel olarak türev davaları, esas olarak çoğunluk hissedarın ihtilafı olduğu “azınlık hakkında dolandırıcılık” vâkılarıyla ve hissedarların yöneticiler hakkında bir dava açılıp açılmayacağına toplu olarak karar vermelerinin uygun olmayacağı (beklenemeyeceği) hâllerle sınırlandırarak zorlaştırdığı, ancak daha sonra bu kuralın yerini daha “dava dostu” 2006 tarihli Şirketler Yasası’nın aldığı, Kıta Avrupası ülkelerinin dar anlamda bir türev dava sağlayıp sağlamadıkları konusunda tarihsel olarak bölünmüş oldukları, Fransa ve İsviçre’nin yöneticilere karşı sorumluluk talepleri bakımından pay sahiplerine bireysel bir hak sağlarken, Almanya, Avusturya, Belçika, İtalya ve İspanya’da yöneticilere karşı dava açmanın genel kurul toplantısında alınacak bir karara bağlı pay sahiplerinin toplu bir hakkı olarak öngörüldüğü, ikinci sistemde genel kurulda çoğunluğun dava açılmasına gerek görmemesi hâlinde, ancak belirli bir yüzdeyi aşan bir azınlığın şirket adına sorumluluk iddiasında bulunabilmesi için özel bir temsilci atanması için mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu, ancak bu aracın etkisiz olduğu düşünüldüğünden Almanya’da 2004 yılında yapılan reform ile gerçek anlamda türev dava sayılabilecek bir yolun mümkün kılındığı, ancak bunun için de pay sahibin en az %1 paya sahip olmasının şart koşulduğu, çoğu Kıta Avrupası ülkesinde de benzer şekilde nitelikli bir azınlıkla ve yöneticiler aleyhindeki iddialarla sınırlı olmakla birlikte bir tür azınlık uygulama mekanizması niteliğindeki bu hakkın tanındığı, Hollanda hukukunda türev dava veya benzer bir mekanizma bulunmadığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 7-9; Almanya, Fransa ve İtalya’da pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasına ilişkin düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Conac/Enríques/Gelter, s. 507 vd.; Alman ve İngiliz hukuklarında, pay sahibinin kendi adına dava açması genel olarak mümkün olmamakla birlikte, yasada bazı istisnalara izin verildiği yönünde ayrıca bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 187-188, 191; sorumluluk davaları konusunda 2007 yılında yürürlüğe giren değişikliklerin, hedeflenen erişilebilirlik ve esnekliği sağlamadığı, mahkemelerin bu tür taleplere sıcak bakmadıkları ve izin prosedürünü katı bir şekilde uygulama eğilimde oldukları yönünde bkz. Keay, s. 67; Avrupa şirketler hukukunun “temel bulmaca”larından birinin pay sahiplerinin sorumluluk davası açmaları (“türev davalar”) olduğu ve bunun dava açmak için hissedarların asgari miktarda hisse sahibi olmalarını gerektiren yüzde limitleri temelinde açıklanması için bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 16.

⁵⁷⁵ Pay sahiplerinin şirket zararı için sorumluluk davası açmasının (türev davaların) Kıta Avrupası’nda nadir olduğu yönündeki genel algıya rağmen, bu imkânın ilke olarak çoğu ülkede mevcut olduğu ve ayrıca Avrupa ülkelerinde bu tür davaların kabul ediliş süreçleri ve tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 853 vd.; Avrupa yargı bölgelerinin büyük çoğunluğunda, azınlık hissedarların, yönetime karşı güvene dayalı görevin ihlali nedeniyle bir türev dava açabilecekleri, bununla birlikte şaşırtıcı bir şekilde Kıta Avrupası’nda pratik olarak böyle bir davanın yaygın olmadığı, hatta bulunmadığı, bunun çeşitli yargı bölgelerinde öngörülen yüzde sınırlarından kaynaklandığı yolundaki, dava açmak için yasal yüzde sınırı ne kadar düşükse, dava açabilecek hissedarların o kadar fazla olabileceği, ancak bir istisna olarak, yüzde sınırlarının olmadığı İsviçre ve Fransa’da da çok az veya hiç davanın görülmediği yönünde bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 16 vd.; sorumluluk davalarının, kıta Avrupa’sında usûl hukukunun belirli yönlerinden kaynaklanan

uğramış olması gerektiği ifade edilmekte ise de⁵⁷⁶, kanımızca anonim ortaklığın zarara uğradığı her ihtimalde, payın değerinde düşme yaşanacağından pay sahibi yansıma zarara uğramış olacak ve kanunun kendisine tanıdığı dava hakkına sahip bulunacaktır. Zîra, anonim ortaklığın malvarlığında ortaya çıkacak bir zararın pay sahibinin de yansıma yoluyla zarar görmesine yol açmadığı hiçbir olasılık, kanımızca yoktur⁵⁷⁷. Gerçekten, yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı karar ve davranışları nedeniyle anonim ortaklığın zarara uğradığı her durumda sorumluluk davasının özellikle ilişkin bulunduğu malvarlığının korunması ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır ki, bu ilke pay sahiplerinin menfaatlerini ve bu bağlamda payın değerini yakından ilgilendirmektedir. Nitekim, pay sahibinin dava açma hakkı, vazgeçilmez bir haktır⁵⁷⁸.

Belirttiğimiz üzere, pay sahibinin dava hakkı, anonim ortaklık zararının giderilmesine yöneliktir. Bu nedenle, zararın şirkete ödenmiş olması hâlinde, pay sahibinin de dolayısıyla zararı kalmaz ve dava hakkı da esasen ortadan kalkar. Bununla birlikte, zarar ister rızâen şirket ile sorumlu arasında yapılan bir sulh sözleşmesine göre, isterse ortaklığın açtığı davada verilen ilâma göre tazmin edilmiş olsun gerek sulh gerek ortaklığın aldığı ilâm pay sahibini bağlamadığından⁵⁷⁹, pay sahibi anonim ortaklık zararının daha fazla olduğundan bahisle yine de sorumluluk davası ikâme edebilir. Zîra pay sahibi, zararın ilâma veya sulhe konu miktardan ibâret bulunmadığını ve daha fazla olduğunu kanıtlama hakkına sahiptir. Şu kadar ki, ortaklığa yapılan ödemenin, zararın miktarı ve tazminatın hesaplanması bağlamında mahkemece dikkate alınacağına kuşku yoktur.

Diğer yandan, yukarıda da değindiğimiz üzere⁵⁸⁰, pay sahibinin pay miktarı (oranı), dava açma hakkının varlığı bakımından önemli değildir⁵⁸¹. Zîra, dava açma

sebeplerle ABD ile karşılaştırıldığında nadir görüldüğü yönünde bkz. Conac/Enríques/Gelter, s. 497, 527; aynı yönde bkz. Latella, s. 14.

⁵⁷⁶ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 152.

⁵⁷⁷ Ortaklığı zarara sokan tüm işlemlerin pay sahipleri ve alacaklılar için yansıma yoluyla zarar teşkil edeceği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371.

⁵⁷⁸ Tekinalp(Poroy/Çamoğlu), N. 870e; Üçışık/Çelik, s. 548; Altay, **Yetki Devri**, s. 238.

⁵⁷⁹ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, a ve Beşinci Bölüm, III.

⁵⁸⁰ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 3, a.

⁵⁸¹ Halka açık, borsada işlem gören şirketlerle ilgili olarak, şirket zararı için dava açmak bakımından pay sahibinin Fransa, İrlanda, Polonya, İngiltere, Litvanya'da tek bir paya sahip olmanın dahi yeterli olduğu; Almanya, Belçika, Portekiz, İtalya, Çek Cumhuriyeti'nde %5'ten az paya sahip olmanın yeterli bulunduğu; Bulgaristan, Macaristan, Letonya, Romanya, Slovakya, Estonya'da %5'ten fazla %10'dan az paya sahip olmanın gerekli ve yeterli görüldüğü; Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Hırvatistan,

hakkı bir azınlık hakkı olmayıp⁵⁸², kanunun pay miktarından ve oy hakkından bağımsız olarak her bir pay sahibine tanıdığı koruyucu ve vazgeçilmez bir haktır⁵⁸³.

İsveç, Slovakya, Yunanistan'da %10'dan fazla paya sahip olmanın zorunlu bulunduğu; Hollanda, Lüksemburg ve Estonya'da, pay sahiplerine bu imkanın tanınmadığı, ayrıca, bunun dışındaki şirketlerde (halka açık olmayan), pay sahiplerinin sorumluluk davası ("türev dava") açması için eşğin potansiyel olarak daha yüksek olduğu, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin ilgili asgariye göre büyük farklılıklar gösterdiği ve borsaya kayıtlı olmayan şirketler bakımından en yüksek eşğin %20 ile İtalya'da olduğu, İngiltere'de sadece bir (1) adet paya sahip olan pay sahipleri dahi şirket zararı için dava açabilecek iken, Fransa'da, en az % 5 payı bulunan pay sahiplerinin (veya birlikte bu orana ulaşan pay sahiplerinin birlikte hareket ederek) şirkete ait talep hakkını ileri sürebilecekleri, Almanya'da ise en az %1 paya veya 100.000.-Euro bedelli paya sahip pay sahiplerinin şirket zararı için dava açabileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 194, 199, 200-201; bazı kıta Avrupası ülkelerinde bir türev davası açmak için hissedarların (veya hissedar gruplarının) şirketin hisselerinin nitelikli bir yüzdesine veya belirli bir miktarda sermayeye sahip olmasını gerektiği, bunun az miktarda hisseye sahip pay sahiplerinin taciz edici davalar açmasının önüne geçilmesi için bir mekanizma olarak rasyonelleştirilebileceği, buna karşılık, herhangi bir yüzde sınırının bazı meşru davaları engelleyebileceği; Almanya'da, pay sahiplerinin dava açmak için, 1998 yılına kadarki düzenlemelere göre % 10 veya 2.000.000 Marklık nitelikli bir azınlık olması gerektiği, bu tarihte ise bu oran ve miktarın % 5 veya 500.000 € 'ya düşürüldüğü, son olarak 2005 yılında bu ölçünün sadece % 1 veya 100.000 € 'ya kadar düşürüldüğü ve kötü niyetli davaları önlemek için özel bir adli "*dava kabul prosedürü*"nın öngörüldüğü, buna göre davacıların, şirket adına dava açılmasını talep ettiklerini göstermeleri, bu bağlamda, sahtekarlığı veya yasanın veya şirket sözleşmesinin ciddi ihlallerini gösteren olguları sunmaları ve mahkeme, bu aşamadan sonra pay sahibinin ilerlemesine izin vermeden önce davanın şirketin çıkarına olup olmayacağını belirlemesi gerektiği, Belçika hukukunda bir türev davası için sadece %1 veya 1.250.000 € nominal sermaye payı gerekirken, eşiklerin İspanya'da (%5) ve Avusturya'da (%10) çok daha yüksek olduğu, Hollanda'da ise %10 veya 225.000.Euro olduğu, İtalya'daki barajın halka açık şirketler için %2,5 ve diğer şirketler için ise %20 olduğu, Fransa ve İsviçre'de, Amerika'da olduğu gibi, pay sahiplerinin bireysel olarak dava açabilmesi için asgari bir oran veya miktar öngörülmediği (bunula birlikte Fransa'da pay sahibi grupları için %0,5 ve pay sahibi birlikleri için %1'lik oranların bulunduğu) ve ayrıca Alman hukukundaki gibi bir talep gerekliliği ile kabul prosedürünün de bulunmadığı, az dava açılmasının sebebinin yüzde sınırı olduğu yolundaki görüşün Fransa ve İsviçre örneklerini açıklamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 856-860; Avrupa Birliği'ne üye devletlerde pay sahiplerinin dava açması bakımından öngörülen asgarî eşik açısından büyük farklılıklar bulunduğu, ancak üye devletlerin açık bir çoğunluğunda pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi için asgarî pay sahipliği koşulu dışında başka kısıtlayıcı gereklilikler bulunmadığı, bu üye devletlerin koyabileceği tek koşulun, dava açılmadan önceki payı asgarî tutma süreleriyle veya şirketin söz konusu talebi (hakkı) takip etmemeye karar vermiş olması gerekliliğiyle ilgili olduğu, diğer yandan Almanya ve İngiltere'de bir talep kabul prosedürü öngörülerek, davanın yıkıcı olması, şirketin itibarına zarar vermesi veya yöneticilerin bağlılık ve motivasyonunun şirket özellikle önemli olduğu için zor bir zamandan geçilmesi ihtimallerine binâen mahkemeye, hak talebini takip etmede pay sahiplerinin çıkarlarının şirketin menfaatine ağır basıp basmadığını değerlendirme konusunda bir takdir yetkisi tanındığı ve talep kabul prosedürünün uygulanmasından önceki duruma kıyasla, azınlık pay sahiplerinin dava açmalarının büyük ölçüde kolaylaştırıldığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 217-218; Alman hukukundaki kabul prosedürü için ayrıca bkz. Paul, s. 99-100, 108; İngiltere, Fransa, İsviçre'de türev davalar için sahiplik eşğinin bulunmadığı, ancak bu ülkelerde dahi bu davaların yaygın olmadığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 25; Avrupa'da pay sahiplerinin dava açmalarının önündeki engellerin, çeşitli hukuk sistemlerinde öngörülen asgarî pay sahipliği oranları (yüzde sınırı), maliyetler ve bilgi hakları yönünde ve ayrıca Fransa, Almanya, İspanya ve İtalya hukuk sistemlerinde pay sahiplerinin sorumluluk davası açması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Latella, s. 9-14.

⁵⁸² Alman hukukuna göre pay sahibinin sorumluluk davası açmak için çıkarılmış sermayenin yüzde 1'ine veya en az 100.000 Euro bedelli paya sahip bulunması zorunlu görüldüğünden dava açma hakkının her bir paya bağlı bir haktan ziyade bir azınlık hakkı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Paul, s. 106.

⁵⁸³ Pay sahiplerinin dava açma hakkının, oy hakkıyla birlikte değerlendirilen (oy hakkına bağlı olan) bir hak olmayıp, malvarlığının korunması hakları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir hak olduğu yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 8; Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasına alternatif olarak veya onun yanı sıra bazı soruşturma prosedürleri

Pay miktarı ne kadar az olursa olsun, pay sahibinin dava hakkı her zaman vardır⁵⁸⁴. Bu bağlamda, ortaklığın halka kapalı veya halka açık olması yahut borsada işlem gören bir ortaklık olup olması da dava hakkında bir değişiklik yaratmaz⁵⁸⁵. Bu durum, bir yandan çok düşük miktarda pay sahibi olan kötünietli pay sahiplerinin haksız menfaat elde etmek için yöneticileri sürekli olarak taciz etmelerine sebebiyet verecek mâhiyette olduğu gibi⁵⁸⁶, diğer yandan da yöneticilerin görevlerini daha titiz ve özenli bir şekilde yerine getirmelerini sağlayacak ve çoğunluk pay sahiplerinin menfaatlerini gözetip⁵⁸⁷

öngörüldüğü, bu bağlamda, Hollanda'da, sermayenin en az %10'una veya 250.000 Avro nominal değere sahip olan hissedarların, Amsterdam Hukuk Mahkemesi Teşebbüs Odasından şirketin iş politikasına ve davranışına ilişkin bir soruşturma yürütmesini talep edebilecekleri ve Mahkeme'nin, müdürlerin uzaklaştırılmasına, özel yetkilere sahip denetim müdürlerinin atanmasına, yönetim kurulu kararlarının askıya alınmasına veya oy haklarının durdurulmasına karar verebileceği, bunun pratik açıdan büyük önem taşıdığı ve bir "türev dava" mekanizmasının eksikliği bir dereceye kadar telafi ettiği, benzer şekilde, bazı Üye Devletlerde (örneğin Almanya, Avusturya, Litvanya), sermayenin %1 ilâ %10'unu elinde tutan azınlık pay sahiplerinin mahkemeden şirketin yönetim organlarının üyelerinin davranışlarını inceleyen özel bir soruşturmacı atamasını talep edebileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 207; Hollanda'da azınlık hissedarlara tanınan, şirketin yönetimiyle ilgili sorunlar hakkında soruşturma açılmasını mahkemeden talep etme yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca bu aracın pay sahiplerinin sorumluluk davası açma imkânının bulunmamasının eksikliği gideren ve şirketler hukukunda önem taşıyan bir mekanizma olduğu yönünde ayrıca bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 889-891; Hollanda'da düzenlenen mekanizmanın, hissedarlar için yüksek sahiplik eşliğine rağmen, etkili olduğu ve yaygın olarak kullanıldığı konusunda ayrıca bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 22-23.

⁵⁸⁴ Pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının şirket yönetimi üzerinde bir kontrol işlevi bulunduğu, ancak çoğunluk hissedarları ile yöneticiler arasındaki "kimyasal suç ortaklığı"nın sorumluluğun gündeme gelmesine engel teşkil ettiği, buna karşılık azınlık hissedarların bu kontrol işlevini çoğunluğa kıyasla çok daha güçlü bir şekilde uygulayabilecekleri yönünde bkz. Latella, s. 6.

⁵⁸⁵ Pay sahibinin, kendi pay oranına bakılmaksızın şirket zararının tümünün tazmin edilmesini talep etme hakkına sahip olduğu, zîra, pay sahibinin zararının, yalnızca, şirket zararının tam olarak tazmin edilmesi hâlinde giderilmiş olacağı yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 8; bununla birlikte, hâkim bir hissedarı olmayan halka açık şirketlerde, dağıtık hissedarların tipik olarak kendilerini motive edecek olan unsurlardan ve / veya yönetimi izleme becerisinden yoksun oldukları, bu nedenle yöneticilerin, şirketteki diğer katılımcılara rağmen kötü bir şekilde yönetmek veya kendi kişisel çıkarlarını gözetmek bakımından bir ölçüde serbestliğinin bulunduğu yönünde bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 691; sorumluluk davasının, özellikle daha büyük şirketlerle ilgili olarak, yöneticilere olan güven kaybından dolayı şirketin itibarını etkileyebileceği ve bunun da aslında hisselerin değerinde bir azalmaya neden olabileceği yolunda bkz. Keay, s. 44; buna karşılık, borsaya kayıtlı şirketler bakımından pay sahipleri tarafından açılan davaların yaygın olmadığı yönünde bkz. Latella, s. 1.

⁵⁸⁶ Pay sahibi tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından bazı hukuk sistemlerinde öngörülen engellerin, büyük olasılıkla, bir hissedarın, yalnızca payıyla orantılı bir şekilde küçük bir fayda elde edecek olmasına rağmen şirketin talep hakkı için dava açmasının akla getirdiği şüphenin özel olarak öne çıkması olduğu, nitekim pay sahiplerine doğrudan verilen zararı gidermeye yönelik bulunan doğrudan zarara ilişkin davalar ile genel kurul kararlarının iptaline yönelik davaların açılabilmesi bakımından daha az sınırlama bulunduğu yolundaki görüş için bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 27; İngiltere'de izin prosedürünün gerekçeleri olarak, bir gereklilik olmadan açılan sorumluluk davaları sonucunda şirket faaliyetinin felce uğramasına sebebiyet verilebileceği endişesi ile şirketlerin yönetimine genel olarak müdahale olmaması gerektiği ve müdahale olacaksa bunun için önemli nedenlerin olması gerektiği ilkesinin gösterilebileceği yolunda ve ayrıca bu prosedürün ayrıntıları ile diğer yargı alanlarındaki mahkemelerle karşılaştırıldığında İngiliz Mahkemelerinin, pay sahiplerinin ilerlemesine izin verme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları konusunda bkz. Keay, s. 43.

⁵⁸⁷ Fransa, Almanya ve İtalya'da borsaya kote en büyük şirketlerin bile genellikle hâkim hissedarlara sahip olduğu dikkate alınarak bu ülkelerde hâkim hissedarların kendi çıkarlarını nasıl idare ettikleri ve

küçük pay sahiplerinin menfaatlerini dışlamalarını ve birtakım yolsuzlukların içerisinde olmalarını önleyecek niteliktedir⁵⁸⁸. Bu dengeyi sağlıklı bir şekilde kurulması için, mahkemelere her somut dava bakımından dava hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını (TMK m. 2) inceleme görevi düşmektedir⁵⁸⁹. Zîra, zararın tamamı için dava açılabilmesi, üstelik bu konuda belirsiz alacak davası imkânın mevcut olması ve ayrıca dava açmak için asgarî belli bir oranda paya sahip olunmasının da gerekmemesi hususları karşısında, sorumluluk davasının kötüye kullanılmaya çok açık olduğu görülmektedir⁵⁹⁰.

Diğer yandan, ortalığın fesih ve tasfiyesine genel kurul veya mahkemece karar verilmiş olması, pay sahibinin dava açma hakkını etkilemez; hatta, sorumluluk davasının muhatabı TTK m. 553 uyarınca tasfiye memurları da olabilir.

b- Katılma İntifa Senedi Sahipleri ve Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Durumu

Her iki kavram, benzer özelliklere sahip olmakla birlikte esasen birbirinden farklı kurumlardır⁵⁹¹. Oydan yoksun paylar, oy hakkı dışında, sahibine tüm pay sahipliği haklarını tanıyan özel bir pay çeşididir⁵⁹². Diğer yandan, TTK m. 434/2’de, eTTK’a paralel olarak, her pay sahibinin sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haiz olduğu düzenlenmiş olup, buna göre esasen TTK’ya göre “oydan yoksun

mevcut tüm olası kurallara, doktrinlere ve çözümlere bakarak bu çıkarlarını nasıl düzenledikleri konusunda yapılan ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Conac/Enríques/Gelter, s. 495 vd.

⁵⁸⁸ Dava açmak için asgari bir pay oranının (yüzdenin) öngörüldüğü sistemlerde, bir dava açacak kadar büyük bir paya sahip herhangi bir yatırımcının, yönetim kurulunda temsil edilme olanağına sahip olacağı ve bu nedenle bu tür bilgilere doğrudan erişime sahip olacağı, tüm hissedarların dava açmasına izin verilmediğinden, yöneticilerin şirket varlıklarını kötüye kullanabileceği ve potansiyel davacı hissedarlara menfaat temin ederek gizli anlaşmalar yapabileceği, diğer pay sahiplerinin (dava açma hakkına sahip olmayanların) dışlanacağı yolundaki görüş için bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 17.

⁵⁸⁹ Yapılması gerekenin, bir yandan kurumsal hayatı gereksiz yere aksatacak şekilde dava açılmamasını sağlamak, diğer yandan pay sahiplerinin dava açmaktan aşırı derecede caydırılmamasını sağlamak arasında bir denge kurmak olduğu, İngiltere’de öngörülen mahkemenin izninin aranmasının temel özelliğinin, mahkemelerin, “anlamsız veya önemsiz davaları dışlamak için bir bekçi rolü oynamaları gerekliliği” olduğu, yönünde bkz. Keay, s. 40, 68.

⁵⁹⁰ Buna karşılık, tazminatın ortaklığa verilecek olmasının, pay sahibinin tehdit amacıyla dava açmasını ve hakkın kötüye kullanılmasını engellediği yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 98. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda dn. (610)

⁵⁹¹ N. Fusun Nomer, **Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar**, İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 13; bu konuda ayrıca bkz. Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, İstanbul, 1983, s. 135 vd.

⁵⁹² Nomer, s. 7, s. 41 vd.

pay”ın varlığına olanak tanınmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁹³. Buna karşılık, 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu’nun 14/A maddesinden oy hakkından yoksun pay çıkarılmasına imkân tanınmış ve Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ (Seri:I, No:36)’in⁵⁹⁴ 22. maddesinde de, oydan yoksun pay sahiplerinin sorumluluk davası açabilecekleri açıkça düzenlenmişti. Bu Tebliğ, Pay Tebliği’nin (VII-128.1)⁵⁹⁵ 51/1, b maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle TTK sisteminde ancak payın belirli koşullarda oydan yoksun hale gelmesi söz konusudur. Bunun en tipik örneği, TTK m. 436 hükmüdür.

Diğer yandan, katılma intifa senetleri hakkında TTK m. 502-503’te özel bazı düzenlemelere yer verilmiştir. TTK m. 502’de esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle intifa senetleri çıkartılabileceği belirtildikten sonra, 503. maddede, intifa senedinin sahiplerine pay sahipliği hakları verilemeyeceği, ancak, bu kişilere, net kâra, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkarılacak payları alma hakları tanınabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hükümde, söz konusu senetlerin pay sahipliği hakları vermeyeceği ifade edilmiş olup, bu hüküm sorumluluk davası açılmasına engel değildir. Dava hakkı, bir pay sahipliği hakkı (koruyucu hak) ise de hükümle (pay sahipliği hakları vermeyeceği yolundaki hükümle) kastedilenin genel kurula katılma, oy kullanma, bilgi alma ve inceleme, özel denetim isteme gibi katılma ve inceleme haklarıyla sınırlı görülmesi gerektiği kanısındayız⁵⁹⁶. Nitekim, öğretide, katılma intifa senetlerinin oydan yoksun pay senedine tekâbül ettiği⁵⁹⁷ ve katılma intifa senetleri sahipleri ile oydan yoksun hisse sahiplerinin dava hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir⁵⁹⁸. Ayrıca, halka açık ortaklıkların katılma intifa senedi ihraç etmelerine ilişkin usul ve esaslar, Pay Tebliği’nin 36 vd. maddelerinde hüküm altına alınmış ve m. 39/3’te, katılma intifa senedi sahiplerinin, ortaklık yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK hükümleri çerçevesinde sorumluluk davası açabilecekleri açıkça düzenlenmiştir.

⁵⁹³ Tekinap(Poroy/Çamoğlu), N. 775-776; eTTK döneminde de, pay sahibinin oydan yoksunluğunun söz konusu olabileceği bazı durumlar mevcut olmakla birlikte, ana sözleşmede yasanın öngördüğü durumlar dışında pay sahibinin oydan yoksun kılınması hâlinde şirketin kuruluşuna izin verilmemesi gerektiği, bu yöndeki bir ana sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının ise bâtil olacağı yönünde bkz. Teoman, s. 160.

⁵⁹⁴ Bkz. 21.01.2009 tarih ve 27117 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁹⁵ Bkz. 22.06.2013 tarih ve 28685 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁹⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 9-142.

⁵⁹⁷ Poroy/Tekinap/Çamoğlu, N. 453a.

⁵⁹⁸ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, 70j ve § 63, N. 74; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 337-338; Yördem, s. 199; Köprücü, s. 80, 82.

d- İntifa ve Rehin Hakkı Sahiplerinin Durumu

Anonim ortaklık payının rehnedilmesi, alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin kurulmasını düzenleyen TMK m. 954 vd. hükümlerine tâbidir⁵⁹⁹. Rehin hakkı, rehin konusu şeyin ve bu bağlamda payın paraya çevrilmesine ve elde edilecek bedelin alacaklıya tahsis edilmesine yönelik bir hak olup⁶⁰⁰, bu bağlamda payın değeri rehin hakkının maddî içeriği bakımından büyük öneme sahiptir. Pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesinin temelinde yatan sebep de payın değerinde meydana gelen düşmedir. Bu itibarla, payın değerinin korunması bağlamında sorumluluk davası açılmasında rehin hakkı sahibinin de menfaati bulunmaktadır. Bununla birlikte, TMK m. 960'da payı temsil etmek ve bu bağlamda ibra oylamasında oy kullanma hakkı pay sahibine aittir. Buna göre, pay sahibinin ibraya olumlu oy vermesi veya ibraya olumsuz oy vermekle birlikte dava açmaması durumunda rehinli alacaklının sorumluluk davası açması ilk bakışta mümkün görünmemektedir⁶⁰¹. Bu varsayımın gerçekleşmesine engel olmak için, yapılacak rehin sözleşmesinde genel kurula katılma hakkının rehinli alacaklıya ait olduğunun kararlaştırılması akla gelebilir ise de, TMK m. 960'nın emredici niteliği buna engel teşkil edecektir⁶⁰². Ancak, esasen, TMK m. 960'da sadece genel kurulda rehinli pay senetlerinin temsilinden bahsedilmiş olup, sorumluluk davası açılması bu kapsama girmemektedir. Sorumluluk davası, aslında rehin konusu şeyin (payın) değerini korumaya yöneliktir. Bu nedenle, pay sahibinin mâkul bir süre içinde dava açmaması hâlinde, pay sahibinin TMK m. 865 vd. hükümlerine kıyasen⁶⁰³, mahkemeden izin almak suretiyle sorumluluk davası açabileceği kanısındayız. Buna göre, kanımızca, TMK m. 960 uyarınca, rehin veren pay sahibi genel kurula katılıp ibra oylamasında oy kullanacak, ancak sorumluluk davası mahkemenin vereceği

⁵⁹⁹ Anonim ortaklık paylarının rehni konusunda bkz. Faruk Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 235-237; Abdüssamet Yılmaz, **Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2020, s. 29 vd.; Damla Keskin Şerbetçioğlu, **Yeddiemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 11 vd.

⁶⁰⁰ Rehin hakkının temel özellikleri ve bu bağlamda, rehin konusu şeyin değeri ölçüsünde alacaklıya güvence teşkil eden sınırlı bir aynî hak niteliğinde olduğu konusunda bkz. Acar, **Rehin Hukuku**, s. 3 vd., 99 vd.

⁶⁰¹ Rehinli paya ilişkin malî hakların rehin sözleşmesinde açıkça düzenlenmek kaydıyla rehinli alacaklı tarafından kullanılacağı, buna karşılık, yönetsel hakların TMK m. 960'a göre rehin veren pay sahibi tarafından kullanılacağı, TMK m. 960'ın emredici niteliği karşısında buna aykırı sözleşme yapılamayacağı yönünde bkz. Keskin Şerbetçioğlu, s. 255-258.

⁶⁰² Lale Sirmen, **Alacak Rehni**, Ankara 1990, s. 103; ayrıca bkz. Keskin Şerbetçioğlu, s. 258.

⁶⁰³ Taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin, hüküm bulunmayan hâllerde bünyesine uygun düştüğü ölçüden taşınır rehnine kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Ali Eskiocak, **Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukukî Durumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 7.

yetkiye istinaden rehinli alacaklı tarafından açılacaktır⁶⁰⁴. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu imkân rehin veren pay sahibinin ibraya olumlu oy vermesine engel teşkili etmeyip, bu hâlde rehinli alacaklı, sadece rehin konusu şeyin değerinin azalması nedeniyle, TMK m. 866 uyarınca ek güvence gösterilmesini talep edebilecektir.

Diğer yandan, senede bağlanmış olsun veya olmasın, paylar üzerine intifa hakkı kurulması da mümkündür⁶⁰⁵ (TTK m. 499, TMK m. 795 ve TBK m. 184). Yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı karar ve işlemleri ile anonim ortaklığa zarar vermeleri hâlinde, intifa hakkı sahiplerinin elde edebilecekleri menfaatin de azalacağı ve buna göre intifa hakkı sahiplerinin de yansıma zarara uğrayacaklarında kuşku yoktur. Bu konuda öğretilde, payın üzerinde intifa hakkı bulunmasının, pay sahibinin sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırmayacağı⁶⁰⁶, pay sahibinin yanı sıra intifa hakkı sahibinin de dava hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁷.

d- Pay Sahipliği Sifatının Ortaya Konulması

Pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi bakımından payın senede bağlanıp bağlanmadığının veya payın nama yahut hamiline yazılı olmasının bir önemi yoktur⁶⁰⁸. Önemli olan husus, pay sahipliği sıfatının kanıtlanmasıdır⁶⁰⁹. Bu konuda, senede

⁶⁰⁴ Rehlin hakkı sahibinin TBK m. 113 uyarınca mahkemeden alacağı nâma ifa yetkisi bağlamında sorumluluk davası açabileceği yolundaki görüş için bkz. Köprücü, s. 77-78. Buna karşılık, rehinli alacaklının sorumluluk davası açamayacağı, bununla birlikte şirketin ve dolayısıyla payın değer kaybına bağlı olarak teminatın azalmasına karşı rehin veren pay sahibine karşı talepte bulunabileceği, rehin hakkının korunması bağlamında pay rehninin niteliğine uygun düştüğü ölçüde taşınmaz rehnine ilişkin TMK m. 865 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yolunda bkz. Yılmaz, **Pay Rehni**, s. 143, s. 149-152; rehin hakkı sahibinin dava hakkına sahip bulunmadığı yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 100.

⁶⁰⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 24 vd.

⁶⁰⁶ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 372; intifa hakkı tesis edilmesi hâlinde, pay sahibinin sorumluluk davası açma hakkının sınırlandırılmayacağı veya ortadan kaldırılamayacağı yönünde bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s. 329.

⁶⁰⁷ Pay sahibinin yanı sıra intifa hakkı sahibinin de dava açabileceği, pay sahibi ile intifa hakkı sahibinin birbirinden bağımsız olarak dava açabilecekleri yönünde bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s. 330; Köprücü, s. 75-76; buna karşılık, sorumluluk davası açma hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılması gerektiği yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 100.

⁶⁰⁸ Pay sahibi ile şirket arasındaki ilişkinin, şirketin başlamayı ihmal ettiği tazminat talebinin ileri sürülmesi için yöneticileri dava etme hakkı konusunda pay sahibine tanınan usûle ilişkin gücün (dava hakkının) yasal dayanağı olduğu ve hissedara bu hakkın tanınması için gerekli ve yeterli nedeni teşkil ettiği yönünde bkz. Latella, s. 7.

⁶⁰⁹ Pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi için davanın açılma anında pay sahibi olmanın gerekli olduğu ve bunu da davacı pay sahibinin ispat edeceği ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de aynı yönde karar verdiği (BGE 131 III 640 E. 4.1.) konusunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9.

bağlanmamış veya nama yazılı senetlere bağlanmış paylar bakımından en önemli delil pay defteridir⁶¹⁰ (TTK m. 499/1, 4). Bununla birlikte, pay defterine kayıt kurucu nitelikte bulunmadığından⁶¹¹ pay defterindeki kaydın aksi her zaman ispat edilebilir. İlmühaber çıkarılan hâllerde (TTK m. 486/2) ise, ilmühaber bu konuda delil vasfına sahip olacaktır⁶¹².

Hamiline yazılı senetler (bastırılmış) bakımından ise, senedin zilyedi olup hak sahipliğini belgeleyenler sorumluluk davası açabilirler. Bu bağlamda, hamile yazılı pay senetlerinin devrini düzenleyen TTK m. 489 hükmü 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun'un⁶¹³ 32. maddesi ile değiştirilmiş ve bu tür pay senetlerinin devrinin şirkete ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için zilyedliğin geçirilmesi suretiyle payı devralan kişinin Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirimde bulunulması öngörülmüştür. Bildirimin yapılmamasının yaptırımı olarak da, payı devralanların TTK'dan doğan paya bağlı haklarını bildirim tarihine kadar kullanamayacakları düzenlenmiştir. Buna göre, devrin geçerliliği bildirimle bağlanmamış, sadece hakların kullanılması için bildirim zorunlu tutulmuştur. Bu bağlamda öğretide, bildirimin kurucu olmayıp, açıklayıcı olduğu ve bildirim yapılmadan önce de sorumluluk davası açılabileceği, dava açılmak suretiyle esasen payı devralan kimsenin bilineceği ve mahkemece de bildirim yapılabileceği ifade edilmiştir⁶¹⁴.

⁶¹⁰ “Dava dosyasında davacı olarak görünen bir kısım şahısların şirket ortağı olduğu anlaşılmakla birlikte, dosya kapsamında ortaklık pay defterine rastlanılmadığından tüm davacılar yönünden taraf ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi bakımından öncelikle ortaklık pay defterinin dosya içerisine alınıp davacıların taraf ehliyetinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 21.03.2016 T., 2015/15625 E. ve 2016/3083 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu yönde ayrıca bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 100.

⁶¹¹ Tekinalp, **Bağlam**, N. 11-16 vd.; pay defterine kaydın hukukî niteliği ve kurucu etkiye sahip olup olmadığı konusundaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca kaydın açıklayıcı nitelikte olduğu yolundaki görüş için bkz. Şafak Narbay, **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 129 vd, 146; buna karşılık, bu konudaki tartışmalar ve kurucu olduğu yolundaki görüş için bkz. Sevi, **Payın Devri**, s. 264-266.

⁶¹² Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 372.

⁶¹³ Bkz. 31.12.2020 tarih ve 31351 (5. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

⁶¹⁴ Beyza Aka, **Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki İşlemler**, İstanbul, Aristo Yayınları, 2021, s. 59, 62-63; bu konuda ayrıca bkz. Köprücü, s. 59-60.

e- Dava Açılırken Pay Sahipliği Sıfatına Sahip Olunması Gereği ile Bu Sıfatın Dava Sonuna Kadar Korunmasının Gerekip Gerekmediği

Öğretide, sorumluluk davası açarken pay sahibi olunmasının mutlak anlamda zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁶¹⁵. Bu husus, esasen, medenî usûl hukukundaki “*sıfat*” ile ilgilidir. Sıfat, dava konusu hakkın tarafı (hak sahibi) olmayı ifade etmektedir. Özgün yapısı bulunan sorumluluk davası bakımından davanın konusu ise, ortaklığın sahip olduğu zararın tazminine yönelik alacak hakkı olmakla birlikte, pay sahibi bu hakkın tarafı olmamasına rağmen, kanun istisnâ bir hükümle bu kimselere bu alacağı talep etme hakkı tanımıştır. Yukarıda açıkladığımız üzere⁶¹⁶, kişisel görüşümüz bu hakkın bir maddî hak olduğu yönündedir. Buna göre, sorumluluk davasında davacı pay sahibinin talep hakkı ile ortaklığın alacak hakkı olmak üzere iki maddî hak söz konusu olmaktadır. Ortaklığın maddî hakkının (alacak hakkının), diğer bir deyişle sorumluluğun unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenip tartışılabilmesi için, öncelikle pay sahiplerinin talep hakkının bulunması gerekir. Görüldüğü üzere, talep hakkının varlığı âdetâ bir dava şartı gibi davanın başında aranır. Bu konuda, sıfat ile de ilgisi bulunan “*dava takip yetkisi*” kavramı akla gelmektedir⁶¹⁷. Bu kavram, maddî hukuka ilişkin bir içeriğe sahip olmakla birlikte (HMK m. 53), usûl hukukuna ilişkin bulunduğundan, bu yetkinin varlığı HMK m. 114/1, e’de bir dava şartı olarak düzenlemiştir. Öğretide, Postacıoğlu/Altay tarafından, sıfatın davanın başında anlaşılabileceği hâllerde, bunun dava takip yetkisi bağlamında değerlendirilerek eksikliği hâlinde davanın dava şartı eksikliği nedeniyle reddi

⁶¹⁵ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 137; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 606; Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 109, 110; Özekes/Seven/Meriç, s. 99; davanın açıldığı tarihte pay sahibi veya alacaklı olmayanların dava hakkının bulunmadığı yönünde bkz.; “*Dava tarihinde pay sahibi ve alacaklı olmayan kişilerin dava hakkı olmadığından pay senetlerini devrederek pay sahipliği sıfatını kaybetmiş olan davacı, şirketten alacaklı olduğunu da ileri sürmediğine göre artık böyle bir sorumluluk davası açamaz.*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 23.02.1989 T. ve 4114/1057 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İsviçre hukukunda da, pay sahibinin sorumluluk davası açabilmesi için davanın açılma anında pay sahibi olmanın gerekli olduğu ve bunu da davacı pay sahibinin ispat edeceği ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının da (BGE 131 III 640 E. 4.1) aynı yönde olduğu konusunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9; İtalya’da, pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının önündeki önemli engellerden biri olan duruşmanın başlamasından önceki altı ay boyunca devam eden hisse sahipliği koşulunun, 2003 yılında yapılan kanun değişikliği ile kaldırıldığı yolunda bkz. Latella, s. 13; buna karşılık, şirket zararın doğduğu sırada pay sahibi sıfatına sahip olunmasının yeterli olduğu, aynı zamanda dava açılırken bu sıfata sahip olunmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 70ı.

⁶¹⁶ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

⁶¹⁷ Dava takip yetkisi kavramı için bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 5 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 593 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 285 vd., özellikle 287; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 224 vd.

gerektiği ifade edilmektedir⁶¹⁸. Pay sahipliği sıfatının da varlığının davanın başında, sorumluluğun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesine geçilmesinden önce araştırılması gerektiği dikkate alınarak⁶¹⁹, bu görüşe göre, pay sahipliği sıfatının eksikliği hâlinde davanın dava şartı eksikliğinden dolayı reddi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak hemen belirtelim ki, sıfat konusunda ayırım yapılmasına ilişkin bu görüş öğretilde taraftar bulmamış olup, sıfatın maddî hukuka ilişkin bir kavram olduğu ve sıfatın eksikliği hâlinde davanın esastan reddedilmesi gerektiği öğretilde ittifakla kabul edilmektedir⁶²⁰. Biz de hangi aşamada tespit edildiğinden bağımsız olarak, talep hakkının mevcut olmaması hâlinde davanın sıfat yokluğundan dolayı esastan reddine karar verilmesi gerektiği kanısındayız. Buna göre, talep hakkının bağımsız bir maddî hak teşkil ettiği yolundaki görüşümüzden hareketle, pay sahipliği sıfatı, talep hakkının varlığı için zorunlu bulunduğundan pay sahipliği sıfatının bulunmaması durumunda da davanın esastan (sıfat yokluğundan) reddine karar verilmesi gerekecektir. Bu bağlamda, pay sahipliği sıfatının yanı sıra, pay sahibinin zamanaşımı sürelerini veya hak düşürücü süreleri geçirmiş olması yahut ibra kararına olumlu oy vermiş olması hâllerinde de davacının talep hakkı bulunmayacağından davanın esastan reddine karar verilmesi gerektiği kanısındayız.

Payın devrinin dava açma hakkına etkisini inceleyecek olursak, bu konuda devrin davadan önce ve davadan sonra yapılması bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir⁶²¹:

Öğretilde, davanın başında pay sahibi olunmasının yeterli olmayıp davanın sonuna kadar bu sıfatın muhafaza edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶²². Buna göre,

⁶¹⁸ Postacıoğlu/Altay, sıfatın maddî hukuka, diğer bir deyişle esasa ilişkin bir kavram olduğunu ve şekli bir kavram olan ve dava şartı olarak öngörülen dava takip yetkisini bünyesinde barındırdığını, sıfatın bir yandan şekli ve usulî ve diğer yandan maddî yönünün olduğunu, şekli yönden sıfatın dava şartı teşkil ettiğini, davanın hemen başında ve esasa girilmeden önce bunun eksikliğinin anlaşılabildiği hâllerde davanın dava şartı eksikliğinden dolayı reddine karar verilmesi gerektiğini, zira bu anlamdaki sıfat yokluğunun şekli yönden sıfata karşılık “*takip yetkisi*”ne tekâbül ettiğini ifade etmektedirler; bkz. **Usûl**, s. 286-287.

⁶¹⁹ Davacının dava hakkına sahip olup olmadığı hususunun mahkemece bir ön sorun olarak incelenmesi gerektiği ve sorumluluğun unsurlarının, dava açma hakkının varlığının tespitinden sonra incelenilebileceği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 17, 18.

⁶²⁰ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 611-612; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 332-333; Üstündağ, **Usûl**, s. 301 vd.; Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 111-112.

⁶²¹ Buna karşılık, Özkes/Seven/Meriç, böyle bir ayırım yapmadan, payı devralan kişinin -savundukları görüşe göre- dava takip yetkisini kullanabileceğini ve pay devrinden önceki ihlaller nedeniyle dava açabileceğini ifade etmektedirler; s. 100.

⁶²² Arslanlı, s. 187; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 137; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 375; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 129; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 116, 132, 135 (yazar, ayrıca alacaklının zararın

dava devam ederken pay devredilecek olursa, sıfat artık ortadan kalkmış olacağından ve devralan kişinin davaya devam etme hakkı bulunmadığından davanın reddedilmesi gerekir⁶²³. Öncelikle belirtelim ki, bu olasılıkta HMK'nın dava konusunun devrine ilişkin hükmünün (HMK m. 125) uygulanıp uygulanmayacağı akla gelebilir ise de, sorumluluk davasının konusu, devredilen pay olmayıp, şirket zararının giderilmesine yönelik tazminatın davacıya değil ortaklığa verilmesi olduğu için, bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır⁶²⁴. Bununla birlikte, TTK m. 558/2'de, payın davadan önce devri bakımından bu konuda bir düzenleme yer almakta olup, davadan sonraki pay devirleri bakımından yapılacak değerlendirmede de bu hükmün dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Buna göre, kanun koyucu, ibra kararından sonra, ibra kararını bilerek pay iktisap edenlerin, devreden kişinin ibraya olumlu veya olumsuz oy verdiği önemi olmaksızın, dava hakkının bulunmadığını hüküm altına almış bulunmaktadır. Dolayısıyla, pay devrinden önce ibra kararı varsa, payı devralanlar ibranın kapsadığı açıklanan maddî olgulara ilişkin olarak dava hakkına sahip değildirler. Ancak, bu sonucun doğması için, ibra kararının bilinerek payın iktisap edilmiş olması gereklidir⁶²⁵. İbra kararının bilinmesi, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân edilmesi suretiyle sağlanmış olur; payı devralanlar ilân edilmiş bulunan ibra kararını bilmediklerini ileri süremezler (TTK m. 422/2, 36). Buna ilâveten, ibra kararı ilân edilmemiş olsa bile, payı devralanın ibra kararını bildiği ispat edilmek suretiyle dava hakkının bulunmadığı davalılarca ileri sürülüp ispat edilebilir. Buna karşılık, henüz ibra kararı yoksa veya zarar iddiası ibranın kapsamı dışında kalan maddî olaylara ilişkinse yahut ibra oylaması yapılarak ibra etmeme kararı çıkmışsa, bu durumda payı devralanlar, payı devralmalarından önceki dönemle ilgili olarak sorumluluk davası ikâme edebileceklerdir. Zîra, hükümde özellikle vurgulanan hususlar, *“ibranın kapsadığı açıklanan maddî olaylar”* ve *“ibra kararını bilerek payı*

doğduğu sırada da bu sıfata sahip olması gerektiğini ifade etmektedir); pay sahibi sıfatının gerek davanın açılması sırasında mevcut olması gerek dava boyunca bu sıfatın korunması gerektiği yönünde bkz. Atan, s. 48; alacaklı veya pay sahibi sıfatının gerek zararın doğumu sırasında gerek davanın açıldığı anda mevcut olması ve dava boyunca da bu sıfatlara sahip olunması gerektiği yönünde bkz. Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 72.

⁶²³ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 130; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 137. Akdağ Güney de, dava devam ederken pay sahipliği sıfatının yitirilmesinin davanın düşmesine neden olacağını, zira pay sahibinin payını devretmekle dava açmaktaki menfaatini yitirdiğini, aynı şekilde alacaklının da aktif dava ehliyetinin onun bu alacaklılık sıfatına bağlı olduğunu savunmaktadır; bkz. **Sorumluluk**, s. 132, 135.

⁶²⁴ Aksi görüş için bkz. Köprücü, s. 64.

⁶²⁵ Payı borsada satın alan yeni pay sahibinin, payın önceki sahibinin yönetim kurulu üyesini ibra etmiş olmasından veya zarara rıza göstermesinden etkilenmeyeceği, zira payı borsada satın alan kişinin payı kimden aldığını bilmeyeceği ve bilmesinin de gerekmediği yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9.

iktisap etmiş olma”dır. Kanun, bu iki şartla, payı iktisap edenin dava hakkından yoksun olacağını düzenlemiştir. Bunun dışındaki durumlarda, yukarıda belirttiğimiz gibi, payı devralanların dava hakkı mevcut olup, devralanın paya belli bir süredir sahip bulunuyor olması koşulu bulunmamaktadır⁶²⁶. Ancak şu hususu da ilâve etmek gerekir ki, kanunun dava hakkını ortadan kaldıracağını düzenlediği durumlar dışındaki varsayımlarda, payı devralanın dava ikâme edebilmesi için devredenin ibraya olumlu oy vermemiş olması gerekir. Aksi takdirde, ibraya olumlu oy verdiği için dava açma hakkına sahip olmayan pay sahiplerine, göstermelik pay devirleri suretiyle kanunu dolanma yolu açılmış olacaktır. TTK m. 558’de düzenlenen ibranın etkisi, TTK m. 424’e göre gerçekleşen örtülü ibra için de geçerli olduğundan⁶²⁷, belirttiğimiz açıklama ve ulaştığımız sonuçlar örtülü ibra bakımından da geçerlidir.

TTK m. 558/2 hükmü, pay devrinin davadan önce veya sonra yapılması bakımından bir ayırım ve açıklık içermemekte, sadece dava hakkının ortadan kalkıp kalkmayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, davadan sonra pay devri yapılması hâlinde, davanın reddedilmemesi gerektiği ve payı devralan kimsenin sorumluluk davasına devam edebilmesi gerektiği kanısındayız. Gerçekten, davadan önce payı devralan kimsenin TTK m. 558/2’de öngörülen koşullarla sorumluluk davası açması mümkün iken, pay devrinin davadan sonra gerçekleşmesi hâlinde devralan kişinin davaya devam edemeyeceğini, diğer bir deyişle davacı pay sahibinin dava boyunca payını devredemeyeceğini, aksi takdirde davanın bu nedenle reddedileceğini söylemek, kanımızca, TTK m. 558/2 hükmünün amacına ve sorumluluk davası ile korunmak istenen menfaate aykırı düşeceği gibi, sorumluluk davası açılmasının önünde caydırıcı bir etkiye de sahip olacaktır⁶²⁸. Zira, yıllarca sürecektir ve başarıya ulaşsa dahi tazminatın ortaklığa verilmesi ile sonuçlanacak sorumluluk davası süresince payını devredemeyeceğini bilen pay sahipleri bu dava açmayı pek tercih etmeyebilirler. Gerçi, tek bir paya dahi sahip olmanın yeterli olduğu, diğer bir deyişle,

⁶²⁶ İtalya’da, pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının önündeki önemli engellerden biri olan duruşmanın başlamasından önceki altı ay boyunca devam eden hisse sahipliği koşulunun, 2003 yılında yapılan kanun değişikliği ile kaldırıldığı yolunda bkz. Latella, s. 13.

⁶²⁷ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-18; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 3.

⁶²⁸ Dava açmak için belli sayıda hisseye sahip olunması zorunluluğunu benimseyen ülkeler bakımından, dava devam ederken, göreceli olarak çok sayıda hisseyi elde tutma zorunluluğunun dava açmak konusunda pay sahiplerini caydırıcı olabileceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 857; İtalya’da pay sahibinin yargılama boyunca hisse senedine sahip olması gerektiği yolundaki kural ve bu kuralın, sermayenin ve bu bağlamda payın serbest dolaşımı ile sorumluluk davasının görülmesinin birbirini engelleyememesi gerektiği şeklindeki eleştirisi için bkz. Latella, s. 13.

hukukumuzda dava açmak için asgarî bir pay eşiğinin (pay yüzdesinin) öngörülmediği dikkate alındığında, pay sahibin davaya devam edebilmek için tek bir payı uhdesinde tutup bunun üzerindeki payları devretmesi ve böylece devralan pay sahibinin de diğer tüm pay sahipleri gibi elde edilecek hükümden faydalanmasının sağlanması düşünülebilir ise de, bu tür pratik arayışlar yerine yukarıda belirttiğimiz hukukî çözümün uygulanmasının ve pay devralan kimseye davaya devam etme hakkı tanınmasının doğru olacağı kanısındayız.

Buna göre, dava sırasında payın devri hâlinde sorumluluk davasının reddi gerektiği yolundaki görüşe özellikle TTK hükümleri karşısında katılmadığımızı, devir hâlinde devreden dava açamamakla veya açılmış davaya devam edememekle beraber, payı devralan kimsenin dava açma hakkına veya açılmış davaya devam etme hakkına sahip bulunduğu kanısında olduğumuzu belirtmek isteriz. Buna göre, kanaatimizce, payın devri, şirket zararının giderilmesi konusunda dava açmaya yönelik pay sahipliği sıfatına bağlı olan maddî hakkın da devri sonucunu doğuracaktır.

f- Anonim Ortaklığın Alacak Hakkını Temlik Etmesinin Pay Sahiplerinin Açtıkları Davalara Etkisi

Anonim ortaklığın, yönetim kurulu üyelerine karşı sahip olduğu doğrudan zarara ilişkin alacağını ve talep hakkını alacağın temlik hükümlerine göre üçüncü kişilere devretmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durmak gerekir⁶²⁹. Anonim ortaklığın

⁶²⁹ Akdağ Güney, bu konuyu TMSF tarafından açılan sorumluluk davalarına konu olan zararın ilişkin bulunduğu tahsil edilemeyen kredilere ilişkin alacakların varlık yönetim şirketlerine devri hâlinde sorumluluk davasının âkibetinin ne olacağı bağlamında ele alarak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 04.12.2008 tarih ve 2008/7566-11943 sayılı kararında ifade edilen, TMSF'nin kredi alacaklarını devretmekle sorumluluk davasına konu alacak (zarar) talebini temlik etmediği, ortada iki ayrı alacak bulunduğu, her iki alacağın birbirinden farklı olduğu ve temlikin bu alacağı kapsamadığı yolundaki görüşü eleştirmiş, bu karar ve yaklaşımın bir zarardan iki ayrı alacak yaratılması anlamına geleceğini, bunun tek zarar tek tazminat ilkesine aykırılık teşkil edeceğini, temlikname sorumluluk davasına konu talebi kapsamasa da TMSF'nin zarara sebebiyet verdiği iddia edilen kredi alacağını devretmekle bu alacağından artık vazgeçmiş olduğunu, zira iddia edilen zararın kaynağının temlik konusu kredi alacağı olduğunu, temlik bedelinin düşük olmasının ve zararı karşılamamasının sonucu değiştirmeyeceğini, TMSF'nin yaptığı işlemin sonucuna katlanması gerektiğini, temlik bedelinin nerelere mahsup edileceği hususunun da sorumluluk davası ile ilgili bulunmadığını ifade etmiştir; bkz. **Sorumluluk**, s. 276 vd. Kanımızca da, Yargıtay kararı hukuka ve adalete aykırıdır. Zîra, bir yandan zarara sebebiyet verdiği iddia edilen kredi işleminden doğan alacak üçüncü kişiye devredilmekte, TMSF bu devir karşılığında çoğu zaman bir temlik bedeli de elde etmekte ve üçüncü kişi bu alacağın tahsili için ayrıca hukukî yollara başvurmaktadır. Yargıtay'ın kararı, temlik bedeli ile üçüncü kişiden yapılacak veya yapılması muhtemel ya da yapılan tahsilatların dikkate alınmaması nedeniyle de hukuka uygun değildir. Zîra, tüm bu olgular zararı azaltan unsurlar olup, sorumluluğun belirlenmesinde bunlara dikkat edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Ayrıca, temlik bedeli konusunda, alacağın tahsil kabiliyetine bağlı olarak

ibra kararı da alabileceği düşünülduğünde, bir genel kurul kararı ile bu yönde bir tasarrufta bulunmasına engel olmadığı, buna karşılık bu işlemin sadece kendisi (anonim ortaklık) bakımından sonuç doğuracağı, pay sahiplerinin dava hakkına bir etkisinin olmayacağı kanısındayız. Bu bağlamda, anonim ortaklığın davadan önce veya dava açtıktan sonra dava konusu alacağını temlik edebilmesi bakımından arada bir fark yoktur. Söz konusu temlik işlemi ancak bir genel kurul kararına istinaden gerçekleştirilebilir. Zîra burada gerek ibraya gerek dava açılıp açılmamasına genel kurul karar verdiği için, yine bir tasarruf işlemi olan temlike de genel kurulun karar vermesi gerekir. Bu bağlamda, genel kurul tarafından ibra kararı verilmiş ise, ortaklığın temlik edebileceği bir alacağının (hakkının) kalmayacağı, diğer yandan pay sahipleri tarafından açılacak davalar sonucunda hükmedilebilecek muhtemel tazminatların da temlike konu yapılamayacağı kanısındayız. Bununla birlikte, burada şu soru akla gelmektedir: Hak sahibinin artık anonim ortaklık değil de, alacak hakkını temlik alan üçüncü kişi olduğu dikkate alındığında, pay sahiplerinin açacağı davada hükmedilecek tazminatın ortaklığa değil, bu üçüncü kişiye verilmesinin talep edilmesi gerektiği ileri sürülebilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zîra, sorumluluk davasına ilişkin hükümler incelendiğinde, pay sahiplerinin açacağı davada hükmedilecek tazminatın anonim ortaklığa verilmesinin açıkça öngörüldüğü ve bu hususa özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Pay sahiplerinin açtığı sorumluluk davasının devam etmekte olmasının veya dava sonucunda tazminat ödenmesine yönelik bir hüküm verilmiş olmasının, ortaklığın temlik hakkına bir etkisinin olmadığı, ortaklığın, kendisinin dava açıp açmadığına bakılmaksızın tazminat alacağını üçüncü kişilere temlik edebileceği, ancak buna rağmen pay sahiplerinin açtıkları davalarda tazminatın temlik alacaklısına değil, ortaklığa ödenmesine karar verilmesi gerektiği kanısındayız. Diğer yandan, pay sahibinin şirkete ödenmesi gereken tazminata ilişkin alacak hakkını, söz konusu alacak hakkının şirkete ait olması ve pay sahibinin ise sadece talep hakkına sahip bulunmadığı nedeniyle temlik edemeyeceği açıktır.

olması gereken temlik bedelinin dikkate alınması, sadece beyan edilen bedele itibar edilmemesi de gerekmektedir. Zîra aşağıda açıklayacağımız üzere, zararı karşılayan davalının (sorumlunun) zarara sebebiyet verdiği iddia edilen işlemde kaynaklanan haklara da sahip olması söz konusu olup, kendisi bu imkândan mahrum bırakılıyorsa bunun objektif koşullar altında ve objektif değer üzerinden olması gerekmektedir; bu konuda bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, I, C.

g- Pay Sahipliği Sifatının Kazanılmasından Önceki İşlemler Nedeniyle Dava Açılıp Açılamayacağı

Pay sahiplerinin, bu sıfatı iktisap etmelerinden önceki işlemlerden doğan zararlardan dolayı dava açıp açamayacakları, diğer bir deyişle zararın doğumunda veya zararı doğuran maddî vâkıaların gerçekleştiği sırada pay sahipliği sıfatına sahip olunmasının gerekip gerekmediğinin de değerlendirilmesinden fayda vardır⁶³⁰. Öğretide bir görüş, zararın doğumu anında da pay sahibi olunması gerektiğini ifade etmektedir⁶³¹. Buna karşılık, pay sahipleri bakımından, TTK m. 558’de, ibra kararının etkisi düzenlenirken, ibra kararının bu kararı bilerek iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldıracağı ifade edilmiş bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, payı iktisap edenler, ibra kararının varlığı ve bunun kendilerince bilinmesi nedeniyle önceki işlemler için sorumluluk davası ikâme edememektedir. Bu hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç, henüz ibra kararı verilmemişse veya verilmekle birlikte bu karar yeni pay sahibi tarafından bilinmiyorsa, payın iktisabından önceki işlemlere ilişkin olarak dava açılabileceğidir. Bu itibarla, pay sahipleri bakımından TTK m. 558/2, zararın doğumundan sonra pay sahibi olanların da dava açmasına olanak tanıyan bir hükümdür. Zîra bu hükümle, yeni pay sahibi olanların, önceki döneme ilişkin kural olarak dava hakkına sahip oldukları, ancak ibra kararının bu dava hakkını belirli koşullarla kaldıracağı, “*ibranın etkisi*” bağlamında hüküm altına alınmıştır. Bu konudaki kriter, kanun tarafından, ibra kararı ve bunun bilinmesi olarak belirlenmiştir. Buna göre, pay sahipleri ibra kararı yoksa veya bu kararı bilmeden payı iktisap

⁶³⁰ Dava sebebinin, sorumluluk davası açmak veya devam ettirmek isteyen pay sahibinin bu sıfatı kazanmasından önce veya sonra ortaya çıkmasının önemli bulunmadığı İngiltere Şirketler Kanunu’nda (m. 260/4) açıkça düzenlenmiş olup, buna göre bir pay sahibi şirkette pay sahibi olmasından önceki dönemde gerçekleşen ihlâller nedeniyle dava açabilecek, diğer bir deyişle ihlâlin meydana geldiği an önem taşımayacaktır. Bu kuralın arkasında yatan mantığın dava konusu hakların pay sahibine değil şirkete ait bulunması olduğu, bununla birlikte izin prosedürünün son aşamasında mahkemenin, özellikle başvuran pay sahibinin iyi niyetle hareket edip etmediğini dikkate alması gerektiği ve bu kritere göre mahkemenin davanın tüm koşullarına bakması gerekeceği ve muhtemelen payın kazanılma zamanının da bu bağlamda önem taşıyabileceği; buna karşılık Alman hukukunda, AktG, 148 (1), 1’de, pay sahibinin sorumluluk davası açabilmek için, sahip olduğu payları iddia edilen ihlâlleri ve zararı bilmeden veya bilmesini gerektiren sebepler ortaya çıkmadan önce iktisap ettiğini kanıtlaması gerektiği düzenlenmiş olup, bunun arkasında yatan mantığın ihtilâflı tarafların, “*can sıkıcı*” başvurularda bulunmak için pay satın almalarının engellenmesini sağlamak olduğu konusunda bkz. Paul, s. 86-88, 98, 107.

⁶³¹ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 137; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 129; alacaklının zararın doğumu sırasında bu sıfata sahip olması gerektiği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 135.

etmişlerse, zamanaşımı süresi içinde, kendilerinden (payı iktisap etmeden) önceki işlemler nedeniyle de sorumluluk davası açabilirler⁶³².

4- Hacizli Alacaklıların Dava Açıp Açamayacakları

a- Şirket Alacağının Haczi Durumunda

TTK m. 556'da alacaklıların ancak iflâstan sonra ve iflâs masası adına dava açılmaması hâlinde şirket zararının tazmini için dava hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Bu hüküm, alacaklıların, şirket zararı için iflâstan önce dava açmalarına açıkça engel olan bir hükmüdür. Bununla birlikte, İİK'da düzenlenen bazı olanaklar (haklar), alacaklıların şirket zararının tazminini ve hatta, elde edilecek tazminatın doğrudan kendi alacaklarına (icra dosyalarına) tahsis edilmesini sağlayacak mâhiyettedir. Şöyle ki, icra ve iflâs hukuku uygulamasında en yaygın kullanılan haciz yöntemlerinden biri, bilindiği üzere İİK m. 89'a göre borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının haczidir⁶³³. Bu hükme göre, borçlunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye, yani takip borçlusunun borçlusuna haciz ihbarnameleri gönderilmekte, üçüncü kişinin itirazı hâlinde alacaklının aynı hükmün 4. fıkrasına göre bu kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğundan bahisle icra hukuk mahkemesi nezdinde tazminat davası açmak veya İİK m. 120/II hükmüne göre icra hukuk mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak genel mahkemelerde alacak davası açmak imkânları bulunmaktadır⁶³⁴. Bu hükmü (İİK m. 89), şirket zararının tazmini bakımından değerlendirecek, şirketten alacaklı olan kimse şirket zararı için TTK m. 553 vd. hükümlerine göre dava açamayacak, ancak, şirketten olan alacağı için önce icra takibi başlatarak bu takibi kesinleştirecek ve alacağı ödenmediği takdirde, üçüncü kişilerdeki alacakların haczi bağlamında şirketin yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerden olan şirket zararına

⁶³² Nitekim, İsviçre hukukunda da, pay sahibinin payı iktisap etmeden önceki işlemler nedeniyle de dava açabileceği, ancak önceki pay sahibi ibra kararına katılmış veya zarara rıza göstermişse bunun mümkün olmadığı ifade edilmektedir; bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9.

⁶³³ İİK m. 89 konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Yavaş, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)**, 2. Bası, İstanbul, 2002; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 8. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 176 vd.; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, İkinci Tıpkı Basım, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2016, s. 404 vd.; Postacıoğlu/Altay, **İcra Hukuku Esasları**, N. 409 vd.

⁶³⁴ İİK m. 120 konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut Uğur, **İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013; Kuru, **İcra El Kitabı**, s. 632 vd.; Postacıoğlu/Altay, **İcra Hukuku Esasları**, N. 405-408.

dayalı tazminat alacağına İİK m. 89'a göre haciz koydurabilecektir. Zîra, bu kişiler (yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler) şirkete göre üçüncü kişi konumunda olup, şirketin de zararın varlığı halinde bu kimselerden alacaklı (tazminat alacağı) olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca, şirket zararının tazminine ilişkin alacak, kural olarak doğup doğmayacağı belli olmayan, tesadüfe bağlı veya mahkeme kararı ile doğması söz konusu olan bir alacak da olmayıp, bu alacağın haczedilmesinin önünde bir engel görünmemektedir. Bununla birlikte, şirket zararı henüz doğmamışsa ve doğup doğmayacağı belli değilse, bu durumda İİK m. 89'a ilişkin genel kurallar uyarınca haciz işlemi söz konusu olamayacaktır. Ancak tekrar vurgulayalım ki, şirket zararının varlığından söz edilebilmesi için sorumluluk davası açılıp bu konuda ilâm alınmış olması gerekli olmayıp, mahkeme hükmü sadece tespit ve tahsile yönelik olacaktır.

Belirttiğimiz şekilde şirketin sorumlulardan olan tazminat alacağının hacine karşı, bu kimselerin haciz ihbarnamesine itiraz edip şirkete bir borçlarının bulunmadığını ileri sürmeleri hâlinde ise, alacaklı İİK m. 89/IV'e göre icra hukuk mahkemesi nezdinde tazminat davası ikâme edebileceği gibi, İİK m. 120/II'ye göre genel mahkemelerde alacak davası da ikâme edebilecektir. Her iki dava da maddî hukuk hükümlerine göre görülecek ve bu bağlamda sorumluluk davasının unsurları bu davalarda incelenecektir. İİK m. 89/IV'te öngörülen davanın açılması hâlinde, bir anlamda sorumluluk davasının icra hukuk mahkemesinde görülüp karara bağlanması söz konusu olacaktır. Zîra bu davalarda, TTK m. 553'te öngörülen sorumluluğun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenecek ve davalılar genel mahkemelerde görülen sorumluluk davalarında hangi savunmaları yapabiliyorlarsa bu davada da aynı imkânlarla sahip olacaklardır. Bununla birlikte, İİK'ya göre açılan bu davalarda, mahkemenin hükmü, TTK'dan farklı olarak tazminatın şirkete ödenmesi şeklinde olmayacak, dava sonucunda elde edilecek tazminat, doğrudan haciz konulan icra dosyasına ödenecek ve bu suretle hacizli şirket alacaklısı tatmin edilecektir⁶³⁵.

⁶³⁵ ETTK döneminde, öğretide, alacaklıların iflâstan önce sahip oldukları dava açma hakkına istinaden açacakları sorumluluk davasında ortaklığa ödenmesine karar verilen tazminatı İİK m. 89 hükmüne göre haczettirebilecekleri ifade edilmekteydi; bkz. Ayoğlu, **İflâmları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 70, dn. 19. Bu öneri, alacaklıların kendi adlarına sorumluluk davası açıp tazminata ilişkin hüküm almalarından sonra kendi alacaklarını elde edilen tazminattan nasıl tahsil edebileceklerine yönelik bir çözüm önerisidir. Bizim görüşümüz ise, sorumluluk davası açılmasından önceki aşamaya, alacaklının iflâs beklemek sorunda bırakılmamasına, şirketin talep hakkının kullanılmasına ve tazminatın şirkete değil, doğrudan alacaklıya ödenmesine ilişkin olması itibarıyla farklı yönlerle ilişkin bulunmaktadır. Diğer yandan, TTK döneminde, alacaklıların ancak iflâstan sonra dava açabilmeleri ve elde edilecek tazminatın da öncelikle dava açan alacaklılara tahsis edilecek olması ve paylaştırmanın iflâs organlarınca gerçekleştirilecek bulunması nedeniyle şirkete ödenmesine karar verilen tazminatın İİK m.

Bu şekilde açılan davalarda, alacaklı, TTK m. 556'dan farklı olarak kendi talep hakkına dayanmamakta, şirketin talep hakkına istinaden bu davaları açabilmektedir. Bu nedenle, sorumlular, şirkete karşı ileri sürebilecekleri zamanaşımı ve ibra gibi tüm savunmaları bu davalarda alacaklıya karşı da ileri sürebileceklerdir. Bununla birlikte, söz konusu olguların haciz tarihinden önce gerçekleşmiş olmaları gereklidir. Örneğin, hacizden sonraki bir ibra kararı, alacaklının talepte bulunmasına engel olmayacak ve bu ibra alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir. Zira, haciz esasen alacak haczine ilişkin talebin icra müdürünce kabul edildiği anda gerçekleşmekte olup, bunun üçüncü kişiye bildirilmesi bir muhafaza tedbiri mâhiyetinde olduğu gibi, İİK m. 86 uyarınca, hacizle birlikte borçlunun (şirketin) haciz konusu şey (alacak) üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır.

Bu açıklamalarımıza karşı, TTK m. 556 hükmünün alacaklıların şirket zararının tazmini konusunda iflâstan önce dava açmalarını kesin bir şekilde yasakladığı ve belirttiğimiz yola başvurulmasının TTK m. 556 hükmünün dolanılması anlamına geleceği şeklinde bir düşünce akla gelebilir ise de, kanımızca böyle bir düşünce vârit görülmemelidir. Şöyle ki, TTK m. 556'da alacaklının şirketten bağımsız olarak (müstakilen) sahip olduğu bir dava hakkını kullanması söz konusu iken, burada alacaklı tamamen ve münhasıran şirkete ait dava hakkını kullanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere⁶³⁶, TTK'da, aynı ve tek bir zararın tazmini için şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara ayrı ayrı birbirinden bağımsız dava hakları tanınmış olup, TTK m. 556'da alacaklı kendi sahip olduğu bağımsız dava hakkını kullanmaktadır. İncelediğimiz haciz olasılığında ise, şirketin talep (dava) hakkının bulunup bulunmadığı önem arz etmekte, alacaklının sahip olduğu ve kendi adına kullandığı bir dava hakkı söz konusu olmamaktadır. Nitekim, örneğin hacizden önce şirketin sorumluları ibra etmiş olması veya şirket yönünden zamanaşımı süresinin dolmuş olması hâlinde, alacaklının dava açmaması (daha doğrusu bu savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi) bu sebeptir. Gerçekten, davalılar, alacaklı TTK m. 556'ya göre dava açmış olsa idi davacı alacaklıya karşı ileri süremeyecek oldukları bu savunmalara, İİK m. 89/4 ve m. 120/II'ye göre açılan davalarda dayanabileceklerdir.

89 uyarınca haczine ihtiyaç kalmamıştır. Bununla birlikte söz konusu görüş, şirket veya pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davaları sonucunda şirkete ödenmesine karar verilmesi hâlinde, alacaklıların bu tazminata haciz koydurmaları şeklinde uygulanabilecektir.

⁶³⁶ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

Bu nedenle, TTK m. 556 hükmünün, alacaklının İİK m. 89'a göre şirketin sorumlulardan olan tazminat alacağını haczettirmesine ve buna ilişkin davaları açabilmesine engel olmadığı kanısındayız.

Bu konuda son olarak belirtmek isteriz ki, aşağıda açıklayacağımız üzere⁶³⁷ ortaklık adına dava açılabilmesi için bu yöndeki genel kurul kararının varlığı bir dava şartı teşkil etmekle birlikte, alacaklının İİK m. 89 veya 120 hükümlerine istinâden açacağı davalar bakımından genel kurul kararının aranmaması gerekir. Zira, haciz tarihinden sonra, anonim ortaklığın söz konusu alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin İİK m. 86 uyarınca kısıtlandığı dikkate alındığında, genel kurulun ibra kararı vererek talep hakkından vazgeçememesi, ibra kararı verse dahi İİK m. 86/son uyarınca bu kararın alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi gerekir. Buna göre, ortaklığın sorumlulara karşı sahip olduğu talep hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlandığı bir durumda, artık genel kurul kararının da bir dava şartı olarak aranmaması gerektiği kanısındayız. Buna karşılık, haciz tarihinden önce ibra kararı verilmişse, bu ibra alacaklıya karşı da ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, alacaklı, kanımızca, aynen ortaklık gibi, sorumluluk doğuran maddî vâkıaların ibranın kapsamında kalmadığını ileri sürerek de⁶³⁸ söz konusu davaları açma imkânına sahip olacaktır. Ayrıca, hacizden önceki ibra kararı sırf alacaklının bu hakkını kullanmasını engellemek için alınmışsa, ibranın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceğinden (TMK m. 2), kanımızca bu varsayımda alacaklı ibra kararının kendisine engel olmak için alındığını kanıtlayarak da dava açabilecektir.

b- Pay Senetlerinin Haczi Durumunda

Pay sahiplerinden alacaklı olan kimselerin anonim ortaklık payını haczetmeleri mümkün olup (TTK m. 133, İİK m. 88, 94), pay senedini haczettiren alacaklıların sorumluluk davası açıp açamayacaklarının da incelenmesinde fayda vardır. Pay sahibine şirket zararı için dava açma hakkı tanınmasının sebebinin şirket zararına bağlı olarak pay değerinde gerçekleşen düşme ve bu suretle pay sahibinin yansıma yoluyla zarara uğraması olduğu dikkate alındığında, pay sahibinden alacaklı olan kimsenin başvurabileceği ekonomik değer (payın değerinin) de düştüğü, dolayısıyla pay sahibi

⁶³⁷ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, I, A, 5.

⁶³⁸ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

gibi onun alacaklılarının da yansıma yoluyla zarara uğradığı açıktır. Pay sahibinin sorumluluk davası açtığı durumlarda, dava sonucunda elde edilecek tazminat şirkete verileceğinden, tazminata hükmedilmesiyle payın değeri olumlu yönde etkilenecek ve hacizli alacaklı da bundan faydalanabilecektir. Bu nedenle, sorumluluk davası açılmasının pay senedini haczettiren alacaklılar açısından önem taşıdığına kuşku yoktur. Sorunun ekonomik tarafı bu şekilde açık olmakla birlikte, hukukî yönü biraz daha incelenmeye muhtaçtır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, pay sahipleri tarafından şirket zararının tazmini için açılacak sorumluluk davasının konusu pay sahibine ait bir alacak hakkı olsa ve dava sonucunda tazminatın doğrudan pay sahibine ödenmesi söz konusu olsa idi, hacizli alacaklıların da yukarıda açıkladığımız şekilde şirket alacaklıları gibi İİK m. 89'a dayanarak bu alacağı haczettirebilecekleri, haciz ihbarnamesine olumsuz cevap verilmesi hâlinde İİK m. 89/IV veya İİK m. 120/II hükmüne göre dava açabilecekleri söylenebilirdi. Ancak, şirket zararının varlığı hâlinde pay sahibi sadece tazminat şirkete verilmek üzere sorumluluk davası açabildiğinden (TTK m. 556), pay sahibinden alacaklı olan bir kimsenin bu imkânlardan (İİK m. 89 ve 120) yararlanılmasına hukuken olanak görünmemektedir⁶³⁹.

Diğer yandan, pay haczinin sağladığı yetkiler ve haciz konulan şeyin yönetimi bağlamında şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür: Öncelikle belirtmek gerekir ki, anonim ortaklık payının haczinin kapsamı konusunda ne İİK'da ve ne de TTK'da açık bir hüküm mevcuttur. Öğretide de haciz hâlinde, pay sahipliğine bağlı hakların kimin tarafından ve nasıl kullanılacağı konusunda tatmin edici düzeyde açıklamalara yer verilmediği görülmektedir. Şöyle ki; öğretide⁶⁴⁰, çıplak payın haczi ile ilgili olarak anonim ortaklığa gönderilecek haciz bildiriminde, ileride pay senedi veya ilmuhaber çıkarılması halinde borçlu pay sahibine düşen pay senetlerinin veya ilmuhaberlerin borçluya verilmeyip, icra müdürlüğüne teslim edilmesi, çıplak pay ile ilgili bütün tebligatların bundan böyle icra dairesine yapılması, borçlu pay sahibinin muvafakatinin alınması gereken bütün müşterek tasarruf ve kararlar için borçlu ortak yerine icra dairesinin muvafakatinin alınması gereğinin bildirileceği ifade edilmektedir. Bu açıklamalardan, paya ilişkin haklarla ilgili olarak icra dairesinin etkin

⁶³⁹ Bu yönde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 101.

⁶⁴⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 767g; Kuru, **İcra El Kitabı**, s. 450.

olacağı sonucu çıkmakta ise de, bu durumda, icra dairesinin işlevinin sınırları belirlenmiş olmamaktadır. Aynı sorun, İİK m. 88 uyarınca fiilen el konulmak suretiyle haczedilen pay senetleri ile Merkezî Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından kayden izlenen ve haczedilen paylar için de söz konusudur. Haczedilen hakların korunması ile ilgili olarak, İİK'nın 90. maddesinde, icra dairesinin haczedilen hakların muhafazasına⁶⁴¹ ve alacaklardan günü gelenlerin tahsiline çalışacağı ve gerekli masrafların peşin ödenmesini isteyebileceği düzenlenmiş ise de bu hüküm de paya bağlı farklı konulara ilişkin hakların hangi şartlar dairesinde ve nasıl kullanılacağını çözüme kavuşturmamaktadır. Bu bağlamda, şirket zararının pay haczinden önce veya sonra meydana gelmesi ve bu bağlamda pay haczini etkisiz kılmak amacıyla şirketin içinin boşaltılması, pay sahibinin dava açıp açmadığı, hacze rağmen pay sahibinin genel kurula katılıp ibrada oy kullanıp kullanamayacağı gibi ihtimaller ayrı ayrı birer sorundur.

Bu açıklamalarımız ışığında farklı ihtimalleri değerlendirecek olursak, öncelikle, pay sahibi dava açmış ise, hacizli alacaklının sorumluluk davası açamayacağının kabulü gerektiği kanısındayız. Zîra, pay sahibinin TTK m. 555 uyarınca sahip olduğu talep (dava) hakkı, dava açılmakla kullanılmış olmaktadır. Bununla birlikte, hacizli alacaklının pay sahibinin yanında davaya fer'î müdahil (HMK m. 66) olarak katılmasının mümkün olduğu kanısındayız⁶⁴². Diğer yandan, pay sahibinin dava açmamış olması hâlinde, zararın hacizden önce doğup doğmadığına bakılması gerektiği kanısındayız. Zîra, korunması gereken, payın haciz anındaki değeri olup, bunun değerinin düşmemesinin sağlanması hedeflenmelidir. Buna göre, şirket zararı pay haczinden önce doğmuşsa, kanımızca hacizli alacaklının dava açamayacağının kabulü gerekir. Buna karşılık, pay sahibinin dava açmaması hâlinde, hacizli alacaklının icra müdürlüğünden hacizli payın değerinin muhafazası bağlamında İİK m. 90'a göre alacağı yetkiye istinâden, sorumluluk davası açabileceği kanısındayız. Zîra pay haczinden sonra şirketin zarara uğratılması ve bu suretle payın değerinin düşmesine sebebiyet verilmesi durumunda, payı haczedenden alacaklının payın değerini korumaya veya pay değerinde meydana gelen düşüşü gidermeye yönelik olarak hiçbir hakkının olmadığını söylemek kanımızca mümkün görülmemelidir.

⁶⁴¹ İcra memurunun bu madde gereğince haczettiği hakkın korunması için sadece gerekli tedbirleri almaya mecbur olduğu konusunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **İcra Hukuku Esasları**, s. 391; Kuru, **İcra El Kitabı**, s. 82, 497, 594.

⁶⁴² Fer'î müdahale konusunda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, III.

Ayrıca, pay haczinden sonra, pay sahibinin hacizden sonra doğan zararlarla ilgili olarak genel kurul toplantısında yapılacak ibra oylamasında olumlu yönde oy kullanamayacağı kanısındayız. Zîra ibraya olumlu oy verilmesi, pay sahipliğine bağlı bir talep hakkı olan sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldıracığından ve bu niteliği dolayısıyla tasarruf yetkisini gerektirdiğinden, kanımızca İİK m. 86/1 ve son hükümlerine kıyasen, bu şekildeki bir işlemin (olumlu oyun) hacizli alacaklıya karşı ileri sürülmemesi gerekir. Bu durumda, hacizli alacaklı, hacizden sonraki zararlar için ibraya rağmen dava açabilmelidir.

5- Birden Fazla Kişinin Dava Açması

İflâstan önce, şirket zararı için alacaklılar dava açamayıp⁶⁴³, sadece anonim ortaklık ile pay sahipleri dava açma hakkına sahip olduklarından (TTKm. 556/1), birden fazla kişinin dava açması durumu, sadece anonim ortaklık ile pay sahipleri veya birden fazla pay sahibi arasında söz konusu olabilir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere⁶⁴⁴, TTK m. 555 ve 556’da dava açabileceği öngörülen her kişi, ayrı ve bağımsız bir hakka sahiptir. Anonim ortaklık dışındaki davacıların (pay sahipleri ile alacaklıların) tazminatın anonim ortaklığa verilmesini talep etmeleri, maddî hakkın varlığına tesir etmez, sadece bu hakkın özgün niteliğini ortaya koyar. Buna göre, aynı dava sebebi (maddî vâkıalar) hakkında farklı kişiler tarafından birden fazla sorumluluk davası açılmasına hukuken bir engel yoktur. Bu nedenle, bir kişinin dava açması diğerinin durumunda kural olarak bir değişiklik yapmaz. Bu bağlamda, şirket zararının tazminine yönelik olarak bir yandan anonim ortaklık, diğer yandan bir pay sahibi ya da birden fazla pay sahibi ayrı ayrı davalar açabilirler ve bu durum derdestlik teşkil etmez⁶⁴⁵.

⁶⁴³ TTK m. 202/1’de, hâkimiyetin hukuka aykırı (kötüye) kullanılması nedeniyle bağlı şirketin bir kayba uğraması, ancak buna rağmen bir denkleştirme yapılmamış olması hâlinde, hâkim şirket ve onun (hâkim şirketin) yönetim kurulu üyelerinin bu kayıptan dolayı sorumlu oldukları düzenlenmiş olup, bu sorumluluk davasını pay sahiplerinin yanı sıra, TTK m. 556’dan farklı olarak iflâs ön şartına bağlı olmaksızın (TTK m. 202/1, c) bağlı şirketin alacaklıları da açabilmektedirler; TTK: m. 202/1’e dayalı davanın tarafları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 341 vd.; bu konuda ayrıca bkz. Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 210 vd.; Tekinalp, **“Kayıp”la İlgili Sorumluluk**, s. 614; Çamoğlu, **Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması**, s. 23-24.

⁶⁴⁴ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

⁶⁴⁵ Postacıoğlu, s. 1003 vd.; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 154-155; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 371; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 61, 62; aksi yönde bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 156, 132, 162; Özekes/Seven/Meriç, s. 142, 145; buna karşılık, İsviçre hukukunda, dava takip yetkisi teorisinin bir sonucu olarak, bir pay sahibinin açtığı davanın diğer pay sahiplerinin veya şirketin açacağı

Bu bağlamda, doğrudan zarara uğrayan ortaklığın dava açmış olması da diğer kimselerin dava açmasına engel değildir⁶⁴⁶. Ortaklığın ve pay sahiplerinin açacakları davalar birbirinden bağımsızdır. Bunlardan birinin dava açıp açmamasından, açtığı davadan feragat etmesinden, davalılarla sulh olmasından, davayı takipsiz bırakmasından vs. bağımsız olarak, diğer hak sahipleri dava açma hakkına sahiptirler. Pay sahiplerinin dava açması, özellikle ortaklık tarafından hiç dava açılmaması veya açılan davanın etkin bir şekilde takip edilmemesi varsayımlarında anlam ve önem kazanır.

Dava açma hakkına sahip olanlar arasındaki ilişkinin niteliği, “*alacaklılar teselsülü*”⁶⁴⁷ mâhiyetinde olmayıp⁶⁴⁸, öğretide de savunulduğu gibi, kanun tarafından özel olarak düzenlenmiş bir “*talepler yarışması*”dır⁶⁴⁹; zira, açılacak davanın konusu tazminatın ortaklığa verilmesi olup, dava hakkına sahip olan tüm süjelerin (iflâstan önce ortaklık ve pay sahipleri) talepleri aynı sonuca (ortaklık zararın giderilmesi amacıyla) yönelik bulunmaktadır. Bu bağlamda, sadece ortaklığa yapılan ödeme diğer talep haklarını da düşürür; buna karşılık, şirket zararının tazmini için dava açan pay sahiplerine ödeme yapılması hâlinde ise, ortaklığın talep hakkı düşmez. Zîra yansıma yoluyla zarara uğrayan pay sahibine ödeme yapılmasının şirket zararını giderme fonksiyonu yoktur. Diğer bir deyişle, sadece ortaklığa yapılan ödeme ortaklık zararını gidermiş olur. Oysa, TBK m. 169’da düzenlenen müteselsil alacaklılıkta (alacaklılar

dava bakımından derdestlik ve neticede verilen hükmün ise kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 12.

⁶⁴⁶ Buna karşılık şirket, tarafından daha önce tazminat davası açılmışsa, pay sahibinin ancak bu davaya katılabileceğini, bundan bağımsız olarak dava açmayacağını, çünkü hakkı talebin asaleten şirkete ait olduğunu ve şirketin açtığı davanın reddedilmesi hâlinde pay sahibin de dava hakkının kalmayacağı yolundaki görüş için bkz. Arslanlı, s. 183-184.

⁶⁴⁷ Alacaklılar arası teselsülün tanımı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, **Teselsül**, s. 48 vd.

⁶⁴⁸ “*Alacaklı teselsülü*” görüşü bkz. Arslanlı, s. 184; Mimaroğlu, s. 113.

⁶⁴⁹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 107; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 26 vd., 154; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 607; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 62; alacak hakkının ve alacak hakkına dayanan talebin bulunmadığı, ancak başka bir hakka dayanan talep haklarının yarışmasının söz konusu olduğu durumlarda alacaklılar arası teselsülün olmayacağı, bu tür durumlarda sadece “*basit talep yarışması*”nın söz konusu olacağı, bu bağlamda alacaklılardan her birinin ifanın kendisine yapılmasını talep yetkisine sahip olmaması durumunda da teselsülden bahsedilemeyeceği, nitekim TTK’da öngörülen sorumluluk davasında da sadece ortaklığın kendi adına ifa talep edebileceği, diğer dava hakkı sahiplerinin kendi adlarına ifa talebinde bulunamayacakları, bu nedenle sorumluluk davası açma hakkı bakımından alacaklı teselsülünden bahsedilemeyeceği, sadece talepler yarışması olduğu, alacaklılar arası teselsülün kaynaklarının kanun veya sözleşme olduğu, kanuna dayanan hâllerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği yönünde bkz. Acar, **Teselsül**, s. 56, 63 dn. 112, 65, 131, 152, 158.

teselsülünde), alacaklılardan her birinin borcun tamamını talep etme hakkına sahip olduğu ve borçlunun alacaklılardan herhangi birine yaptığı ifayla bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulduğu bir borç ilişkisi söz konusudur⁶⁵⁰. Alacaklılardan her biri borcun tamamının ifasını talep edebildiği için de, alacaklı sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisinin bulunduğu öğretide ifade edilmektedir⁶⁵¹.

Pay sahipleri ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi, birden fazla pay sahibi de birlikte dava açabilir. Birden fazla kişinin birlikte dava açmasından sonra, bu kimselerden bir veya birkaçının davadan vazgeçmesi veya davayı takip etmemesi diğerlerinin hukukî durumunu etkilemez; her bir davacı, ayrı ayrı usulî işlemler yapabilir, bu bağlamda dilekçe sunabilir, delil gösterebilir, bilirkişi raporuna itiraz edebilir, verilecek karara karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurabilir, kararın icrasını talep edebilir⁶⁵². Davacılar arasındaki ilişki ilk görünüşte müteselsil alacaklılık ilişkisini (TBK m. 169) andırabilir ise de, dava sonucunda tüm davacılar lehine değil, sadece doğrudan zarara uğrayan anonim ortaklık lehine hüküm tesis edilecek olduğundan ve tek tazminat alacaklısı anonim ortaklık olduğundan ortada esasen müteselsil alacaklılık ilişkisi yoktur. Davacılar arasındaki ilişki, medenî usûl hukuku anlamında ihtiyarî dava arkadaşılığıdır⁶⁵³ (HMK m. 57-58). Pay sahiplerinin şirket zararının tazmini için birlikte dava açmaları, yargılama harç ve giderleri bakımından da davacıların lehinedir. Zîra ayrı ayrı dava açılması hâlinde, her bir davacı ayrı ayrı harç ve gider ödemek zorunda olacak; buna karşılık aynı şirket zararının tazmini için birlikte dava açılmışsa, davacı sayısı ne kadar fazla olursa olsun, tazmini (hüküm altına alınması)

⁶⁵⁰ Alacaklılar arası teselsülde, alacaklılardan her birinin ifayı kendi adına talep etme yetkisi (tahsil insiyatifi) konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, **Teselsül**, 62 vd., 129-130, 232-235.

⁶⁵¹ Acar, **Teselsül**, s. 121, 235.

⁶⁵² Sorumluluk davası açabilecek kişilerin (eTTK döneminde denetçiler, pay sahipleri ve alacaklıların) seçimlik dava arkadaşı olarak kabul edilebilecekleri, bu kişilerin birlikte dava açmak zorunda olmadıkları, birlikte dava açmış olsalar dahi mahkemece her biri hakkında ayrı ayrı hüküm kurulacağı, bu bağlamda örneğin ortaklık yönünden genel kurul kararı bulunmaması nedeniyle dava şartı eksikliğinden davanın reddine karar verilmesinin diğer davacılar bakımından davaya devam edilmesine engel teşkil etmeyeceği, ikrar, feragat ve davayı kabul işlemler açısından da her birinin diğerlerinden bağımsız olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 61; hükmü icraya koyma yetkisi konusunda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III.

⁶⁵³ Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 61; HMK m. 57/1, c hükmüne göre ihtiyarî dava arkadaşılığının mümkün olduğu hâller konusunda ayrıntılı bilgi ve bu bağlamda HUMK'taki "aynı sebep" ifadesinin terk edilerek "benzer sebep" ifadesine yer verilmesinin önemli bir yenilik olduğu yönünde bkz. Güray Erdönmez, "HMK m. 57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşılığının Mümkün Olduğu Hâller", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, **DEÜHFD**, Cilt:16, Özel Sayı, Yıl 2014, C. I, s. 698 vd.; ihtiyarî dava arkadaşılığı konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 686 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 952 vd.; Umar, s. 216 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 1257 vd.; Tanrıver, s. 559-561; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 394 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 239 vd.

istenen şirket zararı aynı olduğundan, dava konusu bu değer üzerinden tek bir harç alınacak ve davanın reddi hâlinde sadece bir defa yargılama gideri ve vekâlet ücreti ödemekle yükümlü olacaklardır⁶⁵⁴. Dava hakkı sahipleri tarafından birlikte dava açılmayıp, her bir hak sahibi tarafından ayrı ayrı sorumluluk davaları açılması hâlinde ise, bu davaların aradaki bağlantı nedeniyle çoğunlukla birleştirilmesi (HMK m. 166) söz konusu olacaktır⁶⁵⁵ ve yine ihtiyarî dava arkadaşlığı durumu meydana gelecektir⁶⁵⁶.

B- Davalar

1- Sorumlular Çevresi

TTK m. 553'te, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmeleri halinde kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının sorumluluğa tâbi olduğu düzenlenmiştir. Böylece, hükmün kapsamı sorumlular (davalılar) bakımından bu kişilerle sınırlanmış bulunmaktadır⁶⁵⁷. Hükmün kapsamına kural olarak organlar girer⁶⁵⁸. Bununla birlikte, organ niteliğine sahip olmamalarına rağmen organa benzer yükümlülükleri bulunan kurucular (TTK m. 337) da, TTK m. 553 uyarınca sorumluluk davasının muhatabı olabilirler⁶⁵⁹. Ayrıca, hükümde, kurucuların yanı sıra şekli organ sıfatını⁶⁶⁰ hâiz olan yönetim kurulu üyeleri, tasfiye memurları, murahhaslar ve yöneticiler sayılmış ise de bu sayım *numerus clausus*

⁶⁵⁴ Bu bağlamda, HMK m. 326/3'te, aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkemenin yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebileceği düzenlenmiştir.

⁶⁵⁵ Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 62; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 150; ayrıca, davaların birleştirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI.

⁶⁵⁶ Bu konuda bkz. Erdönmez, **İhtiyarî Dava Arkadaşlığı**, s. 709, 747.

⁶⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde, herkesin türev olarak dava edilebileceği, davalı genellikle bir çalışan veya yönetici olsa da bunun hiçbir şekilde yasal bir önkoşul olmadığı, Amerikan Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, eyaletlerde de eşdeğeri bulunan ilgili bölümünün (23.1.a), basitçe "*şirketin veya kuruluşun gerektiği gibi iddia edebileceği ancak ileri sürmediği bir haktan (a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce)*" bahsettiği, ancak davalı veya davanın niteliği hakkında hiçbir şey söylemediği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 875-876.

⁶⁵⁸ Organın tarifi ve organ kavramının sınırlarının genişletilmesinin büyük haksızlıkların önlenmesi bakımından isâbetli olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztan, s. 81-82; organ kavramı ve çeşitleri için ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 936 vd.; Dural/Öğüz, s. 256 vd.; "*organ*" teriminin muğlak olduğu, bir yandan organizasyonel bir birim, diğer yandan işlevsel bir birim olarak anlaşılması gerektiği, ayrıca resmî (şekli) ve gerçek (fiili) organlar arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 2.

⁶⁵⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-56; Müge Çetin, **Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukukî Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 67 vd.

⁶⁶⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 221-222.

(sınırlı sayıda) olmayıp⁶⁶¹, “yöneticiler” kavramı nedeniyle fiilî organlar⁶⁶² da hükmün kapsamına girer⁶⁶³. Buna karşılık, yürütme-icra ile ilgili bir yetkisi bulunmayan genel kurul, sorumluluğa ilişkin bu hükmün kapsamına girmez. Aşağıda, hükmün kapsamına giren sorumluluk yöneltilebilecek kişiler, çalışmamızın ana konusunu teşkil eden yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler bağlamında ayrı ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir⁶⁶⁴.

a- Yönetim Kurulu Üyeleri

aa- Genel Olarak

Yönetim kurulu üyeleri sorumlular çevresinin başında gelir. Yönetim kurulu ortaklığın bir organı olmakla beraber⁶⁶⁵, üyeler organ sıfatını hâiz değildir; kendileri, ancak organın bir üyesidir, parçasıdır⁶⁶⁶. Üyeler, tescil ve ilân edilmemiş ve hatta fiilen göreve başlamamış olsalar bile, atanmış veya seçilmiş bulunmakla (TTK m. 359, 363,

⁶⁶¹ Maddede geçen “yöneticiler” kavramı nedeniyle “*numerus clausus*” bir sayım mevcut değil ise de, diğer şekli sıfatları taşımayan ve ayrıca “yönetici” tanımının içine girmeyen bir kimsenin örnekseme veya kıyas yoluyla sorumluluk altına sokulması ve bu şekilde maddenin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir; bu konuda bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 354.

⁶⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

⁶⁶³ Kıta Avrupası’nda türev davaların yasal dayanağının şirketler hukukunun yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen bölümde bulunduğu, bunun sonucu olarak, türev davalardaki olası davalıların, yöneticilerle (denetim kurulu üyeleri dahil) ve bazı durumlarda şirket yetkilileri, denetçiler veya şirketin kurucuları ile sınırlı olduğu, dolayısıyla hâkim hissedarlarla ilişki kurma fırsatının sınırlı bulunduğu, hâkim hissedarlara aynı zamanda yönetici oldukları için dava açılabilmesi, hâkim hissedarın fiili bir yönetici olarak nitelendirildiğinde olası bir istisna ortaya çıkabileceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 877.

⁶⁶⁴ Sorumluluk davalarının tipik olarak yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler aleyhine açıldığı yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 847; ABD’de halka açık şirketlerin yöneticilerine karşı açılan sorumluluk davalarının sayısı, tarafları, konusu ve sonuçları ile benzer şekilde İngiltere’de 2006 Şirketler Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde halka açık şirketlerin yöneticilerine karşı açılan sorumluluk davalarının sayısı, tarafları ve mâhiyeti konusunda saha araştırmasına dayalı bir inceleme ve bu bağlamda dava sayısının azlığının muhtemel sebepleri konusundaki değerlendirmeler için bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 697 vd.

⁶⁶⁵ Yönetim kurulunun Avrupa Birliği’ne üye olan tüm ülkelerde organ niteliği taşıdığı, buna karşılık, sorumluluğun kişisel olduğu ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan kurula değil, her bir üyeye ait olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 170.

⁶⁶⁶ Yönetim kurulu üyesinin organ niteliğine sahip olup olmadığı konusundaki tartışma ve “*organ görevlisi*” görüşü için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 37; Altay, **Yetki Devri**, s. 15 vd.; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 260-261; Kaplan, **Hukukî Sorumluluk**, s. 3502; İzmirli, s. 35; “*organ*” görüşü için bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 30 vd.; “*organ-organ görevlisi*” ayırımının sorumluluğa bir etkisinin bulunmadığı, yönetim kurulu üyesi ister organ, isterse organ görevlisi olarak kabul edilsin, şirketin üyenin hukukî işlemlerinden ve görevini ifa ederken işlediği haksız fiillerden sorumlu olacağı, üyenin de anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine tâbi olacağı yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 158; aynı yönde bkz. Kortunay, s. 12.

373) ve görevi kabul etmekle sorumlular çevresine dâhil olurlar⁶⁶⁷. Diğer bir deyişle, tescil ve ilân, fiilen göreve başlama gibi hususlar, atama ve seçim bağlamında sorumluluğun başlangıcı bakımından doğurucu etkiye sahip değildir. Aynı şekilde, istifa, genel kurul tarafından üyelerin yeniden seçimi veya azil sebepleriyle görevin sona ermesi hâlinde de bu hususun tescil ve ilânı gerekli ise de, tescil ve ilândan önce üyelik sıfatı ve ortaklık adına karar alma yetkisi sona ereceğinden üyeler sorumlular çevresinin dışına çıkarlar; bununla birlikte, bu kimseler ortaklık adına işlem yapmaya devam ederlerse bu defa “*fiili organ*” sıfatıyla sorumlu olmaya devam ederler⁶⁶⁸.

Diğer yandan, TTK’da belli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin olmak üzere 360. maddede özel bir düzenleme öngörülmüş olmakla birlikte, bu hüküm yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna etkili değildir⁶⁶⁹. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesinin seçilme yöntemi ve bunun ardında yatan usûl ve sebepler, seçilmiş yönetim kurulu üyesinin bağlılık ve özen borcunu (TTK m. 369) hafifletmeyeceği gibi, sorumluluğunu da azaltmaz veya ortadan kaldırmaz.

Yönetim kurulunun bir veya birden fazla üyeden oluşmasının sorumluluğa etkisi yoktur. Anonim ortaklığın tek veya birden fazla pay sahipli olmasının da kural olarak sorumluluğa herhangi bir etkisi yoktur. Bununla birlikte, tek ortağın ortaklığın temsil ve yönetilmesine ilişkin bütün etkinliği ve fonksiyonu fiilen elinde tutmasına ve kullanmasına rağmen yönetim kurulunda yer almayıp, ortaklığın faaliyetlerini yönetim kurulunda görevlendirdiği ve yönlendirdiği üye veya üyeler vâsıtasıyla gerçekleştirmesi hâlinde, sorumluluk bakımından özel bazı durumlarla karşılaşılır. Bu durumdaki yönetim kurulu üyeleri için, “*inançlı yönetim kurulu üyesi*”, “*saman adam yönetim kurulu üyesi*”, “*bağımlı yönetim kurulu üyesi*” tâbirleri kullanılmakta, fiilen

⁶⁶⁷ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 48; buna karşılık, aynı yazar, bir makalesinde, yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması bakımından ticaret siciline tescilin “*kurucu*” nitelikte olmadığını ifade ettikten sonra, ticaret siciline tescil ve ilân ettirilmeyen yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsil etmesinin mümkün olmayacağını, seçime ilişkin genel kurul kararı tescil ve ilân ettirilmedikçe geçerlilik kazanmayacağından, tescil ve ilân ettirilmeyen seçimin de hukuken hiçbir hüküm ve anlam ifade etmeyeceğini ifade etmiştir; bkz. **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili**, s. 174, 175; Yazar, başka bir makalesinde de, şeklen atanmış veya seçilmiş bulunan yönetim kurulu üyelerinin sorumlular çevresine dâhil bulunduğunu, bu kimselerin görevlerini gerçekten ifa edip etmediklerini veya tescilin yapıp yapılmadığının bir öneminin olmadığını, zira tescilin kurucu değil, açıklayıcı nitelikte bulunduğunu belirtmiştir; bkz. **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 582. Üyelik sıfatının, genel kurulun seçim kararı ve seçilen kişinin bu görevi kabul etmesiyle birlikte kazanılacağı, tescil ve ilânın bildirici nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 99; Bilgili/Demirkapı, s. 276; Kortunay, s. 173

⁶⁶⁸ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, B.

⁶⁶⁹ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 56.

karar alma yeteneğine sahip olup fiilen yönlendiren ortak içinse “*fiilî organ / inanan*” tanımlaması yapılmaktadır⁶⁷⁰. Hemen belirtelim ki, inançlı yönetim kurulu üyesi ve fiilî organ durumu, sadece tek pay sahipli ortaklıklarda değil, pekâla başka ortaklık yapılarında da ortaya çıkabilir. İnançlı yönetim kurulu üyesinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri aynen devam eder; özen ve bağlılık borcu (TTK m. 369) başta olmak üzere tüm yükümlülükleri, kendisini seçen veya seçtiren ve yönlendiren kişiye (ortağa) değil, anonim ortaklığa karşıdır. Bu nedenle, ortaklığın menfaati ile inananın (fiilî organın) menfaati çatışırsa, inançlı yönetim kurulu üyesi, ortaklığın menfaatini korumalıdır⁶⁷¹. İnançlı yönetim kurulu üyesi, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle doğan zararlardan bizzat kişisel olarak sorumlu olup⁶⁷², kendisini yönlendiren kişinin (inananın)

⁶⁷⁰ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 95; Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili**, 166; bu konudaki terminoloji ve ayrıca bağımlı yönetim kurulu üyeliği ile inançlı yönetim kurulu üyeliği arasındaki ilişki, bağımlı yönetim kurulu üyeliğinin çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 7-8; “*bağımlı yönetim kurulu üyesi*” ve “*inançlı yönetim kurulu üyesi*” ayrımı için ve “*bağımlı yönetim kurulu üyesi*” ifadesinin Konzern hukukuna (bağlı işletmeler hukukuna) ilişkin olduğu ve daha çok hâkimiyet altındaki ortaklığın bağımlılığından söz edildiği için onun yönetim kurulu üyelerinin de “*bağımlı*” olarak ifade edildiği, buna karşılık konumunu üçüncü bir kişi yerine ve onun çıkarları için kullanan üyeler bakımından “*inançlı*” teriminin daha uygun olduğu konusunda bkz. Veliye Yanlı, “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durum”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1999, s. 655; bu konuda ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 51, 58-59, § 61, N. 1 vd.

⁶⁷¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve şirket menfaatinin üstün tutulması gerektiği konusunda bkz. Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 71; inançlı yönetim kurulu üyelerinin, menfaat çatışmasının olmadığı ve takdir yetkisine sahip oldukları alan içerisinde kendilerini seçen ve yönlendiren kişilerin talimatlarını ve menfaatlerini dikkate alabilecekleri yolundaki görüşler için bkz. Yanlı, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 658-659 ve s. 662, dn. 29; aynı yönde bkz. Ayan, s. 101 vd.; ayrıca bkz. Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili**, s. 167 vd.; Fransa, Almanya ve İtalya’da borsaya kote en büyük şirketlerin bile genellikle hâkim hissedarlara sahip olduğu dikkate alınarak bu ülkelerde hâkim hissedarların kendi çıkarlarını nasıl idare ettikleri ve mevcut tüm olası kurallara, doktrinlere ve çözümlere bakarak bu çıkarlarını nasıl düzenledikleri konusunda yapılan ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 495 vd.

⁶⁷² Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 356; buna karşılık, Akdağ Güney, iki tip saman adam bulunduğunu, bunlardan bir ilkinin toplumdaki itibarları ve unvanları için (eski üst düzey askerler, bürokratlar, öğretim üyeleri vs.) kendilerine yönetim kurulunda yer verilenler olduğunu ve bunların doğan zarardan sorumlu bulunduğunu, diğer grup saman adamların ise, bu göreve kendi iradeleriyle değil, sermaye sahibinin baskısıyla göreve gelen ve çoğu zaman şirkete hizmet akdiyle bağlı bulunan kimseler olduğunu, bunların ortaklığın iradesinin oluşumuna bir katkısının bulunmadığını, şekli organ olsa dahi fonksiyonel organ ilkesi bağlamında bu kimselerin sorumlu tutulmaması gerektiğini savunmakta, ancak ikinci tip saman adamların da kusurlarıyla bir zarara sebebiyet vermeleri hâlinde genel hükümlere göre bundan dolayı sorumlu olacaklarını ilâve etmektedir; bkz. **Sorumluluk**, s. 95-96 ve dn. 255, 145. Yazarın, bu ayırımına ve görüşe katılma olanağı bulamıyoruz; zira, yönetim kuruluna seçilmiş olan ve şekli organ statüsünü kazanan kimselerin, üyelere yüklenen borç ve sorumluluktan bağışık tutulması kanımızca hangi sebeple olursa olsun mümkün değildir, üye seçilen bir kimse üyeliğin tüm borçlarını da yüklenmiş olur. Diğer yandan, yazar da, bu kimselerin kusurlarıyla verdikleri zarardan sorumlu olduklarını kabul etmektedir. Bu itibarla, sorumluluk davasında da kusursuz sorumluluk olmadığına ve ancak kusurun varlığı hâlinde sorumluluktan bahsedilebileceğine göre, yazarın ayrıldığı tek nokta sorumluluğun TTK hükümlerine göre değil, genel hükümlere göre söz konusu olacağı yolunda olmaktadır. İngiltere’de şekli organlar için öngörülen bütün yükümlülüklerin “*saman üye*” için de geçerli olup olmayacağının tartışmalı olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 54.

talimatlarını yerine getirmiş olması kendisini sorumluluktan kurtarmaz⁶⁷³. Bu bakımdan, inançlı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu tamdır. Ancak, buna ilâveten, inanan kişi yönlendirmiş ve zarar doğuran karar ve davranışın gerçekleşmesinde etkili olmuşsa, o da –aşağıda açıklayacağımız üzere- fiilî organ olarak müştereken ve müteselsilen sorumlu olur⁶⁷⁴.

Şirketler topluluğu hükümleri bağlamında, bağlı şirketlerin bağlı yönetim kurulu üyeleri tarafından yönetilmesi ve hâkim şirketin talimatlarının bu üyeler tarafından yerine getirilmesi mümkündür⁶⁷⁵. Bu durumda da bağlı yönetim kurulu üyeleri TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca sorumludurlar⁶⁷⁶. Bununla birlikte, özen ve bağlılık yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 369’un ikinci fıkrasında, hâkim şirket tarafından bağlı şirkete talimat vermesi ve bağlı şirket yönetim kurulunun sorumsuzluğu konularını düzenleyen TTK m. 203-205 hükümleri saklı tutulmuştur⁶⁷⁷. Şirketler topluluğundan yönlendirmeden, diğer bir anlatımla hâkim ortaklığın talimatlarını yerine getirmekten kaynaklanan sorumluluk, kanunun yaptığı ayırım ışığında incelenmelidir. Alelade hakimiyette (TTK m. 202), bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri hâkim şirketin talimatını yerine getirmek zorunda değildir⁶⁷⁸. Ekonomik gerçeklik farklı yönde tezahür etse de, hukuken hakim şirketin talimatı bağlı şirket açısından bağlayıcılık arz etmez. Bu itibarla bağlı şirketin yönetim kurulu üyesi açısından hâkim şirketin talimatını yerine getirmiş olmak, hiçbir surette bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Tam hakimiyette ise, yönlendirmenin belirli sınırlar dahilinde kalması kaydıyla, hâkim şirketin yönlendirmeleri, bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri açısından bağlayıcılık arz eder (TTK m. 203). Böylece, tam hâkimiyet hâlinde, hâkim şirket ile bağlı şirketin menfaatlerinin çatışması hâlinde,

⁶⁷³ Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004, s. 146; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, §60, N. 57 ve § 63, N. 2; İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 71; yönetim kurulu üyesinin bu talimatlar ile bağlı olup olmadığı ve genel kurul tarafından seçilmekle kendisini gönderen kişilerden tamamen bağımsız olarak sadece ortaklığın çıkarlarını gözetmekle yükümlü bir kimse hâline mi geldiği konusunda İsviçre’de yaşanan tartışmalar için bkz. Yanlı, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 657 vd.

⁶⁷⁴ Talimat veren kişinin fiilî organ olarak sorumlu olabileceği yönünde bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 57; Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, s. 148; bu konuda ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

⁶⁷⁵ Öğretide, bu durumdaki üyeler için “bağımlı yönetim kurulu üyesi” terimi de kullanılmaktadır; bkz. Yanlı, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 655-656.

⁶⁷⁶ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 356.

⁶⁷⁷ Şirketler topluluğuna tâbi bağlı şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin, bağımsız şirket yönetim kurulu üyelerine göre farklı bir sadakat yükümlülüğüne tâbi kılındıkları yönünde ve bu sadakat yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 112 vd.; diğer yandan, TTK m. 369’a benzer bir hükmün TTK m. 202/1-d’de yer aldığı konusunda bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 432.

⁶⁷⁸ Tekinalp, **“Kayıp”la İlgili Sorumluluk**, s. 615; Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 79.

bağlı yönetim kurulu üyeleri, şekli organı oldukları bağlı şirketin menfaatini üstün tutmak zorunda olmayacak, TTK m. 203-204 hükümlerine uygun talimatları yerine getirmeleri dolayısıyla sorumlu tutulamayacaklardır⁶⁷⁹ (TTK m. 205). Bu durumda, ortaya çıkan kaybın giderilmemesi durumunda, TTK m. 202/1, b uyarınca hâkim ortaklık ve onun yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaklardır⁶⁸⁰ (TTK m. 206). Diğer yandan ifade etmek gerekir ki, alelade hâkimiyette, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini yönlendiren, onlara talimat veren ve kararlarına etki eden kimseler olan hâkim şirket ve onun yönetim kurulu üyeleri, ortaya çıkan kaybın giderilmemesi durumunda sorumlu olacaklardır⁶⁸¹ (TTK m. 202/1, b).

bb- TTK m. 334'e Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi Hâlinde Davalı

TTK'nın 334. maddesinde, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili konusu düzenlenmiş⁶⁸² ve sorumluluk konusunda, kamu tüzel kişilerinin, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumlu oldukları, tüzel kişinin bu kişilere karşı rücu hakkının saklı olduğu aynı hükümde ifade

⁶⁷⁹ Bağlı ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, tam hâkimiyetin varlığı ve bu bağlamda verilen talimatlar sonucunda oluşan kaybın giderilmemesi durumunda kayıptan dolayı sorumlu tutulamayacakları, bundan dolayı hâkim ortaklık ve onun yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olduğu, buna karşılık, böyle bir hâlde, bağlı yönetim kurulu üyelerinin kaybın, tespiti, ölçülmesi, ispatlanması ve ayrıca kanunda öngörülen sınırları aşan talimatların reddi konusunda TTK m. 553'e göre sorumlu olmaya devam ettikleri yönünde bkz. Tekinalp, "**Kayıp**"la **İlgili Sorumluluk**, s. 615 vd.; aynı yönde bkz. Çamoğlu, **Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması**, s. 20, dn. 1; yasal sınırları aşan talimatların yerine getirilmesinin sonuçları ve bu bağlamda sorumluluğun gündeme geleceği hakkında ve ayrıca bu sorumluluğun dayanağı konusunda bkz. Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 120 vd., 129; konzerleri düzenleyen bir hüküm içermeyen eTTK döneminde, sadakat borcu nedeniyle üyelerin yavru (bağlı) şirketin menfaatlerini üstün tutulması gerektiği, zira hukuk düzeninin korunması gereken menfaat sahibi olarak konzerne değil, bağımsız bir ortaklığı dikkate aldığı ve emredici bir hüküm olan sadakat ve özen gösterme borcunun takdir yetkisi bulunan alanlarda da yönetim kuruluna şirket menfaatlerini üstün tutma borcu yüklediği, üçüncü kişinin menfaatlerinin ise ancak ortaklığın menfaatleri ile bir paralellik bulunması hâlinde dikkate alınabileceği yönündeki görüş için bkz. Yanlı, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 679-680.

⁶⁸⁰ Tam hakimiyet hâlinde verilen talimatlardan kaynaklanan kaybın giderilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 428 vd.; Göktürk, **Şirketler Topluluğu**, s. 219; Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 268 vd.

⁶⁸¹ TTK m. 202/1 uyarınca şirketin zararlarının tazmini davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 320 vd.; Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 193 vd.; ana ortaklığın yönetim kurulu üyesi üzerindeki hâkimiyetini kullanarak verdiği talimatın yerine getirilmesini zorladığı ve özellikle talimatın şirket zararına yol açabileceğinin de çok açık olmadığı hâllerde talimatı verenin de sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Pay- Sahipleri Sözleşmeleri**, s. 148.;

⁶⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Çoştan, "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği", **BATİDER**, XXIX, S. 1, Mart 2013, s. 117 vd.; hükmün amacı ve kamu tüzel kişinin yönetim kurulunda temsili yöntemleri için ayrıca bkz. Altay, **Azilde Yetki Sorunu**, s. 3 vd.

edilmiştir. Bununla birlikte, bu düzenleme bağlamında yönetim kurulu üyesi sıfatına bizzat kamu tüzel kişinin mi sahip olduğu yahut bu tüzel kişilik tarafından atanan temsilcinin mi yönetim kurulu üyesi olduğu konusunda öğretilerde farklı görüşler savunulmaktadır⁶⁸³. Kanımızca, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerine sahip olduğu açıkça hüküm altına alınmış olan (TTK m. 334/3) temsilci, yönetim kurulu üyesi sıfatını hâizdir. Bu nedenle, bu kimseler üye sıfatıyla TTK m. 553 uyarınca sorumluluğa tâbidir. Ayrıca, ister kamu tüzel kişisi, isterse temsilci yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilsin; kanun, sorumluluk bakımından temsilciyi değil, bizzat kamu tüzel kişiliğini sorumlu tuttuğunu açıkça öngörmüştür⁶⁸⁴. Buna göre, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülöklere aykırı davranışlar nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı ortaklık veya pay sahipleri tarafından ikâme edilecek sorumluluk davalarında husumet, kamu tüzel kişiliğine yöneltilebileceği gibi, tüzel kişiliğin temsilcisine karşı tek başına veya tüzel kişilikle birlikte yöneltilebilecektir⁶⁸⁵. Böylece, kanun koyucunun sorumlular çevresinin genişletilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Sorumluluk davasının sadece kamu tüzel kişiliğine karşı açılması durumunda, kamu tüzel kişiliğinin bu davayı ileride rücu ilişkisi içinde bulunabileceği (TTK m. 334/3, son cümle) temsilcisine ihbar etmesi (HMK m. 61) hukuken mümkündür.

Sorumluluk davasında kamu tüzel kişiliğinin sorumluluğunun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken temsilcinin, kamu tüzel kişiliğinin

⁶⁸³ eTTK döneminde savunulan, yönetim kurulu üyesi sıfatının tüzel kişiye ait olduğu yolundaki görüş için bkz. Tekinalp, **Tüzel Kişilerin Temsili**, s. 47, 59; üyelik sıfatının, pay sahibi ise kamu tüzel kişisine ait olduğu ve bu durumda atanan temsilcinin TTK m. 359/3 anlamında bir temsilci olduğu yolundaki görüş için bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 546; bu konudaki tartışmalar ve tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu görüşü için ayrıca için bkz. Çoştan, s. 130, dn. 54 ve 133; buna karşılık, yönetim kurulu üyesi sıfatının temsilciye ait olduğu yolundaki görüş için bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 418; aynı doğrultuda ve ayrıca ister pay sahibi olsun ister olmasın kamu tüzel kişinin atadığı yönetim kurulu üyesini görevden alabileceği yönünde bkz. Altay, **Azilde Yetki Sorunu**, s. 15 vd.; TTK 559/2 uyarınca tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi seçilebilmeleri dolayısıyla, kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna temsilci atamak yerine, bizzat kendilerinin de üye olabilecekleri yolundaki görüş için bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 11

⁶⁸⁴ TTK m. 334'e göre, temsilcinin değil, kamu tüzel kişiliğinin sorumlu olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 53; Yasaman, s. 101; Çoştan, s. 135.

⁶⁸⁵ Bununla birlikte öğretilerde, temsilcinin, kendisini tayin eden kamu tüzel kişinin talimatlarına göre davranmamış ve kendi inisiyatifi ile karar almış ve buna göre tüzel kişi adına hareket etmiş olması hâlinde fiilî organ olarak sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır; bkz. Kortunay, s. 79. Bu görüşe katılma olanağı bulamıyoruz. Zîra, temsilcinin kendisini tayin eden tüzel kişinin fiilî organı olduğu kabul edilse dahi, fiilî organın sorumluluğunun sadece TTK m. 553 bağlamında "yönetici" sayılması nedeniyle söz konusu olacağı, kaldı ki, alacaklıların da fiilî organın sorumluluğuna ancak iflâstan sonra gidebilecekleri (TTK m. 556) dikkate alındığında bu çözümün pratik bir faydasının da olmayacağı kanısındayız.

talimatlarına uygun davranıp davranmadığı değil, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirip getirmediği dikkate alınacaktır. Bu bağlamda, TTK’da yönetim kurulu üyeleri için öngörülen yükümlülükler (örneğin, TTK m. 369’da yer alan özen ve bağlılık yükümlülüğü) ve yasaklar (örneğin, TTK m. 393, 395, 396’daki yasaklar), hem kamu tüzel kişiliği ve hem de temsilci bakımından geçerli olacak ve sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁶⁸⁶.

cc- TTK m. 359’a Göre Tüzel Kişinin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi Hâlinde Davalı

Kanunumuzda, tüzel kişilerin de hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın yönetim kurulu üyesi seçilebilecekleri açıkça düzenlenmiştir⁶⁸⁷ (TTK m. 359). Hatta, ortaklığın yönetim kurulunun tek üyeden oluşmasının öngörüldüğü durumlarda bu tek üyenin pay sahibi dahi olmayan bir tüzel kişi olmasına da hukuken hiçbir engel yoktur. Buna göre, bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye olarak seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, bir gerçek kişi de tescil ve ilân olunur. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir (TTK m. 359/2). Bu durumda, yönetim kurulu üyesi sıfatı bizzat tüzel kişiye ait olup, tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek kişi üye sıfatını hâiz değildir⁶⁸⁸.

Bu düzenleme, özellikle sorumluluk hukuku bakımından büyük önem taşımakta ve gerek anonim ortaklık gerek pay sahipleri ile alacaklılar bakımından, tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından güvence teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle, tüzel kişilerin sorumlu tutulma ihtiyacı böylece karşılanmış olmaktadır⁶⁸⁹. Esasen,

⁶⁸⁶ Emine Develi, **Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 133, 135, 139, 140.

⁶⁸⁷ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Kırca, “Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **BATİDER**, Cilt XXVIII, Haziran 2012, s. 51 vd.; Coştan, s. 117 vd.

⁶⁸⁸ Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olup olamayacakları konusunda eTTK döneminde yapılan tartışmalar için bkz. Tekinalp, **Tüzel Kişilerin Temsili**, s. 12 vd.; eTTK döneminde, tüzel kişinin yönetim kuruluna temsilci göndermesi hâlinde üye sıfatını taşıyıp taşımadığı konusunda bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 258; yine eTTK döneminde tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin –temsil edilen- tüzel kişinin organı olup olmadığı yolundaki tartışma için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 37-39; tüzel kişi adına yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin sorumluluğunun eTTK döneminde en yoğun tartışılan konulardan bir olduğu yönünde ve bu konuda ileri sürülen görüşler konusunda bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s.201 vd.; Necla Akdağ Güney, “Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili”, **İKÜHFD**, C. 10 S. 2, 2011, s. 288-289.

⁶⁸⁹ Bu konuda bkz. Madde Gerekçesi; eTTK döneminde bu konuda yapılan değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Tekinalp, **Tüzel Kişilerin Temsili**, s. 27 vd.; eTTK döneminde yaşanan pek çok tartışmanın yeni düzenleme (m. 359) ile çözümlendiği yolunda ve yeni düzenlemenin menfaatler dengesine daha

sorumluluktan kurtulmayı hedefleyen kötünîyetli tüzel kişilerin bizzat yönetim kurulu üyesi seçilmek yerine, gösterecekleri bir gerçek kişiyi yönetim kurulu üyesi seçmek veya seçtirmek yoluna gitmeleri her zaman mümkün ise de, bu durumda da “*inançlı yönetim kurulu üyesi*” ve “*fiilî organ*” kavramlarının gündeme geleceğinde ve bu varsayımda da koşulları varsa gerçek kişinin yanı sıra tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebileceğinde kuşku yoktur.

Buna göre, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi seçildiği durumlarda, sorumluluk doğrudan tüzel kişiye aittir⁶⁹⁰. Tüzel kişi tarafından yönetim kurulu toplantılarına katılıp oy kullanmak üzere belirlenen gerçek kişinin, bu sıfatla gerçekleştirmiş olduğu iş ve işlemlerden ve alınan kararlardan dolayı, anonim ortaklığa veya pay sahipleri ile alacaklılara karşı TTK m. 553 vd. hükümlerine göre hukuken bir sorumluluğu bulunmamaktadır; sorumluluk yönetim kurulu üyesi tüzel kişiye aittir. Gerçek kişinin sadece, aralarındaki iç ilişkiden dolayı, kendisini belirleyen tüzel kişiye karşı sorumluluğu söz konusu olabilir⁶⁹¹.

Bununla birlikte, öğretilde savunulan bir görüşe göre⁶⁹², yönetim kurulu üyesi seçilen tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek kişi, kendisini atayan kişinin “*organı*”

uygun ve daha âdil olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili**, s. 274.

⁶⁹⁰ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 54; Çoştan, s. 127; son yazar, bunun hukukî sebebi olarak, gerçek kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin bir organı olduğu ve organın eylemlerinden dolayı da TMK m. 50/II uyarınca tüzel kişinin sorumlu olduğu görüşünü savunmaktadır. Aynı doğrultuda, Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 101; bu konuda bkz. dn. 740.

⁶⁹¹ Kırca, **Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 59.

⁶⁹² Çoştan, s. 123, 124 ve dn. 35 ve s. 128; yazar gerçek kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin bir organı mı, yoksa bir temsilcisi mi olduğu konusunu tartıştıktan sonra (s. 123), organ görüşünü benimseyerek (s. 124 ve dn. 35), bu nedenle, TBK m. 40 vd. (temsil yetkisiz temsil) bu süreçte uygulanmayacağını (s. 124-125) savunmaktadır. Akdağ Güney ise, bir makalesinde, m. 359’a göre tüzel kişi adına belirlenen temsilcinin organ olabileceği gibi dışarıdan bir üçüncü kişi de olabileceğini, sorumluluğun yönetim kurulu üyesi tüzel kişiye ait olup, temsilcinin sorumluluğuna gidilemeyeceğini, tüzel kişinin aralarındaki iç ilişkiye göre temsilcisine rücu edebileceğini (**Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili**, s. 276, 290) ifade etmekte iken; kitabında, gerçek kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin organı olduğunu ifade etmekte ve gerçek kişinin TTK m. 553 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulmasının mümkün bulunmadığını, buna karşılık haksız fiil teşkil eden bir eylemde bulunması hâlinde TMK m. 50/III ve TBK m. 49 hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceğini savunmakta, diğer yandan Çoştan’ı sadece TMK m. 50/III hükmüne atıf yapıp haksız fiile ilişkin TBK m. 49 hükmü ihmal ettiğinden bahisle eleştirmektedir (**Yönetim Kurulu**, s. 43-45). Sevi, gerçek kişinin tüzel kişi üyesinin organı olduğunu, temsilci görüşünün, temsilciler tarafından işlenen haksız fiillerden temsil olunanın sorumlu tutulamayacağı yolundaki kural karşısında, TTK m. 359’da yer alan gerçek kişinin eylemlerinden tüzel kişinin sorumlu tutulacağı yolundaki hükümle uyumlu olmadığını ve amaca uygun bulunmadığını, zira temsilcinin işlediği haksız fiillerden dolayı tüzel kişinin sadece TBK m. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğu veya TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişilerin sorumluluğuna dayalı hükümlere göre sorumluluk yüklenebileceğini, yetkisiz temsile ilişkin genel hükümler uyarınca, gerçek kişinin aldığı talimata aykırı olarak işlem yapması durumunda kullanılan oyun veya yapılan işlemin geçersizliğinin akla gelebileceğini, oysa buna imkân veren bir hükmün bulunmadığını, bunun da

sıfatını hâizdir ve bu nedenle, TMK m. 50/II ve TTK m. 371/5 hükümleri uyarınca tüzel kişi kendi organlarının eylemlerinden dolayı bizzat sorumlu ise de, TMK m. 50/III'e göre organın kusurlu olması hâlinde, tüzel kişi ile birlikte organı oluşturan bu gerçek kişi de anonim ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olmalıdır. Öğretide, tüzel kişi üyenin belirlediği gerçek kişinin temsilci niteliğinde olduğu⁶⁹³ ve böyle bir ayırımın yapılmasının pratik bir faydasının bulunmadığı ve TTK m. 359'da temsil ilişkisinin olmadığı, gerçek kişinin kusurunun tüzel kişinin kusuru sayılacağı ve dış ilişkide gerçek kişiye başvurulmasının hiçbir koşulda mümkün bulunmadığı⁶⁹⁴, gerçek kişinin tüzel kişi üyenin organı olabileceği gibi, bu sıfatı taşımayan herhangi bir kimse de olabileceği⁶⁹⁵ yönünde görüşler de mevcuttur.

Biz de, tüzel kişi tarafından bir gerçek kişi belirlenmesinin TTK m. 359'da açıkça öngörüldüğü ve bu kişinin yetkisinin içeriğinin de yine kanunda açıkça düzenlendiği ve ayrıca sorumluluk konusunun da hükme bağlandığı dikkate alındığında, gerçek kişinin hukukî konumu ile bu kişinin işlem ve davranışlarından dolayı sorumluluğunu belirlemek için genel hükümlere gitmeye ve bu bağlamda gerçek kişinin konumu hakkında özel bir nitelendirme yapmaya gerek bulunmadığı kanısındayız. Zira, TTK m. 359 kanımızca bu konuda yeterli açıklığı içermekte olup, yönetim kurulu üyeliği sıfatı ve sorumluluk gerçek kişinin temsilci veya organ olup olmamasından bağımsız olarak tüzel kişiye aittir; bu husus, söz konusu hükümde

temsilci görüşünün kabulüne engel olduğunu, ayrıca TTK m. 359'da gerçek kişinin tam ehliyetli olmasının arandığını, oysa genel temsil hükümlerinde tam ehliyet şartı aranmayıp, ayırt etme gücünün yeterli bulunduğunu, organlar bakımından tam ehliyet şartının arandığını, bunun gerçek kişinin organ olduğu sonucuna götürdüğünü, ayrıca TTK m. 359'da temsilci teriminin kullanılmasından kaçınılmış olmasının da göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır; bkz. Ali Murat Sevi, "Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil edilen Gerçek Kişinin Hukukî Sorumluluğu", **BATİDER**, Cilt 32, Sayı 3, Eylül 2016, , s. 44, 45-46. Sevi, ayrıca, gerçek kişinin tüzel kişinin organı olduğunu ve bu sıfatı nedeniyle TMK m. 50/III hükmü uyarınca haksız fiillerden dolayı sorumlu tutulabileceğini savunmasına rağmen, gerçek kişinin tüzel kişiye karşı sorumluluğu bakımından TTK m. 553 vd. hükümlerine neredeyse hiç değinmemekte, ancak, TTK m. 369'da düzenlenen özen yükümlülüğünün uygulanmayacağını ve bu kişinin sorumluluğu bakımından, gerçek kişi ile tüzel kişi arasındaki sözleşmenin türüne bağlı olarak kanunda özel olarak öngörülen hükümlerin (TBK hükümlerinin) uygulama alanı bulacağını savunmaktadır; bkz. **Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi**, s. 52-54, 55, 62 vd. Yazarın, gerçek kişinin organ olduğunu kabul etmesine rağmen TTK m. 553 vd.'de düzenlenen sorumluluğa değinmeksizin tüzel kişiye karşı sorumluluk bakımından TBK hükümlerinin uygulanacağını ifade ettiği, diğer yandan da bu kişinin organ sıfatını taşıdığından bahisle TMK m. 50/III hükmünün uygulanmasını savunduğu, ayrıca TTK m. 369'a tâbi olmayan bir yönetim organının bulunmadığı ve sorumluluğun da TTK m. 553 vd. hükümlerinden özel olarak düzenlendiği dikkate alındığında, yazarın son görüşlerinin çelişkili olduğu kanısındayız.

⁶⁹³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 548g.

⁶⁹⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-15a ve dn. 9 ile N. 12-16.

⁶⁹⁵ Kırca, **Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 55; ayrıca bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 405.

açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, genel hükümlere atıfla birtakım sonuçlara varılmasına kanımızca ihtiyaç ve olanak yoktur. Ancak, şunu ifade etmek isteriz ki, organ vasfının belirlenmesinde ortaklık iradesinin dışa yansıtılmasından ziyade, iradenin oluşmasındaki fonksiyonun önemli olduğu dikkate alındığında, gerçek kişiye organ vasfını izâfe etmek her zaman mümkün olmayacaktır. Özellikle, gerçek kişinin hareket tarzını tüzel kişi üyenin bizzat kendisinin belirleyip sadece bunu yansıtma görevini gerçek kişiye verdiği ve ayrıca gerçek kişinin de tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi ve kendisine yönetim yetkisi devredilen bir yöneticisi olmadığı hâllerde, tüzel kişinin iradesini belirleme ve bağımsız karar alma fonksiyonuna sahip bulunmayan bu kimselere organ vasfının izâfe edilmesi de mümkün olmayacaktır. Ayrıca, gerçek kişiyi organ olarak kabul eden görüşün ulaştığı sonuç, bu kişinin talimatlara aykırı olsa dahi her türlü karar ve işleminden ve hatta haksız fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumlu olmasıdır. Oysa, sorumluluk, bu konuda ayrıca bir nitelendirilme yapılmasına ihtiyaç olmaksızın kanunda tüzel kişiye zaten yüklenmiştir. Bu bağlamda, organ görüşünü savunan yazarlarca bu kişinin şekli organ mı yoksa fiilî organ mı olduğu üzerinde durulmadığına da dikkati çekmek isteriz. Bir kimsenin TTK m. 359 uyarınca belirlenmesinin, bu kimsenin şekli organ olarak kabulü için yeterli olmayacağı açıktır. O zaman da, bu kimsenin fiilî organ olup olmadığı sorusu akla gelecektir. Fiilî organ sıfatının belirlenmesi bakımından ise, gerçek kişinin TTK m. 359 uyarınca tayin edilmiş olup olmamasının tek başına hiçbir önemi olmayacak, bu kişinin tüzel kişi üyenin iradesini oluşturup oluşturmadığı önem taşıyacaktır. Zîra, “işlevsel organ” kriterine⁶⁹⁶ göre, sadece şekli organların değil, kanuna uygun bir şekilde seçilmiş veya atanmış olmasalar dahi ortaklık iradesinin oluşmasını sağlayan, diğer bir deyişle ortaklık adına bağımsız karar alan kimselerin de fiilî organ olarak kabul edilmeleri ve yönetici olarak TTK m. 553 uyarınca sorumlu tutulmaları gerekmektedir⁶⁹⁷.

Sonuç olarak, organ ve temsilci görüşlerinden bağımsız olarak, tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek kişinin bu sıfatla işlemiş olduğu haksız fiillerden dolayı, gerçek kişi kusurlu da olsa yine tüzel kişi kural olarak tek başına sorumlu tutulacak⁶⁹⁸, bununla birlikte gerçek kişinin kusuru, kendisini belirleyen tüzel kişi ile aralarındaki

⁶⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 349; Altay, **Yetki Devri**, s. 31; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 357; şirketin yürütme organının, tüzel kişinin iradesinin oluşumuna etkili ve kararlı bir şekilde katılan her kişi ve grup olduğu ve şirketin iradesini dışarıya açıklama işlevine sahip bulundukları yönünde ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 8.

⁶⁹⁷ Fiilî organ konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

⁶⁹⁸ Esasen, madde gerekçesi de bu sonucu işaret etmektedir; bkz. TTK m. 359’a ilişkin madde gerekçesi.

rücu ilişkisinde (iç ilişkide) değerlendirilecektir. Diğer yandan, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin organı (şeklî veya fiilî organları) hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesinde kusurlu bulunuyorsa (örneğin, gerçek kişinin tüzel kişinin yönetim kurulunun verdiği ve TMK m. 50/III uyarınca kusurlu eylem teşkil eden talimatlara göre hareket etmiş olması sonucunda zarar doğmuşsa), bu durumda tüzel kişinin organı, kendisinin temsilci olup olmamasına bağlı olmaksızın ve gerçek kişinin organ sıfatını hâiz olup olmadığı konusunda benimsenecek görüşten de bağımsız olarak, TMK m. 50/III hükmü uyarınca ortaya çıkan zarardan dolayı tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁹⁹.

Diğer yandan, gerçek kişi, tüzel kişinin kendisine verdiği talimatlara uymak ve yönetim kurulu toplantılarında görüş beyan edip oy kullanmakla yükümlüdür. Ancak, temsilcinin talimatlara aykırı olarak kullandığı oy da geçerlidir⁷⁰⁰; kendisinin bu yöndeki davranışı aralarındaki iç ilişkiye göre sorumluluğunu gerektirir⁷⁰¹. Tüzel kişinin verdiği talimatların ortaklığın menfaatine uygun olup olmadığı, temsilcinin hareket tarzı bakımından önemli değildir; diğer bir deyişle, gerçek kişi temsilci, tüzel kişinin şirketin menfaatlerine aykırı talimatlarını da uygulayabilir; şirketin menfaatlerini üstün tutma yükümü gerçek kişi için yoktur⁷⁰². Ancak hemen belirtelim

⁶⁹⁹ Organ üyesi kişilerin kusurlu olmaları hâlinde TMK m. 50/III hükmü uyarınca şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacakları konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öztan, s. 146-148; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 963; Dural/Öğüz, s. 265-266. Kortunay, TTK m. 359/2 uyarınca “tüzel kişi yerine görev yapan gerçek kişiye” karşı sorumluluk davası açılmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığını, gerçek kişinin eylem ve davranışlarıyla fiilî organ olarak değerlendirilebildiği hâllerde, özellikle tüzel kişinin iradesinin bu kişi tarafından oluşturulduğu durumlarda gerçek kişiye karşı da sorumluluk davası açılabileceğini ifade etmektedir; s. 278-279. Kanımızca, yazarın belirttiği durumda, gerçek kişinin sorumlu tutulmasının sebebi, TTK m. 359 uyarınca belirlenmiş olması değil, fiilî organ konumunda olup, TTK m. 553 uyarınca “yönetici” sıfatını hâiz bulunmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, bu varsayımda gerçek kişinin sorumluluğunun kaynağı, TTK m. 359 ve TMK m. 50/III ile ilgisi olmayıp, TTK m. 553 uyarınca fiilî organlarının sorumluluğuna gidilebilmesinin sonucudur. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, alacaklıların fiilî organın sorumluluğuna ancak iflâstan sonra gidebilecekleri (TTK m. 556) dikkate alındığında yazarın belirttiği çözümün pek bir pratik faydasının da olmayacağı açıktır. Buna göre, yukarıda metin kısmında belirttiğimiz gibi, gerçek kişi, aynı zamanda tüzel kişinin şeklî bir organı ise, “fiilî organ” araştırmasına gerek olmadan, bu sıfatı sebebiyle kusurunun varlığı hâlinde TMK m. 50/III uyarınca yönetim kurulu üyesi ile birlikte sorumluluğa tâbi olacaktır.

⁷⁰⁰ Kırca, talimata aykırı olarak kullanılan oyun, hileli anlaşma ve temsil yetkisinin kötüye kullanılması müstesna olmak üzere geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır; bkz. **Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 56. Gerçek kişinin kullanacağı her bir oy bakımından temsil yetkisinin araştırılması gereğini doğuracak ve tüzel kişiye hile, kötüye kullanma, hatta talimata aykırılık iddialarını bir itiraz hakkı olarak tanıyacak bu görüşe, TTK’nın bu gerçek kişiye verdiği önem ve bu bağlamda tüzel kişi adına sadece tescil ve ilân edilmiş bu gerçek kişinin oy kullanabileceği dikkate alındığında katılma olanağı bulmuyoruz. Şüphesiz, yazarın belirttiği durumlarda, tüzel kişinin kendi belirlediği kişiye karşı rücu etme veya yönetim kurulu toplantısından önce bu kişiyi değiştirip ortaklığa bildirip tescil ve ilân ettirme imkânı vardır.

⁷⁰¹ Bu konuda bkz. Çoştan, s. 127; Develi, s. 129.

⁷⁰² Çoştan, s. 125.

ki, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin sorumluluğunun unsurlarının belirlenmesi bakımından, şirket menfaatlerinin üstün tutulup tutulmadığı mutlaka dikkate alınacak ve şirket menfaatlerinin ihlâl edilmiş olması hâlinde bağlılık ve özen yükümlülüklerine (TTK m. 369) aykırı davranıldığı sonucuna ulaşılabacaktır. Bu bağlamda, özen ve bağlılık yükümlülüklerinin (TTK m. 369) yanı sıra, TTK m. 393, 395 ve 396'daki yasaklar sadece tüzel kişi yönetim kurulu üyesi yönünden değil, öğretide genel kabul gören görüşe göre onun gerçek kişi temsilcisi için de aynen geçerlidir⁷⁰³. Buna göre, tüzel kişinin sorumluluğu belirlenirken, gerçek kişinin de bu yasaklara uygun davranıp davranmadığı bir hukukî olgu (norm) olarak dikkate alınacaktır. Gerçek kişinin bu yasaklara aykırı davranmış olması, bizzat tüzel kişiye sorumluluk yöneltmesine sebep olacak, tüzel kişi ise kendi aralarındaki iç ilişkiye göre temsilcisine rücu edebilecektir.

dd- TTK m. 360 Bağlamında Seçilen Yönetim Kurulu Üyeleri

TTK m. 360'da, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceğinin öngörülebileceği yahut bu gruplara yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir⁷⁰⁴. Yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin bulunan ve imtiyaz niteliğini taşıyan bu hak, doğrudan yönetim kurulu üyesinin seçimine ilişkin olmayıp, seçim yine genel kurul kararı ile gerçekleşmektedir. Bu itibarla, bu şekilde seçilen yönetim kurulu üyelerinin gerek görev ve yetki gerek sorumluluk bakımından diğer üyelere hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu bağlamda, bu şekilde seçilen üyenin bağlılık borcu, dâhil bulunduğu pay grubuna veya azlığa değil, ortaklığa karşıdır. Kendisi, bizzat yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip olup, belirli bir grubun yönetim kurulundaki temsilcisi değildir⁷⁰⁵. Bu nedenle, bu şekilde seçilmiş olmanın sorumluluğa etkisi yoktur⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Kırca, **Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği**, s. 57; Çoştan, s. 126; Develi, s. 133, 135, 139, 140, 143. Bu konuda, Sevi, önce, gerçek kişinin TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık borcuna bizzat tâbi olmadığını ifade etmiş, ancak hemen akabinde gerçek kişinin üyelikten kaynaklanan yetkileri kullanırken m. 369'a uygun davranması gerektiğini belirtmiştir; bkz. **Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi**, s. 50, 51.

⁷⁰⁴ Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilecek kişiler ve bunun yöntemleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Candemir Baltalı, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 217 vd.

⁷⁰⁵ Bu yönde ve ayrıca bu şekilde seçilen üyenin şirket ve temsil ettiği zümre karşısındaki hukukî konumu hakkında bkz. Baltalı, s. 275 vd.

⁷⁰⁶ Aynı yönde bkz. Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 585.

ee- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin atanmasına veya seçilmesine ilişkin olarak TTK'da açık bir hüküm mevcut olmayıp, sadece TTK m. 360/1'in son cümlesinde bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinde de, halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasların Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, Kurul tarafından 3 Ocak 2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (II-17.1) ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.3.3 - 4.3.8 maddelerinde bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile ilgili temel esaslar belirlenmiştir. Tebliğ'in 5/1. maddesinde, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan ortaklıkların (m. 3/1, f) kurumsal yönetim ilkelerinin bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile ilgili hükümlerini uygulamakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Buna göre, KYİ, m. 4.3.3.'te, *“icrada görevli olmayan”* ve *“görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip”* olarak tanımlanan bu üyeler⁷⁰⁷, aday gösterme komitesi tarafından belirlenen ve SPK tarafından hakkında olumsuz görüş bildirilmeyen adaylar arasından kural olarak yine genel kurul tarafından seçilmekte ve ancak istisnâî hâllerde yönetim kurulu geçici olarak bağımsız üye ataması yapabilmektedir (KYİ, m. 4.3.8). Ayrıca, toplam üye sayısının en üçte birinin ve her halde en az ikisinin bağımsız üye olması zorunludur (KYİ, m. 4.3.4).

Bağımsız üyelerin görevleri gerek KYİ'de gerek SerPK. m. 17/3'te düzenlenmiş olup⁷⁰⁸, ayrıca yönetim kurulu tarafından, görev ve sorumlulukların sağlıklı bir biçimde yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla oluşturulacak komitelerin

⁷⁰⁷ Bağımsız yönetim kurulu üyeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Aslı Küçükgüngör, **Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcra Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 160 vd., 332 vd. 357 vd.; Çağlar Manavgat, “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler”, **BATİDER**, C. XXX, S. 1, Mart 2014, s. 35-75; Gülşen Pazarbaşı, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2018, s. 15 vd.; Doğan, s. 68 vd.; Senem DEMİRKAN, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamında Örnekli**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 9 vd.; Demir, s. 64 vd.

⁷⁰⁸ Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin işlevleri hakkında bkz. Küçükgüngör, s. 347 vd.; Manavgat, s. 58 vd.; Pazarbaşı, s. 20-22.

başkanlarının ve denetim komitesinin ise başkan ve tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması şarttır⁷⁰⁹ (KYİ, m. 4.5.3).

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri de, aynen diğer üyeler gibi başta TTK ve SerPK olmak üzere kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar ve bu bağlamda TTK m. 553 vd.'de öngörülen sorumluluğa tâbidirler. Bu bağlamda, bağımsız üyelerin varlığı gerek yatırımcılar gerek ortaklıkla ilişkiye giren üçüncü kişiler bakımından bir güven unsuru teşkil ettiğinden, bu üyelerin özellikle SerPK'da ve KYİ'de özel olarak düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmeleri büyük önem taşımaktadır. Hatta, bağımsız üyeler bakımından özel nitelikler arandığından, bu kişilerin tâbi olduğu özen borcunun daha ağır olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Bağımsız üyelerin icrada görevli olmamaları, sorumluluklarını ortadan kaldırmamakta, sadece sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınacak bir unsur teşkil etmektedir. Bu bağlamda, yönetim yetkilerinin devri ile birlikte icrada görevli olmayan üyeler bakımından doğan gözetim yükümlülüğü bağımsız üyeler için de aynen diğer üyeler gibi söz konusu olmakta ve ayrıca, yönetim kurulu tarafından alınan kararlar ile başta TTK m. 375 olmak üzere kanunda öngörülen vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkilerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak da aslî sorumluluğa tâbi bulunmaktadır⁷¹⁰.

ff- Mahkemece Kendilerine Yönetim Yetkisi Verilen Kayyım ve Komiserler

Anonim ortaklığa yönetim kayyımı atanmasını gerektiren çeşitli hukukî durumlar söz konusu olabilir. Bu bağlamda, TMK m. 427/4'te, *“Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa”* yönetim kayyımı atanacağı düzenlenmiştir. TTK m. 530'da da organ eksikliği hâlinde şirketin fesih ve tasfiyesine yönelik açılacak dava bağlamında mahkemenin gerekli göreceği tedbirleri alacağı hüküm altına alınmış olup, bu tedbirler kapsamında şirkete yönetim

⁷⁰⁹ Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, kendilerine ödenen ücretlerin neredeyse bir *“sigorta primi”* olarak görülebilmesi için önemli bir rol oynadıkları yönünde bkz. Kunz, s. 278.

⁷¹⁰ Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin de gözetim işlevinin bulunduğu ve bunların icraî görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu oldukları yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 514. Manavgat da, yetki devri yapılmış olsa dahi, KYT'de özel karar alma süreçlerinin öngörüldüğü hâllerde yönetim kurulunun karar almasının gerekeceğini ve bu durumda yetki devrinden bahisle sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olamayacağını ve m. 553/2 hükmünün bu durumda uygulanamayacağını, diğer bir deyişle TTK m. 553/1 uyarınca bağımsız üyelerin de bu kararlardan dolayı sorumlu olduklarını ifade etmektedir; bkz. s. 74. Bu konuda ayrıca bkz. Pazarbaşı, s. 81 vd.

kayyımı atanması da söz konusu olabilecektir⁷¹¹. İİK’da da, konkordato mühleti kararıyla birlikte veya karardan sonra mühlet içinde mahkemenin konkordato talep kişinin (şirketin) yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebileceği öngörülmüştür⁷¹² (İİK m. 297). Tüm bu hâllerde mahkemece yönetim yetkisini kullanmak üzere atanmış bulunan kayyım ve komiserler, anonim ortaklığın organı sıfatını hâiz olacaklar ve yönetim yetkisinin kendilerine verildiği dönemle ilgili olarak bu sıfatla TTK m. 553/1 uyarınca kişisel olarak sorumlu tutulabileceklerdir⁷¹³. Buna karşılık, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 133. maddesinde, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde, soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği düzenlenmiş, ancak aynı maddenin son cümlesinde bu madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davalarının Devlet aleyhine açılacağı, Devletin ise kayyımlara belirli koşullarla rücu edebileceği öngörülmüştür. Buna göre, ceza mahkemelerince atanan kayyımlara karşı TTK m. 553 uyarınca sorumluluk davası açılması mümkün değildir.

b- Yöneticiler

aa- Genel Olarak

TTK m. 553’te düzenlenen sorumlular çevresinin kapsamına “*yöneticiler*” de girmektedir. Kanun koyucu, mehz İsviçre’den farklı olarak, “*yönetim ile uğraşan kişiler*” ifadesine, bu ifadenin belirsizliğe ve özellikle önceki banka hukuku uygulamasında karşılaşılan geniş ve amacı aşan yaklaşımların tekrarlanmasına

⁷¹¹ TTK m. 530’a göre açılan fesih davalarında alınacak tedbirler bağlamında mahkemece kayyım atanması konusunda bkz. Ayoğlu, **Fesih**, s. 229 ve dn. 31; Şahin, s. 369-370; Soykan, s. 265 vd.; Günaydın, s. 60 vd.

⁷¹² Konkordato bağlamında komiser atanması konusunda ve özellikle, işletmenin faaliyetlerinin komiser tarafından sürdürülmesine karar verilmesi hâlinde “*karar mekanizmasının odağında*” komiserin bulunacağı yönünde bkz. Pekcanıtez/Erdönmez, s. 87, 90-91.

⁷¹³ Kayyımın tüzel kişinin yönetim kurulunun en önemli bazı görevlerini yüklediği göz önünde tutulduğunda kendisine organ niteliğinin verilmesinin isâbetli olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 79; Yönetim kurulunun çalışmaması veya menfaat çatışması bulunması nedeniyle mahkemece atanan kayyımların da organ olarak sorumluluğa tâbi bulundukları yönünde ayrıca bkz. Veliye Yanlı, “Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında “*Yönetici*” Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliği Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 151, Mart 2019, s. 52.

sebebiyet verebileceği endişesiyle yer vermemiş, “*yöneticiler*” demekle yetinmiş ve bunun içeriğinin belirlenmesini öğreti ve yargı içtihatlarına bırakmıştır⁷¹⁴. Buna göre, hükümde ifade edilen “*yöneticiler*”in kimler olduğunun açıklığa kavuşturulması, sorumluluk davasının muhataplarının tespiti bakımından önemlidir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, “*yöneticiler*” ile kastedilen, sadece yönetim kurulu tarafından yönetim yetkisi kendisine kanuna uygun olarak devredilmiş bulunan (TTK m. 367) ve “*şekli organ*” olarak nitelendirilebilecek kişilerden ibâret bulunmayıp, aşağıda ayrı bir başlık altında açıklayacağımız üzere⁷¹⁵, resmî ve görünür hiçbir sıfatı olmamasına rağmen ortaklığın iradesinin oluşmasında belirleyici ve yönlendirici olan gerçek ve tüzel kişiler de, öğretideki ifadesiyle “*fiilî organlar*” da, kanunun öngördüğü “*yönetici*” kavramının kapsamına dâhildir. Bu kişilerin anonim ortaklığın yönetimine karışmalarının hukuken hiçbir temeli bulunmamakta ve tamamen kanuna aykırı olmaktadır.

“*Yönetici*” kavramı, incelediğimiz TTK m. 553 hükmü dışında kanunda farklı yerlerde de geçmektedir. Örneğin; özen ve bağlılık yükümlülüğünü hüküm altına alan TTK m. 369’da “*tedbirli bir yönetici*”, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 392’de “*ilgili yönetici*”, bilançonun onaylanmasına ilişkin kararı (örtülü ibrayı) konu alan TTK m. 424’te “*yöneticilerin ... ibrası*”, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu düzenleyen TTK m. 516’da “*üst düzey yöneticiler*” ifadeleri ile bu kavrama yer verilmiş ve nihâyet TTK m. 553 vd. hükümlerinde bu kişilerin kişisel sorumlulukları düzenlenmiştir. Öğretide, “*yönetici*” kavramı konusunda genel bir tanım yer almamakta olup, bu bağlamda çeşitli açıklamalar yapılmaktadır⁷¹⁶. Öğretide yapılan açıklamalardan çıkan ortak sonuç, bir

⁷¹⁴ Bkz. TTK m. 553’ün madde gerekçesi.

⁷¹⁵ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

⁷¹⁶ Tekinalp, ortaklık adına karar alıp onu icra ettiren ve bu suretle işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevleri yerine getirme yetkisini hâiz bulunan kimselerin, bu bağlamda genel müdür, genel müdür yardımcıları, icra komitesi üyeleri, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kimselerin, ayrıca fiilî organların, ticarî temsilci ile genel ve özel ticarî vekillerin “*yönetici*” kavramının kapsamına girdiğini ifade etmektedir.; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-58; Akdağ Güney, “*yöneticiler*” kavramı dar yorumlandığı takdirde sadece şeklen organ sıfatını haiz olanların sorumluluğuna gidilmesi şeklinde bir durumun söz konusu olacağını, fiilî organların sorumluluğuna gidilmesinin “*yönetici*” kavramının geniş yorumlanmasıyla mümkün olabileceğini, bu kavram yorumlanırken bugüne kadar öğreti ve içtihatlarda organ kavramı ile ilgili olarak geliştirilen yorumlardan yararlanılmasının yerinde olacağını, içtihat ve öğretinin organ kavramını geniş yorumlama taraftarı olduğunu, bunun özellikle üçüncü kişilerin korunması bakımından yerinde olduğunu, fonksiyonel organ anlayışı kapsamında şirketin resmen (şeklen) organ sıfatını kazanmış organlarının dışında kalan, ancak konum ve yetkileri itibarıyla ortaklık iradesinin oluşmasında ve dışarıya

yansımasında etkin olan bütün kişilerin organ olarak nitelendirilebileceğini, yardımcı şahısların bu kapsama girmediğini, ortaklık yönetimi ile görevlendirilen herkesi “müdür” kavramı içinde değerlendirmenin veya “müdür” sıfatını haiz herkesi organ saymanın mümkün olmadığını, bir kişi “müdür” sıfatını taşımakla birlikte, bu fonksiyonu ifa etmiyorsa sorumluluğa ilişkin hükümlerin kendisine uygulanmayacağını, dar anlamda yönetim kavramının bağımsız karar alabilme yetkisini içeren ve doğrudan şirketin amacını gerçekleştirmeye yönelik her türlü faaliyeti kapsadığını, netice olarak organ sıfatının belirlenmesinde şekli kriterlerin yeterli olmadığını, maddî anlamda bir organ vazifesinin üstlenilip üstlenilmediğine ve efektif bir şekilde şirket iradesinin oluşmasına katkıda bulunulup bulunulmadığına bakılmasını gerektiğini belirtmektedir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 349 vd. Yanlı, yönetici kavramı ile ilgili olarak TTK’da (m. 553, 198, 374, 369, 375, 392, 436, 424, 550) bir kavram birliği bulunmadığını, Federal Mahkeme kararlarından çıkan sonuçların, sorumluluğuna gidilecek kişinin somut olaydaki işlevinin belirleyici olacağı ve ayrıca, ancak şirketin temel gidişatını ve âdeti kaderini etkileyebilecek kararları alan kişilerin yönetici olarak sorumluluğuna gidilebileceği yönünde olduğunu, mehzaz kanuna göre, organ sorumluluğuna tâbi olacak kişilerin, ilke olarak şirketi en üst düzeyde yönetenler olduğunu, hiyerarşik olarak daha alt seviyelerde yer alan kişilerin ise, şirket yönetimine ilişkin temel veya başlıca stratejik kararları bağımsız bir şekilde almadıkları ya da şirketin gidişatı ile ilgili bir etkide bulunmadıkları, diğer bir deyişle organ işlevini yerine getirmedikleri sürece, sadece şirketle aralarındaki vekâlet veya hizmet sözleşmesine göre sorumlu olmaları gerektiğini ifade etmektedir; bkz. **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 48-49, 50. Altay ise, bu konuda, genel bir bakış açısıyla organın işlevlerini yerine getirenin organa özgü sorumluluğa tâbi kılındığını, bu bakımdan organın şekli organ, maddî organ ya da fiilî organ olmasının bir önem taşımadığını, işlevsel organ anlayışının da bu yaklaşımı temellendirdiğini, TTK m. 553’te yer alan “yöneticiler” terimi ile İsviçre Borçlar Kanunu m. 754/1’de kullanılan “yönetimle uğraşanlar” terimi arasında esasen sözel bir koşutluk bulunduğunu, ancak gerekçede farklı bir yaklaşım benimsenerek “yöneticiler” teriminin yorumlanmasının öğretiyeye ve Yargıtay kararlarına bırakılarak dinamik bir anlayışın benimsendiğini, söz konusu terimin İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi fiilî organları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini, TTK m. 553 vd. hükümlerinin şeklen veya organ yetkilerini kullananlarla sınırlı bir uygulama alanına sahip olacağını, fiilî organ sıfatının kazanılmasına ilişkin koşulların “yöneticiler” kavramının sınırlarını belirlemeye hizmet edeceğini, madde gerekçesinin fiilî organı dahi aşan yorumların önüne geçilmesi amacını taşıdığını, sorumluluk davasının yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra murahhaslara, fiilî organlara karşı ikâme edilebileceğini, “yönetici” kavramının kapsamına murahhas olmayan müdürlerin de girdiğini, kendilerine yönetim yetkisi devredilmeyen ancak TTK m. 375/1, d uyarınca kendilerine belirli bir işin icrası görevi verilen yöneticilere de bu görevin yerine getirilmesi sırasında verdikleri zararlarla ilgili olarak sorumluluk *yöneltililebileceğini* belirtmektedir; bkz. **Yetki Devri**, s. 21, 38-41, 234-235. Pulaşlı, yöneticilerin kapsamına, yönetimle görevli kişilerin, TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulu yetkileri verilen murahhas müdürlerin, TTK m. 368 ve 375/1, d hükümleri uyarınca atanan müdürlerin, gerektiğinde TTK m. 368’e göre tayin edilen ticarî mümessil ve ticarî vekillerin, ayrıca, şirketin yetkili organlarınca seçilmemiş olmasına rağmen, ancak şirket organlarınca alınabilecek kararları alan ve gerçekte şirketin iradesini oluşturup şirketi yöneten fiilî organların gireceğini ifade etmektedir; bkz. **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 60. Paşlı, yöneticinin, şirketin günlük, işletmesel işlerinde çalışan, iç yönerge çerçevesinde yönetim şemasında yer alan (işletme örgütü) içinde görev alan, yönetim kurulu üyesi olmayan, yani teknik ve profesyonel bir iş yapan şirket idarecisi olduğunu, bu kavramın içine, bir taraftan ticarî mümessil ve vekiller ile üst düzey yöneticilerin diğer taraftan da hem yönetim hem de temsil ile görevli olanların dâhil olduğunu, şirketin günlük işleyişinde etkin konumda bulunup, karar alıp uygulayanların ve ayrıca şirketin iç kontrol ve denetim sisteminde çalışanların da bu kapsama girdiğini, bu özelliği TTK’daki “yönetici” kavramının, eTTK m. 342’deki müdürü ve ayrıca murahhas-murahhas olmayan müdür ayrımını aşan bir kapsama sahip olduğunu, buna göre, ortaklık adına karar alıp, onu icra eden veya imza yetkisi bulunan, bu suretle ortaklık adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde gerekli olan işlemleri yapan genel müdür, genel müdür yardımcısı, departman müdürleri, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kişiler ile benzeri yetkililerin, “yönetici” konumunda bulunduklarını açıklamaktadır; bkz. **Compliance**, s. 331-332. Bahtiyar, ortaklık adına karar alan, onu icra eden veya imza yetkisi bulunan genel müdür, genel müdür yardımcısı, müdür, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kimselerin yönetici vasfına sahip olduklarını ifade etmektedir; bkz. **Ortaklıklar Hukuku**, s. 377. CEO’nun hukukî konumu konusunda ve ayrıca Türk hukuku bakımından bu kişilerin kendisine yönetim yetkisi devredilen kişi konumunda oldukları ve dolayısıyla TTK m. 553 uyarınca sorumluluğa tâbi bulundukları yönünde ayrıca bkz. Ahmet Cemal Ünal, **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO’nun Hukukî Konumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 133 vd., 197 vd.; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Tanımlar ve Kısaltmalar” kenar başlıklı 3. maddesinde ise, “yöneticiler”, bu Kanun bakımından, “Bankanın

ortaklıkta görevli bulunan ve ortaklık iradesinin oluşmasına ve yansıtılmasına katkıda bulunan kimselerin yönetici kabul edileceği, bu bağlamda, sadece bir işletmesel adlandırılmadan ibaret bulunmayan ve kendilerine yönetim yetkileri devredilen genel müdür, genel müdür yardımcıları, mali işler müdürü, finans müdürü, satış ve pazarlama müdürü, satın alma müdürü, kalite ve kontrol müdürü, iş geliştirme ve stratejik plânlama müdürü, yatırımlar müdürü, teknoloji ve arge müdürü, insan kaynakları müdürü vb. konumda olan kişiler ile kendilerine şeklen bir sıfat yüklenmemiş olsa bile şirketin iradesinin oluşmasına etkin rol oynayan kimselerin (fiilî organlar) bu görev ve etkinlikleriyle ilgili olarak yönetici sıfatını hâiz olup TTK m. 553 vd. hükümleri uyarınca sorumluluğa tâbi olacakları sonucu çıkmaktadır. Bir kişinin yönetici sıfatını edinmesi, ya fiili organ sıfatıyla yönetime katılması ya da TTK m. 367 uyarınca kendisine az çok karar alma yetkisinin tanınmasıyla söz konusu olur.

bb- Yönetim Yetkilerinin Devri (TTK m. 367) ve TTK m. 553/2 Hükümünün Kapsamı Bakımından Yönetici

Bilindiği üzere, anonim ortaklığı yönetme yetkisi yönetim kuruluna aittir (TTK m. 365) ve kural olarak yönetim kurulunun tüm üyeleri bu yetkiye sahiptir (TTK m. 367/2). Bununla birlikte, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, yönetim yetkisinin kısmen veya tamamen bir veya birden çok yönetim kurulu üyesine yahut üçüncü kişiye devri mümkündür (TTK m. 367). Buna göre, esas sözleşmeye konulacak hükme göre, yönetim kurulu tarafından⁷¹⁷ iç yönergede belirlenen esaslar dâhilinde yönetim yetkilerinin devredileceği konumlar somut olarak belirlenmekte ve yönetim yetkisi bu konumlara izafe edilmektedir⁷¹⁸. Bir kez yönetim yetkilerinin hangi konumlara

*yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri” olarak tanımlanmıştır. Bankacılık Kanunu’nda yer alan bu tanımın, hukuk güvenliğini zedeleyecek kadar belirsiz olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-06.*

⁷¹⁷ TTK m. 367’ye göre düzenlenecek iç yönergenin kimin tarafından karara bağlanacağı konusunda madde metninde bir açıklık bulunmasına rağmen, madde gerekçesinde bu konuda bir yandan genel kurulun işaret edilmiş olmasının diğer yandan da iç yönergeyi kimin karara bağlayacağına bir içtihat sorunu olduğunun belirtilmiş bulunmasının çelişkili olduğu, madde metninde yer alan “Yönetim kurulunun ... düzenleyeceği bir iç yönergeye göre” ifadesi karşısında, iç yönergenin düzenlenmesinin de onaylanmasının da genel kurulun onayına bırakılmayacağı, yönetim kurulunca düzenlenip kabul edileceği yönünde bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 124, 132. Bu konuda ayrıca belirtmek gerekir ki, eTTK döneminde, mülga 319. madde uyarınca, yetki devri genel kurul tarafından da gerçekleştirilebilmekteydi.

⁷¹⁸ İç yönergede tanımlara yer verilip, daha sonra yönetim kurulunun alacağı ayrı bir kararla yetkileri istediği kişilere devretmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Doğan, s. 270-271.

devredileceği belirlendiğinde, bu kez ikinci bir yönetim kurulu kararıyla, bu konumlara görevlendirme yapılmaktadır. Bu hüküm uyarınca yönetim yetkileri kısmen veya tamamen kendilerine devredilen kişiler “*yönetici*” sıfatını hâiz olup, iç yönerge⁷¹⁹ ile kendilerine verilen görevlerden dolayı TTK m. 553 uyarınca bizzat sorumludurlar⁷²⁰. Bu kişilerin ortaklığa bir hizmet akdi ile bağlı olmaları dahi gerekli değildir⁷²¹. Zîra önemli olan husus, yönetim yetkisinin kullanılması ve anonim ortaklığın karar ve işlemlerinde, diğer bir deyişle iradesinin oluşmasında gerçekleştirilen fonksiyondur⁷²². Bu bağlamda vurgulanması gereken önemli bir nokta, bu kimselerin sorumluluklarının belirlenmesinde iç yönergedeki görev tanımlarının rol oynayacağı⁷²³, diğer bir deyişle sorumluluğun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yanı sıra iç yönergenin de bir sorumluluk kaynağı olarak dikkate alınacağıdır⁷²⁴.

Ayrıca, bu durumda, aslî-gözetim sorumluluğu ayrımı ortaya çıkacak ve TTK m. 553/2-3 hükümleri de uygulama bulacaktır⁷²⁵. Bununla birlikte, TTK m. 553/2

⁷¹⁹ Esasen iç yönerge, tescil ve ilân edilmemekte ve ortaklığın iç işleyişine ilişkin iç bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. Hatta, yönetim kurulunun bu soyut iç yönergeye istinâden yapacağı somut yetki devirlerinin de (görevlendirmelerin de) tescil ve ilânı söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle, iç yönergenin içeriğinin ve bu bağlamda her bir yöneticinin görev ve yetki sınırının ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişilerce veya diğer yöneticiler tarafından bile bilinmesi mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda, “*iç yönergenin resmîleştirilmesi sorunu*” ile bilgi vermekten haksız yere kaçınılması veya eksik bilgi verilmesi hâlinde alacaklılar ile pay sahiplerinin başvurabilecekleri hukukî yollar için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 173-174, 187 vd.; iç yönergenin yayınlanmasının şirket yönetiminde şeffaflığın sağlanması ve böylece kurumsal yönetim anlayışının gelişmesi açısından faydalı olduğu, nitekim İsviçre’de halka açık anonim şirketlerin yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen bu yönergeleri genellikle yayımladıkları hususları ile ayrıca iç yönerge hakkında pay sahipleri ve alacaklıların bilgilendirilmesi konusunda ayrıca bkz. Doğan, s. 134, 160-163. İç yönerge hakkında ileri sürülen bilgi alma talebinin reddi hâlinde, şartları varsa yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilirliği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-59; aynı doğrultuda bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 124; bu durumda, ayrıca bir eda davası ile bilgilendirmenin yapılmasının da talep edilebileceği konusunda bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 609; Kortunay, s. 91-92. İç yönerge konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Koç, s. 5 vd.

⁷²⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 262, 370; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 95; Kortunay, s. 89.

⁷²¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 83.

⁷²² Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 349; Altay, **Yetki Devri**, s. 31; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 357, Doğan, s. 12-14; bu konuda ayrıca bkz. Dural/Öğüz, N. 1163; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 955.

⁷²³ Altay, **Yetki Devri**, s. 191 vd.; Kortunay, s. 89; banka yönetim kurulunun yönetim yetkilerini bir murahhas üyeye, birden fazla kişiye ve genel müdüre devretmesi hâlinde, bu yöneticilerin yetki durumları ile hesap verebilirlik ilkesi kapsamında birbirlerine karşı hiyerarşik konumlarının iç yönergeye göre belirleneceği konusunda ayrıca bkz. Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 87-88.

⁷²⁴ İç yönergenin TTK m. 553/2 bakımından belirleyici rolü konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 193-194; iç yönergenin sorumlulukla ilgili ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesinde önem arz ettiği yönünde ayrıca bkz. Kortunay, s. 89; iç yönergenin içeriği konusunda ayrıca bkz. Doğan, s. 136 vd. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, 3, a.

⁷²⁵ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, G ve ayrıca aşağıda Üçüncü Bölüm, II, E.

hükmünün gerek düzenleniş biçimi gerek özellikle madde gerekçesi dikkate alındığında, söz konusu hükmün kapsamının TTK m. 367 ile sınırlı olmaması ve TTK m. 370'e göre yapılan temsil yetkisi devri ile TTK m. 368'in dahi dikkate alınacağını ifade edilmiş bulunması nedeniyle konunun biraz daha yakından incelenmesinde fayda olduğu kanısındayız. Bu bağlamda, TTK m. 375/1, d hükmü uyarınca atanan *“müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların”* da TTK m. 553 hükmü karşısındaki durumunun da incelenmesi gerekmektedir⁷²⁶.

Esasen, konunun iki boyutu bulunmaktadır. Birinci boyut, TTK m. 553/1 uyarınca *“yönetici”* sıfatına sahip olarak sorumluluğa tâbi olunması; diğer bir boyut da, devir ve atamaların yapılmasının, hangi koşullarla TTK m. 553/2'de öngörülen yetki devrinin yönetim kurulunu aslî sorumluluktan kurtarıcı etkisinin, diğer bir deyişle aslî-gözetim sorumluluğu ayırımının doğmasını sağlayacağıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; gerek TTK m. 367'ye göre kendisine kısmen veya tamamen yönetim yetkisi devredilen kişiler (bir veya birden fazla yönetim kurulu üyesi veya üçüncü kişiler) ile TTK m. 375/1, bent (d) uyarınca kendisine imza yetkisi verilen kimselerin, TTK m. 370/2 uyarınca kendisine temsil yetkisi devredilen müdürlerin, *“yönetici”* kavramının kapsamına dâhil olduğu⁷²⁷; ayrıca, aşağıda inceleneceği üzere, yönetim kurulunun, TTK m. 367'deki şartlara uymadan, esas sözleşmede hüküm olmasına veya iç yönerge düzenlenmesine ihtiyaç olmaksızın TTK m. 368 hükmüne istinaden atayabileceği ister genel, ister sınırlı temsil yetkisine sahip olsun ticarî temsilciler ile genel ve özel ticarî vekillerin de, organ kavramının kapsamında bulunduğu ve TTK m. 553/1 bağlamında *“yönetici”* sıfatına sahip olarak sorumluluğa tâbi oldukları öğretide genel olarak kabul edilmektedir⁷²⁸. Ancak, bu kimselerin kendilerine yüklenen görevlerle sınırlı olarak sorumluluğa tâbi olacaklarında kuşku yoktur. Örneğin, TTK. m. 375/1-d uyarınca atanan müdürler,

⁷²⁶ Yönetim yetkilerinin devrine bağlı gözetim yükümlülüğünün sınırları ve ölçütleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 3 vd.

⁷²⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 234-235; Üçışık/Çelik, s. 552; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 60.

⁷²⁸ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-58; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 60, 70h; Paşlı, s. 331. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) da, TTK m. 367/1'e uygun olarak atanmış olup olmaması bakımından bir ayırım yapmadan, ticarî temsilci ve ticarî vekillerin yönetim yetkisine sahip olduğunu ifade etmek suretiyle esasen bu kimselerin de TTK m. 553 uyarınca *“yönetici”* sıfatına sahip olduklarını ve dolayısıyla sorumluluğa tâbi bulunduklarını kabul etmiş olmaktadır; bkz. s. 620 ve dn. 630; ticarî temsilci ve genel ve özel ticarî vekillerin organ kavramının kapsamına dahil oldukları yönünde ayrıca bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 41.

sadece kendilerine verilen görev ve yetki kapsamında yönetici sıfatına sahip olacak⁷²⁹, aynı şekilde ticarî vekiller yönetim yetkileri kullanıyorlarsa yönetici kabul edileceklerdir⁷³⁰.

Bununla birlikte, gerek madde gerekçesiyle birlikte TTK m. 553/2 hükmü incelendiğinde gerek öğretideki açıklama ve görüşler değerlendirildiğinde, “yönetici” sıfatına sahip olunmasının bu hükmün uygulanması bakımından yeterli kabul edilmeyeceği görülmektedir. Buna göre, konu, özellikle TTK m. 553/2’nin uygulanması bakımından özellik arz etmektedir. Söz konusu hükmün uygulanmasına olanak verecek bir yetki devri olup olmadığı konusunda, madde gerekçesinde, 367 ve 370. maddeler uyarınca yapılan yetki devirlerinin hükmün kapsamına gireceği açıkça belirtildikten sonra, “hatta 368’inci madde de (yargı kararlarında öngörülen şartlarla) dikkate alınabilecektir” denilmek suretiyle ticarî temsilci ve ticarî vekillere de işaret edilmiş ve fıkranın gerekçesi “devrin esas sözleşme veya 367’nci maddedeki örgütlenme yönetmeliği ile yapılması gerekir” şeklinde bitirilmiştir.

Öğretide, İsviçre hukukuna da atıfla, aslî – gözetim sorumluluğu ayırımına vücut veren, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip TTK m. 553/2 hükmünün uygulanabilmesi için, TTK m. 367’de öngörülen usûle uygun geçerli bir devir olmadıkça, diğer bir deyişle bu yönde bir esas sözleşme hükmü ve kanuna uygun bir iç yönerge tanziminin zorunlu olduğu ve bu hükümde öngörülen usûl ve koşullara uyulmadıkça, TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmasına olanak bulunmadığı kabul edilmektedir⁷³¹. Esasen, TTK m. 553/2’nin gerekçesinin son cümlesinde, “devrin esas sözleşme veya 367’nci maddedeki örgütlenme yönetmeliği ile yapılması gerekir” denilmek suretiyle de, TTK m. 553/2’nin uygulanmasına olanak sağlayacak şekilde

⁷²⁹ Altay, yönetim yetkisine sahip olmayıp sadece belli bir işin icrası ile görevlendirilen kişilerin de kendilerine yüklenen görevleri yerine getirirken verdikleri zararlardan dolayı “yönetici” sıfatıyla sorumluluğa tâbi olduğunu açıkça belirtmektedir; bkz. **Yetki Devri**, s. 234.

⁷³⁰ Ticarî temsilci ve ticarî vekillerin yönetici sıfatını haiz oldukları, ancak bu kimselerin sorumlu tutulabilmeleri için sadece şeklen değil, fiilen de şirketi yönetmeleri gerektiği yönünde bkz. Ayan, s. 228;

⁷³¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 16-64, 65, 67 ve 12-52, 55, 58, 64, 75; Altay, **Yetki Devri**, s. 100-101, 163, 165, 169, 191-194, 200-203, 235, 279 vd., 286, 303; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 101, 102, 107, 108, 365, 367-368; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 620-621; temsil yetkisinin devri bakımından ayrıca bkz. Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 123, 127, 131; yetki devrinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olması veya yönetim kurulunun yetkisini aşması hâlinde yönetim kurulu üyelerinin murahhas azanın sebebiyet vereceği zararlardan dolayı sorumlu olacakları yönünde bkz. Arslanlı, s. 191; devredilemez görev ve yetkilerin devri hâlinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olacağı konusunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 51; Doğan, s. 272-273.

bir yetki devrinin gerçekleşmesi için TTK m. 367'ye uygun davranılması zorunluluğu ifade edilmiş olmaktadır. Buna göre, TTK m. 370 uyarınca kendisine temsil yetkisi devredilen kimseler ile TTK m. 375/1, d uyarınca yönetim kurulu tarafından belirlenen kişiler ve ayrıca TTK m. 368 uyarınca atanan ticarî temsilciler, “*yönetici*” sıfatına sahip olarak TTK m. 553/1 uyarınca sorumluluğa tâbi olacaklar, buna karşılık atanmaları TTK m. 367'ye uygun bir şekilde gerçekleştirilmedikçe TTK m. 553/2 hükmünün kapsamına girmeyeceklerdir. Ayrıca, ticarî temsilciler ve ticarî vekillerin atanmasının, söz konusu hükmün (TTK m. 553/2) kapsamına girmesi için, madde gerekçesinde esas sözleşme veya iç yönerge dışında ayrıca “*yargı kararlarında öngörülen şartlarla*” denilerek ilâve bir gereklilik daha öngörülmüştür. Ancak, yaptığımız incelemede bu konuya ışık tutabilecek bir yargı kararına rastlanılmamıştır.

cc- TTK m. 375/1-d Uyarınca Atanan Müdür ve Aynı İşleve Sahip Kişiler ile İmza Yetkisini Hâiz Kimseler

TTK m. 375/1, d hükmünün kapsamına kimlerin girdiği ve bunların hukukî konumu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır⁷³². Öğretideki hâkim görüş, TTK m. 375/1-d anlamında müdürün TTK m. 367 hükmüne uyularak atanması gerektiği ve bu şekilde hareket edilmedikçe bu kişilerin yönetici kabul edilmekle birlikte TTK m. 553/2 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı yönündedir⁷³³. Buna

⁷³² Bu konuda, eTTK döneminde, anonim ortaklığın günlük işlerini görmekle görevli bulunan icra organı müdürlerin, “*ticarî temsilci*” niteliğinde olduğu öğretide bazı yazarlar tarafından savunulmaktaydı (Mimaroğlu, s. 76; Domanic, s. 715. Yine eTTK döneminde ileri sürülen; eTTK m. 342'de düzenlenen müdürlerin idare haklarının ticarî temsilcilerden daha dar olduğu görüşü için bkz. Arslanlı, s. 206-207; eTTK m. 342'de düzenlenen müdürlerin yönetim kurulunun emir ve talimatı altında olmalarının organ sıfatını kazanmalarına engel olmadığı görüşü için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 36. ETTK m. 342'ye göre atanan müdürlerin, yönetim kurulunun gözetim ve talimatı altında görevlerini gerçekleştirdikleri, şirketin günlük olağan işlerini gördükleri, yetkilerinin şirket işlerinin icra safhası ile ilgili bulunduğu ve organ sıfatını haiz olmadıkları, yönetimle ilgili karar alma yetkilerinin bulunmadığı, yönetici ve temsilci sıfatını taşımadıkları, bu kişilerin yetkilerinin ticarî mümessillere göre daha dar olduğu ve yönetim kurulu ve Murahhaslar nezdinde âdeti bir işçi gibi çalıştıkları yönünde bkz. Akdağ Güney, **Tazminat Talepleri**, s. 8-9, 12-13. Akdağ Güney, TTK dönemindeki eserinde de, icra organı müdürlerin, -ticarî temsilcilerin yetkilerinin genişliği dikkate alındığında- ticarî temsilci olmadığını ifade etmektedir; **Yönetim Kurulu**, s. 158.

⁷³³ TTK m. 375/1-d anlamında müdürün TTK m. 367/1 uyarınca iç yönerge ile tanımlanabileceği, ayrıca “*imza yetkisini haiz kişiler*” ibaresinin de dar yorumlanması ve iç ilişkide kalan imzalar ile elektrik, su, doğalgaz aboneliğine ilişkin belgeleri imzalaya yetkili kişilerin kapsam dışında tutulması gerektiği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-45; TTK m. 375/1, d'nin gerekçesine bakıldığında yönetme görev ve yetkisine sahip olan, ancak TTK m. 367 anlamında yönetme yetkisine sahip olmayan bir yetkili kesimin ortaya çıktığı, bentte kastedilen kimselerin icra organı ile sınırlı olmayıp üst yönetimi de kapsadığı yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 152-156; TTK m. 375/1-d hükmünde geçen “*müdürler ve aynı işleve sahip kişiler*” ifadesi ile kastedilenin, hükmün gerekçesinin aksine, TTK m. 367 uyarınca kendisine yönetimin devredildiği kişiler olduğu, yönetim kurulunun TTK m. 367'ye uymadan yetki devri gerçekleştirmesi (müdür ve aynı işleve sahip

karşılık, diğer bir görüş, TTK m. 375/1, d’de geçen müdürün, kendisine yönetim yetkileri devri yapılan müdürleri değil, eTTK m. 342’ye karşılık gelen, belirli bir görevi icra etmekle görevlendirilen ve yönetim yetkilerinden yoksun kişileri ifade ettiğini, bu kimselerin TTK m. 367’nin kapsamına girmediklerini ve karar alma yetkilerinin bulunmadığını, bununla birlikte söz konusu kişilerin TTK m. 553/2’den bağımsız olarak, kendilerine yüklenen görevlerle ilgili olarak aynı maddenin birinci fıkrası anlamında yönetici sıfatıyla kişisel sorumluluğa tâbi olduklarını savunmaktadır⁷³⁴. Esasen, her iki görüş, söz konusu kişilerin (TTK m. 375/1, d) yönetici sıfatını taşıdıkları noktasında hemfikirdir. Buna göre, kullandıkları yetkiler itibarıyla özellikle kişisel sorumlulukları bağlamında TTK m. 553/1 hükmüne göre “yönetici” sıfatını hâiz oldukları kabul edilmelidir. Esasen eTTK m. 342/2’de de, icra aşaması ile ilgili işlerin yürütülmesi için atanan müdürlerin de yönetim kurulu üyeleri gibi sorumluluğa tâbi olacakları açıkça düzenlenmişti.

Diğer yandan, gerek aktardığımız görüşler ile TTK m. 553/2’nin açık madde gerekçesi gerek TTK m. 375/1, d’nin gerekçesinde de atamaların “*yönetimin geçirilmesi*” (bir delegasyon) olmadığına açıkça vurgulanmış olduğu değerlendirildiğinde, söz konusu atamaların yapılmış olmasının TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmasına olanak vermediği, bunun için TTK m. 367’deki koşulların gerçekleşerek kısmen veya tamamen bir yönetim devri de yapılmış olması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, yönetim yetkilerinin devri yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilmez yetkileri arasında olduğundan, TTK m. 375/1, d hükmü uyarınca yönetim kurulu tarafından atanan kimselerin aldıkları yetkiyi devretmeleri mümkün olmayıp, bu nedenle yetkiyi devralanlar tarafından belirlenen kimseler yönetici sıfatını hâiz olmayacakları gibi, bu kişilerin atanması yetkiyi devralanlarla

kimseleri ataması) halinde, bunun TTK m. 375/1-d hükmü uyarınca geçerli olacağı, ancak TTK m. 367’ye uyulmamış olması nedeniyle TTK m. 553/2 hükmünün uygulanamayacağı yönünde bkz. Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 555-556; TTK m. 375/1-d hükmünde yer alan “*müdürler ile aynı işleve sahip kimseler*” ibaresi ile kendilerine yönetme görev ve yetkileri tanınmış kişilerin ifade edildiği, bu kişilerin kısaca “yönetici” olarak da tanımlanabileceği yönünde bkz. Doğan, s. 191, 230; TTK’daki “yönetici” kavramının, eTTK m. 342’deki müdürü ve ayrıca murahhas-murahhas olmayan müdür ayrımını aşan bir kapsama sahip olduğu, buna göre, ortaklık adına karar alıp, onu icra eden veya imza yetkisi bulunan, bu suretle ortaklık adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde gerekli olan işlemleri yapan kimselerin “yönetici” konumunda bulundukları yönünde bkz. Paslı, **Compliance**, s. 331-332.

⁷³⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 113-115, 235.

aralarında aslî – gözetim sorumluluğu ayırımının doğmasına ve yetkiyi devralanların sorumluluğunun gözetim sorumluluğuna dönüşmesine yol açmaz⁷³⁵.

dd- Ticarî Temsilci ve Ticarî Vekiller

TTK'nın 368. maddesinde, genel bir ifade ile yönetim kurulunun, ortaklık faaliyetlerini gerçekleştirirken “*ticarî mümessiller ve ticarî vekiller*” atayabileceği düzenlenmiş⁷³⁶; buna karşılık, bu kimselerin atamasının nasıl yapılacağına ilişkin olarak ayrıca özel bir usûl öngörülmemiştir. Buna göre, “*ticarî temsilci ve ticarî vekil*” kurumlarının düzenlendiği TBK. m. 547 vd. hükümleri ile TTK m. 375/1, d ve 368 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun, iç yönerge düzenlemesine veya düzenleyeceği iç yönergede bu yönde bir hüküm koymasına ihtiyaç olmadan, ticarî işletmeyi yönetmek ve işlemlerde ticaret unvanı altında temsil etmek üzere ticarî temsilci atayabileceği ve atanan bu temsilcinin ticaret siciline tescil ve ilân edileceği sonucuna ulaşılmaktadır (TBK m. 547, TTK m. 373). Ticarî temsilcinin yetkisinin

⁷³⁵ Bu konuda, Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), TTK m. 375/1, d hükmü uyarınca atanan kimselerin madde gerekçesinin aksine esasen TTK m. 367 uyarınca yönetimin kendisine devredildiği kişiler olduğunu, üst yöneticiler olarak nitelendirdiği bu kişilerin devraldığı yönetim yetkisini tekrar devredemeyeceğini, murahhasların kendilerine bırakılan yönetim yetkilerini bir başkasına devredemeyeceklerini, yani yeni murahhaslar atayamayacaklarını, ancak bu kimselerin atadığı kişilere sınırlı yönetim yetkisi vermek ve TTK m. 366/2'ye benzer imkânlardan yararlanmak suretiyle alt yönetici tayin edebileceğini, ancak yönetici kurulu alt yöneticilerin atanmasını münhasıran kendi kontrolünde tutmak istiyorsa yönetim yetkisini devrederken bunu saklı tutması gerektiğini ifade etmektedir; bkz. s. 555-556, 597-598. Tekinalp, yönetimin devri kararının sadece yönetim kurulu tarafından alınabileceğini, karar yetkisinin icra kuruluna ya da murahhas üyeye devrinin mümkün olmadığını belirtmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-62. Aynı doğrultuda, Altay, TTK m. 367 uyarınca kendisine yönetim yetkisi devredilen kimselerin bu yetkiyi başkalarına devretmelerinin mümkün olmadığını, zira TTK m. 375/1-d uyarınca yetki devrinin yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilemez yetkileri arasında bulunduğunu, yetkiyi devralanların başka kişilerin yalnızca yardımcı işlevinden yararlanabileceklerini dile getirmektedir; bkz. Yetki Devri, s. 86-87. Aynı yönde bkz. Doğan, s. 232, 235; Koç, s. 81. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için ve ayrıca TTK m. 375/1-d hükmünün lafzına bakıldığında, söz konusu kişilerin mutlak yönetim kurulu tarafından atanmaları gerektiği sonucuna ulaşıldığı, bununla birlikte uygulamanın da ihtiyaçları gözetilerek “en azından” ticaret siciline tescil edilmeyen ticarî vekiller ile TBK m. 552'de düzenlenen diğer tacir yardımcılarını gibi imza yetkisine sahip kimselerin atanması yetkisinin üst yöneticilere devredilebileceği yönünde bkz. Veliye Yanlı, “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Üyeleri Tarafından Mı Atanabilir?”, **İÜHFİM**, Ersin Çamoğlu'na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 440 vd.

⁷³⁶ Ticarî temsilci ve ticarî vekil atanmasının yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında bulunduğu yönünde bkz. madde gerekçesi; ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-36a; Şener, s. 375; Doğan, s. 237; ayrıca, Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 158-159 (bununla birlikte, yazar, mehz kanuna da atılı olması gereken hukuk açısından, uygulamanın da ihtiyaçları dikkate alınarak, ticarî temsilci ve ticarî vekil atanmasına ilişkin yetkinin aşağıya doğru delege edilebilmesi gerektiğini de ifade etmektedir, s. 159-160). Aksi görüş için bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 630; yazara göre, ticarî temsilci ve ticarî vekil atama yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında olmayıp, diğer bir deyişle bu atamalar TTK m. 375/1, d'nin kapsamına girmeyip, bu kimselerin murahhas üye ve müdür tarafından da atanması mümkün ve özellikle uygulama açısından daha uygundur.

kapsamı da TBK m. 548’de belirlenmiş olup, ancak ticaret siciline tescil edilmek koşuluyla merkez-şube ve tek imza-birlikte imza konularında temsil yetkisi sınırlandırması yapılabilir⁷³⁷ (TBK m. 549). Ticarî vekil atanması bakımından da, aynı şekilde genel hükümler geçerli olup (TBK m. 551), ticarî temsilcilik yetkisi verilmeksizin işletmenin yönetilmesi için (genel yetkili) veya bazı işlerin yürütülmesi için “*sınırlı-özel yetkili*” ticarî vekil atanması tescile ve hatta hiçbir şekle tâbi değildir. Yönetim kurulu, alacağı bir kararla bu atamaları gerçekleştirebilir.

Bu kimselerin “*yönetici*” (organ) sıfatına sahip oldukları öğretide genel olarak kabul edilmekle⁷³⁸ birlikte, aksi yönde görüşler de bulunmaktadır⁷³⁹. Bu kişilerin

⁷³⁷ Ticarî temsilcinin alelade bir temsilci olmadığı, ondan çok daha ileri bir şekilde “*geniş ve sınırlandırılmaz yetkilerle donatıldığı*”, âdeta işletmenin sahibi gibi işletme konusuna giren bütün işlemleri gerçekleştirebileceği ve işletmenin bir yöneticisi vasfını taşıdığı yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 728.

⁷³⁸ Öztan, s. 75-78; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-02, 16-58; Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 586; Paslı, s. 331; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 41. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)’ya göre, ticarî temsilci ve ticarî vekil atanması usûlü, sadece TTK m. 553/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını belirleyeceği noktada farklılık arz edecektir; yoksa, yönetim kurulunun TTK m. 367’deki usûle uymadan her zaman ticarî temsilci ve ticarî vekiller ataması mümkündür. Bu görüş, esasen ticarî temsilci ve ticarî vekillerin TTK m. 553/1’de öngörülen “*yönetici*” sıfatını hâiz oldukları ve dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri ile birlikte aslı sorumluluğa tâbi bulunduğu fikrine –bu konuda açık bir ifadeye de yer vermemekle birlikte- karşı çıkmamakta olup (s. 630); ayrıca yazar, TTK m. 367/1’e uygun olarak atanmış olup olmaması bakımından bir ayırım yapmadan, ticarî temsilci ve ticarî vekillerin yönetim yetkisine sahip olduğunu ifade etmek suretiyle (s. 620 dn. 630), esasen bu kimselerin de TTK m. 553 uyarınca “*yönetici*” sıfatına sahip olduklarını ve dolayısıyla sorumluluğa tâbi bulunduklarını kabul etmiş olmaktadır. Akdağ Güney ise, yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisinin ticarî temsilci ile kullanılmak üzere sınırlandırılabilirliğini, temsil yetkisine kanuna uygun bir şekilde getirilen sınırlamaların (TBK m. 549) sorumlular çevresinin belirlenmesinde etkili olacağını, TTK m. 371/7’in kapsamı dışında bırakılan temsilcilerin kapsamına TTK m. 368 uyarınca yönetim kurulu tarafından atanan ticarî temsilci ve vekillerin de bulunduğunu, yönetim kurulunun ihtiyacına göre TTK m. 375/1, d ve 368 hükümlerine istinaden -bunun için TTK m. 367’deki şartlara uyulması gereğinden bahsetmeden- ticarî temsilci ve ticarî vekil tayin edebileceğini, yönetim kurulunun ticarî temsilciyi azletmesinin bu kişinin organ fonksiyonunun sona ermesine yol açacağını ifade etmektedir; bkz. s. 115, 117, 121, 123, 160. Ticarî temsilci ve ticarî vekillerin yönetici sıfatını haiz oldukları, ancak bu kimselerin sorumlu tutulabilmeleri için sadece şeklen değil, fiilen de şirketi yönetmeleri gerektiği yönünde ayrıca bkz. Ayan, s. 228. Ticarî temsilcinin eTTK m. 342 uyarınca sorumluluğa tâbi olduğu yönünde bkz.: “*Mahkemece, ... bir kısım davalıların ... yönetim kurulunca atandığı ve ticari mümessil mevkiinde bulunan müdürler olduğu, üstlendikleri işler ve sahip olduğu yetkiler gözetilerek T.T.K.’nın 342. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri gibi sorumlu oldukları, karar verilmiştir. ... hükmün onanmasına ...*” (Yarg. 11. HD’nin 10.05.2010 T., 2008/13477 E. ve 2010/5095 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷³⁹ Yanlı, ticarî vekil ve temsilcilerin TTK m. 553 bağlamında yönetici sıfatını haiz olmadıklarını, ticarî temsilci gibi bağımlı tacir yardımcılarının çok istisnâi hallerde organ niteliğinde işlev görebilecekleri, bunun için bu kişilerin şirket faaliyetlerine yön veren temel konularda etkili olmaları gerektiğini, bağımsız ve kendi takdirine göre hareket etmeyen, şirketi yönlendirmeyen ve stratejik önemi olan, diğer bir deyişle şirketin faaliyetlerine ilişkin temel konulara etkili olmayan, daha çok bu tür kararların uygulayıcısı konumunda olan kişilerin organ vasfı taşımayacaklarını, bu kimselerin bazılarının sadece yönetimle görevli, bazılarının ise aynı zamanda temsil yetkisine de sahip kimseler olduğunu, şirketi temsile yetkili kimselerin daha ziyade ticarî temsilci ve ticarî vekiller olduğunu, ticarî temsilci ve ticarî vekilleri hakkında TBK hükümlerinin uygulanması gerektiğini, yönetim kurulu tarafından atanan ve nihaî olarak ona bağımlı çalışan kişiler olarak (TTK m. 368, m. 375/1-b, d, e) TTK m. 553 anlamında yönetici sayılmamaları gerektiğini, bu kimselerin sadece TBK hükümlerine göre sözleşmeye aykırılık

yetkilerinin içeriği, esasen doğrudan kanunda belirlenmiş olup, kanun gereği, ticarî temsilcinin ticaret siciline tescil edilen⁷⁴⁰ ve ancak kanunda öngörülen belirli şekillerde (birlikte temsil, merkez-şube ayırımı öngörülerek) sınırlanabilen temsil ve yönetme yetkisi (TTK m. 548, 549); genel ticarî vekilin de –tescile tâbi olmamakla birlikte- yönetme yetkisi ve ticarî temsilcilik boyutunda olmayan, kapsamı kanunda (TBK m. 551/II) belirlenen bir temsil yetkisi bulunmaktadır⁷⁴¹. Sınırlı – özel yetkili ticarî vekil de, atandığı belirli bir işin yürütülmesi ile sınırlı olarak da olsa anonim ortaklık adına işlem yapma ve temsil yetkisine sahip olmaktadırlar. Bu nedenle gerek ticarî temsilcilerin gerek, ister genel, ister sınırlı-özel yetkili ticari vekillerin “yönetici” sıfatına sahip olarak TTK m. 553/1 uyarınca kişisel sorumluluğa tâbi bulunduklarının, buna karşılık sorumluluklarının kapsamının kullandıkları yetkinin niteliğine ve sınırlarına göre belirleneceğinin kabulü gerektiği kanısındayız⁷⁴². Bununla birlikte, söz konusu kimselerin atanmasının TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmasını sağlamayacağını, bunun için TTK m. 367’de öngörülen esas sözleşme ve iç yönerge şartlarının gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğunu yukarıdaki açıklamalarımız ışığında kaydetmek gerekir.

ee- TTK m. 371/7 Uyarınca Atanan Kimselerin Durumu

TTK’nın yürürlüğe girmesinden sonra 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un 131. maddesi ile 371. maddeye eklenen son (7.) fıkra hükmüyle, farklı ve hatta sisteme ters bir düzenleme yapılarak⁷⁴³, yönetim kurulunun, temsile yetkili olmayan yönetim

çerçevesinde sadece şirkete karşı sorumlu bulunduklarını, ancak bu kişilerin istisnâen somut olayda gerçekleştirdikleri davranış veya işlemin kendilerinin TTK m. 553 uyarınca sorumlu tutulmalarını gerektirebileceğini, fakat bu durumda dahi sorumluluğun sebebinin fiili organ olmalarından kaynaklanacağını savunmaktadır, bkz. **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 51, 52-53, 56; ayrıca, salt temsil yetkisi bulunan ticarî temsilci ve ticarî vekillerin TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısı konumunda bulundukları, buna karşılık kendilerine yönetim yetkisi verilmesi hâlinde kendilerinin organ niteliğine sahip olacakları yolundaki görüş için bkz. Cenkci, s. 42-43.

⁷⁴⁰ Tescilin açıklayıcı (düzenleyici) nitelik taşıdığı yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 728.

⁷⁴¹ Ticarî temsilci ile ticarî vekilin kanunen belirlenen yetkilerinin kapsam ve sınırları konusunda bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 729 vd.

⁷⁴² Ticarî temsilcilerin tüzel kişi adına az veya çok bağımsız hareket etme yetkisinin bulunduğu, işin yürütülmesine iştirak ediyorlarsa bu kişilere organ niteliği tanınması gerektiği, zira bu kimselerin en az müdürler kadar yetki sahibi olduklarını, ayrıca ticarî hayattaki güvenliğin sağlanması bakımından da bunun gerekli olduğu, bütün işletmeyi idare yetkisine sahip olan ticarî vekile de organ niteliğinin tanınması gerektiği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öztan, s. 75-78.

⁷⁴³ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme ve eleştiri için özellikle bkz. İsmail Kırca, “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Bir Adım”, **BATİDER**, Cilt XXX, Sayı 3, Eylül 2014, s. 23-37; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-82a; söz konusu düzenlemenin yeni TTK’ya ilişkin bir soruna ilişkin olmayıp, esasen eTTK döneminden beri devam eden bir uygulamanın yasal zemine oturtulmasına yönelik olduğu görüşü için bkz. Veliye Yanlı / Gül Okutan Nilson, Anonim

kurulu üyeleri ve şirkete hizmet akdi ile bağlı olan kimseleri “*sınırlı yetkiye sahip ticarî vekil veya diğer tacir yardımcıları*” atayabileceği, bu şekilde atanacak kimselerin görev ve yetkilerinin 367. madde uyarınca hazırlanacak iç yönergede açıkça belirleneceği, ancak bu durumda, iç yönergenin tescil ve ilânı zorunlu olmamakla birlikte, yönetim kurulunun, bu hükme ve iç yönergeye uygun olarak somut olarak yetkilendireceği ticarî vekil veya diğer tacir yardımcılarının ticaret siciline tescil ve ilân edileceği düzenlenmiştir.

“*Sınırlı yetkiye sahip ticarî vekil ve diğer tacir yardımcıları*” kavramı, öğretide de ifade edildiği gibi, TBK m. 550-551’de düzenlenen “*ticarî vekil*” ve “*diğer tacir yardımcıları*”ndan daha dar yetkiye sahip kimseleri ifade etmektedir⁷⁴⁴. Zîra hükümdeki “*sınırlı yetkiye sahip*” vurgusu, buna işaret etmektedir. Kanun koyucu, bu özel düzenleme ile temsil yetkisinin sadece birlikte temsil ve merkez-şube ayırımı şeklinde sınırlandırılabilmesi yolundaki temel kuralı (TTK m. 371/3) böylece bertaraf etmiş⁷⁴⁵ ve parasal sınır ve konu bakımından üçüncü kişileri ve ortaklığı bağlayıcı temsil yetkisi sınırlandırmalarına olanak sağlamıştır⁷⁴⁶. Öğretide de haklı olarak

ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini, **BATİDER**, C. XXX, S. 4, 2014, s. 8; Necla Akdağ Güney, **6552 Sayılı Torba Kanun İle TTK m. 371’e Eklenen Yedinci Fıkra İlişkin Değerlendirmeler**, Arslanlı Bilim Arşivi (<http://arslanlibilimarsivi.com> – Erişim Tarihi: 30.10.2021), s. 1-4.

⁷⁴⁴ Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 29; Yanlı / Okutan Nilson, s. 15-16; ayrıca son yazarlara göre, söz konusu hüküm uyarınca ticarî vekilin yetkilerinin TBK m. 551’de belirlenenlere göre sınırlandırılabilmesi mümkün iken, TBK m. 552 açısından böyle bir sınırlandırma yapılamayıp, TBK m. 552’nin öngördüğü hukukî görünüşün korunmasına yönelik hüküm öncelikle uygulanacak, ancak hükümde belirtilenlere ek yetkiler verilmesi bu TTK m. 371/7’ye göre sağlanabilecektir; bkz. s. 27-28. Pulaşlı ise, hükümde geçen “diğer tacir yardımcılarıyla kimin kastedildiğinin belli olmadığını belirttikten sonra, bu hükme göre ticarî vekil dışında tacir yardımcısı olarak pazarlamacı ve satış memuru vb. kişilerin atanabileceğini ifade etmiştir; bkz. Hasan Pulaşlı, “6552 Sayılı (Torba) Kanunla Türk Ticaret Kanunu’na Eklenen Yeni Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 142, 2014TTK, s. 47-48. Akdağ Güney ise, hükmün uygulama alanının murahhaslar, müdürler ile ticarî mümessiller ve genel ticarî vekiller dışında kalan, ortaklığı temsil ve ilzama yetkili kimseleri kapsadığını belirtmiştir; bkz. **TTK m. 371/7**, s. 13,

⁷⁴⁵ TTK m. 371/7 hükmünün m. 371/3 hükmünü “*düpedüz dolanmış*” olduğu konusunda bkz. Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 30; TTK m. 371/3 hükmünün, sadece TTK m. 371/1’e göre temsil yetkisi bulunan yönetim kurulu üyeleri ile murahhasların temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin bulunduğu, temsil yetkisine sahip diğer kimseleri kapsamadığı, TTK m. 371/7 hükmünün içeriğine de temsil yetkisine sahip yönetim kurulu üyeleri ile murahhasların dâhil olmadığı, dolayısıyla TTK m. 371/7’nin 3. fıkrayı değiştirmediği görüşü için bkz. Yanlı / Okutan Nilson, s. 28-30. Bununla birlikte, yazarlar, esasen, temsil yetkisine sahip olmayan yönetim kurulu üyelerine TTK m. 371/7 hükmüne dayanılarak istenen şekilde sınırlı temsil yetkisi verilmek suretiyle TTK m. 371/3 hükmünün aşılabileceğini de ifade etmişlerdir; bkz. s. 30.

⁷⁴⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-82a; Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 29-30; Akdağ Güney, **TTK m. 371/7**, s. 17; Okutan Nilson, s. 15-17; Mehmet Özdamar, “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Temsili”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 152, 156; Cenkcı, s. 39;

vurgulandığı gibi⁷⁴⁷, söz konusu hüküm, üzerinde çok düşünülmemiş, TTK'nın genel sistemine açıkça aykırı bulunan ayırık bir düzenlemedir.

Kanun koyucu, söz konusu hükümde, bu kimselerin atanmasına özel bir önem de vererek, bu kişilerin yetkilerinin iç yönerge ile belirlenmesini, kural olarak (TTK m. 367'ye göre) tescil ve ilân edilmeyen iç yönergenin bu kişilerin atanmasına imkân vermesi hâlinde tescil ve ilânını⁷⁴⁸, ayrıca bununla da kalmayarak yönetim kurulu tarafından yapılan atamaların⁷⁴⁹ da tescil ve ilânını öngörmüştür⁷⁵⁰. Bu zorunluluk, atanan kişilerin gerek konu gerek parasal yetki sınırlarının ve ortaklığın işlemlerle bağlı olup olmadığının ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişiler tarafından bilinmesi bakımından esasen gereklidir⁷⁵¹. Zîra, bu hükme göre atanan kişilerin yetkilerinin kapsamı, ticarî temsilci ve ticarî vekillerden farklı olarak bizzat kanun tarafından değil, anonim şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönerge ile belirlenmekte ve gerek anonim ortaklık gerek üçüncü kişiler bakımından esasen bir iç örgütlenme belgesi olması gereken bu iç yönerge belirleyici ve bağlayıcı olmaktadır. Bu kişilerin organ sıfatını taşıyıp taşımadıkları öğretide tartışmalı olup, bizim de katıldığımız

⁷⁴⁷ Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 23 vd., özellikle s. 25, 30-31, 37; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 12-82a; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 126; Özdamar, s. 151, 153, 159.

⁷⁴⁸ Tescil ve ilâna ilişkin hükmün dar yorumlanması gerektiği, buna göre iç yönergenin tüm hükümlerinin tescil ve ilân edilmeyeceği, iç yönergenin sadece ticarî vekil veya diğer tacir yardımcılarının atanmasını düzenleyen ilgili hükmünün tescil ve ilân edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Pulaşlı, **TTK m. 371/7**, s. 45-46; iç yönerge konusunda 367. maddeye atıf yapılmış olmasının sınırlı yetkili temsilcilerin görev ve yetkilerinin mutlaka 367. madde uyarınca hazırlanan iç yönergede gösterilmesi gerektiği anlamına gelmediği, bunun için ayrı bir iç yönerge düzenlenebileceği yolunda bkz. Cenkcı, s. 40; bu hüküm uyarınca hazırlanacak iç yönergenin tescil ve ilânının öngörülmüş olması nedeniyle, sicil kayıtları esas olacağından imza sirküleri çıkartılmasına gerek kalmadığı yönünde bkz. Demirkan, s. 12.

⁷⁴⁹ Bu hükme dayanarak sadece yönetim kurulunun atama yapabileceği yolunda bkz. Akdağ Güney, **TTK m. 371/7**, s. 12.

⁷⁵⁰ Yanlı / Okutan Nilson, s. 21-22; bu konuda, yönetim kurulunun önce bir iç yönerge hazırlayıp daha sonra ayrı bir kararla atama yapması veya gerek iç yönergeye gerek somut atamalara aynı yönetim kurulu kararında yer verilmesi şeklinde iki farklı yöntem izlenebileceği, ancak hükmün ifadesinin ilk yöntemin benimsendiğini gösterdiği görüşü için bkz. Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 27-28; iç yönerge hükmüne göre yapılacak atama kararının tescil ve ilânının kurucu nitelikte olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **TTK m. 371/7**, s. 41-43, 44. Kanımızca, bu konudaki tescil ve ilân kurucu nitelikte olmayıp, sadece üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyici bir fonksiyona sahiptir; yoksa, bu hüküm uyarınca yönetim kurulu tarafından atanmış sınırlı yetkiye sahip ticarî vekil ve diğer tacir yardımcılarının yaptıkları işlemler gerek şirketi gerek üçüncü kişileri bağlar.

⁷⁵¹ Böylece, aleniyetin sağlandığı ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunması imkânının da ortadan kaldırıldığı yönünde bkz. **PULAŞLI**, **TTK m. 371/7**, s. 42; bununla birlikte, tescil ve ilânın zorunlu olmasının “son derece yanlış” olduğu ve TTK m. 367 ile çeliştiği yolunda bkz. Akdağ Güney, **TTK m. 371/7**, s. 18-19.

görüşe göre, bu kişilere yönetim yetkisi devri yapılmayıp, sadece temsil yetkisi bu kişiler bağlamında sınırlandırıldığından, bu kişiler, “yönetici” sıfatını hâiz değildir⁷⁵².

Kanunumuzda, bu şekilde atanan kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu olduğu konusunda açık bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu düzenlemenin anlamı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Öğretide Tekinalp, sorumluluk konusunda açıklama yapmamakla birlikte, TTK m. 371/7 hükmü uyarınca atanan sınırlı yetkili bu kimselerin “yönetici” sıfatına sahip olmadıklarını açıkça ifade etmekte⁷⁵³, buna karşılık Kırca, sorumluluğa ilişkin bu hükmün TTK m. 553/2’ye bir istisna getirdiğini, ancak bu kimselerin organ olarak kabul edilmemesi hâlinde, bu düzenlemenin yeni bir şey getirmiş olmayacağını savunmakta⁷⁵⁴; Akdağ Güney ise, TTK’nın görev ve yetki delegasyonu durumunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda öngördüğü sistemin, TTK m. 371/7 hükmü ile yeni bir boyut kazandığını; yeni duruma göre, TTK’da, m. 553/2 hükmü ile TTK m. 371/7’nin son cümlesi olmak üzere, yetki devri hâlinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen iki farklı hüküm bulunduğunu ve bunların farklı sistemler öngördüğünü ve bir arada uygulanamayacaklarını, TTK m. 557’de farklılaştırılmış teselsül benimsenmişken iken, TTK m. 371/7 hükmü ile mutlak teselsülün öngörüldüğünü ve ayrıca TTK m. 553/2’nin uygulanması yolunun kapatıldığını savunmaktadır⁷⁵⁵.

Kanımızca, sorumluluk konusundaki bu hükmün anlamı, yönetim kurulunun bu kişilerin faaliyetlerinden dolayı aslî sorumluluğunun bulunduğu, diğer bir deyişle TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmayacağını ve dolayısıyla yönetim kurulunun sorumluluğunun gözetim sorumluluğundan ibâret olmadığının vurgulanmasıdır. Kanun koyucu, bu varsayımda, yönetim kurulu üyelerinin aslî sorumlu olarak kalmalarını tercih etmiş ve TTK m. 553/2 hükmünden veya başka bir sebepten bahisle sorumluluklarının azalmasına olanak vermek istememiştir. Esasen, bu yaklaşım, bu

⁷⁵² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-58, 16-65; buna karşılık, Kırca, bu kimselerin organ sayılıp sayılmayacağı konusunda açıkça bir görüş beyan etmemekte, sadece bu kimselerin organ olarak kabul edilmemesi hâlinde, sorumluluğa ilişkin m. 371/7’nin son cümlesinin yeni bir şey getirmiş olmayacağını belirtmekle yetinmekte (**TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 35, dn. 20); Akdağ Güney ise, bu kişilerin organ niteliğinde olduğu görüşündedir (**Yönetim Kurulu**, s. 129-131).

⁷⁵³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-58, 16-65.

⁷⁵⁴ Kırca, **TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme**, s. 35 ve dn. 20.

⁷⁵⁵ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 129-131; Akdağ Güney, **TTK m. 371/7**, s. 21-23.

hüküm uyarınca atanan söz konusu kişilerin organ olup olmaması ve onların sorumluluğu ile ilgili değil, yönetim kurulu üyelerinin aslî sorumluluğunun vurgulanması ile ilgilidir.

ff- Komiteler

TTK m. 366/2'ye göre, yönetim kurulu işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulmak üzere rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla işlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurulabilir⁷⁵⁶. Hatta, TTK m. 378'de, payları borsada işlem gören şirketlerin riskin erken saptanmasına yönelik bir komitenin yönetim kurulu tarafından oluşturulmasının zorunlu olduğu, diğer şirketlerde ise denetçinin gerekli görüp bildirmesi üzerine bu komitenin kurulacağı düzenlenmiştir. İstisnaî haller dışında⁷⁵⁷, komite ve komisyon kurulması tamamen yönetim kurulunun takdirinde olup, bu komiteler geçici (belli bir projeye veya zamana) veya sürekli olarak faaliyet göstermek üzere istenen her konuda kurulabilir. Ancak, bu komitelerin atanıp atanmaması, çalışmaları ve raporları, yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde, özellikle kusur unsuru bakımından büyük önemi hâiz olacaktır⁷⁵⁸. Buna karşılık, yönetim kurulu tarafından oluşturulan bu komiteler, sadece hazırlık, bilgi toplama, raporlama ve danışmanlık işlevine sahiptirler; kararın oluşmasına veya icrasına yönelik doğrudan hiçbir etkinlikleri yoktur⁷⁵⁹. Bundan dolayı bu kişiler, yönetici sıfatını kazanmazlar ve TTK m. 553

⁷⁵⁶ Bu konuda bkz. Evin Emine Demir, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 45 vd.; Doğan, s. 77 vd.; Ay Kaplan, s. 136 vd.

⁷⁵⁷ Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (II-17.1) ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.5.1. maddesinde, yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını sağlıklı bir biçimde yerine getirmesini teminen "*Denetimden Sorumlu Komite*" (bankalar hariç), "*Riskin Erken Saptanması Komitesi*" (bankalar hariç), "*Kurumsal Yönetim Komitesi*", "*Aday Gösterme Komitesi*, *Ücret Komitesi*" (bankalar hariç) oluşturulacağı düzenlenmiştir. Bu komitelerin oluşturulması payları borsada işlem gören halka açık şirketler bakımından zorunludur (Tebliğ, m. 1, 5). Kurumsal Yönetim Tebliği bağlamında oluşturulması gereken komiteler için bkz. Küçükgüngör, s. 357 vd.; Demir, s. 131 vd.; Doğan, s. 83 vd. SPK ilkelerinde ise, iki komiteye yer verilmiş olup, bunlar kurumsal yönetim ve denetim komiteleridir. Komitelere ilişkin olarak Türk mevzuatında yer alan düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 89.

⁷⁵⁸ Altay, **Yetki Devri**, s. 66 ve dn. 230, 69, 76; yazar, ayrıca, gerek komitelerin oluşturulmasının ve çalışmalarının değerlendirilmesinin gerek komite içerisinde yönetim kurulu üyeleri varsa bunların durumunun farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bakımından dikkate alınacağını ifade etmektedir (s. 75-76). Ayrıca bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, 3, d.

⁷⁵⁹ Komite ve komisyonların konum ve işlevleri konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-17; Altay, **Yetki Devri**, s. 64.

hükmünün kapsamına girmezler⁷⁶⁰. Bununla birlikte, TTK m. 367 hükmüne uygun olarak yönetim yetkilerinin devredildiği bazı komitelerin oluşturulması da mümkündür⁷⁶¹. Bu hâlde, sorumluluk bakımından TTK m. 553/1-2 hükümlerinin uygulama alanı bulacağına kuşku yoktur.

c- Fiilî Organ

Yönetim yetkileri ile sorumluluk birbiriyle sıkı bir bağ içindedir; organ işlevine, yani yönetim görev ve yetkilerine kim kullanıyor ise, onlar kişisel olarak sorumludurlar. Bu nedenle gerek yönetim yetkisi gerek sorumluluk, yönetim kuruluna ve onun usûlüne uygun bir şekilde yetki devri gerçekleştirdiği kişilere aittir. Kanuna uygun bir şekilde yönetim yetkisini elinde bulunduran bu kişiler, öğretide “*şekli organ*” sıfatıyla anılmaktadır⁷⁶². Bununla birlikte, bu şekli organların dışında, bu sığata sahip olmadan anonim ortaklığın iradesinin oluşmasında belirleyici ve yönlendirici olan kimseler de söz konusu olabilir⁷⁶³. Öğretide, bu kişiler, “*fiilî organ*” olarak adlandırılmakta olup⁷⁶⁴, uygulamada kimlerin fiilî organ olarak nitelendirileceği, sorumlular çevresinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Nitekim, TTK m. 553’te, sorumlular arasında “*yöneticiler*” şeklinde genel bir iadeye yer verilmiş ve madde

⁷⁶⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 77; Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 121; m. 366/2 hükmüne göre komite ve komisyon oluşturulmasının TTK m. 553/2’nin uygulanmasına olanak vermeyeceği konusunda bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 593; Doğan, s. 79; TTK m. 366/2 hükmü uyarınca oluşturulacak komite ve komisyonların kural olarak yönetim ve temsil yetkisinin bulunmadığı konusunda ayrıca bkz. Cenkei, s. 35.

⁷⁶¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 65-67; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 132.

⁷⁶² Doğan, s. 7.

⁷⁶³ Organ kavramının belirlenmesinde sadece şekli kriterlerin esas alınmasının adaletsiz sonuçlara yol açabileceği, bu nedenle kanunda ve esas sözleşmede gösterilmeyen kimselere de organ vasfının tanınabileceği, bu konuda maddi kıstasa göre hareket edilmesi gerektiği konusunda ve bu kıstasın içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 36 vd.

⁷⁶⁴ Öğretide, esasen sorumluluk hukuku bakımından farklı sonuçlar doğurmamakla birlikte, bu konuda farklı kavram ve ayrımlar kullanılmakta olup; bu bağlamda, şekli-fiilî organ ayrımını esas alan ve İsviçre’de ele alınan “*maddi organ*” kavramını da karşılaştırmalı olarak açıklayan görüş için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 21 vd.; maddi organ – fiilî organ ayrımı için bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 49. Tekinalp de, “*kanuni organlar*”ın yanında “*fiilî organlar*” kavramını kullanmakta ve bu kavramı açıklamakta ve bu kavramı kullanmakta, sorumluluk hukuku bağlamında TTK m. 553’te işaret edilen organ kavramının hem geniş hem dar ve hem de TMK m. 49 -50 hükümleri ile örtüştüğünü ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-03, 11-04 vd., 11-12. Buna karşılık, fiilî organ için, Helvacı, “*olgu organ*” kavramını tercih etmekte (**Sorumluluk**, s. 9); Akdağ Güney, “*şekli organ – fiilî organ*” kavramlarını kullanmakta (**Sorumluluk**, s. 147; **Yönetim Kurulu**, s. 356); Kortunay da, “*fiilî organ*” kavramının yanı sıra “*fiilî yönetim kurulu üyeliği*” kavramına yer vermekte (s. 236, 252); Yanlı ise, “*organsal işlev gören kişi*” ifadesini kullanmaktadır (**Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliği**, s. 51). Organ niteliğinin belirlenmesinde kullanılacak kriterler bağlamında, “*şekli kıstas-maddi kıstas*” ayrımı için bkz. İzmirli, s. 20-24. Bununla birlikte, kullanılan kavramlar biraz farklılaşsa da, fiilî organın tanımına ilişkin içeriğin değişmediğini ve tüm yazarlarca ister maddi organ, ister şekli organ, isterse fiilî organ nitelendirmesi yapılsın, bu kimselerin sorumlulukları bakımından aynı sonuca ulaşıldığını vurgulamakta fayda vardır.

gerekçesinde de, mehzaz kanunda yer alan “*yönetim ile uğraşanlar*” ifadesinin şekli organlar dışındaki fiilî organları da kapsadığı vurgulanarak uygulamada bunun geniş yorumlanması endişesinden dolayı aynı ifadeye yer verilmediği belirtilmiş, ancak bunun (“*yönetici*” kavramının) içeriğinin belirlenmesinin öğreti ve yargı içtihatlarına bırakıldığı ifade edilmiştir. Öğretide ise, fiilî organların “*yönetici*” kavramının kapsamına girdiği kabul edilmekte⁷⁶⁵ ve kimlerin fiilî organ kabul edileceği konusunda ise gerek medenî hukuk⁷⁶⁶ gerek ticaret hukuku⁷⁶⁷ öğretisinde ve ayrıca Yargıtay

⁷⁶⁵ Yanlı, **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 52; Altay, **Yetki Devri**, s. 40; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 39, 49-51, 60; Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 583, 587; Şener, s. 419; Kortunay, s. 252, 276-277; buna karşılık, fiili organın sorumluluğunun şirketler hukukundan doğan bir sorumluluk olmayıp, üçüncü kişilere karşı yaratılan özel güven ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk olduğu, bu nedenle fiilî organın yönetici olarak nitelendirilmemesi gerektiği, TTK m. 553 vd. hükümlerinin bu kimselere ancak kıyasen uygulanabileceği yolundaki görüş için bkz. Ayan, s. 226, 228; fiilî organ veya saman adam yönetim kurulu üyesinin varlığı ve sorumluluğu ve bu bağlamda bu konuda Almanya, Avusturya ve İngiltere’de yasal bir düzenleme bulunmadığı, ancak bunun kabul edilen bir kavram olduğu ve bu kişilerin şekli organla aynı görülmeyip bazı koşullarda sorumlu olmasının kabul edildiği yönünde ayrıca bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 45.

⁷⁶⁶ Medenî hukuk (kişiler hukuku) öğretisinde, Öztan, iradenin oluşmasına katılma kriterinin organ tanımının yapılmasında nihai bir ölçü olmayıp, yardımcı yardımcı bir ölçü niteliği taşıdığı ileri sürülebileceğini, ayrıca iradenin yansıtılmasına katılma kıstasının da aynı şekilde nihai bir ölçü olamayacağını, sonuç olarak şirketin faaliyet konusu ile ilgili bütün idare görevlerini ifa eden kişilere organ niteliği verileceğini, gerek idare gerek temsil görevlerinin içeriği belirlendiğinde, bu içeriğe dâhil olacak bir faaliyeti ifa eden bir kişi veya kişilerin, kendilerine idare ve temsil yetkisi açıkça verilmemiş olsa bile, fiilen organ olarak tanımlanabileceğini, bu açıklamalar ışığında, müdür yardımcısı, ticarî temsilci, bütün işletmeyi idare yetkisine sahip ticarî vekil, tüzel kişinin önemli işlerini bağımsız bir şekilde ifa ettikleri sürece kısım şefleri, şube müdürleri organ vasfını hâiz olduğunu belirtmektedir; bkz. s. 44, 45, 53, 75-79.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir ise, resmî organ konumunda olmamakla birlikte tüzel kişi hakkında karar alabilen ve böylece tüzel kişinin idaresine sürekli ve etkili olarak katılan kurul veya kişilerin “*fiilî organ*” olarak adlandırıldıklarını, bunların yanı sıra somut olayda dışarıya karşı organ olduğu güveni uyandıran ve TMK m. 2’e göre böyle kabul görmesi haklı olan kişi veya kurulların da “*görünüştü organ*” olarak tanımlandıklarını, resmî olmayan bu iki organın da tüzel kişiyi bağlayıcı işlem yapabileceğinin ve tüzel kişiyi sorumlu kılabilceğinin kabul edildiğini, fiilî organa örnek olarak bir inşaat şirketinin şantiye şefi, fabrika veya şirket müdürleri ile banka şube müdürlerinin verilebileceğini ifade etmektedirler; bkz. **Kişiler Hukuku**, N. 940-941, 955. Dural/Öğüz de, tüzel kişinin organının üyesi olmamakla birlikte, bu organın kararlarını önemli ölçüden etkileyenlerin, tüzel kişinin yönetimi ile görevlendirilmiş kişilerin, fiilen tüzel kişinin yönetimini gerçekleştirenlerin ve tüzel kişi adına faaliyet gösterdikleri açık bir şekilde üçüncü kişilere bildirilmiş veya bu anlamda yorumlanabilecek davranışlarla aleniye arz edilmiş kişilerin fiilî organ sayılabileceğini, ancak bunun için kendisine görev verilen kişinin bu görevi bağımsız olarak yerine getirme yetkisine sahip olması ve verilen görevin tüzel kişi bakımından önem taşıyan zorunlu bir görev olması gerektiğini, organ kavramının bu şekilde genişletilmesinin tüzel kişilerin ulaştıkları büyüklük ve sahip oldukları önem dolayısıyla olumlu karşılanması gerektiğini açıklamaktadırlar; bkz. s. 258-259.

⁷⁶⁷ Ticaret hukuku öğretisinde, fiilî organ, şekli organ sıfatını taşımasına rağmen, ortaklık iradesinin oluşmasını sağlayan kimseler olarak nitelendirilmektedir; bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-12, 11-16; Ömer Korkut, “Anonim Şirketlerde Fiilî Yönetim Kurulu Üyeliği”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2000, s. 1369; Altay, **Yetki Devri**, s. 31; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 356-357; Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 100; Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 583; Yanlı, **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 51; Doğan, s. 12. Ayrıca, “*tipik-atipik fiilî organ*” ayrımı için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 34 vd. Yazar, hiçbir surette şeklen organ sıfatına sahip olmayanları “*tipik fiilî organ*”, buna karşılık belli bir yetki alanı bulunması nedeniyle şeklen organ olmakla birlikte yetki alanı dışında karar alan kişileri ise yetki alanları dışında gerçekleştirdikleri işlemler bakımından “*atipik fiilî organ*” olarak nitelendirmektedir.

kararlarında⁷⁶⁸ çeşitli açıklamalar yapılmaktadır⁷⁶⁹. Öğretide ve Yargıtay kararlarında yapılan açıklamalar ışığında, kanımızca, ortaklık iradesinin oluşmasını sağlayan, ortaklık adına bağımsız olarak işlemler gerçekleştirme ve ortaklığı temsil etme yetkisine sahip olan kimselerin fiilî organ olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Esasen, ticaret hukuku öğretisinde de, Öztan'ın “*maddî kıstas*”ı esas alarak organ olarak nitelendirdiği ticarî temsilci, ticarî vekil, şube müdürü gibi kimseler de “*yönetici*”, yani organ olarak nitelendirilmekte⁷⁷⁰ ve dolayısıyla bu görüşler bir anlamda örtüşmektedir. Ancak hemen vurgulayalım ki, bu kimseler, kendilerine yönetim yetkileri devredildiği, diğer bir deyişle karar alma hakkı bahşedildiği ölçüde organ sıfatını haiz olacaklardır.

Bu bağlamda, fiilî organın sorumluluğu, TTK m. 553 vd. hükümlerine tâbi olup, “*yöneticiler*” kapsamında değerlendirilecektir⁷⁷¹. Zîra, anonim ortaklığın iradesini oluşturan ve bu suretle alınan karar ve işlemlerin sonucunda zararın doğmasına sebebiyet bu kimselerin, kendi eylemlerinin sonucuna katlanmaları ve kişisel

⁷⁶⁸ Fiilî organın tanımlanması konusuna ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. “... anonim şirketlerde bir kimsenin organ vasfını haiz olup olmadığı değerlendirilirken, onun şirketin iradesinin oluşumuna katılıp katılmadığına ve bu esnada tüzel kişinin önemli görev alanlarında bağımsız karar alma yetkisi bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği, ... organ vasfı yalnızca formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılarak değil, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi yerine getirip getirmediikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, sorumluların kapsamı belirlenirken sadece şekli kıstaslara uyan kimselerin organ olarak değerlendirilmesi sorunun çözümü için yeterli bulunmadığı, şeklen bu kıstaslara uymayan ancak, fiili anlamda bir organın vazifelerini gören kimselerin de söz konusu sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaları gerektiği, ... tüzel kişinin resmen organ sıfatını kazanmış organlarının dışında bulunan, fakat gerek konum, gerek yetkileri sebebiyle ortaklık iradesinin oluşması ve veya dışarıya yansıtılması hususunda etkin olan bütün şahıslar organ olarak nitelendirilebileceği, ...” (bkz. Yarg. 23. HD'nin 24.01.2014 T., 2013/7191 E., 2014/420 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin fiilî organı, fiilen “*şirketin iradesinin oluşumuna katılan ve aynı zamanda uygun yasal veya fiilî karar verme yetkisine sahip olan herkes*” olarak tanımladığı yönünde ve ayrıca bir kişinin bir organ üzerinde fiilen bir pozisyonda bulunup bulunmadığına (fiilî organ olup olmadığına) ilişkin belirleyici kriterin, tüzel kişinin temel bir sorumluluk alanındaki bağımsız karar verme yetkisinin derecesi olduğu görüşü için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 5.

⁷⁷⁰ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1, b, aa.

⁷⁷¹ Pay sahibi tarafından sorumluluk davasının mevcut veya eski yöneticilere yönetilebileceği gibi perde arkasındaki gölge yöneticilerin (shadow director) de bu kapsamda yönetici olarak değerlendirileceği 2006 tarihli İngiltere Şirketler Kanunu'nda (m. 260/5) düzenlenmiş olup, bu konuda ayrıca bkz. Paul, s. 87.

sorumluluğa tâbi olmaları gerektiğinde kuşku yoktur⁷⁷². Bu kabul, “işlevsel organ” anlayışının bir sonucudur⁷⁷³.

Sorumluluk davasına ilişkin özel hükümler ve bu bağlamda, farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile zararın tamamının talep edilebilmesine ve yargılama giderlerine ilişkin özel hükümler, fiilî organın sorumluluğu bakımından da aynen uygulama alanı bulacaktır.

Fiilî organ, çoğunlukla hâkim pay sahibi ve hatta, ortaklığın tek pay sahibidir⁷⁷⁴. Bununla birlikte, pay sahibi olmayan bir kimse de fiilî organ olarak hareket edebilir, buna hiçbir engel yoktur, önemli olan kullandığı işlevdir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, özellikle tek pay sahipli anonim ortaklıklarda, tek pay sahibinin şekli organ olmayı tercih etmediği hâllerde, “fiilî organ” durumunun ortaya çıkması uygulamada neredeyse kaçınılmaz olacak ve hatta perdenin aralanması davası da sıklıkla gündeme gelecektir⁷⁷⁵.

Fiilî organ, gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişilik, örneğin bir anonim veya limited şirket, hatta bir kamu kurumu da (TTK m. 334) olabilir⁷⁷⁶; fiilî organın varlığının ve sorumluluğunun belirlenmesi bakımından bu kişiler arasında hiçbir fark yoktur. Bu bağlamda, örneğin bir tüzel kişi ister pay sahibi olsun ister olmasın, TTK m. 359’a göre kendisine imkân tanınmış olmasına rağmen, yönetim kurulunda bizzat yer almayı tercih etmeyip yönetim kurulunda yer alan üyeler vâsıtasıyla anonim

⁷⁷² İtalyan ve Fransız hukuklarında, yöneticilerin tipik yetkilerini kullanarak şirketi fiilen yöneten herkese karşı sorumluluk davası açılabilceği yönünde bkz. Conac/Enríques/Gelter, s. 509; İtalya ve Fransa’da fiili yöneticiler aleyhine açılan davalara “ara sıra” rastlandığı, bu tür davalarda türev davalara ilişkin kuralların geçerli olduğu, İtalya’da, bu tür hissedarların sadece yönetici sıfatıyla yaptıkları işlemlerden dolayı sorumlu oldukları, ancak genel kurul toplantısında kullanılan oylar vb. nedenlerden dolayı dava edilemeyecekleri, Fransa’da mahkemelerin hissedarın zarar verme niyetiyle hareket ettiği hallerde bu tür davalara izin verdiği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 878.

⁷⁷³ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 349; Altay, **Yetki Devri**, s. 31; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 357; şirketin yürütme organının, tüzel kişinin iradesinin oluşumuna etkili ve kararlı bir şekilde katılan her kişi ve grup olduğu ve şirketin iradesini dışarıya açıklama işlevine sahip bulundukları yönünde ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 8.

⁷⁷⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 30, 40; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-18; tipik olarak, fiilî organın hâkim pay sahibi olabileceği yönünde bkz. Conac/Enríques/Gelter, s. 510; pay sahiplerinin gölge yöneticiler olarak nitelendirilmesi hâlinde sorumluluğa tâbi tutulabilecekleri yönünde bkz. Lennarts, s. 133.

⁷⁷⁵ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-18. Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II, E.

⁷⁷⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-14; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 361; Doğan, s. 14; bununla birlikte, bir kurumsal hissedarı fiili bir yönetici olarak nitelendirmenin zor olabileceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 878.

ortaklığın iradesini yönlendiriyorsa, fiilî organ sıfatıyla sorumlu tutulmak gerekecektir.

Fiilî organın anonim ortaklığın iradesini oluşturmaya yönelik müdahalesinin süreklilik arz edip etmemesi, bizim de katıldığımız görüşe göre⁷⁷⁷, önem taşımamakta olup, fiilî organ hangi işte iradeyi oluşturarak bir zararın doğmasına sebebiyet vermişse, o işle ve zararlar sınırlı olarak sorumluluğa tâbi tutulmalıdır ve sınır böylece çizilmelidir. Zîra, müdahale her zaman ve her işte olmayabilir; belli (münferit) önemli konularda ve işlerde yönetim kurulu kararı fiilî organın etki ve yönlendirmesiyle alınmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, müdahalenin süreklilik arz etmemesi nedeniyle fiilî organı sorumluluktan bağışık tutmanın bir gerekçesi olamaz.

Ayrıca, şekli organ sıfatını taşımayan bir kişinin yönetim yetkilerini kullanmasının, mutlaka diğer tüm yöneticilerin etkinliğini bertaraf edecek ve onların yerine geçecek düzeyde olması gerekmez; önemli olan husus, bu kişinin doğrudan veya dolaylı olarak anonim ortaklık iradesinin oluşumuna belirleyici bir şekilde katılmasıdır⁷⁷⁸. Fiilî organ, yönetim yetkilerini elinde bulunduran şekli organları etkileyebileceği gibi, doğrudan müdahale ve etkinlikte bulunarak da belirleyici olabilir, ancak bunun fiilî organın sorumluluğunun belirlenmesi açısından bir önemi yoktur⁷⁷⁹; ister etkileme yoluyla isterse doğrudan müdahale yoluyla iradenin oluşmasında belirleyici olunmuşsa fiilî organın varlığı ve sorumluluğu gündeme gelir.

Bu bağlamda, öğretide savunulan bir görüşe göre, geçersiz yetki devri hâlinde, sadece geçersiz yetki devri yapanlar sorumlu olmaya devam ederler, buna karşılık geçersiz yetkiyi kullananlar sorumlu olmazlar⁷⁸⁰. Diğer bir görüş ise, yetki devri

⁷⁷⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 42; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 361; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 39, 51; Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 204-205; Kortunay, s. 277, 278. İsviçre hukukunda bu konuda yer alan tartışmalar ve bu bağlamda ileri sürülen uzun süreli ve düzenli bir etkinlik gerektiği görüşleri için bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 359-360; organsal işlev gören kişilerin (fiilî organların) sadece şirket faaliyetleri üzerindeki etkileri nedeniyle ve bunlarla sınırlı olarak sorumluluğa tâbi oldukları yönünde bkz. Yanlı, **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 51.

⁷⁷⁸ Organsal işlev gören kişinin sorumlu tutulabilmesi için, şirketin günlük olağan işlerini aşan, şirket açısından stratejik önem taşıyan veya temel konularda belirleyici etkisi olan kararlar alıp işlemlerde bulunuyor olması gerektiği yönünde bkz. Yanlı, **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 51; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 41.

⁷⁷⁹ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 361.

⁷⁸⁰ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 193; Doğan da, geçersiz yetki devri hâlinde yönetim kurulu üyelerinin yapılan her işlemde dolayı sorumlu olmaya devam ettiklerinin, yapılan geçersiz yetki devri işleminin

işleminin geçersizliğine rağmen yetkiyi devralmış gibi yönetim yetkilerini kullanıp hareket edenlerin fiilî organ olarak sorumlu olacakları yönündedir⁷⁸¹. Bizim de katıldığımız bu ikinci görüş uyarınca, bu kişiler şekli organ sıfatını kazanmadan geçersiz bir işleme dayalı olsa da organ işlevini kullandıklarından ve ortaklığın iradesini oluşturduklarından fiilî organ tanımına uyarlar ve bundan dolayı sorumlu olurlar. Bu kişilerin sorumluluğa tâbi tutulmaları, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmadıkları veya sorumluluklarının azaldığı yahut değiştiği anlamına gelmez. Bu bağlamda, söz konusu durumun TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmasına da olanak vermeyeceği, zira geçerli bir yetki devrinin bulunmadığı konusunda tereddüt yoktur.

Diğer yandan şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki; fiilî organın varlığı, tek başına her zaman hukuka aykırı durumların varlığını yansıtmayabilir⁷⁸². Gerçekten, şirketler topluluğu bağlamında, ana şirket - bağlı şirket ilişkisinde fiilî organ durumu çoğunlukla ortaya çıkacaktır⁷⁸³. Nitekim, TTK'nın hâkimiyetin kullanılmasına ilişkin hükümleri de bunun bir yansımasıdır. Hâkimiyet, bağlı şirkete seçilecek yönetim kurulu üyeleri eliyle kullanılacak ve bağlı şirketin alacağı kararlar bu doğrultuda şekillenecektir. Ana şirketin, bağlı şirketin yönetim kurulu üyesi olmadığı ve yönetim kuruluna başka kimseleri seçtiği veya seçilmesini sağladığı durumlarda, ana şirket şekli organ vasfında olmadığından, ancak buna rağmen yönetim kurulunun karar alma süreçlerinde belirleyici olduğundan fiilî organ statüsüne sahip olacak ve bu sıfatla TTK m. 553/1 uyarınca sorumluluğa tâbi olacaktır⁷⁸⁴. Bu sorumluluk, TTK m. 202 vd. hükümlerinde öngörülen özel sorumluk davalarından farklı olarak, bağlı şirketin uğradığı zararlara ilişkin TTK m. 553/1 hükmüne dayalı "*fiilî organ*" sıfatı dolayısıyla genel bir sorumluluk hâli teşkil edecektir. Esasen, bu varsayımda da, bağlı şirketin veya onun pay sahiplerinin sorumluluk davası açmaları, fiilî organ olan ana şirketin

ise ancak 366. madde anlamında sadece iç ilişkiye özgü bir işbölümü olarak nitelendirilebileceğini ifade etmek suretiyle bu görüşü benimsemiş görünmektedir; bkz. s. 268-269.

⁷⁸¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 32-34, 37-38.

⁷⁸² İnançlı yönetim kurulu üyeliğinin geçerliliği hakkındaki görüş ve değerlendirmeler konusunda ayrıntılı bilgi için ve bu tür üyeliği geçersiz saymak için bir sebep bulunmadığı, buna göre inanca bağlı yönetim kurulu üyeliğinin kural olarak geçerli olduğu, ancak inanca bağlı üyeye verilebilecek talimatların sınırlı bulunduğu yolunda bkz. Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 49-64; inanca bağlı yönetim kurulu üyeliğinin geçerli bir kurum olduğu yönünde bkz. Kortunay, s. 233.

⁷⁸³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-13, 11-18; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 58-59 ve § 61, 58 vd. Öğretide, şirketler topluluğu bağlamında bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri için "*bağımlı yönetim kurulu üyeleri*" terimi kullanılmaktadır; bkz. Yanlı, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 655-656; bu konuda ayrıca bkz. Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 585-585.

⁷⁸⁴ Buna karşılık, Yasaman, sözkonusu durumda hâkim şirketin yönetim kurulunun fiilî organ olarak sorumlu olacağını ifade etmektedir; bkz. **Sorumluluk Davaları**, s. 100).

hâkimiyeti, pay sahipliği gibi sebeplerle pek söz konusu olamayacak, sadece alacaklı bakımından bir dava imkânı sağlayacaktır. Bu hâlde de, genel hükümlere göre iflâs ve iflâs idaresinin dava açmaması ön şartları dikkate alındığında, alacaklıların haklarını korumak için genel hükümler (TTK m. 553 vd.) yerine, koşulları varsa TTK m. 202 vd.’de öngörülen davaları açmaları tercihe şâyan olabilecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, fiilî organın sorumluluğu, başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere şeklî organ sıfatına sahip kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁷⁸⁵. Fiilî organ konumunda olan bu kimseler, TTK m. 553/1 hükmü uyarınca “yönetici” sıfatı bağlamında kişisel olarak sorumlu oldukları gibi, şeklî organ olan yönetim kurulu üyeleri de müteselsilen sorumlu olurlar⁷⁸⁶. Diğer bir deyişle, fiilî organ konumundaki kişi ile başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere şeklî organlar aynı sorumluluk davasında birlikte davalı olarak yer alabilirler⁷⁸⁷. Bu bağlamda gerek şeklî organın gerek fiilî organın sorumluluğunun hukukî sebebi, esasen aynı olup, TTK m. 553/1’dir. Bununla birlikte, şeklî organın sorumluluğunun temeli sözleşmeye aykırılığa dayanmakta iken, yetkisiz bir şekilde anonim ortaklığın iradesine müdahalede bulunan fiilî organın sorumluluğu ise, ortaklıkla arasında bir sözleşmesel ilişki söz konusu olmadığından ve müdahale başta TTK olmak üzere hukuka aykırı bulunduğundan, esasen haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır⁷⁸⁸. Şeklî organın sorumluluğunda, kendi görev ve yetkisine giren bir konuda kendisinin karar almayıp, dış müdahaleye olanak tanınması, yönlendirmeye hareket etmesi ve bu suretle zararın ortaya çıkmasında katkısının olması da şüphesiz dikkate alınacaktır⁷⁸⁹. Ancak, bu

⁷⁸⁵ İnançlı yönetim kurulu üyelerinin “şeklî organ” olmaları nedeniyle sorumluluğa tâbi bulundukları yönünde ayrıca bkz. Kortunay, s. 235.

⁷⁸⁶ Yönetim kurulu üyelerinin yönetimden bütün olarak sorumlu oldukları; fiilî organın ise sadece karıştığı işten sorumlu olduğu konusunda bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 39, 51.

⁷⁸⁷ Öğretide, Korkut, eTTK dönemindeki eserinde, bu sorun üzerinde durmuş, buna olanak veren yasal bir düzenleme bulunmadığını belirttikten sonra, esas sözleşmede özellikle menfaat sahibinin (inananın) tek pay sahibi olduğu durumlarda müteselsil sorumluluğa ilişkin bir hükme yer verilebileceğini veya menfaat sahibi ile inanca yönetim kurulu üyesi arasında müteselsil sorumluluk konusunda bir sözleşme de yapılabileceğini, bunun dışında mezkûr dönemde Türk Hukukunda fiilî yönetim kurulu üyeliği kabul edilmediğinden menfaat sahibi ile inanca yönetim kurulu üyesi arasında müteselsil sorumluluğun uygulanamayacağını savunmaktaydı; bkz. **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 178-179.

⁷⁸⁸ “Davalılar arasında gösterilen şirket ortağı olarak resmi kayıtlarda görünmemelerine rağmen şirketi fiilen yönettiği iddia edilen kişiler yönünden de davacının bu husustaki iddialarının incelenerek bu kişilerin ortak olmamalarına rağmen şirketi fiilen yönettiklerinin tespiti halinde bunların da somut olayla ilgili olarak haksız eylem hükümleri uyarınca sorumlu olup olmadıklarının tartışılması gerekmektedir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 12.04.2012 T., 2010/5559 E. ve 2012/5966 K. sayılı kararı; Lexpera); fiilî organların sorumluluğunun “asli unsurları yanında düzenlenmiş bir haksız fiil sorumluluğu” olduğu yönünde ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 217.

⁷⁸⁹ İnançlı yönetim kurulu üyesinin, menfaat sahibinin menfaatlerini korurken ortaklığa karşı olan yükümlülüklerini genellikle ihlâl ettiği konusunda bkz. Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s.

hâlde de, sorumluluğun diğer tüm unsurları araştırılacak ve ayrıca farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanarak her bir kişinin sorumluluk miktarı ayrı ayrı belirlenecektir.

Diğer yandan, fiilî organın varlığı için, mutlaka inançlı yönetim kurulu üyesinin veya inançlı murahhas müdürlerin varlığına da ihtiyaç yoktur; fiilî organ, etkinliğini inançlı üye vasıtasıyla gerçekleştirebileceği gibi, doğrudan da gerçekleştirebilir⁷⁹⁰; diğer bir deyişle, fiilî organın varlığı, yönetim kurulu üyelerinin mutlaka inançlı üye oldukları anlamına gelmez. Ortada bir inanç, talimat verme veya menfaat ilişkisi olmadan da hukukî, ekonomik veya fiilî bir sebeple ortaklık üzerinde etki sahibi olan bir kimse, örneğin ağır hükümler içeren bir tek satıcılık sözleşmesi ile ortaklığı âdeta kelepçelemiş olan ve ortaklığın ekonomik kaderini elinde bulunduran başka bir anonim ortaklık (üretici), ortaklığın kararlarının alınmasında etkili oluyorsa fiilî organ sıfatına sahip olacaktır⁷⁹¹. Hatta, somut olay göre, bir anonim ortaklıktan yüksek miktarda alacağı olan ve bundan dolayı ortaklık üzerinde etkinlik ve hatta baskı imkânına sahip olan gerçek ve tüzel kişilerin de, anonim ortaklığın karar ve eylemlerini belirlemeleri (yönlendirmeleri) hâlinde fiilî organ sıfatını taşımaları söz konusu olabilecektir. Gerçekten, uygulamada bankaların dahi, kendilerine yüksek miktarda borçlu olan anonim ortaklıkları sadece finansal anlamda değil, yönetim kurulunun yapısı ve üye seçimi⁷⁹², pay sahiplerinin sahip oldukları payların devri, faaliyet, yatırım, ödemeler, varlık satışı vb. konularda da sıkı bir şekilde kontrol altında tuttukları ve bu önemli konularda alınacak kararlarda temerrüde düşürme ve takip tehdidi altında belirleyici olabildikleri görülmekte olup, buna göre somut olayın özellikleri dikkate alınarak fiilî organ durumunun incelenmesi gerektiğinde kuşku yoktur⁷⁹³. Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların birer güven kuruluşu olması

172; ayrıca, yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki münhasır yetkileri konusunda başka birinin iradesine tâbi olmasının anonim şirketler hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili**, s. 169.

⁷⁹⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 43-44.

⁷⁹¹ Hâkim pay sahibi dışında büyük bir tedarikçi bir tedarikçi, kredi kuruluşu ya da büyük bir alıcı gibi kimselerin fiilî organ olabileceği konusunda bkz. Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 202.

⁷⁹² Zor durumdaki bir şirkete kredi kullandıran bankaların istediği kişilerin yönetim kuruluna seçilmesi konusunda oy sözleşmesi yapabileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 231 dn. 761; kredi kuruluşlarının kredinin harcanmasını kontrol etmek amacıyla yönetim kuruluna talimat verme arzusunda olabileceği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, s. 139.

⁷⁹³ Şirketlerin yönetici olarak tayin edilebildiği Fransa'da bankaların bazen alacaklı rollerinde bile fiili yönetici olarak nitelendirildiği, bununla birlikte, böyle bir doktrinsel hareketin, yalnızca gerçek kişilerin yönetici olabileceği diğer yargı alanlarının çoğunda daha zor olduğu yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 878.

kendilerinin fiilî organ olarak nitelendirilmesine engel değildir⁷⁹⁴; yukarıda da değindiğimiz gibi, fiilî organ, özel bir gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bir kamu kurumu dahi olabilir; bu konuda belirleyici olan, şeklen organ sıfatına sahip olunmamasına rağmen anonim ortaklığın iradesinin oluşumunda gösterilen etkinliktir⁷⁹⁵.

İnançlı yönetim kurulu üyesinin varlığı durumunda, çoğu zaman bir fiilî organ mevcut ise de, kanımızca bu mutlak bir sonuç değildir⁷⁹⁶. Arada bir inanç ilişkisi mevcut olmasına rağmen, inanan kişi ortaklığın iradesini belirlemiyorsa veya inançlı üyenin yönetim kurulundaki etki ve gücü kararlarda belirleyici değilse, inanan fiilî organ sıfatını taşımayacaktır. Zîra vurguladığımız üzere, fiilî organın varlığının belirlenmesi konusunda uygulanacak kriter, anonim ortaklığın iradesinin oluşumundaki somut etkinliktir. Buna göre, inançlı üye her durumda “*şekli organ*” konumunda olacak, inanan da inançlı üye vâsıtasıyla ortaklığın iradesini fiilen belirliyorsa, ancak o zaman “*fiili organ*” sıfatına sahip olacaktır⁷⁹⁷.

Şüphesiz, fiilî organın, anonim ortaklık adına nasıl karar aldığı veya kararları ne suretle yönlendirdiği konusunda uygulamada bir ispat güçlüğü yaşanacak ve tüm bu hususları davacının ispat etmesi gerekecektir⁷⁹⁸. Bu nedenle, inançlı yönetim kurulu

⁷⁹⁴ Şirkete kredi kullandırmış olan ve verdiği talimatlar nedeniyle fiilî organ bir bankanın talimat verdiği konularla ilgili olarak sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 277.

⁷⁹⁵ Buna karşılık, Pulaşlı, bankaların fiilî organ sayılabilmesi bakımından, daha katı kriterler öngörmekte, hatta kredi veren kurumların kural olarak organ sayılmayacaklarını, ancak karar alma prosedürü doğrudan ve kurumlaşmış olarak (şeklen de) bankaya bağlanmışsa, örneğin yönetim kurulu kararları bankanın onay verme şartına bağlanmışsa veya banka yönetim kurulundaki temsilcisine talimat veriyorsa, ancak bu durumda bankanın fiilî organ kabul edilebileceğini, “*şirket yönetimine dolaylı biçimde etki etkili olmakla beraber, hiçbir şekilde karar alma yetkisine sahip değilse, bu takdirde bankanın fiilî organ sayılmayacağı*”nı ifade etmektedir; bkz. **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 589. Fiilî organ konusunda öğretide kabul edilen objektif kriterlerin, bankalar bakımından bu şekilde (sübjektif olarak) değiştirilmesine ve katılaştırılmasına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

⁷⁹⁶ İnançlı yönetim kurulu üyeliğinin “*fiilî organ*” kavramının bir alt türü olduğu görüşü için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-13; kural olarak inançlı yönetim kurulu üyesinin sorumlu olduğu, ancak inanan kişinin tipik organ biçiminde hareket ederek şirket iradesinin oluşmasında fiilen ve kesin olarak etkili bulunmuş olması hâlinde fiilî organ olarak sorumlu olacağı yönünde bkz. Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 585. Kanımızca, inanan kişi, fiilî organ konumundaysa, kendisi bu konumu nedeniyle, inançlı yönetim kurulu üyesi de şekli organ sıfatı dolayısıyla müteselsilen sorumlu tutulmalıdırlar.

⁷⁹⁷ İnançlı yönetim kurulu üyeliği hâlinde inanan üçüncü kişinin “*fiilî organ*” konumunda bulunması nedeniyle sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 235.

⁷⁹⁸ Bu konudaki ispat güçlüğü ve somut faaliyet akışı ışığında kararlarda kimin etki sahibi olduğunun araştırılması gerektiği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 41, 43; büyük bir pay sahibinin fiili bir yönetici olarak nitelendirildiğini kanıtlamanın dışarıdan bir yatırımcı için zor olabileceği, bunun da davacının başka bir engelin üstesinden gelmesini gerektireceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 878.

üyesinin varlığı hâlinde, inanan kişinin fiilî organ sıfatına sahip olup olmadığı bağlamında somut olay dikkatle incelenmelidir.

Bu bağlamda, bir kimsenin inançlı yönetim kurulu üyesi olması da, tek başına bir sorumluluk sebebi değildir, sorumluluğun tüm unsurlarının somut olayda aynen gerçekleşmesi gerekir⁷⁹⁹. Bununla birlikte, fiili organın varlığı, diğer bir deyişle anonim ortaklık iradesinin fiilî organ tarafından kullanılmış olması, inançlı yönetim kurulu üyesini sorumluluktan kurtarmaz; kendisi, fiili organın talimatlarını yerine getirdiğini veya zararın fiilî organın karar ve eylemleri sonucunda meydana geldiğini ileri sürerek de sorumluluktan kurtulamaz. Fiilî organın varlığından bağımsız olarak, inançlı yönetim kurulu üyesi, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ve bu bağlamda başta özen ve bağlılık borçlarını yerine getirip getirmediği dikkate alınarak bizzat sorumlu olmaya devam eder⁸⁰⁰. Bu bağlamda fiilî organ da, şeklen seçilmiş bir yönetim kurulu üyesi gibi, özen ve bağlılık borcu (TTK m. 369) altındadır⁸⁰¹. Bununla birlikte, öğretide, inançlı yönetim kurulu üyelerinin takdirlerine giren konularda, şirket menfaatinin önüne geçmemek kaydıyla üçüncü kişinin talimatları doğrultusunda hareket edebilecekleri ifade edilmektedir⁸⁰².

d- Pay Sahipleri Tarafından Açılan Sorumluluk Davalarında Anonim Ortaklığın Davalı Olarak Gösterilip Gösterilemeyeceği

Pay sahiplerinin şirket zararı için ikâme ettikleri sorumluluk davalarının muhatapları, TTK m. 553/1’de düzenlenen sorumlular çevresi ve bu bağlamda özellikle inceleme konumuz bakımından yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerdir. Bununla birlikte, gerek zarara sebebiyet veren maddî vâkıaların anonim ortaklık nezdinde gerçekleşmiş ve zararın da doğrudan anonim ortaklık bünyesinde ortaya çıkmış olması, gerek davada incelenecek ve tartışılacak delillerin anonim ortaklığa ilişkin bulunması ve ayrıca tazminatın da şirkete verilecek olması gibi sebeplerle anonim ortaklığın davaya taraf olarak gösterilmesi gerektiği düşüncesi akla

⁷⁹⁹ Korkut, *İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri*, s. 171.

⁸⁰⁰ Bu konuda bkz. Korkut, *İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri*, s. 177, 198; bu konuda ayrıca bkz. Okutan Nilsson, *Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, s. 143 vd.

⁸⁰¹ Bu yönde bkz. Kortunay, s. 237.

⁸⁰² Yanlı, *İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri*, s. 679-680; Pulaşlı, *Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili*, s. 173; Kortunay, s. 233; bu yönde ve ayrıca bu konuda karşılaştırmalı hukukta savunulan görüşler konusunda ayrıca bkz. Okutan Nilsson, *Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, s. 140 vd.

gelebilir⁸⁰³. Kanımızca, sıraladığımız ihtiyaçlara rağmen, bu davada anonim ortaklığa yöneltilecek bir talep olmadığından, diğer bir deyişle sorumluluk davasının konusu, genel kurul kararının iptali ve fesih davalarındaki gibi anonim ortaklığa ilişkin olmadığı gibi, anonim ortaklığın bir şeyi vermesine veya yapmasına ilişkin olmadığından, anonim ortaklığa husumet yöneltilmesine de imkân bulunmamaktadır⁸⁰⁴. Gerçekten, hukukumuzda da kabul edilen “*şeklî taraf kuramı*”⁸⁰⁵ uyarınca bir davada herhangi bir kimseye husumet yöneltilebilir ise de, davadan bahsedilebilmesi için ayrıca o davalıya bir talep yöneltilmesine elverişli bir dava sebebine ve talebe (netice-i talebe) ihtiyaç vardır ve bunlar bulunmadıkça, o kişi hakkındaki davanın daha en başından dava dilekçesinin içeriği eksik olacağından açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekecektir (HMK m. 119).

Esasen davacının bu konuda başvurabileceği bir yol, davanın davacı tarafından anonim ortaklığa ihbar edilmesidir⁸⁰⁶ (HMK m. 61 vd.), ancak ihbar üzerine anonim ortaklık davaya katılmak zorunda değildir⁸⁰⁷. Bu durumda, başvurulabilecek imkânlardan bir diğeri de, anonim ortaklık nezdindeki kayıt ve belgelerin incelenmesi için üçüncü kişinin elindeki belgeleri ibraz mecburiyetini düzenleyen HMK m. 221 hükmünden yararlanılmasıdır. Bu bağlamda, davadan önceki aşamada pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme (TTK m. 437) ve özel denetçi atanmasını talep etme (TTK m. 438) yollarıyla bilgi edinmeye çalışmaları da mümkündür⁸⁰⁸.

⁸⁰³ İngiltere’de usûl hukukunda yapılan değişikliklerden ve Şirketler Kanunu’nun 2007 yılında yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, dava konusu hak şirkete ait olsa da, prosedürün ayırt edici bir özelliği olarak, kararla bağlanmak ve davada hükmedilen tazminatı alabilmek için şirketin sembolik bir şekilde davalı olarak yargılamalara taraf olması gerektiği yönünde bkz. Paul, s. 86; İtalya’da, pay sahiplerisahiplerinin açacakları sorumluluk davasında, zarara sebebiyet yöneticilerle birlikte şirketin de davalı olarak gösterilmesi gerektiği, bunun şirketin yaklaşımı dikkate alınmadan azınlığın girişiminin ileriye götürülemeyeceğini gösterdiği ve dava sırasında da şirketin hâlen tazminat alma hakkına sahip olan süje olduğu yönünde bkz. Latella, s. 13.

⁸⁰⁴ Nitekim, bu doğrultuda bkz. “... yöneticilerin sorumluluk davasında şirkete de husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ...” (Yarg. 11. HD’nin 08.05.2017 T., 2015/15190 E. ve 2017/2684 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 548 vd.; Tanrıver, s. 476 vd., 528; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 272.

⁸⁰⁶ Alman hukukunda, şirketin iki aşamalı sürecin herhangi bir noktasında davayı kendisinin takip edeceğini ileri sürebileceği ve davayı devralabileceği, ancak iddianın şirket tarafından özenli bir şekilde kovuşturulmasını sağlamak için mevcut dilekçe sahipleri veya davacıların, hakları etkilenebilecek ilgili üçüncü taraf olarak yargılamaya davet edilecekleri AktG, 148 (3)’de düzenlenmiş olup bu konuda bkz. ayrıca bkz. Paul, s. 101.

⁸⁰⁷ Bu ihbarın, usûl hukukundaki ihbardan farklı bir özeliği yoktur, diğer bir deyişle, bu konuda HMK hükümleri uygulanır. Davanın ihbarı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, III.

⁸⁰⁸ Yöneticilerin yanlış davrandığı iddia edilen davalarda, şirketin tipik olarak davacıların genellikle erişemeyeceği ve davayı kanıtlayabilecek kayıtlara sahip olacakları, ABD hukukunun, tarafların birbirleriyle ilgili bilgileri ifşa etmelerini gerektiren duruşma öncesi keşif aşaması öngörerek bu sorunu

e- Zarar Verici İşlem veya Fiilin Tarafı Olan Üçüncü Kişilerin Davalı Olarak Gösterilip Gösterilemeyeceği

Sorumluluk davasına sebebiyet veren zarar doğurucu eylemlere, TTK m. 553'te sayılan yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin yanı sıra üçüncü kişilerin de bir katkısı bulunuyorsa, diğer bir deyişle söz konusu zarardan dolayı yönetim kurulu üyeleri ile birlikte bu üçüncü kişiler de sorumluyorsa, örneğin ortada hileli ve muvazaalı işlemler söz konusu ise, bu üçüncü kişilere de sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği ve bu bağlamda aynı sorumluluk davasında davalı olarak gösterilip gösterilemeyeceği ve başta farklılaştırılmış teselsül ilkesi gibi sorumluluğa ilişkin özel hükümlerin bu kişilere de uygulanıp uygulanamayacağı gibi konular, üzerinde düşünülüp cevaplandırılması gereken, uygulamada karşılaşılabilecek sorunlardır⁸⁰⁹.

ele aldığı, ABD hukukundaki tarafların birbirleriyle ilgili bilgileri ifşa etmelerini gerektiren duruşma öncesi keşif aşamasına benzer olarak bazı Avrupa ülkelerinde, belirli bir yüzdeyi aşan azınlık hissedarların başlatılabileceği "*özel denetim*"in gösterilebileceği, ancak bunun da genellikle yaygın olarak kullanıldığı veya etkili olduğunun düşünülmediği, bununla birlikte daha işlevsel bir eşdeğer mekanizma olarak Almanya, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Slovenya ve Portekiz'de ispat yükünün davalıların (yöneticilerin) üzerinde olmasının gösterilebileceği, ancak ispat yükü konusundaki bu kuralın bir kararın çıkar çatışmasına konu olup olmadığı ile ilgili konuları kapsamadığı ve sadece yöneticilerin gerekli özenle hareket ettiklerini ispat etmeleri ile sınırlı olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 30-31; İngiltere'nin genel anlamda pay sahipliği haklarıyla ilgili ülkeler arası ölçümlerde yüksek puan aldığı ve ABD'yi geride bıraktığı konusunda bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 713, 718.

⁸⁰⁹ Bu konuda, Altay, doğrudan bu sorulara değinmemekle birlikte, hileli işleme katılan ve kusur sorumluluğuna tâbi olmakla birlikte organ sıfatına sahip olmayan başkaca kişiler varsa bunlar hakkında da farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, yazarın, ilerleyen açıklamalarından, "*hileli işleme katılan ve kusur sorumluluğuna tâbi olan başkaca kişiler*" ifadesi ile, hileli işleme katılan tüm üçüncü kişileri kastetmediği, sadece TTK m. 549 vd. hükümlerinde sorumluluğu düzenlenen kişileri öngördüğü anlaşılmaktadır; bkz. **Yetki Devri**, s. 227. Bu konuda, Kaplan, şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların açabilecekleri sorumluluk davasının "*şirkete sözleşmeye aykırı davranış ve haksız fiil nedeniyle zarar vermiş bulunan*"lara da yöneltilebileceğini savunmaktadır; bkz. **Hukukî Sorumluluk**, s. 3508. ABD hukukunun, pay sahibi davalarına izin verme konusunda nispeten daha serbest olduğu ve prensipte "*şirketin hakkına ait*" herhangi bir iddia için bir türev davaya izin verdiği, yani türev davaların yöneticilere karşı ileri sürülecek iddialarla sınırlı olmadığı, İngiltere dahil pek çok ülkede, türev davaların sadece yöneticilerin görevlerini ihlal etmeleri hâlinde açılacak dava ile sınırlı olduğu ve hâkim hissedarların ancak yöneticilerin ihlallerine katılmaları (dâhil olmaları) hâlinde aynı hükümlere istinaden dava edilebilecekleri yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 6-7; ABD'de, Amerikan Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, eyaletlerde de eşdeğeri bulunan 23.1.a bölümünde, "*şirketin veya kuruluşun gerektiği gibi iddia edebileceği ancak ileri sürmediği bir haktan (a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce)*" şeklinde bir düzenlemenin yer aldığı, buna karşılık davanın niteliği hakkında hiçbir şey söylemediği, yasal olarak türev bir davanın her türlü dava olabileceği, Kıta Avrupası'nda türev davaların yasal dayanağının şirketler hukukunun yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen bölümde bulunduğu, bunun sonucu olarak, türev davalardaki olası davalıların, yöneticilerle (denetim kurulu üyeleri dahil) ve bazı durumlarda şirket yetkilileri, denetçiler veya şirketin kurucuları ile sınırlı olduğu, dolayısıyla hâkim hissedarlarla ilişki kurma fırsatının sınırlı bulunduğu, hâkim hissedarlara aynı zamanda yönetici oldukları için dava açılabilmesi, hâkim hissedarın fiili bir yönetici olarak nitelendirildiğinde olası bir istisna ortaya çıkabileceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 876-877; sorumluluk davasına ilişkin dava sebebinin yöneticiye veya ihlale karışan

Kanımızca, bu konuda, anonim ortaklık ile pay sahiplerinin dava açması durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, anonim ortaklığın açacağı sorumluluk davasında, zarar veren üçüncü kişilerin de zarardan müteselsilen sorumlu kimseler olarak davada hasım gösterilmesi mümkün görülmeli; buna karşılık, pay sahiplerine ise bu imkân tanınmamalıdır. Zîra, pay sahiplerinin şirket zararının tazmini konusunda talepte bulunabilmeleri (TTK m. 553 vd.) istisnâ bir hukukî olanaktır. Kanun, bu istisnâ imkânı sadece sınırlı kişilere (başta yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere) karşı kullanılmak üzere pay sahiplerine tanımıştır. Bu sınırlı talep hakkının, üçüncü kişilere karşı kullanılmasına olanak verecek şekilde ileri sürülmesi, kanımızca mümkün değildir. Gerçekten, TTK m. 553 vd.'de düzenlenen sorumluluk davasının sistemi, yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zararın tazmini ile sınırlı olup, üçüncü kişilerin de anonim ortaklığa verdikleri zararın tazminini talep etmeyi kapsamamaktadır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu, pay sahiplerine sadece belli kimseler tarafından verilen ve kendileri için yansıma zarar teşkil eden zararın tazmini için bir talep hakkı tanımış olup, yansıma zararın kural olarak talep edilemeyeceği ve sadece kanunda özel olarak öngörülen istisnâ hâllerde talep edilebileceği dikkate alındığında, istisnanın genişletilmesi de mümkün değildir. Buna karşılık, anonim ortaklık bakımından böyle bir durum söz konusu olmadığından, ortaklığın kendisine zarar veren herkese karşı, kendisi için “*doğrudan zarar*” teşkil eden tüm zararların tazmini için dava açabileceğinin kabulü gerekir.

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ortaklık adına açılan sorumluluk davası bağlamında verdiği 12.03.2014 tarihli bir kararında da, şirket adına harcama yapılması için verilen kredi kartlarından şahsi harcama yapılması halinde, bu zarardan harcamayı yapan kişiyle birlikte şirket yönetim kurulu üyelerinin ve bu sıfatı hâiz olmasalar dahi şirket çalışanlarının sorumlu olması gerektiğini ve yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumsuzluklarını kanıtlayamamaları halinde 6762 sayılı TTK m. 338 ve 359 hükümleri gereğince, şirket çalışanlarının ise eski BK. m. 41 (TBK m. 49) uyarınca haksız fiil hükümlerine göre uyarınca sorumlu olmalarının söz konusu olacağını ifade etmiştir⁸¹⁰. Aynı Daire, sermaye koyma borcunun aslında ödenmemiş

üçüncü bir kişiye veya her ikisine ilişkin olabileceği İngiltere Şirketler Kanunu'nda (m. 260/3) düzenlenmiş olup, bu konuda bkz. Paul, s. 87.

⁸¹⁰ “... şirket yönetim kurulu üyeleri, denetim kurulu üyeleri, şirket çalışanları ve şirket ilgisi olmayan diğer davalılara karşı, verilen kredi kartlarından şahsi harcamalar yaptıkları iddiasıyla ve şirket

olmasına rağmen ödenmiş gibi kayıtlara geçirilmesinden dolayı şirket yönetim kurulu üyeleriyle birlikte, bu işlemi gerçekleştiren (kayıtları tutan) şirket çalışanlarının da haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklarını ve yönetim kurulu üyeleri ile bu çalışanlara aynı davada -farklı hukukî sebeplere istinaden- birlikte husumet yöneltilebileceğini belirtmiştir⁸¹¹. Esasen, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin her iki kararına konu olayda TMSF taraf (davacı) olup, bu hususun Yargıtay'ın bakış açısını etkilediği, zira kendisine verilen görev ve talimatları yerine getirmek dışında şirkette hiçbir fonksiyon ve yetkisi olmayan, yönetim yetkisine sahip olmadığı gibi yönetim kurulu üyelerinin karar ve işlemlerini sorgulama imkânı dahi bulunmayan, şirket iradesinin oluşmasında hiçbir etki ve katkısı olmayan ve şirket çalışanı olduğu için esasen üçüncü kişi konumunda da olmayan bu kimselere (çalışanlara) haksız fiil hükümlerine veya başka bir hukukî sebebe istinaden sorumluluk yüklenemeyeceği ve bu nedenle söz konusu kararların hatalı olduğu kanısındayız. Diğer yandan, aynı Hukuk Dairesi, pay sahibi tarafından rekabet yasağına aykırılık nedeniyle şirketin uğradığı zararların tazmini davasında, yasağı aykırı davranan şirket müdürünün yanı sıra bu eyleme katılan davalı müdürün eşine ve onun ortak olduğu şirkete haksız rekabet eylemlerine iştirak etmiş olmaları nedeniyle husumet yöneltilebileceğine karar vermiştir⁸¹². Yine aynı Daire, 07.01.2020 tarihli yeni bir kararında da, başka bir şirket

yönetim kurulu üyeleri, denetim kurulu üyeleri ile çalışanlarına da bu zararlara neden olduklarından bahisle husumet yöneltmiştir. şirket aleyhine bir zarar doğmuşsa yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin bu zarardan sorumsuzluklarını kanıtlayamamaları halinde 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 338. ve 359. maddeleri gereğince sorumlulukları, şirket çalışanlarının ise 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca sorumlu olmaları söz konusudur” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.03.2014 T., 2012/17811 E. ve 2014/4734 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹¹ *“Davalılar arasında gösterilen şirket çalışanları ise şirket ortaklarının ödemekle, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin de tahsilini sağlamakla yükümlü oldukları sermaye borçlarının yasaya aykırı şekilde kayıtlara geçirilmesinden dolayı haksız eylem hükümleri uyarınca sorumlu olduklarından meydana gelen olayda kusurlu olmaları halinde sorumlu tutulmaları mümkündür” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.04.2012 T., 2010/5559 E. ve 2012/5966 K. sayılı kararı; Lexpera).*

⁸¹² *“Dava, haksız rekabete dayalı tazminat istemi ile limited şirket müdürünün bağlılık ve rekabet etmeme yükümlüne aykırılığı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkin olup, dava dava dışı Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ortağı olan davacı tarafından açılmıştır. Dosya kapsamından davacı ile davalılardan ...'ın dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ortağı, davalı ...'ın adı geçen şirketin aynı zamanda müdürü, davalı ...'ın davalı ...'ın eşi olduğu, davalı şirketin ise tek ortağının ve müdürünün davalı ... olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı şirket ile dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. arasında kira ve yüklenici sözleşmelerinin imzalandığı, davalı ...'ın eşinin tek ortak ve müdürü olduğu ... üzerinden davacının ortağı olduğu dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile rekabet ettiği, böylece rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal ettiği, dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin uğradığı zararın rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal eden şirket müdürü davalı ...'tan talep edilebileceği, davalı şirket ile Shipping&C...KG arasında isimli yatın 2012-2013 kış ayları içinde bakım ve onarımı hususunda 14/12/2012 tarihli sözleşme imzalandığı, davalı ...'ın rekabet etmeme yükümlülüğüne uyması halinde bu sözleşmenin dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile imzalanacağı, bu nedenle dava dışı şirketin zarara uğradığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, diğer davalılar ile davalı ...'ın hukuka aykırı eylemlerine iştirak ederek dava dışı ... Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile haksız rekabete giriştikleri, dolayısıyla tüm davalıların müşterek eylemleriyle dava dışı ... Yat İmalat*

tarafından düzenlenen faturalara konu bedelin ödenmesi nedeniyle limited şirket müdürleri aleyhine açılan bir sorumluluk davasında, işlemin tarafı olan (faturaları düzenleyen) üçüncü kişi şirketin davada hasım olarak gösterilmesinin gerekip gerekmediğine değinmeksizin, sadece müdürlerin görev yaptığı şirketin kayıtlarının incelenmesi suretiyle bir sonuca gidilemeyeceğine karar vermiştir⁸¹³. Esasen, Yargıtay'ın öngördüğü incelemenin yapılabilmesi, üçüncü kişinin de savunmasının alınmasına, ticarî defter ve kayıtlarının incelenmesine ve diğer delillerinin toplanmasına bağlıdır.

Belirttiğimiz Yargıtay kararlarından çıkan sonuç, zarara sebebiyet verdiği iddia edilen işlemin yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra bu sıfatı hâiz bulunmayan kimseler tarafından da gerçekleştirilmiş olması hâlinde, bu kimselere karşı gerek ortaklık gerek pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davalarında husumet yöneltilmesine Yargıtay tarafından olanak tanındığıdır.

Diğer yandan, anonim ortaklığın bir yandan kendi yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerine karşı sorumluluk davası açıp, diğer yandan da zarara katılan üçüncü kişiye karşı zararın tazmini için ayrı bir dava açması da mümkündür. Ancak, bu davalar, aralarında bağlantı bulunması nedeniyle birleştirilebilir⁸¹⁴ (HMK m. 166). Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki davaya konu zararın esasen aynı olduğu ve bu nedenle mükerreren tahsilata meydan verilmemesi gereğidir. Gerçekten, söz konusu zarar üçüncü kişiden tahsil edildiği takdirde yöneticiden tazmini gereken bir zarardan da artık bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, bu davalar ister ayrı görülsün ve ister birleştirilsin veya isterse tek bir dava dilekçesi ile bu kişilere karşı birlikte dava açılmış olsun, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla karar verilmesi gerekir⁸¹⁵.

Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ni zarara uğrattıkları, davalılar ... ile davalı ...'ın da sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir. Bu suretle, mahkemece, adı geçen davalıların dava dışı...Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin uğradığı zarardan sorumlu bulundukları kabulüyle bir karar verilmesi gerekirken davalı ... ve ... aleyhine açılan davanın pasif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir" (bkz. Yarg. 11. HD'nin 23.05.2019 T., 2017/4664 E. ve 2019/4092 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹³ Yarg. 11. HD'nin 07.01.2020 tarih, 2018/2922 E. ve 2020/99 K. sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

⁸¹⁴ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI.

⁸¹⁵ "Davacı vekili asıl davada, davalının müvekkili şirketin yönetim kurulunda görev aldığı sırada yetkisi olmadığı halde birleşen davanın davalısı ile vekalet sözleşmesi yaptığını, oysa bu kişinin baro kaydının bulunmadığını ve herhangi bir hizmet de ifa etmediğini, buna rağmen şirket kasasından bu kişiye ödeme yapılarak şirketin zararına neden olduğunu ileri sürerek, 30.256,40 YTL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, birleşen davada ise, davalının baro levhasında kaydının olmadığı halde herhangi bir hizmet de vermeden avukatlık ücreti altında müvekkili şirketten sahte makbuzlar ile 24.615 YTL para tahsil ettiğini, bu paranın istirdadı için başlatılan takibe davalının

Buna göre, pay sahiplerinin zarar verici işlemlere katılan üçüncü kişilere karşı dava yoluna başvuramayacakları, ancak TTK m. 553'te sayılan kişiler aleyhine dava açabilecekleri; buna karşılık, doğrudan zarara uğrayan anonim ortaklığın uğradığı zararın tazmini için, ister yönetim kurulu üyesi, isterse üçüncü kişi olsun zarar veren tüm kişilere karşı dava açma yoluna gidebileceği ve bunu yaparken, farklı kişiler yönünden aynı veya farklı hukukî sebeplere dayanabileceği kanısındayız. Anonim ortaklık tarafından açılacak böyle bir davada, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerin sorumluluğunun hukukî sebebi TTK m. 553 hükmü iken, diğer üçüncü kişilerin sorumluluğunun hukukî dayanağı haksız fiil hükümleridir (TBK m. 49 vd.)⁸¹⁶. Bu hâlde, zararın tamamının talep edilebilmesi imkânının (TTK m. 557/2) sadece TTK m. 553'te sayılan kimseler (davalılar) bakımından uygulanması, bununla birlikte esasen genel hükümler olan TBK m. 51-52'deki esasları temel alan farklılaştırılmış teselsül ilkesinin de tüm davalılar yönünden dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

2- Davalılar Arasındaki İlişki

Yukarıda açıklandığı üzere⁸¹⁷, sorumlular şirketin uğradığı zararın tazmini bakımından müteselsil sorumluluğa tâbi olup (TTK m. 553, TBK m. 162), farklılaştırılmış teselsül düzenlemesi (TTK m. 557) bu temel ilkeyi bertaraf etmemekte, sadece müteselsil sorumluluğun içeriğinin belirlenmesinde bir kriter getirmektedir. Davacı, davayı sadece bir sorumluya yöneltebileceği gibi, birden fazla kişiden de zararın tazminini talep edebilir⁸¹⁸. Bu itibarla, müteselsil sorumluluk esasına bağlı olarak, kendisine sorumluluk yöneltilen davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı (sübjektif dava birleşmesi) bulunmaktadır⁸¹⁹ (HMK m. 57) ve her bir

haksız ve kötü niyetli olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, davalının itirazının iptalini talep ve dava etmiştir. ... mahkemece, davacı şirket tarafından ödenen paranın gerçekten ifa edilen bir hizmet karşılığı olup olmadığı araştırılarak, bunun sonucunda zararın hakkında takip başlatılan birleşen davanın davalısı Mevlide'den tahsil edilmesi durumunda şirket zararının ortadan kalktığı da gözönüne alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru olmamıştır” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.01.2010 T., 2008/8773 E. ve 2010/202 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹⁶ Bu bağlamda, HMK m. 57/1, c hükmünün lafzının dar yorumlanmaması ve davaların temelini oluşturan vâkıaların aynı veya benzer, ancak hukukî sebeplerin farklı olduğu hâllerde de ihtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olacağı yönünde bkz. Erdönmez, **İhtiyarî Dava Arkadaşlığı**, s. 705 vd., 748.

⁸¹⁷ Müteselsil sorumluluk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, IV, D.

⁸¹⁸ Bu konuda bkz. Canyürek, s. 13, 26-27.

⁸¹⁹ Benzer vâkıa ve hukukî sebeplerin varlığı hâlinde ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde birlikte dava açılabileceği ve “benzer vâkıalar” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Erdönmez, **İhtiyarî Dava Arkadaşlığı**, s. 71 vd., 749-750; ihtiyarî dava arkadaşlığı ve hükümleri için bkz.

davalıya yöneltile talep hakkı, zarar aynı olsa da bir diğerinden bağımsızdır⁸²⁰. Nitekim, HMK m. 58’de, “*İhtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır*” denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır⁸²¹. Buna göre, dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket edip, iddia, savunma ve delillerini ayrı ayrı ileri sürerler. İlk itiraz, dava şartları, itiraz ve def’iler de her biri için ayrı ayrı incelenir (TBK m. 164, 166/II) ve mahkemece her bir davalı bakımından da ayrı ayrı hüküm tesis edilir⁸²² (HMK m. 58). Nitekim, müteselsil borçluluk bakımından öğretide hâkim olan ağırlıklı görüş, birden fazla borcun (borçlu sayısı kadar) mevcut olduğudur⁸²³.

Davacı, HMK m. 24’te düzenlenen tasarruf ilkesi uyarınca, dilediği kişiye karşı dava açabileceği gibi, dava açtıktan sonra da, davadan bir veya birkaç davalı yönünden feragat edebilir (HMK m. 307 vd.) veya davalının açık rızası ile davasını geri alabilir⁸²⁴ (HMK m. 123). Ancak, bu durumda farklılaştırılmış teselsül ilkesi yine uygulanacağı gibi⁸²⁵, bu işlemlerin maddî hukuk bakımından bir sonuç doğurup doğurmayacağı ve bu bağlamda TBK m. 166/3’ün uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilmelidir⁸²⁶. Bu konu, anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemleri bakımından önem arz etmektedir. Zîra, doğrudan zarara uğrayan ve tazminat kendisine ödenecek kişi, anonim ortaklıktır. Anonim ortaklığın, zararı bir kısım davalılardan kısmen veya tamamen tahsil ettiğinin veya zararı onlardan tazminden kısmen veya tamamen vazgeçtiğinin söylenebildiği durumların, diğer müteselsil

Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 686 vd., özellikle s. 695 ve 697; Tanrıver, s. 559-561; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 319 vd.

⁸²⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 322, 331; Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 71.

⁸²¹ İhtiyari dava arkadaşlığı için hukukî sebeplerin aynı veya benzer olmasının yeterli olmadığı, maddî vâkıaların da aynı veya benzer olması gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 694; ihtiyari dava arkadaşlığında, davaların mâhiyetleri itibarıyla bağımsız oldukları yolundaki açıklama ve buna bağlı sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 622, 624.

⁸²² Müteselsil borçluların sahip oldukları ortak ve kişisel itiraz ve def’iler için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1369 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 310 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3764 vd.

⁸²³ “*Borcun çokluğu teorisi*” adı verilen bu görüş için bkz. von Tuhr, s. 784; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1341-1343; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3745; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1725; Canyürek, s. 12; bu teori ve müteselsil borçlularının borcunun “*nisbî surette bağımsız*” olduğu yolundaki görüş için ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 289.

⁸²⁴ Tasarruf ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, **Şerh**, s. 619 vd.

⁸²⁵ Birden fazla sorumlu bulunmasına rağmen sadece bir kişi aleyhine dava açılması veya sadece bir kişiye karşı davaya devam edilmesi hâlinde dahi farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanacaktır; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 326; Çamurcu, s. 121.

⁸²⁶ Bu hükmün farklılaştırılmış teselsül ilkesi sisteminde uygulanmasına bir engel bulunmadığı yönünde bkz. Çamurcu, s. 158.

sorumlulara ilişkin yansımaları da olacaktır. Bu konu ileride ayrıntılı bir şekilde incelenecektir⁸²⁷.

3- Tarafta İradî Değişiklik (HMK m. 124)

Sorumluluk davasının yargılaması gerçekleştirilirken gerek davalıların beyanları gerek mahkemece yapılacak incelemeler sonucunda bazı sorumluların davada taraf olarak gösterilmemiş olduğu fark edilebilir. Özellikle pay sahiplerinin açtıkları davalarda davacı maddî vâkıalara yabancı olduğu için tüm sorumluları tespit edemediğinden eksik veya yanlış kişilere sorumluluk yöneltmiş de olabilir. Bu durumda, sonradan bunu öğrenmiş olması nedeniyle davacının baştaki bir ihmeline veya kötünietine dayanmayan bir eksiklik söz konusu olmuş olur. Sorumlu olduğu bu şekilde yeni öğrenilenlere karşı nasıl bir yol izlenmesi gerektiği üzerinde durmakta fayda vardır. Bu konuda görüş oluştururken, müteselsil sorumluluğun ilkeleri de gözardı edilmemelidir.

Öncelikle, davacı, sorumlu olduğunu yeni öğrendiği kimselere karşı yeni bir sorumluluk davası açıp, aralarındaki bağlantı nedeniyle bu davanın ilk dava ile birleştirilmesini talep edebilir (HMK m. 166). Davacının sorumlulardan bazılarına karşı açtığı ilk dava nedeniyle zamanaşımı süresi kesilmiş olacağından (TBK m. 155/I), sorumlu olduğu yeni öğrenilen kimselere karşı açılacak bu ikinci davada ayrıca süre sorunu ile karşılaşılmayacaktır. Bununla birlikte, ibra kararı hâlinde uygulanması gerekecek altı (6) aylık hak düşürücü süre bakımından sürenin kesilmesine ilişkin benzer bir hüküm bulunmadığından, bu süreye uyulup uyulmadığı her bir dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Diğer yandan, bu konuda asıl üzerinde durulması gereken düzenleme, tarafta iradî değişiklik yapılmasına ilişkin HMK m. 124 hükmüdür⁸²⁸. Bu hükmün sorumluluk davaları bakımından uygulanmasına kanımızca bir engel yoktur. Böylece, hüküm elverdiği ölçüde sorumluluk davasının davalıları hükmünde belirtilen koşullarla daha

⁸²⁷ Bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, I ve III.

⁸²⁸ Tarafta değişiklik yapılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz, **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 203 vd.; ayrıca bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 622 vd.; **Kuru, Usûl El Kitabı**, s. 334 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 292 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 257 vd.

sonra değiştirilebileceği gibi, mevcut davalılara yeni davalılar da eklenebilecektir⁸²⁹. Bu imkân, yanlış tarafa açılmış davaların reddedilmesini veya eksik tarafa açılmış olması nedeniyle yeni davaların açılıp daha önce yapılmış usûlî işlemlerin tekrarlanmasını engellemekte ve usûl ekonomisi amacının gerçekleşmesine hizmet etmektedir⁸³⁰. Bununla birlikte, bu imkânın, davacının başta müteselsil sorumlulardan dilediği bir veya birkaçına dava açıp, daha sonra keyfî bir şekilde davalıları değiştirilebilmesi veya yeni davalı ekleyebilmesi anlamına gelmediğini, değişiklik için karşı tarafın açık izninin veya değişiklik talebinin maddî hatadan kaynaklandığı veya dürüstlük kuralına aykırı bulunmadığı hâllerde hâkimin kabulünün gerekli olduğunu (HMK m. 124) özellikle vurgulamak gerekir. Bu bağlamda, söz konusu hükümde, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgıya dayanması hâlinde hâkimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceği ifade edilmiştir. Davalının açık rıza göstermemesi ve ayrıca hâkimin de değişiklik talebini kabul etmemesi hâlinde, davacının ıslah (HMK m. 176 vd.) yoluyla tarafta değişiklik yapabileceği⁸³¹ düşünülebilir ise de Yargıtay buna imkân olmadığı görüşündedir⁸³².

HMK m. 124'e göre mevcut davalının yanına başka yeni davalıların eklenip eklenemeyeceği konusunda Yargıtay kararlarında bir istikrar bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.03.2019 tarihli bir kararında buna imkân tanırken⁸³³,

⁸²⁹ Geniş anlamda taraf değişikliğinin, taraflardan birinin taraf olmaktan çıkartılıp yerine başka bir kimsenin taraf yapılması şeklinde olabileceği gibi, tarafların (davacı veya davalının) yanına yeni kişilerin eklenmesi (katılması) suretiyle de gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. Taş Korkmaz, s. 303 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 631, 633, 647-649; buna karşılık, tarafta iradî değişiklik ile kastedilenin, davacı veya davalı tarafta yer alan kişilere yenilerinin eklenmesi, yani taraf katılımı olmadığı, burada işaret edilen hususun daha çok dava arkadaşlığı kurumuyla ilgili olduğu, HMK m. 124'te ise, kanunî bir sorunluluk olmaması rağmen davacı veya davalı kişinin davada taraf olmaktan çıkarak, onun yerine yeni davacı veya davalının davaya dâhil olmasının düzenlemenin uygulama alanını teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Tanrıöver, s. 529-530; aynı yönde bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 255.

⁸³⁰ Taş Korkmaz, s. 38-39, 303; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 623.

⁸³¹ Islah yoluyla taraf değişikliği yapılabileceği yönünde bkz. Yılmaz, **Şerh**, s. 2243; karşı tarafın rızasıyla tarafta iradî değişikliğe imkân verilmesi nedeniyle ıslah yoluyla taraf değişikliğinin de mümkün bulunduğu sonucuna varılması gerektiği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 295; taraf değişikliği konusunda HMK m. 124'te özel bir düzenleme yapıldığından, ıslahla taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığı konusunda yapılan tartışmanın artık anlamını yitirdiği yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1519.

⁸³² “ıslah yoluyla dahi davada taraf değişikliğinin olanaklı bulunmadığı ve husumetin mahkemece res'en dikkate alınması gerektiği açıktır” (bkz. Yarg. 17. HD'nin 09.03.2021 T., 2020/2447 E. ve 2021/2436 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Islah ile de taraf değişikliği mümkün değildir” (bkz. Yarg. 10. HD'nin 03.03.2021 T., 2020/12075 E. ve 2021/2562 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³³ “... Taraf değişikliğinin bu dar tanımının yanında, daha geniş anlamda, mevcut tarafların yanına yenilerinin eklenmesi (tarafın genişletilmesi diyebiliriz) de taraf değişikliği olarak kabul edilebilir.

Yargıtay 11. ve 9. Hukuk Daireleri yine 2018 ve 2019 yıllarında verdikleri kararlarda, HMK m. 124 hükmüne göre, sadece davalının değiştirilebileceği, buna karşılık mevcut davalının yanına yeni davalı eklenemeyeceği görüşünü ifade etmişlerdir⁸³⁴. Kanunda bu konuda herhangi bir ayırım ve sınırlama öngörülmemiş olduğundan, öğretide belirtilen esaslara uygun olarak taraf değişikliğinin, taraflara yeni kimselerin eklenmesi suretiyle de gerçekleştirilebileceği kanısındayız.

İradî taraf değişikliğinin hukukî sonuçlarının, değişikliğin hukukî niteliği konusunda benimsenecek görüşe (dava değişikliği görüşü, ilk davanın geri alındığı ve yeni dava açıldığı görüşü, kendine özgü bir durum olduğu görüşüne) göre farklılık göstereceği öğretide ifade edilmektedir⁸³⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁸³⁶, taraf değişikliği kendine özgü bir kurum olup, davaya yeni eklenen davalı bakımından derdestlik durumu değişikliğin yapıldığı tarihte söz konusu olur. Buna göre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin bu tarih esas alınmak suretiyle hesaplanması gerekir. Zamanaşımı konusunda, eski davalı ile yeni eklenen davalı veya davalılar arasında müteselsil sorumluluk varsa, bu durumda TBK m. 155/I uyarınca ilk dava açılmakla tüm müteselsil sorumlular hakkında zamanaşımı kesilmiş olacağından, bu konuda ayrıca bir hesaplama ve inceleme yapılmasına gerek olmayacaktır. Bununla birlikte, yukarıda değindiğimiz üzere, ibra kararının varlığı hâlinde uygulanması söz konusu olan altı (6) aylık hak düşürücü süre (TTK m. 558/2) bakımından benzer bir hüküm bulunmadığından, değişikliğin yapıldığı tarihte altı (6) aylık sürenin geçmiş olup olmadığına bakılacaktır.

İkinci durumda, davanın bir tarafında taraf sayısında bir artış meydana gelmektedir. Bu durum taraflar arasında dava arkadaşlığı oluşması şeklinde ortaya çıkmaktadır” (bkz. Yarg. HGK’nın 07.03.2019 T., 2017/21-391 E. ve 2019/271 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³⁴ “HMK’nın 124. maddesi taraf değişikliğine ilişkin düzenlemeleri içermekte olup davalılara yeni bir davalı eklenmesi bu maddeye göre mümkün değildir” (Yargıtay 11. HD’nin 23.09.2019 T., 2018/4252 E. ve 2019/5637 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “... HMK’nın 124. maddesi, ... uygulanması halinde dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen gerçek ya da tüzel kişi davalı olmaktan çıkar yeni bildirilen gerçek ya da tüzel kişi davalı sıfatını alır. Dava dilekçesindeki kişi ile yeni bildirilen kişi davada birlikte taraf olamaz. Ayrıca usul hükümlerinde zorunlu dava arkadaşlığı dışında dahili davalı yolu ile davaya davalı eklenmesi mümkün değildir” (bkz. Yarg. 9. HD’nin 26.03.2018 T., 2017/5389 E. ve 2018/6209 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³⁵ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taş Korkmaz, s. 204 vd.

⁸³⁶ Taş Korkmaz, s. 216-219; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 654 vd.

III- Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale (Asfî Müdahale – Fer’î Müdahale)

Davacı, müteselsil sorumluluk ilkesi⁸³⁷ (TTK m. 553) uyarınca, dilediği sorumlu ve sorumlulara karşı dava açmakta serbest olup, tüm sorumlulara karşı husumet yönetebileceği gibi, bir veya birkaç yönetim kurulu üyesi ve yöneticiye karşı da dava açabilir. Kendilerine karşı dava açılan kimseler (davalılar), hakkında dava açılmayan diğer sorumluların da davaya dâhil edilmesini talep edemezler, müteselsillik ilkesi buna engeldir⁸³⁸. Davalıların başvurabilecekleri tek yol, kendilerine yöneltilen sorumluluk davasının, davada hasım olarak gösterilmeyen sorumlulara ihbar edilmesini (HMK m. 61 vd.) talep etmektir⁸³⁹. İhbar, şüphesiz ki, kendilerine ihbar yapılan kimseleri davanın tarafı hâline getirmeyecek, sadece, ileride sorumlular arasındaki iç ilişkide dikkate alınacaktır. İhbar üzerine, dava dışı yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin davalıların yanında davaya katılmaları (fer’î müdahalede bulunmaları) durumunda, HMK m. 66-69 hükümleri uygulanacaktır⁸⁴⁰. Esasen, ihbarın amacı da, üçüncü kişilerin davaya fer’î müdahil olarak katılmalarını sağlamak ve bu kimselerin fer’î müdahale talebinde bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın, ileride açılacak bir rücu davasında HMK m. 69’da öngörülen müdahalenin etkisinin⁸⁴¹ bu üçüncü kişiler bakımından doğmasını sağlamaktır⁸⁴² (HMK m. 64, 69).

⁸³⁷ Canyürek, s. 13-15.

⁸³⁸ Altay, **Yetki Devri**, s. 326; bu durumun müteselsil borçluların “*tartışma def’i*”nin bulunmadığı anlamına geldiği yönünde bkz. Canyürek, s. 27.

⁸³⁹ Altay, **Yetki Devri**, s. 328; davanın ihbarı hakkında ayrıntılı bilgi için ve ayrıca ihbarın işlevinin üçüncü kişilerin davaya fer’î müdahil olarak katılmalarını sağlamak ve ileride açılacak bir rücu davasında HMK m. 69’da düzenlenen müdahalenin etkisinin bu kimseler bakımından doğmasını sağlamak olduğu yönünde bkz. Murat Atalı, **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 41 vd.

⁸⁴⁰ Bu konuda bkz. Atalı, s. 112 vd.

⁸⁴¹ HUMK döneminde ihbarın etkisi konusunda 51. maddede, “*Üçüncü şahıs ihbar eden kimsenin makamına kaim olarak davayı takip veya davaya müdahale eylemediği halde bu hususu ihbar eden kimse davada bulunmağa mecburdur. Şu kadar ki ihbar tarihinden itibaren üçüncü şahsa karşı yalnız hilesinden veya ağır kusurundan mesuldür*” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. HMK’da ise, ihbar edilen davada verilen hükmün ihbar eden kişiye etkisi hakkında 69. maddenin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir (HMK m. 64). eTTK döneminde ihbarın etkisi, bunun hukukî niteliği, kapsamı ve şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, s. 141 vd. HMK’ya göre fer’î müdahalenin ve dolayısıyla ihbarın etkisi konusunda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, b, bb.

⁸⁴² Davada alacaklıya karşı mahkûm olan müteselsil borçlunun davayı diğer müteselsil borçlulara ihbar etmişse hükme (mahkeme kararına) istinaden bunlara karşı bir rücu hakkı kullanabileceği, davanın diğer borçluları ihbarı yoluyla rücu hakkının “*daha emin kılınabileceği*” yönünde bkz. von Tuhr, s. 799 dn. 78 ve s. 805; davanın ihbarının, üçüncü kişinin davaya fer’î müdahil olarak katılmasını sağlama ve ayrıca müdahalenin etkisinin doğması amacını taşıdığı yolunda ayrıca bkz. Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 739; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 999; Üstündağ, **Usûl**, s. 384; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 269; ihbarın amacı konusunda ayrıca bkz. Atalı, s. 42 vd.; Umar, s. 232, 240; Yılmaz, **Şerh**, s. 1317; Tanrıöver, s. 572; sorumluluk sürecinde, davanın üçüncü kişiye ihbarının etkili bir savunma seçeneği sunduğu, ihlâl

Ayrıca, davalı kimselerin, sorumluluk sigortası yaptırmış olmaları hâlinde, sigorta şirketine davayı ihbar etmeleri de mümkündür⁸⁴³. Zîra, hukukumuzda sigorta teminatının kapsamına yöneticinin görevini yerine getirirken kusuruyla sebebiyet verdiği zararlar nedeniyle mahkûm olduğu tazminat ile yargılama giderleri girmektedir⁸⁴⁴. Bu itibarla, davalıların sorumluluk davasını sigorta şirketine ihbar etmekte de açık menfaatleri vardır.

Diğer yandan, pay sahibinin sorumluluk davası açmış olması hâlinde, zarara uğrayan ortaklığa davacı yanında davaya katılmak üzere ihbarda bulunulması da mümkündür⁸⁴⁵. Zîra, sorumluluğun unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini kanıtlamaya yarayacak deliller çoğunlukla ortaklık nezdinde bulunduğu gibi, dava sonunda hükmedilecek tazminatın ortaklığa ödenmesine karar verileceğinden ortaklığın davanın kabulünde menfaatinin bulunduğu açıktır.

Davanın ihbarı ve usûlü⁸⁴⁶, HMK m. 61-64 hükümlerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olup, buna göre ihbar üzerine davaya katılma, davacı yanında olabileceği gibi, davalı yanında katılma şeklinde de gerçekleşebilir. İhbar yazılı olarak yapılır (HMK m. 62); ancak, ihbarın, mahkeme aracılığıyla yapılması zorunlu olmayıp, dava dışında gönderilecek bir ihtarla da yapılması mümkündür⁸⁴⁷. Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan tarafın yanında davaya katılabilir ve fer'î müdahilin durumuna (HMK m. 64, 69) tâbi olur⁸⁴⁸.

Diğer yandan, HMK'da, davaya müdahalenin iki şekilde gerçekleşebileceğini öngörülmüş olup; bunlardan birincisi aslî müdahale (HMK m. 65) ve diğeri de fer'î müdahaledir (HMK m. 66 vd.). Bu bağlamda hemen belirtelim ki, hukukumuzda,

ve zararlar ilgili dava dışı kişilerin böylece sürece dâhil olmaya zorlanabileceği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 105.

⁸⁴³ Fatih Kösekaya, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Ankara 2013, s. 126.

⁸⁴⁴ Demirkan, s. 16-17.

⁸⁴⁵ Alman hukukunda, şirketin, pay sahibi tarafından açılacak sorumluluk davasına ilişkin kabul prosedürüne ve davanın kendisine, hakları etkilenebilecek ilgili (davaya taraf olmayan) bir üçüncü şahıs olarak davet edileceği AktG, 148 (2)'de düzenlenmiş olup, bu konuda bkz. Paul, s. 98.

⁸⁴⁶ İhbarın şartları ve usûlü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, s. 71 vd.

⁸⁴⁷ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 758; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1002; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 331; Üstündağ, **Usûl**, s. 385; Atalı, s. 94; Umar, s. 236; Yılmaz, **Şerh**, s. 1323; Tanrıöver, s. 573; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 402-403; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 269.

⁸⁴⁸ Bu konuda bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1006; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 331.

ortaklığın, pay sahipleri tarafından şirket zararı için açılmış sorumluluk davalarına kendisi tarafından devam edilmesini (bir anlamda davayı devralmasını) talep etmesine imkân tanınmamıştır⁸⁴⁹. Zîra, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere⁸⁵⁰, pay sahibinin dava hakkı bir maddî hak niteliğinde olup, ortaklığın dava hakkından bağımsız ve farklıdır. Diğer bir deyişle, pay sahibi dava açmakla, her ne kadar tazminatın ortaklığa verilmesini talep etmekte ise de, ortaklığın dava hakkını kullanmış veya ortaklık adına dava açmış olmamakta, bilâkis bizzat sahip olduğu talep hakkını (maddî hakkı) kullanmış olmaktadır.

Aslî müdahale⁸⁵¹, başlı başına bir dava olup, HMK m. 65'e göre, dava konusu hak üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden kimse (üçüncü kişi), bu durumu ileri sürerek hüküm verilinceye kadar yargılamanın taraflarına karşı⁸⁵² aynı mahkemede dava açabilir. Aslî müdahale davası, asıl dava ile birlikte yürütülür ve karara bağlanır⁸⁵³. Bununla birlikte, bu dava bağımsız bir dava olup⁸⁵⁴, mahkemece yargılama giderleri de dâhil olmak üzere eksiksiz ayrı bir hüküm tesis edilir, ayrıca asıl davadan feragat edilmesi bu davanın görülmesine engel teşkil etmez.

⁸⁴⁹ Aslî müdahale kurumu ile örtüşmemekle birlikte, 2006 tarihli İngiltere Şirketler Kanunu'nun 264. maddesinde, bir pay sahibinin şirket veya başka bir pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasına, yargılama sürecinin kötüye kullanılması, davanın özenle takip edilmemesi gibi hâllerde kendisi tarafından devam edilmesini izin verilmesini mahkemeden talep edebileceği düzenlenmiş olup, bu konuda bkz. bkz. Paul, s. 91-92.

⁸⁵⁰ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

⁸⁵¹ Aslî müdahale konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1995, s. 22 vd.; İsmet Mazlum, **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 25 vd.; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 767 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 989 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 381 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 325-326; fer'î müdahale ve aslî müdahale arasındaki başlıca farklar için bkz. Tanrıöver, s. 570-572; Yılmaz, **Şerh**, s. 1332; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 392-393.

⁸⁵² Aslî müdahale davasının davacısı üçüncü kişi iken, davalıları da asıl davanın davacısı ve davalılarıdır. Bu bağlamda, asıl davanın davacısı ile davalıları şekli zorunlu dava arkadaşı olup, bunlardan sadece birine karşı aslî müdahale davasının açılmasına imkân yoktur; bu konuda bkz. Mazlum, s. 47, 167, 184-185, 190, 286; Tanrıöver, s. 563; şekli zorunlu dava arkadaşlığı kavramı için ayrıca bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 705 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 943 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 1291 vd; buna karşılık aslî müdahale davasının ilk davanın taraflarından sadece birine karşı da açılabilmesi, ilk davanın taraflarının aslî müdahale davası bakımından ihtiyarî dava arkadaşı konumunda bulundukları yönünde bkz. Özkes, s. 67-69.

⁸⁵³ Bu konuda bkz. Mazlum, s. 204 vd.; buna karşılık, mahkemenin iki davayı birlikte inceleyebilecek olmakla birlikte aslî müdahale davasını ilk dava bakımından ön sorun yapabileceği yönünde bkz. Özkes, s. 75.

⁸⁵⁴ Aslî müdahalenin gerçekte bir müdahale olmayıp, bağımsız bir dava olduğu konusunda bkz. Özkes, s. 45 vd.; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 768; Üstündağ, **Usûl**, s. 381; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 991 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 325; Mazlum, s. 25, 123, 167, 192, 283; Tanrıöver, s. 562-563; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 389, 391; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 273.

Aslî müdahalenin sorumluluk davası bakımından nasıl ortaya çıkabileceğine gelince, öncelikle ifade etmek gerekir ki, açılmış bir sorumluluk davasına, kim tarafından açılmış olursa olsun, pay sahipleri aslî müdahale talebinde bulunamayacaklardır. Zîra, “*dava konusu hak üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia etme*” koşulu⁸⁵⁵, bu kişiler bakımından söz konusu değildir. Pay sahipleri, münferiden, asıl ve bağımsız olarak dava hakkına sahiplerse de, ikâme ettikleri davada kendilerinin değil, ortaklığın zarara uğradığını iddia etmekte ve tazminatın şirkete verilmesini istemektedirler. Diğer bir deyişle, sorumluluk davasının konusu ortaklığın alacak hakkı olup, pay sahipleri sadece bunun ortaklığa verilmesini talep etme konusunda bir maddî hakka sahiptirler. Bu nedenle, şirketin zarara uğradığını ileri sürerek tazminatın ortaklığa verilmesini talep etmesi söz konusu olan pay sahiplerinin şirket zararının tazmini için aslî müdahale davası ikâme edemeyeceklerini öncelikle tespit etmek gerekir.

Bu durumda, aslî müdahale talebinde bulunması değerlendirilebilecek kişi, zarara uğrayan anonim ortaklıktır⁸⁵⁶. Ortaklığın böyle bir talepte bulunması hâlinde, asıl davaya konusu edilen hakkın (tazminatın) kendi adına tahsiline karar verilmesini talep etmesi söz konusu olacaktır. Ancak, konu daha yakından incelendiğinde, esasen, aslî müdahaleye tam uymayan bir durumun bulunduğu görülmektedir. Zîra, aslî müdahale kurumunda, aslî müdahil, ilk davacı ve davalıyı hasım (davalı) göstermek suretiyle açtığı aslî müdahale davasında, dava konusu edilen hakkın davacıya değil, kendisine ait olduğunu ileri sürerek⁸⁵⁷ asıl davanın reddine ve kendi aslî müdahale davasının kabulüne karar verilmesini talep etmektedir (HMK m. 65).

Gerçekten, aslî müdahale davasının açılabilmesi için, ilk (asıl) davanın taraflarının talebiyle çelişen bir talebin bulunması, diğer bir deyişle asıl davaya konu hak üzerinde aslî müdahilin bir hak iddia etmesi gerekir, aksi takdirde, hukukî yararın

⁸⁵⁵ Bu koşul hakkında bkz. Özkes, s. 35 vd.; Mazlum, s. 150 vd.

⁸⁵⁶ Alman hukukunda, şirketin iki aşamalı sürecin herhangi bir noktasında davayı kendisinin takip edeceğini ileri sürebileceği ve davayı devralabileceği, ancak iddianın şirket tarafından özenli bir şekilde kovuşturulmasını sağlamak için mevcut dilekçe sahipleri veya davacıların, hakları etkilenebilecek ilgili üçüncü taraf olarak yargılamaya davet edilecekleri AktG, 148 (3)’de düzenlenmiş olup, bu konuda bkz. Paul, s. 101.

⁸⁵⁷ Aslî müdahil ile ilk davanın taraflarının taleplerinin bağdaşmaması, yani çatışması gerektiği yolunda bkz. Özkes, s. 36-37; Aslî müdahale davacısının ilk davaya konu olan hak üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia etmesi ve ayrıca bunun sonucu olarak ilk davanın taraflarının söz konusu hak üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olmadığını ileri sürmesi gerektiği yolunda bkz. Mazlum, s. 160; aynı yönde bkz. Yılmaz, *Şerh*, s. 1331; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 389.

bulunmadığı sonucuna varılır⁸⁵⁸. Buna karşılık, sorumluluk davasına karşı aslî müdahalenin kabulü hâlinde, asıl sorumluluk davasının davacısı, dava dilekçesinde, tazminatın kendisine değil, dava dışı şirkete verilmesini talep ettiğinden, her iki davanın talep sonuçları birbiriyle çelişmemektedir ve bu nedenle, pay sahibinin (asıl davacının) aslî müdahale davasının davalısı olmaması gerekecektir. Diğer yandan, aslî müdahale davasının mümkün olduğu kabul edilirse, asıl davanın davacısı pay sahibi aleyhine bir hüküm verilmesi de söz konusu olamayacak, koşulları varsa tazminat ödemeye sadece yönetim kurulu üyeleri ile sorumlular mahkûm edileceklerdir. Ayrıca, sorumluluk davasının davalıları da ancak TTK m. 553/1’de öngörülen sorumlular çevresine dâhil kimseler olabileceğinden, pay sahiplerinin aslî müdahale yoluyla açılacak sorumluluk davasında taraf (davalı) olarak yer almaları davanın niteliğine de uygun düşmemektedir. Oysa, ilk davanın davacısı ile davalısı aslî müdahale davasında davanın açılışı bakımından zorunlu (mecburî) dava arkadaşı konumundadırlar⁸⁵⁹. Zîra, ilk davada davacı kendi adına bir hak ileri sürdüğünden, aslî müdahalede bulunan kişinin ilk davanın hem davalısına ve hem de davalısına karşı bir hüküm elde etmekte ve böylece uyuşmazlığı hak iddia eden tüm kişiler bakımından çözüme bağlamakta hukukî yararı vardır. Buna karşılık, sorumluluk davasında davacı tazminatın ortaklığa verilmesini talep ettiğinden, ortaklığın ilk davanın davacısına karşı aslî müdahale davası açmakta hukukî yararı yoktur. Tüm bunlardan öte, davacı pay sahibinin, dava dışı şirketin uğradığı zararın tazminini talep etmek doğrultusunda bir aslî ve bağımsız bir hakkı vardır: Bu istem davacının kendi malvarlığını ilgilendirmiyor gibi gözükse de, aslında pay sahibinin uğradığı yansıma zararı gidermeye hizmet etmektedir. Buna göre, ortaklığın müdahalesinin de aslî müdahale kurumuna uymadığı kanısındayız. Esasen, aslî müdahale ile ulaşılmak istenen amaca, ortaklığın ve pay sahiplerinin

⁸⁵⁸ Özekes, s. 37; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 770; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 992; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 325.

⁸⁵⁹ İlk davacı ile davalı arasında mecburî dava arkadaşlığı bulunduğu, ancak bunun sadece davanın açılışı bakımından söz konusu olup birlikte hareket etme ve onlar hakkında aynı kararın verilmesi zorunluluğu getirmediği yönünde bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 771; ilk davanın davacısı ile davalısı arasında şeklî bakımdan mecburî dava arkadaşlığı bulunduğu yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 993; aynı yönde bkz. Mazlum, s. 47, 167, 184-185, 190, 286; Tanrıöver, s. 563; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 391; bu yönde ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 274; buna karşılık, ilk davanın taraflarının aslî müdahale davası bakımından ihtiyarî dava arkadaşı konumunda bulundukları ve aslî müdahale davasının ilk davanın taraflarından sadece birine karşı da açılabileceği yönünde bkz. Özekes, s. 67-69.

birbirlerinden ayrı olarak açacakları davaların birleştirilmesi suretiyle de ulaşılması mümkündür⁸⁶⁰.

Diğer yandan, üçüncü kişilerin dava konusu şey üzerinde bir hak iddia etmeden, davayı kazanmasında hukukî menfaatleri bulunan tarafın yanında ona yardımcı olmak üzere davaya katılmaları da mümkündür. Bunun yolu, fer'î müdahale (HMK m. 66-69) olup⁸⁶¹; böyle bir müdahale, davacı veya davalının davayı üçüncü bir kişiye ihbar etmesi (HMK m. 61-64) üzerine gerçekleşebileceği gibi, doğrudan üçüncü kişinin talebi ile de gerçekleşebilir. Fer'î müdahalenin etkisi⁸⁶² (HMK m. 69), özellikle rücu ilişkileri bakımından kendisini gösterir ve bu bakımdan da önemlidir. Şöyle ki; fer'î müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenilmez. Ancak, müdahil, kendisine zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürüp kendisine karşı yöneltilcek rücu taleplerine karşı savunmada bulunabilir (HMK m. 69).

Fer'î müdahale davacı yanında olabileceği gibi davalı yanında da olabilir. Sorumluluk davası sadece bir kısım davalı aleyhine açılmışsa, davalılar yukarıda belirttiğimiz gibi, taraf gösterilmeyen diğer sorumlulara (yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere) davayı ihbar edip fer'î müdahalede bulunmalarını isteyebilirler ve hatta, fer'î müdahalenin belirttiğimiz etkisi nedeniyle, ileride açacakları rücu davasında herhangi bir sorunla karşılaşmamak için bunu yapmalıdırlar. Gerçekten, her bir davalı, aleyhlerine bir tazminata hükmedilmesi hâlinde, mahkemece müteselsil sorumluluk bağlamında belirlenecek zararın tamamının ödenmesinden dolayı sorumlu olacağından ve tazminatın tamamını ödemek durumunda kalan davalının sorumluluk davasının tarafı olmayan diğer sorumlulara karşı açacağı rücu davasında, sorumluluk

⁸⁶⁰ Aslî müdahale davası açılmasının davaların birleştirilmesine nazaran daha rasyonel bulunduğu ve usûl ekonomisine (HMK m. 30) daha uygun bir yol olduğu konusunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 325; bu konuda ayrıca bkz. HMK m. 65'e ilişkin madde gerekçesi; Özkes, s. 16-17.

⁸⁶¹ Fer'î müdahale konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, **Medenî Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 21 vd.; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 716 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 979 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 375 vd.; Umar, s. 243 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 1343 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 383 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 261 vd.

⁸⁶² Müdahalenin etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 351 vd.

davasında verilen hükmün doğruluğunun tartışılmasını engellemek için, bu kimselere zamanında davayı ihbar etmesi büyük önem taşıyacaktır. Zîra, aşağıda inceleyeceğimiz üzere⁸⁶³, sorumluluk davasında verilen hüküm rücu davası bakımından kesin hüküm teşkil etmez ise de HMK m. 69 uyarınca, asıl davada verilen hükmün yanlışlığı iddiası rücu davasında dinlenmez.

Ayrıca, sorumluluk davası, ister ortaklık tarafından, isterse pay sahipleri tarafından açılmış olsun, dava açma hakkına sahip olup da dava açmamış olan kimseler açılmış olan davaya davacı yanında fer'î müdahale talebinde bulunabilirler⁸⁶⁴. İbra kararı, ibraya olumlu oy vermiş olma, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçmiş olması gibi hususlar, kanımızca fer'î müdahale talebinde bulunulmasına engel değildir. Zîra, davanın kazanılıp ortaklık zararının ve pay değerlerinde yansıma yoluyla yaşanan eksilmenin giderilmesinde bu kimselerin hepsinin ortak menfaatinin bulunduğu açıktır. Bu bağlamda, ancak iflâstan sonra ve iflâs idaresinin dava açmaması koşuluna bağlı olarak kendilerine dava hakkı tanınmış olan alacaklıların dahi, iflâstan önce ortaklık veya pay sahipleri tarafından açılmış olan davaya fer'î müdahale talebinde bulunmalarına hukuken bir engel olmadığı kanısındayız.

Benzer şekilde, kendi adına sorumluluk davası açmayan ortaklığın da, pay sahipleri tarafından açılmış bir davaya fer'î müdahale talebinde bulunabileceğini belirtmek gerekir. Esasen, pay sahibinin açtığı sorumluluk davası sonucunda yargılama giderlerinden ortaklığın sorumlu tutulabileceğinin TTK m. 555/2'de düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında, ortaklığın davaya katılmakta bu yönden de hukukî yararının bulunduğu açıktır⁸⁶⁵. Bu bağlamda, ortaklığın ibra nedeniyle dava hakkının bulunmaması veya dava hakkının zamanaşımına uğramış olması da fer'î müdahale talebinde bulunmasına hukuken engel değildir⁸⁶⁶. Bu durumda, ortaklık,

⁸⁶³ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, b.

⁸⁶⁴ Özkes/Seven/Meriç, s. 185.

⁸⁶⁵ İsviçre hukukunda, usûlî açıdan bakıldığında, şirketin fer'î müdahale hakkına sahip olduğu ve yargılama giderlerinden sorumlu tutulacaksa bu konuda hukukî dinlenilme hakkına sahip bulunduğu yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 14; şirketin, masrafları karşılama konusunda dinlenilme hakkına sahip olduğu ve şirketin dava konusu hakkında görüş ifade etmek isterse, fer'î müdahale kurumundan yararlanarak bunu yapabileceği yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 12; fer'î müdahalede hukukî yarar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 150 vd.; yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin TTK m. 555/2 dikkate alınarak dava dışı ortaklığa davanın re'sen ihbar edilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Köprücü, s. 183, 218.

⁸⁶⁶ Pekcanitez/Meriç, Yargıtay 11. HD'nin 13.10.1982 tarih ve 3701/3876 sayılı kararında genel kurul kararının iptali davalarında pay sahiplerinin ayrı dava açma hakkına sahip bulunmaları ve fer'î müdahale ile aynı amacı dolaylı yoldan elde etmeye yönelmiş olmaları nedeniyle müdahale taleplerine

davacı yanında davaya katılmış olacak, bununla birlikte ortaklık müstakil işlemlerde bulunamayacak, örneğin karara karşı tek başına istinaf veya temyiz kanun yollarına başvuramayacak ve davacının davadan feragat etmesi hâlinde buna itiraz edemeyecek ve davanın devamını sağlayamayacaktır⁸⁶⁷. Bu varsayımda (fer'î müdahalede), karar aynı şekilde tazminat şirkete ödenmek üzere davacı pay sahibi adına tesis edilecek ve bu kararı davacı icraya koyabilecektir. Bu bağlamda değinilmesi gereken diğer bir varsayım da, davacı pay sahibinin ihbarda bulunmasına rağmen veya davalı ihbarda bulunmuş olsa dahi, ortaklığın davalı yanında davaya katılıp katılamayacağıdır. Ortaklığın davalı tarafından kendisine ihbarda bulunulmuş olsa dahi, davalı yanında davaya fer'î müdahalede bulunmasının mümkün olmadığı kanısındayız. Zîra, fer'î müdahalenin ancak hukukî yararın varlığı koşuluyla yapılabileceği HMK m. 66/1'de açıkça düzenlenmiş olup, ortaklığın hukukî yararı, davayı davacının kazanması, diğer bir deyişle davanın kabulüne ve şirket zararının giderilmesine karar verilmesi yönündedir.

ETTK döneminde, anonim ortaklık genel kurulunda çoğunluğun ibraya ve dava açılmamasına karar vermiş olmasına rağmen esas sermayenin yüzde onuna sahip azınlığın (pay sahiplerinin) ibraya olumsuz oy vermesi hâlinde, çoğunluğun kararına rağmen şirketin sorumluluk davası açmak zorunda olduğu ve bu hâlde azınlığın ortaklığın vekili dışında ayrıca bir vekil tayin etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş (eTTK m. 341); öğretide de, azınlığın ortaklığın açtığı davaya bir vekil tayin etmek suretiyle katılmalarının bir fer'î müdahale mi teşkil ettiği, yoksa bundan öte bir durum mu olduğu tartışılmıştı⁸⁶⁸. Ancak, söz konusu hüküm TTK'ya alınmamış olup, bu nedenle bu konudaki tartışmanın bir önemi kalmamıştır. Bu durumda, ibraya olumsuz oy veren pay sahiplerine tanınan dava hakkının bağımsız niteliği de dikkate alınarak,

olumsuz yaklaşıldığını belirterek bu içtihamı eleştirmişler, fer'î müdahale talebinin aynı amacı elde etmek için olmasının doğal olduğunu, ayrıca maddî hukuk düzenlemesinde fer'î müdahale için bir süre öngörülmediğini ifade etmişlerdir; bkz. s. 178.

⁸⁶⁷ “Üçüncü şahsın iki taraftan birinin yanında katılmak üzere davaya müdahalesi, yani ferî müdahale H.U.M.K.nun 53. vd maddelerinde düzenlenmiş olup, aynı Yasanın 57. maddesinin 1. cümlesi uyarınca ferî müdahil, lehine müdahale ettiği taraf ile birlikte hareket edebilir. P... S...A... A.Ş. kayımları, davacılar yanında davaya katılmış olup davacılar ise kararı temyiz etmemiştir. Ferî müdahilin tek başına kararı temyiz etme yetkisi bulunmadığından P... San. Akaryakıt A.Ş. kayımlarının temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 16.06.2011 T., 2009/14436 E. ve 2011/7339 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶⁸ Bu konuda ve ayrıca “azınlıklar vekili”nin kanunda özel olarak düzenlenmiş bir “asli müdahil” olduğu yolundaki görüş için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 119-120; söz konusu durumun fer'î müdahaleden “öte bir durum” olduğu yolundaki görüş için bkz. Postacıoğlu, s. 999 vd.; eTTK m. 341'de azınlığın vekil tayin etmesinin ihtiyarı olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, azınlığın oyuyla dava açılan hâllerde vekil tayininin gerekli olduğu yönünde bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 118 vd.

bu kişilerin diğer hak sahiplerinden bağımsız olarak dava açabilecekleri gibi, açılan davalara yaptıkları müdahale taleplerinin “*fer’î müdahale*” niteliğini taşıdığı konusunda tereddüt duyulmamak gerekir.

IV- Dava Hakkının Kullanılma Yöntemi ve Geçici Hukukî Koruma Önlemleri

TTK m. 555/1 ve m. 556/1’de, anonim ortaklık zararının tazmin edilmesini isteme hakkından bahsedilmiş olup, zararın hangi yollarla talep edilebileceği konusunda sınırlayıcı bir hüküm veya ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, kanımızca zararın tazmini için medenî usûl ve icra iflâs hukukunun tanıdığı tüm imkânlardan yararlanılması mümkündür⁸⁶⁹. Diğer yandan, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bağlamında ihtiyatî tedbir, delil tespiti, kayyım atanması gibi geçici hukukî koruma önlemlerine başvurulması ihtiyacı da söz konusu olabilir. Bu bölümde, tüm bu hukuki yol ve ihtiyaçlar ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, anonim ortaklığın zararının tazmini için açılacak sorumluluk davasının görünüm biçimi ve içeriği, maddî vâkıalara bağlı olarak farklılık gösterir⁸⁷⁰. Şöyle ki; yönetim kurulu üyelerine karşı kişisel sorumluluklarından bahisle açılan tazminat davası (TTK m. 553, m. 555), yönetim kurulu üyelerinin verdiği zararın anonim ortaklık tarafından tazmin edilmesi nedeniyle zarar veren kişilere karşı açılan rücu davası (TTK m. 371/5), “*şirketle işlem yapma yasağı*”na aykırı davranılması hâlinde işlemin butlanının ileri sürülmesi ve bu bağlamda zararın giderilmesi için açılan dava (TTK m. 395), rekabet yasağına aykırılık hâlinde öngörülen yaptırımların uygulanması konusunda açılan dava (TTK m. 396) sorumluluk davasının birer görünüm biçimidir⁸⁷¹. Bu bağlamda, yönetim kurulu

⁸⁶⁹ Amerikan Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, eyaletlerde de eşdeğeri bulunan 23.1.a bölümünde, “*şirketin veya kuruluşun gerektiği gibi iddia edebileceği ancak ileri sürmediği bir haktan (a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce)*” şeklinde bir düzenlemenin yer aldığı, buna karşılık davanın niteliği hakkında hiçbir şey söylemediği, buna göre ABD’de yasal olarak türev bir davanın her türlü dava olabileceği yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 876.

⁸⁷⁰ Bu konuda bkz. Üçışık/Çelik, s. 550-551.

⁸⁷¹ Bu konuda bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 262-263; ayrıca, TTK m. 371 uyarınca şirketi bağlayıcı şekilde işletme konusu dışında işlem yapan yöneticiye karşı şirketin rücu hakkına sahip olduğu konusunda bkz. TTK m. 371’in gerekçesi ile ayrıca Yıldız, s. 116 ve 129; yönetim kurulu üyelerinin işledikleri haksız fiiller nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalan şirketin üyelerine karşı rücu hakkına sahip olduğu konusunda bkz. **Mimaroglu**, s. 26, 46, 84-85; sorumluluk davasının rücu davası olarak açılabilmesi yönünde bkz. Canöz, s. 199.

üyelerinin TTK m. 395/2’te düzenlenen şirkete borçlanma yasağını ihlâl etmeleri hâlinde, alacaklıların sahip olduğu dava hakkı da özel bir sorumluluk hâli teşkil etmektedir. Zîra, bu hükümde şirket alacaklılarının bu kişileri şirkete borçlandıkları veya şirketin yükümlendirildiği tutar için doğrudan takip etmelerine olanak tanınmıştır.

A- Eda Davası

Sorumluluk davası ister ortaklık tarafından ister pay sahipleri tarafından olsun, kural olarak eda davası şeklinde açılabilir. Eda davası, HMK m. 105’te düzenlenmiş olup, buna göre davacı mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep eder⁸⁷². Her eda hükmü öncelikle bir tespit hükmü içereceğinden⁸⁷³, davada, çoğu zaman öncelikle kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edildiğinin ve zararın varlığının tespiti ve daha sonra da uygun nedensellik bağı ve kusur unsurlarının da mevcut bulunması şartıyla zararın hesaplanarak tazminatın sorumlu davalı veya davalılardan alınarak şirkete ödenmesi söz konusudur.

Eda davasında talep konusu zarar miktarının (talep sonucunun) tam ve kesin olarak gösterilmesi gerekli olup, talep sonucunun belirli olması ve hükmün de buna uygun verilmesi, ilâmın icraya konulması durumunda⁸⁷⁴ (İİK m. 32 vd.) herhangi bir tereddüt yaşanmasının da önüne geçecektir⁸⁷⁵. Bununla birlikte, eda davası, zararın toplam miktarı gösterilmek suretiyle zararın tamamı için açılabileceği gibi, zararın belli bir kısmı için kısmî dava (HMK m. 109) şeklinde de açılabilir. Kısmî dava açılan hâllerde de mahkeme farklılaştırılmış teselsül ilkesini uygulayacak, ancak, hükmünü “*taleple bağlılık*” (HMK m. 26) ilkesini dikkate alarak tesis edecektir. Bu konuda, zararın tamamının dava edilip hâkimin her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirlemesinin talep edilebilmesi imkânının (TTK m. 557/2) kısmî davalarda uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelebilir. Zîra hükmün lafzında “*zararın*

⁸⁷² Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 960; Kuru, **Usûl El Kitabı - Cilt 1**, s. 399; Üstündağ, **Usûl**, s. 314 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 238.

⁸⁷³ Baki Kuru / Ali Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 69; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 970-971; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 400-401, 404-405, 413; Üstündağ, **Usûl**, s. 334; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 249; Umar, s. 309; Tanrıver, s. 582, 585; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoglu, s. 273; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 328.

⁸⁷⁴ Hükmü icraya koyma yetkisi konusunda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III.

⁸⁷⁵ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 961.

tamamı” ifadesine yer verildiği gibi madde gerekçesinde zararın tamamının “*merkez kavram*” olduğu ve bundan zarar verenlerin tek başlarına veya birlikte verdikleri zararların toplamının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ifadeler ilk bakışta tereddüt uyandırmakla birlikte, kanımızca kısmî davada da TTK m. 557/2 hükmünün uygulanması mümkün görülmelidir. Şöyle ki, hükmün amacı, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, davacıyı TTK m. 557/1 hükmünde öngörülen farklılaşmayı yapma külfetinden kurtarmaktır. Diğer bir deyişle, davacının, sorumluların kusurlarının derecesini ve diğer bireysel indirim sebeplerini dikkate alıp farklılaştırılmış teselsül hesabı yapmadan sorumluluk davasını açabilmesine olanak tanımak üzere bu hüküm getirilmiştir⁸⁷⁶. Bu ihtiyacın kısmî dava için de geçerli olduğunda kuşku yoktur. Gerçekten, zararın belli bir kısmının tahsilinin talep edilmesi hâlinde de farklılaştırılmış teselsül hesabının yapılması davacı için büyük güçlük teşkil edecektir. Hükümde geçen ve gerekçede vurgulanan zararın tamamı kavramı da kısmî dava açılmasına ve hükmün uygulanmasına engel değildir. Zîra bu ifade ile kastedilen, davacının tek başına veya birlikte verdikleri zararların tamamını dava konusu etmiş olmasıdır, yoksa bu zararın parasal (miktar) olarak talep edilmiş olması değildir. Buna göre, ortaklığa verilen zararların tamamını dava konusu yapıp, şimdilik bunun sadece belli bir tutarının tazminini isterken TTK. m. 557/2 hükmünden yararlanabilecektir. Bu durumda, TTK m. 557/2 uyarınca mahkemece zarar iddialarının tamamı incelenecek ve davalıların farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre belirlenecek sorumluluk oranlarına göre kısmî davaya konu teşkil eden miktarın tahsiline bu çerçevede ve taleple bağlılık ilkesi de dikkate alınarak karar verilecektir. Ayrıca belirtelim ki, kısmî davada da farklılaştırılmış teselsül ilkesi ve ayrıca yargılama giderleri hakkında kanunun sağladığı özel imkân (TTK m. 555/2) aynen uygulanacaktır. Kısmî dava açılması hâlinde, zamanaşımı (TTK m. 560) ve hak düşürücü süre (TTK m. 558) içinde ıslah yapılması veya ek dava açılması gereklidir⁸⁷⁷. Ancak, hak düşürücü süre ile zamanaşımının kısa olması nedeniyle, özellikle zarar miktarının tam ve kesin olarak belirlenemediği hâllerde kısmî sorumluluk davası açılmasının davacı yararına olmadığı kanısındayız⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ Bkz. TTK m. 557/2’ye ilişkin madde gerekçesinin birinci paragrafı.

⁸⁷⁷ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1008; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 432; Tanrıver, s. 594.

⁸⁷⁸ Bu konuda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 241.

B- Tespit Davası

HMK m. 106 uyarınca, hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi amacıyla tespit davası⁸⁷⁹ açılması mümkün olup, maddî vâkıaların ise, tek başlarına tespit davasına konu olmaları mümkün değildir (HMK m. 106/3). Sorumluluk davasının konusu ise, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi nedeniyle ortaya çıkan anonim ortaklık zararının tazminidir. Bu bakımdan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi bir maddî vâkıa olup, tek başına bunun tespiti için dava açılması mümkün değildir, zira ihlâl iddiası HMK m. 106’da tespiti öngörülen “*hak*” veya “*hukukî ilişki*” değildir. Bununla birlikte, ihlâl nedeniyle ortaya çıkan şirket zararının ve sorumluların tespiti yolundaki bir talebin, hakkın varlığının tespiti kalıbına uyduğu söylenebilir. Şu kadar ki, bu durumda da, hukukî yarar unsurunun belirleyici olacağında kuşku yoktur. Zîra, eda davası (sorumluluk davası) açılabilen bir durumda tespit davası açılmasında veya eda davasında bir maddî vâkıa olarak incelenecek bir hususun tespiti amacıyla tespit davası açılmasında güncel bir hukukî yarar da görünmemektedir⁸⁸⁰. Esasen, anonim ortaklık genel kurulunda yönetim kurulu üyeleri hakkında ibra etmeme ve sorumluluk davası açılmasına karar verilen hâllerde, anonim ortaklık tarafından sorumluluk davası açılmayıp tespit davası açılmakla yetinilmesi de verilen genel kurul kararı ile bağdaşmayacaktır.

Diğer yandan, pay sahiplerinin tespit davası açabilmeleri, TTK m. 555/1 ve m. 556 hükümleri karşısında da pek mümkün görünmemektedir. Zîra mezkûr hükümlerde, şirketin uğradığı zararın tazmininin talep edilmesinden ve hatta, TTK m. 555/1’de tazminatın ancak şirkete ödenmesinin istenmesinden söz edilmektedir. Her iki hükmün de edaya (tahsile) ilişkin bulunduğu kuşku yoktur. Nitekim, öğretide de borçlar hukuku anlamında talep hakkının sadece edayı içerdiği, tespit davalarının bu kapsamda olmadığı ifade edilmektedir⁸⁸¹. Pay sahiplerine tanınan, şirket zararının

⁸⁷⁹ Tespit davasının mâhiyeti ve diğer dava türleri ile karşılaştırması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Budak, s. 68 vd.; ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 401 vd.

⁸⁸⁰ Bu konuda ve ayrıca hukukî yarar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Budak, s. 87 vd. ve 114 vd.; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 973, 980 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 402 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 332-333; Tanrıver, s. 583; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 276; maddî bir olgunun veya delilin tespiti için tespit davası açılmayacağı, buna karşılık HMK m. 400 vd. hükümlerine göre delil tespiti yoluna başvurulabileceği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 248; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 274.

⁸⁸¹ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 52.

tazminini talep hakkı, istisnâî bir imkândır ve kanunun açık hükmüne dayanmaktadır. Bu açık düzenlemeler olmasa idi, sorumluluk hukukuna ilişkin genel düzenlemelerden yola çıkarak, bu kimselere dava hakkı tanınamazdı; zîra, yansıma zararın tazmini, açık bir kanun hükmü bulunmadıkça, kural olarak mümkün değildir⁸⁸². Kanun, eda davası açmak ve zararın şirkete ödenmesini talep etmek konusunda pay sahiplerine bir hukukî yarar ve maddî hak tanımıştır. Tespit davasında ise, mahkemece bir tahsil hükmü verilmemekte, sadece sübjektif bir hakkın veya bir hukukî ilişkinin varlığı yahut yokluğu, kanun yollarından da geçtikten sonra şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil edecek şekilde tespit edilmektedir⁸⁸³. Bu bağlamda, tespit davası açılabilmesi için varlığı zorunlu bulunan hukukî yarar da pay sahipleri bakımından sorumluluk davası açılması bağlamında mevcut değildir. Çünkü, tespit davası için, davacının bir tehlike ve tereddütlü durum içinde olduğunu ve bu durumun ortaya çıkaracağı zarardan tespit davası ile korunabileceğini ispat etmesi gerekir⁸⁸⁴. Pay sahipleri içinse böyle bir hukukî yararın bulunmadığı kanısındayız. Bu nedenle gerek yükümlülüklerin ihlali gerek zararın varlığı konuları birer hak veya hukukî ilişki olmadığından ve ayrıca hukukî yarar da bulunmadığından diğer yandan TTK m. 555'te pay sahipleri bakımından sadece zararın giderilmesini talep hakkı tanındığından, pay sahiplerinin tespit davası açmalarına hukuken olanak bulunmadığı kanısındayız.

C- Belirsiz Alacak Davası

Sorumluluk davalarında zararın dava açılırken belirlenebilmesi ve rakamsal olarak ifade edilebilmesi çoğu zaman güçtür⁸⁸⁵. Bu güçlük, davacının pay sahibi olması hâlinde, bu kimselerin ortaklığın işlerine, işleyişine ve kayıtlarına yabancı ve

⁸⁸² Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 10-11, 17, 98-99, 105; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, N. 128; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 16-107; Üçışık/Çelik, s. 559, dn. 159.

⁸⁸³ Tespit davasının görevinin bir hukukî ilişkinin bulunup bulunmadığının tespiti olup, bundan öte bir işlevinin olmadığı yönünde bkz. Kuru/Budak, s. 69; ayrıca, tespit davaları sonucunda verilecek hükümlerin ilâmlı icraya konu oluşturmayaacağı yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, *Usûl*, s. 246; Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 410; Üstündağ, *Usûl*, s. 327; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 330.

⁸⁸⁴ Tespit davasının amacının hukukî belirsizliği gidermek olduğu konusunda bkz. *KURU/BUDAK*, s. 69; *Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl*, s. 961; tespit davası niteliğinde olmak üzere, tereddütlü durumların kaldırılması ve hakkın varlığı veya yokluğunun kesin hükümle tespit ettirilmesine yönelik açılan “*muarazanın önlenmesi davaları*” için bkz. Postacıoğlu/Altay, *Usûl*, s. 247; Üstündağ, *Usûl*, s. 327.

⁸⁸⁵ Nitekim, TTK m. 557/2 ile “*zararın tamamı*”nın dava konusu yapıp, hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirlemesini isteyebilme konusunda getirilen yeni imkânın sebebi de budur. Nitekim, zararın tamamının dava edilebilmesi imkânının, pay sahipleri ve alacaklıların kimin ne ölçüde zarar verdiğini bilememeleri nedeniyle ortaya çıkan eksikliği kapatmak amacıyla getirildiği, hatta anonim şirketin de dava malzemesi ve zararın paylaşılması anlamında bazı güçlüklerle karşı karşıya bulunduğu yönünde bkz. Altay, *Farklılaştırılmış Teselsül*, s. 69.

uzak olmaları nedeniyle çok daha büyüktür. Ayrıca, sorumluluk yöneltlen kişilerin ortaklığı yönetmeye devam etmeleri varsayımında, pay sahiplerinin zararın miktarından da önce, zarar doğuran iş ve işlemleri öğrenmeleri ve bu konudaki maddî vâkıa ve delillere vâkıf olmaları dahi bir hayli zor ve neredeyse imkânsızdır⁸⁸⁶. Bu nedenle, zarar doğurucu eylem ve işlemler ile zararın varlığını öğrenen pay sahibi, zararın miktarını tam olarak bilmeseyse bile, asgarî bir miktar (geçici talep sonucu) belirterek sorumluluk davasını belirsiz alacak davası (HMK m. 107) şeklinde ikâme edebilir⁸⁸⁷. Bu imkân, şüphesiz doğrudan zarara uğrayan anonim ortaklık için de geçerlidir. Zîra, bütün maddî vâkıalar bilinse ve deliller ortaklık nezdinde mevcut olsa bile, zararın miktarının hesaplanması ayrıntılı inceleme ve değerlendirmeleri gerektirebilecektir. Böylece, talep edeceği zarar (tazminat) miktarını tam olarak belirleyemeyen, ancak hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin baskısı altında olan davacı, daha en baştan tahminler üzerine zarar miktarını belirlemek ve yüksek yargılama giderlerini göze almak ya da bu tehlikeye mâruz kalmamak için talebini düşük tutmak zorunda kalmamakta, davanın başında asgarî bir miktar olarak belirlediği geçici talep sonucunu daha sonra aynı dava içinde zamanaşımı ve hak düşürücü süre savunması ile karşılaşmaksızın tahkikatın tamamlanmasına kadar (talep

⁸⁸⁶ Bu durumda, davadan önceki aşamada pay sahiplerinin başvurulabilecek imkânlar, bilgi alma ve inceleme (TTK m. 437) ile özel denetçi atanmasını talep etme (TTK m. 438) yollarıyla bilgi edinmeye çalışmaktan ibârettir. Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Murat Dolu, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 3 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-70 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 251 vd.; eTTK'da yer alan düzenlemelere göre bilgi alma hakkı konusunda ayrıca bkz. Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 6 vd.; elektronik genel kurul sisteminde pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdulkadir Bulut, **Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 145 vd.; pay sahiplerinin sorumluluk davasına hazırlık amacıyla başvurabilecekleri diğer bir yol da gerekli koşulları sağlamaları şartıyla özel denetim talebinde özel denetim isteminde bulunmak olup, bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. Yurtbaşı, s. 5 vd.; Gülnur Ceren Uçar Bulut, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 28 vd.; Nihan Değirmencioğlu Aydın, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 23 vd.; Sıtkı Anlam Altay, "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", **GSÜHFD**, 2013/2, s. 55 vd.; Arslan Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", **BATİDER**, Cilt XXXI, Sayı 1, Mart 2015, 61 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-90 vd.

⁸⁸⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 327, 363; Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 72; Özkes/Seven/Meriç, s. 181; küçük bir pay sahibinin, zarar şirketin malvarlığında gerçekleşmesi nedeniyle, zararı kesin olarak belirleyemeyeceği ve bunu kanıtlanmış bir şekilde iddia edemeyeceği hâllerde belirsiz alacak davası açma imkânından yararlanabileceği yolunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 10, belirsiz alacak davasının türleri ve şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez, **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 38 vd.; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 149 vd.; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1016; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 242-245; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 433 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 1589 vd.; Tanrıver, s. 597 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.331 vd.

sonucunun belirlenebilir hâle gelmesiyle birlikte) artırabilmektedir⁸⁸⁸. Alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın ve ayrıca karşı tarafın iznine veya ıslah yoluna başvurulmasına da gerek olmadan talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir; aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır (HMK m. 107/2). Talep sonucunun artırılması için mahkemenin kesin süre vermesine ilişkin hüküm, talep sonucun ne zaman artırılacağı konusunda uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek üzere 22.7.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 107/2’de yapılan değişiklikle getirilmiştir. Bununla birlikte, davacının talep sonucunu artırması için mahkemenin süre vermesini beklemesi de zorunlu değildir⁸⁸⁹.

Bu bağlamda, özellikle belirtmek gerekir ki; belirsiz alacak davası, vâkıa ve delillerin belirsizliği ve sonradan tamamlanabilmesi anlamına kesinlikle gelmemektedir. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi⁸⁹⁰ (HMK m. 25) ile teksif ilkesi⁸⁹¹ ve ayrıca, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı⁸⁹² (HMK m. 141) ile ispat yüküne ve ispat ölçüsüne ilişkin kurallar⁸⁹³ belirsiz alacak davalarında da aynen geçerlidir⁸⁹⁴. Nitekim, HMK m. 107’de asgari miktarın yanı sıra “*hukukî ilişki*”nin de gösterilmesinin zorunlu tutulmasının amacı budur⁸⁹⁵. Buna göre, belirsiz alacak davası ile davacıya tanınan imkân, sadece talep sonucunu, miktar olarak

⁸⁸⁸ Belirsiz alacak davasının amacı konusunda bkz. Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 26 vd.; Simil, s. 35 vd.; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1020 vd.

⁸⁸⁹ HMK m. 107/2’de yapılan değişiklikten önceki dönemde talep sonucunun artırılması konusunda ayrıca bkz. Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 51 vd.; Simil, s. 273 vd.; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1052-1053, 1065 vd.

⁸⁹⁰ Taraflarca getirilmesi ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Volkan Özçelik, **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 145 vd.; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 795 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 156 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 243 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 569 vd.; Tanrıver, s. 368 vd.

⁸⁹¹ Teksif ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 165 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 252 vd.; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 809 vd.; Tanrıver, s. 375-376.

⁸⁹² İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1249 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 464 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 510 vd.; Umar, s. 435 vd.; Tanrıver, s. 692 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 329 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 522 vd.

⁸⁹³ Pay sahibinin, zararını (şirket zararını ve dolayısıyla kendi zararını) ölçmesi ve kanıtlaması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 10.

⁸⁹⁴ Belirsiz alacak davasında belirsiz olanın dava olmayıp, sadece talep sonucu olduğu, bu nedenle davanın adının “*belirsiz dava*” değil, “*belirsiz alacak davası*” olduğu yolunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1049 vd.

⁸⁹⁵ Hukukî ilişkinin somut olarak gösterilmesi zorunluluğu ve buna aykırı davranılması hâlinde davanın reddi gerektiği konusunda bkz. Simil, s. 237 vd.

yargılamanın ilerleyen safhalarında, kanundaki ifadeyle, “*alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda*” belirleyebilmesidir. Yoksa, pay sahibinin içinde bulunduğu zorluk ve fiili imkânsızlıklar ne kadar büyük olursa olsun, belirsiz alacak davası açıldığından bahisle, davacıya mahkeme kanalıyla vâkıa toplama imkânı tanınması mümkün değildir⁸⁹⁶.

Diğer yandan ifade etmek isteriz ki, TTK m. 557’de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül ilkesi ve zararın tamamının dava edilebilmesi de, esasen sorumluluk davasının belirsiz alacak davası şeklinde ikâme edilmesi imkânı ile uyumludur ve karşılaşılabilecek bir somut olayda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanacak olması bu dava türüne başvurulmasının haklı gerekçesini teşkil edebilecektir. Dava açmak isteyen kişi, zarar doğuran eylem ve davranışları bilmesine rağmen, failleri bilmiyorsa, bu durumda, TTK m. 557/2’de öngörülen imkândan yararlanarak, tüm muhtemel sorumlulara karşı zararın tamamı için birlikte dava açmalı ve hâkimden her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini talep etmelidir. Bunun için de en elverişli dava türü, belirsiz alacak davasıdır. Buna karşılık davacı, zarardan kimin sorumlu olduğunu bilmemesine rağmen zararın miktarını biliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz, zira, belirsiz alacak davası ancak hüküm altına alınması istenen miktarın baştan belli olmadığı hâllere ilişkindir. Bu durumda, davacı, TTK m. 557’ye dayanarak zararın tamamı için bir tam eda davası açıp⁸⁹⁷, hâkimden her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini istemelidir.

D- Takibe Dayalı İflâs Davası

TTK’da zararın tazmininden bahsedilmiş olup, bunun için hukukumuzda öngörülen çeşitli yollara başvurulmasına kanımızca hukuken hiçbir engel yoktur. Bu bağlamda, sorumlular hakkında, bu kişi veya kişilerin iflâsa tâbi olmaları (TTK m. 18, İİK m. 43) şartıyla önce iflâs yoluyla takip başlatılıp, itiraz yapıp yapılmamasına göre kesinleşmiş takibe dayalı veya itirazın kaldırılması talepli olarak iflâs davası açılabilir. Bu hâlde, sorumluluk davası, iflâs takibi ve iflâs davası olarak ortaya çıkmaktadır.

⁸⁹⁶ Belirsiz alacak davasında da davacının talep sonucunun dayandığı tüm maddî vâkıaları eksiksiz bir şekilde mahkemeye sunmak zorunda olduğu konusunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1049 vd.; somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinin belirsiz alacak davası bakımından özel bir önem arz ettiği, bu davanın davacının daha önce sahip olmadığı vâkıaları dava ile elde etmesine imkân tanımayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, s. 141, 185.

⁸⁹⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 365.

Esasen bu konu, dava açma hakkı tanınan kimselerin hükmü icraya koyma yetkisine sahip olup olmadığı sorunu ile de çok yakından ilgilidir. Zîra bu olasılıkta, icra aşaması en baştan itibaren söz konusu olmakta ve daha sonra bu takibin devamı mâhiyetinde olmak üzere dava aşaması gündeme gelmektedir⁸⁹⁸. Kanımızca, takip talebinde, takip konusu olarak gösterilen borç miktarının şirkete verilmesi talebinin açıkça belirtilmesi gerekli ve yeterlidir. Ancak, şüphesiz, borcun ödenmesi hâlinde, icra dosyasından bunu tahsil etme yetkisi, kanımızca takip alacaklısına değil, ortaklığa ait olacaktır⁸⁹⁹.

Bu yolun, özellikle yönetim kurulu üyesinin bir tüzel kişi (bir şirket) olması hâlinde gündeme gelebileceğini belirtmek gerekir. Gerçek veya tüzel kişi tacir sıfatını hâiz olmayan sorumlular hakkında ise bu yola başvurulamayacağına kuşku yoktur (TTK m. 18, İİK m. 43). Bu bağlamda, bir veya birden fazla şirketin ortağı ve yöneticisi olmanın, hatta tek pay sahibi ve tek yönetim kurulu üyesi olmanın da tacir sayılmayı gerektirmediğini özellikle vurgulamak gerekir⁹⁰⁰. Bununla birlikte, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde hâkim teşebbüs konumunda olan kişiler de TTK m. 195/5 uyarınca tacir sayıldıklarından iflâsa tâbi olacaklardır.

Bu takip ve dava yöntemi, sorumlular yönünden ciddî bir hukukî tehdit teşkil etmesi nedeniyle etkin bir yol olmasına karşılık, birden fazla kişi aleyhine iflâs yoluyla takip yapılabilmesine rağmen birden fazla kişi aleyhine birlikte iflâs davası açılmaması, zararın tamamının tüm sorumlulardan talep edilip hâkimden her bir sorumlunun sorumlu olduğu miktarın belirlenmesinin talep edilememesi, diğer bir deyişle TTK m. 557/2'deki imkânın iflâs takibinde kullanılamaması, takip

⁸⁹⁸ “... itirazın iptali davası, icra takibine sıkı sıkıya bağlı; itiraz üzerine duran icra takibinin devam edebilmesini sağlayan ve takip hukuku içinde olmakla birlikte, maddi hukuk ilişkisinin incelenerek uyumsuzluğu kesin hükümle sonuçlandıran bir davadır. Davanın takibe bağlılığı alacağın miktarı bakımından söz konusu olduğu gibi alacağın kaynağı bakımından da geçerlidir. ... itirazın iptali davasının icra takibinin devamı mahiyetinde ve ona sıkı sıkıya bağlı bir dava olması hususları değerlendirildiğinde ...” (bkz. Yarg. HGK’nın 17.09.2019 T., 2017/19-919 E. ve 2019/886 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); itirazın iptali davasının hukukî mâhiyeti konusunda ayrıca bkz. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 223 vd.

⁸⁹⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III, E.

⁹⁰⁰ Sümer Altay, **Türk İflâs Hukuku**, Cilt 1-2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, N. 20; ayrıca bkz. Yarg. 23. HD’nin 10.02.2014 T., 2013/8272 E. ve 2014/870 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD’nin 01.12.2010 tarih ve 2010/13557-1346 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 23. HD’nin 24.04.2012 T. ve 2012/1691-3063 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

başlatılırken her bir borçlunun sorumlu tutulmak istendiği miktarın belirli bir şekilde ayrı ayrı gösterilmek zorunda olunması (İİK m. 58) gibi hususlar bu yolun câzip olmayan yönlerini oluşturmaktadır.

E- İlâmsız Takip ve İtirazın İptali Davası

Dava açmak isteyen kimselerin başvurabileceği diğer bir yol da, yukarıda iflâs yoluyla takip için belirttiğimiz açıklamalara paralel olarak, önce genel haciz yoluyla takip başlatmak (İİK m. 60 vd.) ve daha sonra itiraz hâlinde itirazın iptali davası açmaktır⁹⁰¹ (İİK m. 67). Bu bağlamda, pay sahipleri alacaklılar bakımından kanunun sadece dava hakkı tanıdığı, icra yetkisi bakımından ise sadece elde edilecek hükmü ilâmlı takibe koyma yetkisinin bulunduğu şeklinde bir görüş ileri sürülmesinin mümkün olmadığı, zîra, kanunun zararın giderilmesini talep etme hakkını verdiği, bu yönde hukukumuzda öngörülen hukukî yolların kullanılmasına bir engel bulunmadığı, önemli olan hususun tazminatın ortaklığa verilmesi ve bu suretle ortaklık zararın giderilmesi olduğu kanısındayız.

Ancak, bu yolda da her bir sorumlunun sorumluluk miktarının takipteki belirlilik ilkesi (İİK m. 58) gereğince en baştan gösterilmesi ve tahsil edilecek tazminatın ortaklığa verilmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, iflâstan farklı olarak birden fazla kişi aleyhine itirazın iptali davası ikâme edilebileceğinden, davacının TTK m. 557/2'nin tanıdığı zararın tamamını dava etme ve her bir sorumlunun sorumlu olduğu miktarın mahkemece belirlenmesini talep etme imkânından yararlanması mümkündür. Buna göre, takip başlatılırken, zararın tamamı rakamsal olarak belirtilip, bunun tüm takip borçlularından müteselsilen tahsili talep

⁹⁰¹ Sorumluluk davasının ortaklık tarafından itirazın iptali davası şeklinde açılmasına örnek olarak bkz.: “Dava, önceki şirket yöneticisi aleyhine şirket için harcanmak üzere davalının şahsi hesabına gönderilen para ile şirket kasasından harcanan paranın tahsili için girilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir” (Yarg. 11. HD’nin 19.09.2016 T., 2016/6973 E. ve 2016/7321 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Davacı vekili, davalıların 01.10.1999 tarihine kadar müvekkili anonim şirketin yönetim kurulu başkan ve üyeleri olduğunu, ... tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalıların itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline, icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ... Dava, TTK’nun 336 ncı maddesi hükmüne göre yönetim kurulu üyelerinin davacı anonim şirkete verdiği zararın tazmini istemine ilişkindir” (Yarg. 11. HD’nin 05.04.2005 T., 2004/5497 E. ve 2005/3242 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); doğrudan zararın ortaklıktan ve müdürden tahsiline ilişkin alacak-sorumluluk davasının alacaklı tarafından itirazın iptali davası şeklinde açılmasına örnek olarak da bkz. Yarg. 15. HD’nin 27.01.2005 T., 2004/3365 E. ve 2005/295 K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

edilecek, itiraz hâlinde ise mahkemeden bu defa farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında (TTK m. 557/1-2) uyarınca belirleme yapıp hüküm kurması talep edilebilecektir.

Bu bağlamda, pay sahipleri tarafından açılan davada hükmedilecek yargılama giderleri konusunda, kanunun tanıdığı özel hüküm (TTK m. 555/2) itirazın iptali davasında da uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, davalılar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti ve yargılama giderleri davacı pay sahiplerine ait olacak, ancak davalıların icra inkâr tazminatı ödemeye mahkûm edilmeleri (İİK m. 67/2) hâlinde ise, kanımızca bu tazminatın davacı pay sahibine değil anonim ortaklığa ödenmesine karar verilmesi gerekecektir. Diğer yandan, davacı (takip alacaklısı) pay sahibinin takibinde haksız ve kötüniyetli görülmesi hâlinde kötüniyet tazminatına hükmedilmesi durumunda⁹⁰², bununla ilgili olarak TTK m. 555/2 hükmü uygulanmayacak ve sadece pay sahibi bu tazminatı ödemekle sorumlu olacaktır.

F- İstisnaî Hallerde Doğrudan Doğruya Şahsî İflâs Davası

TTK m. 553 vd. hükümleri, bankalar ile sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri hakkında da geçerli olmakla birlikte⁹⁰³, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK), yöneticiler hakkında doğrudan doğruya şahsî iflâs davası açılması olanağı düzenlenmiş bulunmaktadır⁹⁰⁴. Bu tür davalar, esasen sorumluluk davası niteliğinde olup⁹⁰⁵, bu özel kanunlarda, konularına giren ortaklıkların önemi nedeniyle bu

⁹⁰² Kötüniyet tazminatı ve koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu/Altay, **İcra Hukuku Esasları**, N. 179 vd.

⁹⁰³ Banka yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerinin TTK m. 553 vd. hükümlerine göre sorumlu oldukları ve Fon'un şahsî iflâs davası açmak yerine kişisel sorumluluk davası açma yoluna gitmesine bir engel bulunmadığı yolunda bkz. Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 223, 224; bu davalar temel olarak benzer nitelikler taşıdıklarından, TTK'ya göre şahsî sorumluluk davası açılması hâlinde artık Bankacılık Kanunu'na göre şahsî iflâs davası açılmayacağı yönünde bkz. Hanife, Doğrusöz **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2010, s. 16-17, 21.

⁹⁰⁴ Banka yönetim kurulu üyeleri hakkında açılan şahsî iflâs davaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp Ünal, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-2 vd.; Çamoğlu, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 5-17; Doğrusöz, s. 250 vd.; Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 221 vd.

⁹⁰⁵ Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-15; Çamoğlu, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 6, 7; Hamdi Yasaman, "Banka Yönetici ve Ortaklarının Şahsi İflâslarına İlişkin Güncel Sorunlar ve 5020 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler", **Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukukî Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 2; Altay da, bu Bankacılık Kanunu'nda özel bir sorumluluk rejimi öngörüldüğünü, bu hukukî rejimin TTK m. 553 vd. hükümleri inşa edildiğini isâbetle belirtmektedir; bkz. **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 223. Doğrusöz de, şahsî iflâsa ilişkin BankK. m. 110'un amaçlarından birinin banka yönetici ve ortaklarının banka tüzel

ortaklıklarla ilgili olarak ortaya çıkan zararın tazmini için en etkin yol olarak⁹⁰⁶, önceden bir iflâs yoluyla takip yapılmasına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya iflâs davası açılabilmesi imkânı öngörülmüştür⁹⁰⁷. Bu davalar, ortaklık, pay sahipleri,

kişiliğine karşı eTTK m. 336'ye göre doğacak tazminat borcundan dolayı iflâslarına karar verilmesini sağlamak olduğunu, bir yandan şahsî iflâs diğer yandan sorumluluk davası açılması hâlinde mükerrer ödeme talebinin sözkonusu olacağını, sorumluluk davası açılması hâlinde şahsî iflâs davası açılmayacağını, her iki davanın bir arada açılmasının mümkün bulunmadığını, şahsî iflâs davasının eTTK m. 336'da düzenlenen sorumluluk davasından *"koşullar, sınırlar ve sonuçları itibarıyla farklı karakterde"* bir dava olduğunu, bu davanın kendine özgü bir yapısı bulunduğunu ve özel bir sorumluluk sebebi olduğunu, bu sorumluluk türünün iflâsla sonuçlandığını, şahsî iflâs davasının eTTK m. 336 vd., m. 342 ve eBK. m. 321/2 hükümlerine göre açılacak sorumluluk davalarına dayanan, ancak bu sorumlulukların ötesinde *"ağırlaştırılmış ve bireysel sorumluluk"* olduğunu, buna göre şahsî iflâs davasının açılabilmesi için öncelikle eTTK m. 336 vd. anlamında sorumluluğun gerçekleşmesi gerektiğini, banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından BankK'daki özel düzenlemeler dışında eTTK m. 336 ve burada geçerli olan ilkelerin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir; bkz. s. 15, 16-17, 19-21, 66, 81-82, 148, 304; aksi görüş için bkz. Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1227-1228 ve dn. 64. Yazar, BankK m. 110'da müteselsil sorumluluğa açık veya zımnî hiçbir şekilde yer verilmediğini, bu hükmün müteselsil sorumluluk ilkesinden vazgeçtiğini, birden fazla kimsenin aynı zarara sebebiyet vermeleri hâlinde bunların BK. hükümleri gereğince müteselsilen sorumlu olacaklarını, şahsî iflâs davasının sorumluluk davasından farklı olduğunu, zira davaların koşullarının farklı olduğunu ve şahsî iflâs davasının da sadece Fon tarafından açılabilirdiğini, esas bakımından da iflâs davasının konusu kanuna aykırı işlemler iken sorumluluk davasının konusunun sözleşmeye aykırılığı da içerdiğini, bu nedenle iki davanın farklı olduğunu ileri sürmekte, hemen akabinde de bu davanın bir şahsî sorumluluk öngördüğünü kabul etmektedir; bkz. **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1229. Son yazarın görüşüne katılma olanağı bulamıyoruz. Zira, şahsî iflâs davasının TTK'da öngörülen sorumluluk davasından bağımsız düşünülmesi mümkün olmayıp, mahkemece yapılacak inceleme öncelikle sorumluluğun koşullarının belirlenmesine yönelik olacak ve bu koşulların varlığının saptanması hâlinde iflâs yaptırımının uygulanması gündeme gelecektir. BankK m. 110'un kendine özgü bazı özellikler içermesi sorumluluk davası niteliğini değiştirmez. Esasen, yazarın ileri sürdüğü farkların hiçbirisi bir mâhiyet farkı teşkil etmemektedir. Nitekim, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun şahsî iflâsı düzenleyen 69. maddesindeki bazı ifadelerin Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.1995 tarihli 1995/5757 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine, Yargıtay hukuk boşluğu oluştuğunu ve bu boşluğun eTTK m. 336'dan örnekleme yoluyla yaratılacağını kararlarında ifade etmiştir; *"Bu yönde hukuki boşluk hasıl olmuştur. ... O nedenle bu kural konulurken, Borçlar Kanunu'nun 50., ayrıca TTK'nin 336. maddelerinden örnekleme yoluyla yararlanılmıştır. ... Medeni Kanun'un 1. maddesine dayanılarak vaz edilen kural somut olaya uygulandığında, davalıların iflasa tabi olacaklarının kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, banka hakkındaki iflas davasının sonucu beklenilmeli, bankanın iflasına karar verilmesi halinde davalıların eylemlerinin bankanın iflasına ne derece etkili olduğu saptanmalı hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir"* (Yarg. HGK'nın 01.12.1999 T., 1999/19-1000 E. ve 1999/1000 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda olmak üzere Yarg. 19. HD'nin 08.07.2004 T., 2003/12100 E. ve 2004/8151 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Diğer yandan, daha yeni tarihli kararlarda da, Yargıtay, davanın niteliğinin farklı olup olmamasından bağımsız olarak, bankaların yönetici ve denetçilerinin şahsî iflâsı konusunda, TTK ile getirilen genel sorumluluk hükümlerinden tamamen ayrı olacak biçimde ve özel olarak bankacılık mevzuatıyla düzenlemeler yapıldığı, dolayısıyla açılan şahsî iflâs davalarında TTK'da düzenlenen genel hükümlere göre inceleme yapmakla yetinilemeyeceği, özel düzenlemelerin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir; *"Oysa bir tüzel kişilik taşıyan ve anonim şirket olarak kurulan bankaların yönetici ve denetçilerinin şahsî iflası, M.K. ve T.T.K. ile getirilen genel hükümlerden tamamen ayrı olacak biçimde bankacılık mevzuatıyla düzenlenmiştir. Özel düzenlemenin bulunduğu yerde, genel hükümlerden hareketle ve hatalı hukuki değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, kararın bozulması gerekmiştir"* (Yarg. 23. HD'nin 24.01.2014 T., 2013/7191 E. ve 2014/420 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁹⁰⁶ Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinin eleştirisi için bkz. Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-2.

⁹⁰⁷ İİK'nın doğrudan doğruya iflâs davasına ilişkin hükümleri dikkate alındığında, Bankacılık Kanunu'na dayalı olarak açılan doğrudan doğruya şahsî iflâs davasında depo emri tesis edilmeden mahkemece iflâsa karar verilebileceği sonucuna ulaşılmakla birlikte, öğretide iflâsa karar verilmeden önce depo emri tesis edilmesi gerektiği isâbetli olarak savunulmaktadır; bkz. S. Altay, **İflâs**, N. 350;

alacaklılar tarafından açılmamakta, ancak özel olarak düzenlenen kurumlar (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu - TMSF ve Sermaye Piyasası Kurulu - SPK) tarafından ikâme edilebilmektedir.

Bu konuda BankK'nın 110. maddesinde yer alan, “*bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak*” ibaresi, esasen TTK'da yer verilen “*farklılaştırılmış teselsül*” ilkesinin diğer bir ifadesi olup⁹⁰⁸, bu konuda Türk hukukunda atılmış ilk adımdır. “*Doğrudan şahsen iflâs*”a karar verilebilmesi de önceden takip yapılmasına ihtiyaç bulunmadığını⁹⁰⁹; “*Fon'un talebi üzerine*” ibaresi bu davanın sadece TMSF tarafından açılabilceğini⁹¹⁰, “*Fon Kurulu kararına istinaden*” ifadesi ise özel bir dava şartını⁹¹¹ (HMK m. 114/2) ifade etmektedir.

Belirttiğimiz üzere, bu şahsî iflâs davası, sorumluluk davasının iflâs yaptırımına bağlanmış özel bir görünümüdür ve esasen sorumluluk davası niteliğindedir. Bu nedenle, mahkemece, öncelikle sorumluluğun koşulları (unsurları) incelenecektir. Ancak, bu inceleme yapılırken, BankK m. 110'da belirtilen özellikler de ayrıca dikkate alınacaktır. Zîra, bu davanın TTK m. 553 vd.'de düzenlenen sorumluluk davasından bazı farkları vardır⁹¹².

Uygulamada, Çamoğlu'nun da isâbetle işaret ettiği gibi, geri dönmeyen her bir kredi için ayrı ayrı iflâs davaları açılmakta ve böylece bir banka yönetim kurulu üyesi

Ünal Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2003, s. 83; Doğrusöz, s. 252.

⁹⁰⁸ Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-13; Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, s. 80; Çamoğlu, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 14; bu konuda ayrıca bkz. Doğrusöz, s. 20, 88-89; aksi yönde bkz. Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1229 vd. Yazara göre, BankK. 'nda yer alan ifade farklılaştırılmış teselsülle benzerlik göstermekteyse de, aralarında büyük farklar bulunmaktadır. Kanımızca, “*bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak*” ifadesine farklılaştırılmış teselsül dışında başka bir anlam yüklenmesi mümkün değildir. Nitekim, yazar da, sorumluların sorumluluk miktarlarının kusur derecelerine göre farklılık gösterebileceğini (s. 1235) ve BankK. m. 110'a göre her bir yönetim kurulu üyesinin verdiği zararla sınırlı olarak sorumlu olduğunu kabul etmekle (s. 1236), esasen tam da farklılaştırılmış teselsül ilkesini ifade etmiş bulunmaktadır. Diğer yandan, BankK. m. 110'da yer alan banka zararı ile sınırlı sorumluluk düzenlenmesinin, mâhiyeti itibarıyla teselsül hükümlerinin uygulanmasına olanak vermediği yolundaki görüş için bkz. Göktürk/Can, s. 277, 279.

⁹⁰⁹ Bu konuda bkz. S. Altay, **İflâs**, N. 350; Doğrusöz, s. 249 vd.

⁹¹⁰ Bu konuda bkz. Doğrusöz, s. 254.

⁹¹¹ Bu doğrultudaki bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.07.2017 T., 2016/8829 E. ve 2017/4095 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu konuda ayrıca bkz. Doğrusöz, s. 248; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 69.

⁹¹² Bu konuda bkz. **TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, N. 28-10 vd.; Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, s. 76; Çamoğlu, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 8 vd.; Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 221 vd.; Doğrusöz, s. 19-20;

onlarca iflâs davasıyla aynı anda karşı karşıya kalabilmektedir⁹¹³. Hatta, aynı iddialarla bir yandan şahsî iflâs davası, diğer yandan şahsî sorumluluk davası ve bununla da yetinilmeyerek 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’a (AATUHK) dayalı olarak idarî işlemler (ödemeye çağrı mektubu ve ödeme emri) tesis edilmesi durumları ile de uygulamada karşılaşmaktadır. Bu durumun, hukuk güvenliğini tehdit ettiği ve hatta, iflâs davası ile sorumluluk davasının talep sonuçları farklı olsa da aynı alacağın tahsiline yönelik bulunduklarından derdestlik teşkil ettiği bir vâkıdır⁹¹⁴. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, her bir dava ve takip hakkının, farklı hukukî sebeplere dayanması (TTK, BankK ve AATUHK), bunların hepsinin aynı zamanda ikâme edilebileceği anlamına gelmemektedir. Tüm bu hukukî sebepler, alacaklının tercihiyle sunulmuş alternatifler olup (yarışan sebepler), “*tahsilde tekerriir olmamak kaydıyla*” talepte bulunulması da aynı alacak iddiası için birden fazla hukukî takip ve dava açılmasına olanak tanımaz.

Diğer yandan, SerPK’nın 98. maddesinde, SPK’nın, hâlen görevde olup olmadıklarına bakmaksızın, sorumluluğu tespit edilen yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin şahsen iflâslarını talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu dava da, sorumluluk davası niteliğinde olup, sadece SPK tarafından ikâme edilebilir. Diğer bir deyişle, bu davanın pay sahipleri, yatırımcılar veya alacaklılar tarafından açılması mümkün değildir.

G- Tahkime Elverişli Olup Olmadığı

TTK’nın sorumluluk davaları bakımından “*yetkili mahkeme*”yi düzenleyen 561. maddesinin gerekçesinde, tahkim sözleşmesi yapılabileceği ifade edilmiş, buna karşılık madde metninde bu yönde hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir⁹¹⁵. Öğretide

⁹¹³ Çamoğlu, mevzuatta iflâs davalarının birleştirilerek görülmesi yönünde bir değişiklik yapılması ve ağır bir müeyyide teşkil eden iflâsın koşullarının tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir; bkz. **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 17).

⁹¹⁴ Aynı konuda açılan şahsî iflâs davaları ile şahsî sorumluluk davalarının mükerrerlik teşkil edeceği konusunda bkz. Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 30-06; Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, s. 83; Yasaman, **Şahsî İflâs**, s. 2; S. Altay, **İflâs**, N. 350; Doğrusöz, s. 16, 21, 304.

⁹¹⁵ Uluslararası yatırım hukukunun, yabancı pay sahiplerinin “*yansımaya zarar*” için tazminat kendilerine ödenmek üzere talepte bulunmalarına izin verdiği, hissedarların bu iddiaları şirket yönetimine danışmadan ve kurumun herhangi bir iddiasına bakmaksızın getirebilecekleri, yabancı yatırımcı korumasının politika hedefleri göz önüne alındığında, hissedarların yansıtıcı zarar iddialarına uluslararası yatırım hukukunda izin verilmesi gerektiği yolunda bkz. Korzun, s. 189, 190, 197, 253.

savunulan bir görüş, tahkim sözleşmesi yapılabileceği yönündedir⁹¹⁶. Özellikle, eserinde bu konuyu ayrıntılı bir şekilde inceleyen Ayoğlu, sorumluluk davasının tahkime elverişli bulunduğunu, şirket kuruluşunda bu hükme yer verilebileceği gibi, daha sonra oybirliği ile yapılacak esas sözleşme değişikliği ile de tahkim kaydının kabul edilebileceğini, anonim ortaklığın esas sözleşmede yer alan tahkim şartı ile bağlı olduğunu, buna karşılık yönetim kurulu üyesi olmayı kabul eden kişilerin bu hüküm ile bağlı olmaları için kendilerinden bunu kabul ettiklerine ilişkin ayrıca bir yazılı beyan alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, ayrıca tahkim şartının esas sözleşmeye konulmasına oybirliği ile karar veren pay sahiplerinin de -tahkim kaydının kaleme alınış biçimi ve genişliği bu yoruma müsaitse- bu kayıt ile bağlı olduklarını, olgu organ (fiili organ) aleyhine açılacak sorumluluk davalarının da olgu organ konumundaki kişinin tahkim şartının esas sözleşmeye konulmasını kabul eden hâkim pay sahibi olması hâli ile sınırlı olarak tahkime tâbi olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan, sonradan pay iktisap eden kişiler bakımından ise, TTK m. 493/1 hükmü uyarınca esas sözleşmeye konulacak bir bağlam hükmü (devir sınırlaması) ile payı devralanın tahkim kaydını kabul ettiğine ilişkin yazılı bir beyan vermesinin “*önemli sebep*” olarak öngörülebileceğini, bu konuda TTK m. 493/1’in tanıdığı ikinci imkân olan “*kaçış klozu (escape clause)*”ndan yararlanılabileceğini, alacaklılar bakımından ise tahkim kaydının uygulanamayacağını savunmaktadır⁹¹⁷.

Ayoğlu’nun görüşüne biz de katılıyoruz. Zîra, konuyu öncelikle “*tahkime elverişlilik*” bakımından değerlendirdiğimizde (HMK m. 408 ve MTK m. 1/IV), sorumluluk davalarının konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya (ortaklık zararının tazmini) ilişkin bulunduğu⁹¹⁸, kamu düzenine ilişkin bir boyutunun olmadığı, dolayısıyla tahkime elverişli bulunduğu kanısındayız. Hemen belirtelim ki, pay sahipleri ve alacaklıların açacakları davada tazminatın ortaklığa verilmesi şeklinde hüküm kurulacak olması da bu davaların tarafların iradesine tâbi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Buna göre, anonim ortaklığın yanı sıra, pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davaları da tahkime elverişlidir. Tahkim anlaşmasının yapılması ve bunun bağlayıcılığı konusunda çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir. Bu olasılıkların hepsinde belirleyici olan husus, tahkim sözleşmesine yönelik

⁹¹⁶ Tolga Ayoğlu, **Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 138; Üçışık/Çelik, s. 560, dn. 168; Köprücü, s. 175.

⁹¹⁷ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 71-74, 126-138.

⁹¹⁸ Ayoğlu, **Tahkim**, s. 128-129.

karşılıklı iradelerin ortaya konulmasıdır. Bu bakımdan, öncelikle esas sözleşmeden bağımsız olarak, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi seçilen kişiler arasında (her biri ile ayrı ayrı) bir tahkim anlaşması yapılması mümkündür. Ancak, bu durumda seçilen her yeni yönetim kurulu üyesi ile ayrı ayrı sözleşme yapılması gerekecektir. Buna karşılık, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle mevcut ve seçilecek tüm yönetim kurulu üyelerini kapsayacak şekilde soyut, genel ve bağlayıcı bir düzenleme yapılması, tahkim sözleşmesinin sözleşme niteliğine aykırı olacak ve bağlayıcı olmayacaktır. Nitekim, Ayoğlu da anonim ortaklık sözleşmesine bu yönde hüküm konulmasını yeterli görmemekte, göreve başlayacak her yeni yönetim kurulu üyesinden bu tahkim kaydını kabul ettiğine dair bir beyan alınmasını zorunlu görmektedir⁹¹⁹. Esasen, üyeden alınacak bu beyan bir tahkim sözleşmesi niteliğinde olup, ortaklık, tahkim sözleşmesinin bu şekilde kurulmasını sağlayabileceği gibi, yönetim kurulu üyesi ile yapacağı borçlar hukuku sözleşmesine tahkim kaydı da koyabilir yahut ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapabilir. Böyle bir sözleşme olmadıkça, ortaklık tarafından tahkimde sorumluluk davası açılmasına olanak bulunmayacaktır. Pay sahipleri bakımından ise, ortaklar ile üyeler arasında bir tahkim sözleşmesi yapılmasına da hukuken bir engel yoktur. Ancak, böyle bir sözleşme de sadece taraflarını bağlayacak, bununla birlikte sonradan payı iktisap eden kişilere karşı tahkim ilk itirazında bulunulamayacaktır. Diğer yandan, esas sözleşmeye pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davalarını da kapsayacak şekilde konulacak bir tahkim kaydı, sadece bu kayda onay veren pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerini bağlayacaktır; zira ancak böylece söz konusu pay sahipleri ile üyeler arasında bir tahkim sözleşmesinin oluşacaktır. Diğer yandan, Ayoğlu'nun ifade ettiği şekilde, TTK m. 493/1 hükmünde düzenlenen ve şirkete payını devreden kimseye, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddetme hakkını tanıyan “*kaçış klozu – kurtulma kaydı (escape clause)*”ndan yararlanılarak⁹²⁰ yeni pay iktisap edecekleri tahkim kaydını kabule zorlama imkânı bulunmaktadır.

⁹¹⁹ Ayoğlu, **Tahkim**, s.130-131.

⁹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, N. 6-15 vd.; Sıtkı Anlam Altay, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 601 vd.; Sinan H. Yüksel, “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, **GSÜHFD**, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, 2013/2, s. 159 vd.; Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 294 vd.; Tamer Bozkurt, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 135.

Bununla birlikte, bu imkânın sadece borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından söz konusu olabileceği kaydedilmelidir.

Anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile tahkim anlaşması yaptığı ve sonradan ortaklığın iflâs ettiği durumlarda ise, bu tahkim kaydı geçerliliğini yitirecektir. Zîra iflâs idaresi, sadece iflâs eden anonim ortaklığı temsil etmemekte, masanın aktifi ile ilgili olarak pay sahiplerini ve alacaklıları da temsil etmektedir. Nitekim bu nedenle, iflâs sürecinde pay sahipleri ile alacaklıların kural olarak dava hakkı bulunmamaktadır (TTK m. 556). Bu itibarla, tek hak sahibi anonim ortaklık olsa idi, tahkim sözleşmesinin iflâs hâlinde de varlığını sürdüreceği kabul edilebilirdi; buna karşılık belirttiğimiz üzere, iflâs idaresi tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan pay sahipleri ve alacaklıların da haklarını koruduğundan ve onlar adına dava açtığından⁹²¹ (İİK m. 226, 229), iflâs idaresinin bizzat açacağı veya İİK m. 245 uyarınca dava takip yetkisinin devri suretiyle açılacak sorumluluk davaları bakımından tahkim kaydının geçerliliğinden bahsedilemeyeceği kanısındayız.

H- Delil Tespiti Yaptırılması

Sorumluluk davasının öncesinde veya açılan dava bağlamında hukukî yararın da varlığı koşuluyla delil tespiti (HMK m. 400) yaptırılmasına hukuken bir engel yoktur⁹²². Özellikle, pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davasının davalılarının, hâlen yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmaları ve şirketin tüm kayıt ve belgelerini hâkimiyetleri altında bulundurmaları hâlinde, ileride bunların elde edilmesinde ve dolayısıyla yapılan hukuka aykırı işlemlerin ispatı ile zararın hesaplanmasında büyük zorluklarla karşılaşılabilir ve hatta bu durum davanın ispat edilememesi nedeniyle reddine dahi yol açabilir. Zîra, şirket defter ve kayıtları ve bu bağlamda, her türlü

⁹²¹ İflâs idaresinin fonksiyon ve görevleri için bkz. Hakan Pekcanıtez, **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1991, s. 76-78.

⁹²² Delil tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Akyol Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 27 vd.; ayrıca bkz. Özkes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2562 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1301 vd.; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, N. 1759 vd.; delil tespitine benzer bir kurum olarak İngiliz usûl hukukunda (CPR 31.16 kapsamında), hem başvuranın hem de davalı tarafın ilerleyen süreçte yargılamalara taraf olma ihtimalinin yüksek olduğu ve dava başlatılmış olsaydı, talep edilen belgelerin kanun uyarınca ibraz edilmesinin gerekeceği durumlarda, başvuranın mahkemeyi (a) yargılamayı adil bir şekilde sonuçlandırmak, (b) dava olmaksızın anlaşmazlığın çözümüne yardımcı olmak veya (c) maliyetlerden tasarruf etmek için açıklamanın arzu edildiğine ikna etmesi koşuluyla mahkemenin dava öncesi açıklama kararı verebileceği düzenlenmiş olup, sorumluluk davaları bakımından bu olanağın kullanılması konusunda bkz. Paul, s. 94-95.

yazışma, rapor, tutanak, fatura vs. delil sorumluluk davası bakımından çok büyük önemi hâizdir. Aynı şekilde, hukukî yarar bulunması kaydıyla, keşif icrası veya tanık dinlenmesi de söz konusu olabilir⁹²³. Örneğin, muvazaalı bir işlemle ortaklığın zarara uğratılması hâlinde, muvazaalı işlemi, üçüncü kişi konumunda olan pay sahibi her türlü delille ispat edebileceğinden ve bu bağlamda tanık da dinletebileceğinden (HMK m. 203/1-d), yaşı çok ileri veya hasta bir kimse delil tespiti yoluyla dinlenebilir.

Ancak, hemen belirtmek isteriz ki, delil tespiti kurumunun amacı dışında kullanılarak, bu yolla delil yerine maddî vâkıa toplanmasına girişilmesi, örneğin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı bir işlemin olup olmadığının delil tespiti yoluyla öğrenilmeye çalışılması hukuken câiz değildir. Zîra delil tespiti, maddî vâkıa toplamaya değil, özellikle kaybolma tehlikesi bulunan delillerin muhafaza edilmesine yöneliktir⁹²⁴. Dolayısıyla, bu yola başvuran kişinin, talep dilekçesinde sorumluluk doğurduğunu iddia ettiği vâkıaları somut bir şekilde ortaya koyması ve bunlara ilişkin olarak kaybolma tehlikesi bulunan delilleri açıklayarak bunların tespit edilmesini talep etmesi gerekmektedir.

I- Davadan Önce veya Davada İhtiyatî Haciz Talep Edilmesi

Sorumluluk davası, anonim ortaklık zararının giderilmesine, dolayısıyla para alacağına ilişkin bulunduğu, anonim ortaklığın genel hükümler (İİK m. 257 vd.) çerçevesinde ihtiyatî haciz talebinde bulunabileceğinde kuşku yoktur. Pay sahipleri bakımından da, dava sonunda tazminatın davacılara değil anonim ortaklığa verilecek olması, ihtiyatî haciz talebinde bulunulmasına engel değildir. Kanunumuzda, zararın giderilmesini talep hakkından bahsedilmekte olup (TTK m. 555), verilecek ihtiyatî haciz kararı da dava sonucunda verilecek hükmün semeresiz kalmasına engel olmayı amaçlamakta ve hükmün icrasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla pay

⁹²³ Delil tespitinin konusu hakkında bkz. Akyol Aslan, s. 30 vd.; Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2563-2564; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1302.

⁹²⁴ Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2563; delil tespitinin konusunun maddî vâkıalar olup, bu yola, ancak inceleme sırası gelmemiş deliller için başvurulabileceği yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1302; benzer şekilde delil tespitinin konusunun deliller olduğu, maddî vâkıaların delilin konusunu teşkil etmesi nedeniyle esasen delil tespitinin konusunun da çekişmeli maddî vâkıalar olduğu yolunda bkz. Akyol Aslan, s. 30-31. Ancak, yukarıda metin kısmında belirttiğimiz üzere, bu açıklamalar da, delil tespiti yoluyla maddî vâkıa toplanabileceği anlamına gelmemekte ve tespit talebinde bulunan kimsenin tespit konusu delilin hangi maddî çekişmeli vakıaya ilişkin olduğunu ortaya koyması gereğini ortadan kaldırmamaktadır, nitekim bu konuda bkz. Akyol Aslan, s. 87.

sahiplerine de ihtiyatî haciz talep etme hakkının tanınmasında tereddüt edilmemesi gerektiği kanısındayız.

J- Zarar Doğurucu İşlemlerin Durdurulmasının İhtiyatî Tedbir Yoluyla Talep Edilebilmesi Sorunu

Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı bulunan zarar doğurucu işlemlerin, henüz zarar doğurmadan veya doğurdıkları zarar büyümeden pay sahipleri tarafından tespit edilmeleri mümkün olabilir. Bu hâlde, söz konusu işlemlerin ihtiyatî tedbir yoluyla (HMK m. 389 vd.) durdurulmasının talep edilip edilemeyeceği sorusu akla gelir. Kanunda, yönetim kurulu üyelerinin şirketi zarara uğratmalarının bir ihtiyati tedbirle önlenmesi sorunu, sadece hukuka aykırı genel kurul kararlarının uygulanması bağlamında ele alınmaktadır (TTK m. 449). Buna karşılık, genel kurul kararına dayanmayan konularda da yönetim kurulunun zarar doğurucu işlemleri olabilir ve pay sahipleri bundan dolayı bir zararın doğmakta olduğunu öğrenebilirler. Örneğin, şirket adına çıkartılıp yönetim kurulu üyelerinin kullanımına verilen kredi kartlarından çok yüksek miktartlı şahsî harcamalar yapılmakta ve bu harcamalara devam edilmekte ise, pay sahiplerinin açtığı sorumluluk davası bağlamında veya bu davadan önce, zararın artmasının önlenmesi için bu kartların kullanılmasının ihtiyatî tedbir yoluyla durdurulması yarar sağlayabilir. Aynı şekilde, yönetim ve temsil yetkisine sahip bir yönetim kurulu üyesinin kontrolünde bulunan başka bir şirketten piyasa rayicinin çok üstünde bedellerle sürekli bir sözleşme ile hizmet alması (örneğin, danışmanlık, temizlik, güvenlik, bilişim, yemek, ulaşım vs.) ve her geçen gün şirket zararının katlanarak artması hâlinde, bunun durdurulması da önemlidir. Bu tür durumlarda, zararın gerçekleşmesinin beklenip, sonrasında dava açılması yolunun benimsenmesi malvarlığının korunması ilkesine uygun olmadığı gibi, esasen âdil ve akılcı da değildir.

Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirdikleri ve zarar doğurduğu iddia edilen işlem ve eylemlerin durdurulması ve önlenmesinin, sorumluluk davasından önce veya dava bağlamında HMK m. 389 vd. hükümlerine göre veya başka bir hukukî sebebe dayanılarak verilecek bir ihtiyatî tedbir kararı ile sağlanabilip sağlanamayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Esasen, anonim ortaklık genel kurulunun elinde ihtiyatî tedbirden elde edilmesi öngörülen korumayı fazlasıyla karşılayacak azil (görevden alma) imkânı vardır (TTK m. 408/2, b). Bununla birlikte, uygulamada bu tür durumlarda, görevdeki yönetim kurulu üyelerinin çoğunluk hisseye de sahip olmaları nedeniyle anonim ortaklığın genel kurul toplantısı yaparak yönetim kurulu üyelerini azletmesi, ibra etmeme ve dava açma kararı olarak sorumluluk davası açması genellikle söz konusu olmaz; en azından çabuk bir şekilde gerçekleştirilemez. Alacaklıların dava açtığı aşama da göz önünde bulundurulduğunda, esasen herkesin menfaatine olan bu ihtiyaç yalnızca pay sahipleri bakımından ortaya çıkmaktadır.

Pay sahibinin açacağı sorumluluk davası, anonim ortaklığın doğmuş ve mevcut bir zararının giderilmesine yönelik olup, ileride doğacak veya doğması muhtemel zararların önlenmesi davanın konusu değildir⁹²⁵. Ayrıca, bu konuda verilecek bir ihtiyatî tedbir kararı, sorumluluk davasının öncüsü veya dava sonunda hükmedilecek hakkı güvence altına alan bir mâhiyete de sahip olmayacaktır. Zîra sorumluluk davası, bir para alacağına yönelik olup, bir sözleşmenin iptaline veya muvazaalı olduğunun tespitine yahut yönetim kurulunun bir karar veya uygulamasının iptaline ilişkin bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ihtiyatî tedbir kararına ihtiyaç gösteren husus ile sorumluluk davasının konuları farklıdır. Oysa, HMK m. 389 uyarınca, ihtiyatî tedbir kararı ancak uyuşmazlık konusu hakkında verilebilir. Ayrıca, bu yönde verilecek bir tedbir kararı şirketin işleyişine ve taraf olduğu sözleşmelere müdahale anlamına da gelebilir. Ayrıca ortaklıklar hukukunun kurumları incelendiğinde de, zararın doğumundan önce, zararın doğacağı veya büyüyeceği kesin olsa bile bunu önleyecek imkânın pay sahibinin elinde olmadığı, kanunun tanıdığı imkânların yeni bir dava hakkına vücut verecek şekilde genişletilmesine de imkân bulunmadığı, HMK m. 389'da sadece uyuşmazlık konusu hakkında tedbir kararı verilebileceği, buna karşılık tedbir kararı verilmesi istenen hususların sorumluluk davasının konusunu (netice-i

⁹²⁵ Avrupa'da türev davaların yasal dayanağının şirketler hukukunun yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen bölümde bulunduğu, bunun sonucu olarak türev davaların yalnızca tazminat talepleri için geçerli bulunduğu, örneğin Fransız mahkemelerinin, ihtiyatî tedbirler için türev işlemlerin mevcut olmadığını tespit ettiği, bu nedenle türev davaların önceden zararlı davranışları önleme ve şirketin fiilen kontrolünde olanlara baskı yapma potansiyelinin bu nedenle düşük olduğu yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 876; aynı doğrultuda olmak üzere, türev dava ve benzeri mekanizmaların, tipik olarak yalnızca yöneticilere karşı sorumluluk iddialarını uygulamak için şirketler hukukunda oluşturulduğu, buna göre yalnızca sorumluluk taleplerinin mümkün olduğu ve ihtiyatî tedbirin mümkün bulunmadığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 25.

talebi - talep sonucunu) teşkil etmediği, esasen ulaşılan bu sonuçların da hakkaniyete uygun düşmediği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda pay sahibinin yapabilecekleri, yönetim kurulu üyelerini uyarmak, genel kurulun toplantıya davet edilmesi için gerekli prosedürlere başvurmak (TTK m. 410-412), yapılacak genel kurulda bu hususları gündeme getirip, özel denetçi tayini talep etmek (TTK m. 438) ve ayrıca yönetim kurulu üyelerinin azlini istemektir. Pay sahibi tarafından yapılacak bu tür girişimler, ileride açılacak bir sorumluluk davasında özellikle kusurun varlığının ve derecesinin belirlenmesi konusunda faydalı olacaktır.

K- İhtiyatî Tedbir Yoluyla Kayyım Atanmasının Talep Edilmesi Sorunu

Yönetim kurulu üyelerinin zarar verici eylemlerinin devam etmesi hâlinde, sorumluluk davası bağlamında bu kişilerin yerine kayyım atanmasının talep edilip edilemeyeceği de, özellikle pay sahipleri tarafından açılacak davalar bakımından uygulamada önem taşıyan bir konudur.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri yerine kayyım atanması hususu, sadece TTK m. 530'a göre şirketin organsız kalması nedeniyle açılacak fesih davası bağlamında hâkimin alacağı gerekli tedbirler cümlesinden olarak madde gerekçesinde ifade edilmiştir⁹²⁶. Nitekim, TTK m. 126 uyarınca anonim ortaklıklar hakkında da uygulama alanı bulan TMK m. 427/4'te de bu yönde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, *“bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa”*, bu takdirde anonim ortaklığa kayyım atanabilir. Bunun dışında, yönetim kurulu üyelerini görevden alma (azletme) yetkisi sadece genel kuruldadır (TTK. m. 408/2, b). Bu bağlamda, limited ortaklıklar bakımından TTK m. 630/2'de yer alan, her ortağın haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebileceği

⁹²⁶ TTK m. 530'a göre açılan fesih davalarında mahkemece alınacak tedbirler arasında kayyım atanmasının da olduğu, bu bağlamda mahkemece kayyım atanmasına ilişkin ihtiyatî tedbir kararının icrası ve kayyımın göreve başlaması için söz konusu tedbir kararının kesinleşmesinin beklenmemesi gerektiği yönünde bkz. Tolga Ayoğlu, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, **GSÜHFD**, 2013/2, s. 229 ve dn. 31; tasfiye davasında mahkemece ihtiyatî tedbir olarak kayyım atanması konusunda ayrıca bkz. Ayşe Şahin, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebepler Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 369-370; İsmail Cem Soykan, **Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2012, s. 265 vd.; Burcu Günaydın, **Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası**, İstanbul, Beta Yayınları 2012, s. 60 vd.

şeklindeki düzenlemeye benzer bir hüküm anonim ortaklıklar için öngörülmemiştir. Bu hükme göre, genel kurulun yöneticileri azletmediği veya temsil yetkilerini sınırlandırmadığı yahut genel kurulun toplantısının beklenmesinin gecikmeye yol açacağı hâllerde, ortaklardan her biri, haklı sebeplerin varlığını kanıtlayarak, mahkemeden yöneticinin azledilmesini ve şirkete kayyım atanmasını talep etme hakkına sahiptir⁹²⁷. Bu talep, limited ortaklıklar bakımından, zarar verici eylemin devam ettiği ve zararın giderek arttığı hâllerde ortaklara özel bir tedbir alma imkânı sağlamış olmaktadır. Nitekim, TTK m. 630/3'te, yöneticinin özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi veya şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesinin haklı sebep olarak kabul edileceği belirtilmek suretiyle, esasen sorumluluk davasının koşullarına işaret edilmiş bulunmaktadır⁹²⁸. Ancak, bu hüküm sadece limited ortaklıklar bakımından geçerli olup, anonim ortaklıklar bakımından uygulanamaz. Buna göre, zarar verici eylemler devam etmekte ve zarar her geçen gün katlanarak büyümekte olsa bile, pay sahiplerinin şirket organsız kalmadıkça şirkete kayyım atanmasını talep etmeye hakları bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.2010 tarihli kararına⁹²⁹ konu bir olayda, yerel mahkeme, limited şirket müdürüne karşı açılan sorumluluk davası bağlamında mevcut davalı müdür yerine yeni müdür seçilinceye kadar şirkete kayyım atanması yolundaki talebin kabulüne karar vermiş; Yargıtay ise, kararında bu yöne ilişkin hiçbir değerlendirme yapmaksızın başka bir sebepten dolayı esas hakkındaki kararın davacı lehine bozulmasına karar vermiştir. Söz konusu kararda, kayyım atanması kararının hukukî sebebine ilişkin hiçbir bilgi yer almamaktadır.

⁹²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve söz konusu düzenlemenin, emredici olduğu ve şirket müdürleri dışındaki yöneticiler (ticarî temsilci ve vekiller) hakkında da uygulanabileceği yolunda bkz. bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 22-48, 49; bu düzenleme hakkında ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 67, N. 81 vd.; Şener, s. 756-757; bu düzenlemenin kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 219 ile paralellik taşıdığı yolunda bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 428.

⁹²⁸ Bu yönde bkz. Şener, s. 757.

⁹²⁹ “Mahkemece ... şirketin bilirkişi raporunda belirtildiği gibi zararı olduğu tespit edilmiş bu nedenle davacının yönetim kayyımı ataması talebinin kabulüne, şirket müdürü Bekir'in görevden alınmasına, yeni şirket müdürü seçilinceye kadar müdürlük görevinin kayyım tarafından yürütülmesine karar vermek gerekmiş; Asıl davayla birleşen 2005/30 E. sayılı dava, davalı limited şirket müdürü hakkında açılan sorumluluk davasına ilişkindir. ... mahkemece davacı iddiaları karar yerinde tartışılmadan soyut biçimde haklı nedenlerin varlığının kanıtlanamadığından bahisle anılan davanın reddine karar verilmiş olması da yanlış olmuştur” (Yarg. 11. HD'nin 15.06.2010 T. ve 2010/5650-6933 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Kanımızca, HMK m. 389 vd.'de yer alan ihtiyatî tedbire ilişkin genel hükümlerin geniş yorumlanarak kayyım atanabileceğinin kabulü de mümkün değildir. Yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, atanması veya azli usûlleri TTK'da açık hükümlerle düzenlendiği gibi, kayyım atanması da ancak sınırlı hâllerde öngörülmüştür. HMK m. 389'dan bahisle tüm bu hükümlerin bertaraf edilmesi kanımızca mümkün değildir.

L- Sorumluluk Davasının Bilgi Alma ve İnceleme Davası ile Bir Arada Açılamaması Sorunu

Sorumluluk davasında da usûl hukukunun temel ilkeleri olan dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi⁹³⁰ (HMK m. 25), teksif ilkesi⁹³¹, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı⁹³² (HMK m. 141) ve somutlaştırma yükü⁹³³ (HMK m. 194) uygulama alanı bulmakta ve dava dilekçesinin içeriğini belirleyen hükümlerin (HMK m. 118) eksiksiz bir şekilde uygulanması ve davacı tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. HMK'ya hâkim olan bu temel ilke ve kuralların sorumluluk davaları bakımından da aynen uygulanacağına kuşku yoktur. Buna göre, dava açmak isteyen kimse, davalı olarak gösterdiği kimselerin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı davranışlarını açık ve somut bir şekilde ortaya koymalı ve bunların delillerini de göstermelidir. Bu bağlamda, davacının zararın tamamının tazminini talep ederek hâkimden her bir davalının sorumluluk miktarını belirlemesini talep edebilmesi (TTK m. 557/2), belirttiğimiz usûl hükümlerinin yerine getirilmemesi için haklı bir sebep teşkil etmeyecektir. Çünkü bu hüküm, farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre her bir davalının sorumlu olduğu miktarın bireysel indirim sebepleri de dikkate alınarak ve üstelik daha davanın başında her bir davalı için ayrı ayrı belirlenmesi konusundaki zorluğun aşılmasına hizmet etmektedir ve sadece amacı doğrultusunda kullanılmalıdır.

Özellikle pay sahibinin dava açtığı durumlarda, davacının zararın varlığı konusunda bir bilgi, düşünce veya tahmine sahip olmakla birlikte, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı davranış ve kararlar hakkında ayrıntılı ve somut bilgiye sahibi

⁹³⁰ Taraflarca getirilmesi ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 795 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 156 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 243 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 569 vd.

⁹³¹ Teksif ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 165 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 252 vd.; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 809 vd.

⁹³² İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı konusunda bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 522 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 464 vd.

⁹³³ Somutlaştırma yükü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1681 vd.; Börü, s. 183 vd.; Atalay, s. 31 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 2396 vd.; Tanrıver, s. 810-812.

olmaması ve konumu itibarıyla bu bilgilere ulaşmasının da pek mümkün bulunmaması hâlinde dahi⁹³⁴, davacının sorumluluk davası açarak maddî vâkıaların mahkemece toplanmasını talep etmesi hukuken mümkün değildir. Bu bağlamda, davacı pay sahibinin, bu usulî zorunlulukları aşmak için sorumluluk davası ile birlikte “*bilgi alma ve inceleme hakkı*”nı (TTK m. 437) kullanmaya yönelik talepte de bulunmasına cevaz yoktur⁹³⁵. Pay sahibi, sorumluluk davası açmadan önce, koşulları varsa bilgi alma ve inceleme hakkını ayrı bir prosedür içinde usûlüne uygun kullanmalı ve elde edeceği bilgi ve verilere göre sorumluluk davasını o zaman ikâme etmelidir⁹³⁶. Bu konuda pay sahibinin davadan önce başvurabileceği diğer bir yol da özel denetim talebinde bulunmaktır⁹³⁷ (TTK m. 438). Pay sahibi, özel denetim sonucunda hazırlanacak rapora istinaden sorumluluk davasına konu maddî vâkıaları elde etme ve bunları somutlaştırma imkânına sahip olabilir. Yoksa, mahkemeden, önce bilgi alma ve inceleme hakkı adı altında varsa kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıkları tespit etmesinin ve ortaya çıkacak vâkıalara göre sorumluluk davasının koşullarının incelenmesinin talep edilmesi, usûl hukukunda yeri olmayan ve yukarıda belirttiğimiz temel kural ve ilkelere taban tabana zıt bir istem olacaktır⁹³⁸.

⁹³⁴ Sorumluluk davası ve ispat bakımından genel olarak asıl sorunun, davacının makul bir iddiada bulunmak için gereken kanıtı elde etmekteki zorluğu olduğu, bunun da tipik olarak davacının şirketin iç belgelerine erişimini gerektireceği yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 871; sorumluluk kurumunun işlememesinin bir sebebin pay sahiplerinin ve alacaklıların yeterince bilgiye ulaşamamaları olduğu yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 139.

⁹³⁵ Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması ve bu bağlamda bilgi alma talebinde bulunulup bu konuda dava açılmasının, öncelikle bir iptal veya sorumluluk davası açılması şartına bağlı bulunmadığı yönünde bkz. Kaya, **Bilgi Alma Hakkı**, s. 279 vd. ve ayrıca s. 320; pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dolu, s. 3 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-70 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 251 vd.; eTTK’da yer alan düzenlemelere göre bilgi alma hakkı konusunda ayrıca bkz. Kaya, **Bilgi Alma Hakkı**, s. 6 vd.

⁹³⁶ İngiliz hukukunda, yöneticilerin bağlılık borcunu güçlendirmeye hizmet etmek üzere CA 417’de bir açıklama ve bilgilendirme mekanizması öngörüldüğü, bunun amacının şirket üyelerini bilgilendirmek ve yöneticilerin görevlerini CA 172’de şirketin başarısını teşvik etme görevi şeklinde düzenlenen bağlılık borcuna uygun olarak yerine getirip getirmediğini değerlendirmelerine yardımcı olmak olduğu yönünde bkz. Lowry, s. 621.

⁹³⁷ Özel denetim istemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtbaşı, s. 5 vd.; Uçar Bulut, s. 28 vd.; Değirmencioglu, s. 23 vd.; Altay, **Özel Denetim**, s. 55 vd.; Kaya, **Özel Denetim**, 61 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-90 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 391 vd.

⁹³⁸ Bilgi alma ve inceleme talebinin haksız olarak hiç karşılanmaması veya eksik yahut yanıltıcı bilgi verilmesi hâlinde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun gündeme geleceği, diğer yandan yönetim kurulunun sadakat ve bu bağlamda sır saklama yükümlülüklerine aykırı olacak şekilde bilgi vermelerinin de şirkete zarara verebileceği ve bu durumun da bu defa şirketin veya diğer pay sahipleri ile alacaklıların sorumluluk davası açmasına yol açabileceği yönünde bkz. Kaya, **Bilgi Alma Hakkı**, s. 344-348.

Bu nedenle, mahkemece sorumluluk davasına ilişkin dava dilekçesinin maddî vâkıaları kanuna uygun bir şekilde içerip içermediği⁹³⁹ (HMK m. 119/1-e) ve somutlaştırma yükünün (HMK m. 194) yerine getirilip getirilmediği re'sen incelenmeli, olumsuz sonuca ulaşılması hâlinde, sorumluluk davası ve onunla birlikte, esasen özel koşullara tâbi bulunan (TTK m. 437) bilgi alma ve inceleme talebi de reddedilmelidir. Buna göre, davacı pay sahibinin, tüm haklarını davadan önce kullanarak zarara sebebiyet veren maddî vâkıaları (kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıkları) tespit edip somutlaştırması ve daha sonra bunlara dava dilekçesinde yer vermesi ve delilleri de göstermesi gerekmektedir.

V- Objektif Dava Yığılması

TTK m. 553/1'de sayılan kimseler tarafından, anonim ortaklığa birden fazla karar ve işlemle zarar verilmiş olması hâlinde, bu işlemlerden her biri, hak sahiplerine ayrı ayrı dava açma hakkı verir. Bu talepler, birbirinden farklı ve bağımsız olup, usûl hukuku anlamında ayrı bir dava sebebine dayanır ve ayrı taleplere vücut verir. Şüphesiz, verilen zarar tek ise, zarar birden fazla işlemle (işlemler zinciriyle) verilmiş olsa veya zarar kısım kısım ortaya çıksa yahut zararın bir kısmından bir kısım davalılar diğer bir kısmından başka davalılar sorumlu olsa bile, ortada tek bir davanın varlığından bahsedilecektir. Nitekim, TTK m. 557/2 hükmü, zararın tamamının talep edilebilmesine ve hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu tazminat miktarını belirlemesinin istenebilmesine özel olarak imkân da tanımıştır. Buna karşılık, bir veya birden fazla kişi tarafından birbirinden bağımsız, farklı karar ve işlemlerle verilen birden fazla zarar varsa, bunlardan her biri ayrı bir sorumluluk davasına vücut verecektir. Davacı, dilerse, bunları ayrı ayrı davalara konu edebileceği gibi, aynı dava dilekçesi ile objektif dava yığılması (HMK m. 110) şeklinde de talep edebilir. Esasen, objektif dava yığılmasında, tek bir dava değil, aslî talep sayısı kadar dava söz konusu olup, mahkemece her bir talep hakkında ayrı ayrı yargılama yapıp hüküm tesis edilecektir⁹⁴⁰. Objektif dava yığılmasında, aynı davalılara karşı birden fazla aslî talebe sahip olunması söz konusu olup, farklı dönemlerde görev yapmış olan farklı

⁹³⁹ Dava dilekçesinde sunulması gereken maddî vâkıaların “davanın temeli”ni teşkil ettiği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 405-406.

⁹⁴⁰ “Objektif dava yığılması” kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1092 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 259; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 421 vd.; Tanrıöver, s. 626-628; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 282-283; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 344-346.

davalıların sebebiyet verdiği zararlar söz konusu ise, bunların objektif dava yığılması şeklinde ileri sürülmesi mümkün olmayacak, her bir talebin davalılar bağlamında bir ayırım yapılarak ayrı ayrı sorumluluk davalarına konu olması gerekecek, aksi takdirde mahkemece davaların ayrılmasına karar verilecektir (HMK m. 167). Ayrıca, dava temelini oluşturan maddî vâkıaların farklı olması da, hukukî sebep (HMK m. 553 vd.) aynı olmasına rağmen ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde birden fazla kişi aleyhine dava açılmasına engel olacaktır⁹⁴¹.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, davalılara ilişkin müteselsil sorumluluğa ve bireysel sorumluluğuna ilişkin tüm taleplerin birlikte sürülmesi ve mahkemece dikkate alınması, sorumluluk davasının, “*objektif dava yığılması*” mâhiyetinde olduğu anlamına gelmez, bu hâlde de esasen sadece tek bir aslî talep ve tek dava vardır⁹⁴². Zîra, bir yandan müteselsil sorumluluğa ve bir yandan da bireysel sorumluğa ilişkin taleplerin dikkate alınması, zararın tamamına ilişkin bulunan, ancak bu zarardan sorumlu olan kişiler bakımından özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında yapılacak değerlendirme ve sorumluluk miktarı tespitini ortaya koymaya yönelik bir husustur; yoksa, ortada farklı aslî talep ve buna vücut veren farklı bir dava sebebi (maddî vâkıalar) mevcut değildir, aynı veya benzer vâkıalar ve bundan doğan zararın tamamının talep edilmesi vardır⁹⁴³ (TTK m. 557/2).

Pay sahibinin, farklı maddî vâkıalara bağlı olarak doğrudan ve yansıma yoluyla ayrı ayrı zarara uğramış olması hâlinde, farklı taleplere vücut veren bu zararlarını aynı davalılardan talep edebilmesi, kanımızca objektif dava yığılması şekilde mümkün olabilir⁹⁴⁴. Gerçekten, yönetim kurulu üyeleri, bazı eylemleriyle doğrudan ortaklığın ve yansıma yoluyla pay sahiplerinin zarara uğramasına, diğer yandan da başka eylemleriyle pay sahiplerinin doğrudan zararına sebebiyet vermiş olabilirler. Bu varsayımda pay sahibi, şirketin uğradığı zararın şirkete, kendisinin uğradığı zararın ise kendisine tazmin edilmesini talep edecektir.

⁹⁴¹ Vâkıaların farklı, hukukî sebeplerin aynı veya benzer olması hâlinde ihtiyarî dava arkadaşlığının mümkün olmadığı, HMK m. 57/1, c hükmünün buna olanak vermediği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdönmez, **İhtiyarî Dava Arkadaşlığı**, s. 716 vd., 749.

⁹⁴² Bu konuda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-131; Altay, **Yetki Devri**, s. 249; Üçışık/Çelik, s. 520. Ayrıca, bkz. TTK m. 557’nin madde gerekçesi.

⁹⁴³ Vâkıaların benzer, hukukî sebebin aynı olması hâlinde birden fazla davalı arasında HMK m. 57/1, c hükmü uyarınca ihtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olabileceği ve “*benzer vâkıalar*” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Erdönmez, **İhtiyarî Dava Arkadaşlığı**, s. 722, 725 vd.

⁹⁴⁴ Söz konusu zararların birlikte dava konusu edilemeyeceği, bunların ayrı ayrı istenmesinin gerektiği görüşü için bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 128-129.

Bununla birlikte, sorumluluk davası ile birlikte anonim ortaklıkla ilgili başka davaların⁹⁴⁵ objektif dava yığılması şeklinde açılması, kanımızca pek mümkün olmayacaktır. Zîra, objektif dava yığılmasının söz konusu olabilmesi için, aynı davalıya karşı birden fazla aslî talebin söz konusu olması gerekir (HMK m. 110). Buna karşılık ortaklıkla ilgili davalarda davalı taraf, yönetim kurulu üyeleri değildir. Örneğin, genel kurul veya yönetim kurulu kararlarının yokluk veya butlanın tespiti talebinde yahut şirketin fesih ve tasfiyesi, kâr payı ödenmesi gibi dava ve taleplerde davalı, anonim ortaklıktır. Bu nedenle, bu taleplerin esasen objektif dava yığılması şeklinde tek bir dava dilekçesi ile ikâme edilememesi gerekir. Buna karşılık, Yargıtay kararları aksi yönde olup, bu tür taleplerin birlikte ileri sürülebileceği⁹⁴⁶ veya ayrı ayrı açılmış olsa dahi aralarında bağlantı bulunması nedeniyle bu davaların birleştirilmesi (HMK m. 166) gerektiği şeklindedir⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Bazı devletlerde, üst üste binen, yani, yöneticilerin veya hissedarların davranışlarının neden olduğu belirli bir riske karşı birden fazla mekanizma ile alacaklı korumasının mevcut olduğu, bu farklı mekanizmaların farklı risk türlerine hitap ettiği ve bu nedenle, fazlalık yerine çoğunlukla tamamlayıcı olduğu yönünde bkz. Mülbet, s. 50.

⁹⁴⁶ Sorumluluk davası ile birlikte genel kurul kararlarının yokluk ve butlanın tespitine, genel kurul toplantılarının iptaline şeklinde açılan bir davada tüm taleplerin incelenmesi ve tüm bu konularda ayrıntılı bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği yönündeki bir Yargıtay kararı için bkz. “Dava; davalı şirketin ilk genel kurul toplantısı hariç tüm genel kurul toplantılarının iptali, yoklukla malul ve batıl olduğunun tespiti, davalı şirketin uğradığı zararlar nedeniyle eski yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluklarının tespiti ve tazmini ile davalı şirketin mal varlığının tespiti istemlerine ilişkindir. ... Bu açıklamalar uyarınca, mahkemece davacılar vekilinin bu yöndeki taleplerinin TMK’nın 2. maddesinde belirtilen iyi niyet kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmadığı değerlendirilmeli, bu yönde yapılacak değerlendirme sonrasında TMK’nın 2. maddesine aykırılık bulunmadığının tespiti halinde davalı şirketin tüm ticaret sicil dosyası, ana sözleşme ve varsa anasözleşmede yapılan değişiklikleri de içerir şekilde dosya içerisine alınmalı, dava konusu yapılan genel kurul toplantılarına ilişkin çağrı ilanları da dahil olmak üzere tüm belgeler dosyaya getirilmeli, ... ilk toplantıdan itibaren her bir toplantı yönünden yokluk ve butlan halinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Davalıların hangi tarihlerde yönetim kurulu üyeliği yaptıkları, bu görevleri nedeniyle usulünce ibra edilip edilmedikleri, ibranın açık ibra niteliğinde olup olmadığı belirlenmeli, sonrasında davalı şirketin zarara uğratılıp uğratılmadığı, uğratılmış ise bu zararlardan eski yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumlu olup olmadıkları tespit edilmelidir. Bu hususun tespitine ilişkin olarak davalı şirketin borçlu olduğu kurum ve kuruluşlardan bu borçların sebepleri, hangi yıllara ait oldukları, ana para ve faiz miktarları ayrıntılı şekilde sorulup belirlenmeli, davalı şirkete ait tapu kayıtlarında yer alan haciz şerhleri gözetilerek şirket aleyhine yürütülen icra takip dosyaları da dosya içerisine alınıp değerlendirilmeli, davalı şirketin tüm taşınır ve taşınmaz malvarlıkları tedavüleriyle birlikte araştırılmalı, davalı şirketin tüm defter ve belgeleri davalı şirketten temin edilmeli, davacılar vekilinin hükme esas alınan bilirkişi raporuna yönelik beyanları ve dosya içerisinde yer alan özel denetçi raporları ile davalının zamanışımı def’inde bulunulduğu da gözetilip değerlendirilmelidir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.03.2016 T., 2015/15625 E., 2016/3083 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Sorumluluk davası ile birlikte anonim ortaklığın fesih ve tasfiyesinin de talep edilmesine ve şirketin feshine karar veren mahkemenin sorumluluk davasını da incelemesi gerektiğine dair bir kararı için bkz. Yarg. 11. HD’nin 11.01.2010 T., 2008/8811 E. ve 2010/89 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁴⁷ Şirkete kayyım atanması, esas sermaye artırımının iptali, yöneticilerin sorumluluğu, şirketin fesih ve tasfiyesi, gizlenen şirket kârının tespiti ile davacıya düşen payın ödenmesi konularında ayrı ayrı açılan davaların birleştirilerek görülmesine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD’nin 15.06.2010 T., 5650/6933 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

VI- Davaların Birleştirilmesi

Birden fazla sorumlunun olması hâlinde her bir sorumluya karşı ayrı ayrı açılan davaların birleştirilmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla kimsenin, örneğin ortaklığın ve pay sahibinin aynı veya birbirine benzer konularda aynı sorumlular aleyhine açtıkları sorumluluk davalarının da birleştirilmesi mümkün ve hatta gereklidir. Zîra, ihtiyarî dava arkadaşlığının koşulları bulunmasına rağmen, davacı her bir davalı aleyhine ayrı ayrı dava açma yolunu tercih etmiş olsa bile, mahkemeler HMK m. 57 hükmünü de dikkate alarak, talep üzerine veya re'sen davaların birleştirilmesine karar verebilir⁹⁴⁸ (HMK m. 166). Gerçekten, bu davalar arasında yasanın öngördüğü bağlantı koşulunun⁹⁴⁹ bu hâlde gerçekleştiği ve davaların birlikte yürütülmesinde usûl ekonomisi ve hukuk güvenliği bakımından fayda bulunduğu açıktır. Bu bağlamda kanun, hiçbir varsayımda birleştirmeyi zorunlu tutmamış, bağlantıya ilişkin objektif kriterleri düzenlemek suretiyle bu konudaki değerlendirmeyi mahkemenin takdirine bırakmıştır⁹⁵⁰. Nitekim, HMK'nın 167. maddesinde, mahkemenin, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına, davanın her aşamasında⁹⁵¹, talep üzerine veya kendiliğinden karar verebileceği ve bu durumda mahkemenin, ayrılmasına karar verilen davalara bakmaya devam edeceği düzenlenmiştir.

Bu bağlamda gerek zamanaşımı sürelerinin daha uzun olması gerek sürenin her bir hak sahibi için farklı zamanlarda işlemeye başlayabilmesi nedeniyle olsa gerek,

⁹⁴⁸ Böylece, HUMK.'ta, ilk itiraz sebebi olan davaların birleştirilmesi talebi, HMK'da farklı düzenlenerek bir ilk itiraz olmak çıkarılmış, yargılamanın her aşamasında bu talebin ileri sürülebileceği ve hatta aynı yargı çevresinde bulunan davalar bakımından mahkemenin kendiliğinden dahi birleştirme kararı verebileceği öngörülerek bu konuda önemli bir değişiklik ve yenilik yapılmıştır.

⁹⁴⁹ Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılacağı (HMK m. 166/3), bağlantı koşulunun varlığının tespiti bakımından, ayrıca HMK m. 57'de yer alan, ihtiyarî dava arkadaşlığı bağlamında birden çok kişinin birlikte dava açması veya onlara karşı birlikte dava açılmasına ilişkin hüküm ve koşulların da gözönünde bulundurulması gerektiği konusunda bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1427 vd.; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, s. 302 vd., 314; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 966.

⁹⁵⁰ Birleştirme şartlarının mevcut bulunup bulunmadığının mahkeme için bir ön sorun teşkil ettiği, yapılacak incelemeden sonra mahkemenin birleştirmeye karar verebileceği gibi bu yöndeki talebi reddedebileceği, birleştirme talebinin reddi yolundaki kararın bir ara kararı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1441.

⁹⁵¹ Mahkemenin birleştirme kararını en erken ön incelemenin sonunda, tahkikata başlamadan önce vermesinin daha doğru olacağı, zira dava şartları ile ilk itirazlar incelenmeden birleştirme kararı verilmesinin usûlî eksikliklerin ileriye taşınmasına yol açacağı ve tarafların iddia ve savunmaları belirlenip uyuşmazlık konusu vâkıalar ön inceleme aşamasında tespit edilmeden bağlantı koşulunun sağlıklı bir şekilde değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1440.

sorumluluk davaları bakımından, genel kurul kararının iptali davalarında (TTK m. 448/2)⁹⁵² olduğu gibi, belli bir süre (üç aylık dava açma süresi) beklenerek açılan tüm davaların birleştirilmesi yönünde özel bir hüküm öngörülmemiştir.

Ayrıca, sorumluluk davasının yanı sıra anonim ortaklıkla ilgili olarak açılmış bulunan başka davaların da bağlantı koşulunu gerçekleştirmek suretiyle birleştirmeye konu olması mümkündür⁹⁵³. Bu bağlamda, dava açılmasına ilişkin genel kurul kararının iptaline ilişkin dava ile bu karara istinaden ortaklık tarafından açılan sorumluluk davası birleştirilebilir⁹⁵⁴. Zîra, bir dava şartı teşkil eden genel kurul kararının iptal edilmesi hâlinde, sorumluluk davasının da dava şartı eksikliğinden dolayı usûlden reddedilmesi gerekecektir. Benzer şekilde, ibra kararının geçersizliği konusunda ortaklık veya ibraya olumlu oy veren pay sahipleri tarafından açılan tespit davasının da sorumluluk davasını ilgilendirdiği konusunda şüphe olmayıp, bu davaların da birleştirilmesine söz konusu olacaktır. Bir başka örnek de sorumluluk davaları ile daha önce yönetim kurulu üyeleri tarafından açılan ibra (menfi tespit) davalarının birleştirilmesidir⁹⁵⁵. Ayrıca, somut olayın özelliklerine göre bağlantı koşulu bulunan hâllerde, örneğin sorumluluk davasına konu yükümlülük ihlâli ve zarar iddialarının aynı zamanda şirketin fesih için haklı sebep olarak ileri sürülmüş olması hâlinde de fesih ve tasfiye davaları ile sorumluluk davalarının birleştirilmesi gündeme gelebilecektir⁹⁵⁶. Bu bağlamda, davaların taraflarının farklı olması birleştirmeye engel

⁹⁵² Bu hükmün emredici nitelikte olduğu ve sadece, gerek konu gerek kişi bakımından ayniyet içeren “*aynı karar*” aleyhine açılan iptal davalarının birleştirilmesini zorunlu tuttuğu, aynı toplantıda veya aynı gündem maddesi altında görüşülüp karara bağlanmış olsa dahi farklı konu ve kişiler hakkındaki kararlara, örneğin yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmesi veya edilmemesi kararına karşı farklı yönetim kurulu üyeleri ile ilgili olarak açılan iptal davalarının bu hükme göre birleştirilmesinin zorunlu olmadığı, bu konuda HMK’nın genel hükümlerine göre arada bağlantı bulunması koşuluyla birleştirme konusunda bir karar verilebileceği yönünde bkz. Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Açılan İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları”, **İBD**, C. 76, S. 1-3, 2002, s. 133-137.

⁹⁵³ Belirli bir yargı yetkisi dahilinde, birbiriyle örtüşen, yani, yöneticilerin veya hissedarların davranışlarının neden olduğu belirli bir riske karşı birden fazla mekanizma ile alacaklı korumasının mevcut olduğu, bu farklı mekanizmaların farklı risk türlerine hitap ettiği ve bu nedenle, fazlalık oluşturmaktan ziyade çoğunlukla tamamlayıcı olduğu yönünde bkz. Mülberr, s. 50.

⁹⁵⁴ Aksi yönde bkz. Canöz, s. 199.

⁹⁵⁵ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 8.

⁹⁵⁶ Buna karşılık, Almanya’da pay sahiplerinin sorumluluk davası açmalarının 2005 yılında serbestleşmesine rağmen nispeten nadir kaldığı, buna karşılık hissedar davalarının hem hukuk alanında hem de iş dünyasında sıkça tartışılan fesih davaları alanına odaklandığı, sıklıkla bu tür davalara kişisel kazanç için davalar açan “*profesyonel davacılar*” (*Berufskläger*) veya “*yağmacı hissedarlar*” (*räuberische Aktionäre*) olarak tanımlanan bir grubun hakim olduğunun iddia edildiği ve dolayısıyla dava sayısının oldukça fazla olduğu, örneğin bir kişinin (Klaus Zapf adlı kişinin) 27 şirkette 32 ayrı dava açtığı yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 32.

olmadığı gibi⁹⁵⁷, sorumluluk davasının eda talebini içermesine karşılık diğer davanın yenilik doğuran bir dava veya tespit davası olması da birleştirme kararı verilmesine engel teşkil etmez⁹⁵⁸.

Ayrıca, zarara yol açtığı iddia edilen bir işlemle ilgili olarak ortaklığın ikâme ettiği bir davanın da, örneğin, muvazaalı yapılarak ortaklığın zarara uğratıldığı iddia edilen bir kira sözleşmesi ile ilgili olarak ortaklık tarafından açılan muvazaanın tespiti ve tazminat talepli davanın, bu zarar iddiası hakkında açılacak sorumluluk davasını doğrudan etkilemesi söz konusudur. Zîra, muvazaalı işlemin ve bu bağlamda bir zararın bulunup bulunmadığı, esasen ortaklığın açtığı bu dava sonucunda belirlenecektir.

Diğer yandan, sorumluluk davası ile rücu davasının birleştirilip birleştirilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Zîra, sorumluluk davasında verilecek hüküm ve belirlenecek tazminat miktarı, esasen iç ilişkide paylaşılacak sorumluluk miktarını ve dolayısıyla rücu davasının konusunu teşkil edeceğinden, her iki dava arasında bağlantı bulunduğu söylenebilir. Nitekim, TTK m. 557 hükmünün gerekçesinde sorumluluk davası bağlamında rücu ilişkilerinin incelenip incelenemeyeceğinin öğreti ve yargı içtihatlarına bırakıldığı ifade edilmiştir. Ancak, aşağıda daha ayrıntılı açıklayacağımız üzere⁹⁵⁹, davalar arasındaki ilişkiye rağmen, rücu davasının sadece iç ilişkideki payından fazla ödeme yapan müteselsil borçlu tarafından ve ancak

⁹⁵⁷ Davaların birleştirilmesi için biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkilemesinin yeterli olduğu, bu konuda davanın taraflarının aynı olmasının aranmayacağı, bununla birlikte, tarafların aynı olması durumunda davalar arasındaki bağlantı koşulunun daha kolay kurulmasının mümkün olabileceği yolunda bkz. Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1432; bu yöndeki bazı Yargıtay kararları için bkz. “... mahkemece her iki davanın birleştirilmesi gerektiği gözetilmeden Kocaeli 5. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin birleştirme talebinin dosyanın taraflarının farklı olduğundan bahisle reddedilerek hüküm kurulduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi eldeki dava ile Kocaeli 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde açıldığı bildirilen 2016/40 Esas sayılı davanın birleştirilerek hüküm kurulması gerektiğinden mahkemece birleştirme kararı verilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 14. HD’nin 23.12.2020 T., 2017/2818 E. ve 2020/8783 K. sayılı kararı; Kazancı İctihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 13. HD’nin 08.04.2005 T. ve 2005/2880-5899 sayılı kararı; Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

⁹⁵⁸ Davaların birleştirilmesi için davaların aynı türde veya nitelikte ya da aynı yargılama usûlüne tâbi olmasının aranmadığı yönünde bkz. Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1437; aralarında bağlantı bulunması koşuluyla menfi tespit davası ile eda davasının birleştirilebileceği yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 966.

⁹⁵⁹ Bu konuda bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, IV.

ödemedten sonra açılabilceđi⁹⁶⁰ dikkate alındığında zamansal olarak birleştirmenin maddeten mümkün olmadığı kanısındaız.

şüphesiz, somut olayın özelliklerine göre yukarıda bu örneklerin çoğaltılması mümkün olup, bu konuda esas alınacak objektif kriterler, HMK m. 57 ve 166'da öngörölen bağlantı koşuluna ilişkin hükümlerdir⁹⁶¹.

Birbirini etkileyebilecek birden fazla davanın bulunmasına rağmen mahkemece davaların birleştirilmesine karar verilmeyen hâllerde, sorumluluk davası bakımından diğer dava dosyalarının sonunun bekletici sorun (HMK m. 165) yapılması da hukuken mümkündür. Zîra, bekletici sorun kararına mesnet teşkil eden bağ (HMK m. 165), esasen davaların birleştirilmesine ilişkin bağlantı koşulunu da karřılamaktadır⁹⁶². Bu nedenle, davaların birleştirilmesine engel bir durum yoksa mahkemece davaların birleştirilmesine karar verilmeli, bu mümkün olmadığı takdirde ise, o zaman bekletici sorun yapılmalıdır⁹⁶³.

⁹⁶⁰ von Tuhr, s. 805; rücu hakkının kullanılabilmesi için müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya ifada bulunuş olmasının zorunlu olduğu, bu bağlamda ifaya mahkûmiyet kararı verilmiş olmasının rücu için yeterli bulunmadığı yönünde bkz. Canyürek, s. 115.

⁹⁶¹ HMK m. 57'de öngörölen koşulların bağlantı unsuruna tekâböl ettiği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 314.

⁹⁶² Bekletici sorundaki bağlantı ile birleştirmedeki bağlantı birbirine yakın olsa da bunların tam anlamıyla örtüştüğünün söylenemeyeceği yönünde bkz. Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1410.

⁹⁶³ Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1408-1410.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVALARINDA SAVUNMA VASITALARI VE İSPAT

I- Usûle İlişkin Savunma Sebepleri

A- Dava Şartları

Dava şartları, davanın dinlenebilmesi ve uyuşmazlığın esasının incelenebilmesi için varlığı zorunlu bulunan ve eksikliği davanın usûlden reddini gerektiren usûlî şartlardır. Bu şartlar, kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, taraflarca ileri sürülmeseler dahi, mahkemece yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır⁹⁶⁴. Dava şartları, genel olarak HMK m. 114'te sayılmış olup, aşağıda sorumluluk davasına ilişkin özellik arz eden dava şartlarını açıklamakla yetineceğiz.

Bu bağlamda, 2018 yılında TTK'ya eklenen 5/a maddesi ile bazı davalar bakımından dava açılmasından önce arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması bir dava şartı olarak düzenlenmiş olup, bu şartın sorumluluk davasına ilişkin özellik arz eden yönleri vardır. Diğer yandan, her dava bakımından bulunması zorunlu olan ve dava şartı teşkil eden hukukî yarar, sorumluluk davası bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2) ile yakından ilişkilidir. Ayrıca, kişisel görüşümüze göre pay sahiplerinin dava hakkının niteliği bağımsız bir maddî hak olup bunun eksikliği hâlinde davanın esastan reddine karar verilmesi gerekli olmakla birlikte, öğretide savunulan dava takip yetkisi görüşünün kabulü hâlinde, bunun bir dava şartı olarak mahkemece incelenmesi söz konusu olacaktır. Diğer yandan, eTTK döneminde ortaklığın açacağı davalar bakımından bir dava şartı teşkil ettiği kanunda (eTTK m. 341) açıkça düzenlenen genel kurul kararının, TTK döneminde de dava şartı teşkil edip

⁹⁶⁴ Dava şartlarının tanım ve özellikleri konusunda bkz. Tanrıver, s. 635 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 257 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s 316 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 201-202 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 279 vd.

etmediği ve ayrıca dava şartı görüşünün kabulü hâlinde de bu şartın kimlere karşı açılacak davalar bakımından aranacağı konuları öğretide tartışmalıdır. Aşağıda, gerek belirttiğimiz bu konu ve sorunları ve ayrıca görevli mahkeme ile özel kanunlarda yer alan dava şartlarını inceleyeceğiz.

1- Arabuluculuğa Başvuru Şartı

06.12.2018 tarih ve 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un⁹⁶⁵ 20. maddesi ile TTK'ya "*Dava şartı olarak arabuluculuk*" kenar başlığını taşıyan 5/A maddesi eklenmiş ve bu hüküm 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir (7155 sayılı Kanun, m. 26). Buna göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

TTK'ya getirilen bu yeni hükümle, artık konusu para olan gerek mutlak gerek nisbî tüm ticarî davalarda ve bu bağlamda tüm sorumluluk davalarında davadan önce arabuluculuğa başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir⁹⁶⁶. Bilindiği üzere, dava şartı, kamu düzenine ilişkin bulunan ve mahkemece re'sen dikkate alınması gereken usûlî zorunluluklardır. Buna göre mahkeme, sorumluluk davasında, dava şartlarının incelenmesi cümlesinden olarak öncelikle arabuluculuğa ilişkin şartın yerine getirilip getirilmediğini inceleyecek, bu şart yerine getirilmemişse, başkaca bir işlem yapmadan, hatta dava basit yargılama usûlüne tâbi olduğundan dosya üzerinden (HMK m. 320/1) davanın dava şartı eksikliğinden dolayı reddine karar verecektir.

Getirilen hükümde, arabulucuya başvuruyu sonuçlandırması için altı haftalık süre tanınmış ve bu sürenin en fazla iki hafta uzatılabileceği düzenlenmiştir. Böylece davacı, sorumluluk davası açmadan önce, arabuluculuk sürecini beklemek zorunda kalacaktır. Kanımızca, miktarı ne olursa olsun tüm ticarî alacak ve tazminat davalarının arabuluculuğa tâbi kılınması yerine arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin âzami bir parasal sınırın da öngörülmesi daha yerinde olurdu. Esasen, böylesi önemli

⁹⁶⁵ RG. 19.12.2018 T., S. 30630.

⁹⁶⁶ Ticarî davalarda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurma zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, Cilt 2, s. 1130 vd.; ticarî davalarda zorunlu arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 139.

bir hükme abonelik sözleşmelerine ilişkin bir kanunda yer verilmiş olması, hükmün üzerinde çok düşünülmediğini göstermektedir.

Arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği, 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile, 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na eklenen 18/A maddesinde, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olup, burada prosedüre ilişkin ayrıntılara yer vermeyip, sadece esasa ilişkin önemli hükümlere değinmekle yetineceğiz.

Bu bağlamda öncelikle belirtmek isteriz ki; pay sahibinin, tazminat kendilerine ödenmeyeceği için arabuluculuk koşulunu yerine getirmelerinin zorunlu olmadığı ve sadece ortaklığın bu şartı yerine getirmesi gerektiği akla gelebilir ise de, kanımızca bu düşünce yerinde değildir⁹⁶⁷. Kanunda böyle bir ayırım yapılmadığı gibi, tazminatın şirkete verilmesi yolundaki kural, dava açılmasına veya verilecek ilâmın davacı tarafından icraya verilmesine engel teşkil etmemektedir⁹⁶⁸. Arabuluculuk aşmasında yapılacak bir anlaşma kanımızca sadece taraflarını bağlayacak, diğer hak sahiplerinin dava hakkını etkilemeyecektir⁹⁶⁹. Gerçekten, ortaklık, arabuluculuk aşamasında sorumlularla bir anlaşmaya varsa, pay sahipleri yine de dava haklarını kullanabileceklerdir. Aynı şekilde pay sahibinin anlaşmaya varması da, sadece kendi dava hakkının sona ermesini ve kendileri bakımından uyuşmazlığın çözümlenmesini sağlayacaktır. Bu bağlamda, pay sahiplerinin arabuluculukta yapacakları anlaşmanın konusu, aynen davada olduğu gibi, tazminatın şirkete ödenmesi şeklinde olacaktır⁹⁷⁰.

İster ortaklık ister pay sahibi olsun, sorumluluk davasının davacısı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usûlden

⁹⁶⁷ Kuru da, davacı bakımından bir ayırım yapmadan sorumluluk davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğunu ifade etmektedir; *Usûl El Kitabı*, s. 1141; aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 981; pay sahibinin sorumluluk davası açmak için arabulucuya başvurmak zorunda olduğu, yarışan dava takip yetkisine sahip olanlardan birinin başvurması hâlinde artık diğer hak sahiplerinin arabulucuya başvuramayacakları, pay sahibinin bu sıfatını kanıtlaması gerektiği yönünde bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 149, 153, 155.

⁹⁶⁸ Bu konuda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III.

⁹⁶⁹ Aksi yönde bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 148-149.

⁹⁷⁰ Bu bağlamda, istisnai olarak, arabuluculuk sürecinde davacının aydınlatılmasının ve sorumluluk davasından vazgeçmesinin de söz konusu olabileceğini de belirtmek gerekir.

reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilecek; ihtarın gereği yerine getirilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usûlden reddine karar verilecektir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verilecektir (HUAK. m. 18/A, 2).

Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı duracak ve hak düşürücü süre işlemeyecektir (HUAK. m. 18/A, 15). Dikkat edilirse, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin kesilmesi değil, durması söz konusudur. Bu nedenle, davacının arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanması hâlinde, devam edecek olan söz konusu süreleri dikkatle takip ederek, süresinde davasını açması önem arz etmektedir. Diğer yandan, dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde HMK m. 397/1’de, ihtiyati haciz kararı verilmesi durumunda ise İİK m. 264/1’de düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyecektir (HUAK. m. 18/A, 16).

Söz konusu hükümde, ayrıca, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (HUAK. m. 18/A, 18). Buna göre, sorumluluk davasının tahkimde görülmesi söz konusu olaksa⁹⁷¹, arabuluculuğa başvurma şartı aranmayacaktır.

Arabuluculuk sürecine ilişkin diğer bir hüküm de, sorumluluk davaları bakımından TTK m. 555/2’de öngörülen yargılama giderleri konusundaki özel hükmü bertaraf eder mâhiyettedir. Şöyle ki; HUAK. m. 18/A’nın 11. fıkrasına göre, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur, ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez; her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren

⁹⁷¹ Sorumluluk davalarının tahkime elverişli olup olmadığı hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, IV, G.

arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Görüldüğü üzere, sorumluluk davalarında yargılama giderleri bakımından iki özel hükmün uygulanması konusunda, davacının ilk arabuluculuk toplantısına katılmaması hâlinde bir çakışma söz konusu olabilir. Gerçekten, TTK m. 555/2’de sorumluluk davasında yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davalıya yükletilemediği hâllerde (dava kısmen veya tamamen reddedilmişse) dahi mahkeme pay sahibinin açtığı davayı maddî ve hukukî sebepler haklı gösteriyorsa, söz konusu giderlerin davacı pay sahibi ile dava dışı anonim ortaklık arasında paylaştırılmasının karar verebilecek iken; HUAK. m. 18/A-11 hükmü, davacı ilk toplantıya katılmamışsa, davadaki haklılık durumuna bakılmaksızın yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olacağını düzenlemektedir. Kanımızca, HUAK. m. 18/A, 2 hükmü, arabuluculuk toplantısına katılmayan taraf (davacı pay sahibi) bakımından özel bir yaptırım öngördüğünden menfaatler dengesi de dikkate alınarak bu hükmün uygulanması gerekir. Ayrıca, TTK m. 555/2’nin hâkime bir takdir hakkı tanıdığı dikkate alındığında, hâkimin yargılama giderlerini davacı pay sahibi ile dava dışı ortaklık arasında dağıtırken, davacı pay sahibinin arabuluculuk toplantısına katılmadığı hususunu da gözönünde bulundurması gerekir. Bu bağlamda şu hususa da işaret etmek gerekir ki, önemli olan ilk toplantıya katılıp katılmamaktır; yoksa, ilk toplantıdan sonraki (diğer) toplantılara katılıp katılmamayı kanun bir yaptırıma bağlamamıştır.

Sorumluluk davası açılmasından önce, genel haciz yoluna veya davalının iflâsa tâbi olması hâlinde iflâs takip yoluna başvurulmuş olması hâlinde de, sorumluluk davası niteliğindeki itirazın iptali veya iflâs davasına bakan mahkeme arabuluculuk dava şartının yerine getirilip getirilmediğini inceleyecektir. Bu hâlde, arabuluculuğa takipten önce veya sonra başvurulabileceğini belirtmek gerekir.

2- Görevli Mahkeme

Sorumluluk davası, mutlak ticarî dava olup, davayı görmekle asliye ticaret mahkemesi görevlidir (TTK m. 4/1-a, m. 5, m. 561). Daha önceleri, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında “iş bölümü” ilişkisinin bulunduğu kabul edilmekte iken, TTK m. 5/3 hükmü, 6335 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile değiştirilerek, bu mahkemeler arasındaki ilişkinin “görev” ilişkisi olduğu kabul

edilmiştir⁹⁷². Görev ise, bir dava şartı olup (HMK m. 114/1-c), mahkemece re'sen ve davanın her aşamasında dikkate alınır.

Sorumluluk davasının asliye ticaret mahkemesi bulunmayan bir yargı çevresinde açılması hâlinde, mahkemece görevsizlik kararı verilmeyip, asliye hukuk mahkemesi “*asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla*” davaya bakar (TTK m. 5/4). Ayrıca, sorumluluk davası, 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesinde özel olarak sayılan davalardan olduğundan, dava konusu değere bakılmaksızın davanın hey'et hâlinde görülmesi söz konusudur⁹⁷³. Bu bağlamda, ortaklık ile sorumlular çevresine dâhil kimseler (özellikle yöneticiler) arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunması, davanın iş mahkemelerinde görülmesini gerektirmez. Zîra, sorumluluk davası hizmet sözleşmesinden doğmamaktadır⁹⁷⁴.

⁹⁷² İş bölümü ayırımının kaldırılması konusunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 97-98, 145.

⁹⁷³ Tek hâkimli asliye ticaret mahkemeleri ile toplu (hey'et hâlindeki) asliye ticaret mahkemeleri arasında bir görev ilişkisi bulunduğu yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 140; bu mahkemeler arasında bir görev ilişkisinin bulunmadığı, bu ayırımı aykırı olarak davanın görülmesinin HMK m. 375/1-a uyarınca “*mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi*” nedeniyle bir yargılamanın iadesi sebebi ve buna göre de mutlak bir bozma sebebi teşkil edeceği yönünde bkz. Akkan, **Pekcanıtez Usûl**, s. 152. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.02.2019 T., 2018/1219 E. ve 2019/1474 K. sayılı kararında (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) görev konusuna girmeden hey'et hâlinde görülmesi gereken bir dava hakkında tek hâkim tarafından yargılama yapıp karar verilmiş olmasını bozma sebebi yapmıştı; “*Dosyaya yansıyan belgelerden dava konusu hisselerin dava tarihindeki gerçek değerinin 300.000,00 TL'nin üzerinde bulunduğu sabit olduğundan somut uyumsuzluk yönünden davanın heyet halinde görülüp karar verilmesi gerekirken tek hakimle hüküm tesisi cihetine gidilmesi doğru görülmemiş, Dairemizin 16.11.2017 tarih, 2016/4141 E.- 2017/6296 K. sayılı ilamının kaldırılarak mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmiştir*” (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 31.05.2018 T., 2016/9643 E., 2018/4201 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁷⁴ “... her ne kadar, diğer davalılar gibi, davalı N. D. ile davacı Banka arasında dahi başlangıçta hizmet akdi kurulmuş ise de, Yönetim Kurulu üyeliği göreviyle birlikte hizmet akdi ilişkisi sona ermiş olacağından, artık bu davalının sorumluluğunun hukuksal temeli hizmet akdine değil; T.T.K.nun 320. ve 336. maddelerinde ve Bankalar Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde, ‘yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna’ dayandırılmalıdır (Bu konuda geniş açıklama için: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 05.02.2003 gün ve 2003/9 82-65 sayılı kararı). Dolayısıyla bu davalı hakkındaki dava, T.T.K.'nun 5. maddesi anlamında mutlak ticari davalardandır ve ticaret mahkemesinin görev alanı içerisindedir. Böylesi bir davanın iş mahkemesinin görev alanı içerisinde bulunmadığı da açıktır. Zira, yukarıda değinilmiş olan 5521 sayılı Kanun uyarınca bir uyumsuzluğun İş mahkemesinde görülebilmesi için, ortada işçi sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyumsuzluğun bulunması gerekir” (bkz. Yarg. HGK'nın 05.05.2004 T., 2004/9-261 E. ve 2004/254 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Somut olayda, yanlar arasındaki uyumsuzluk hizmet akdinden doğan bir hak uyumsuzluğu olmayıp tamamen bunun dışında TTK ve Bankalar Kanunu'ndan doğan yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluk davası olduğundan bu tür davaların İş Mahkemelerinde görülemeyeceği açıktır” (bkz. Yarg. HGK'nın 05.02.2003 T., 2003/9-82 E. ve 2003/65 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD'nin 29.06.2012 T., 8542/11562 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Görev konusunda, ayrıca BankK. m.142’de, Fon tarafından açılan hukuk davalarına ve bu bağlamda sorumluluk davaları ile şahsî iflâs davalarına, o yerdeki (1) ve (2) nu.lı asliye ticaret mahkemeleri tarafından bakılacağı ve ikâmetgahı İstanbul sınırları içinde bulunan kimseler bakımından ise İstanbul (1) ve (2) nu.lı asliye ticaret mahkemelerinin davalara bakacağı düzenlenmiştir⁹⁷⁵.

3- Hukukî Yarar

Dava açan kimsenin hukukî korunma ihtiyacının bulunması gerekir, aksi takdirde kendisinin hukukî yararının varlığından bahsedilemez. Hukukî yarar, bir dava şartı niteliğinde olup (HMK m. 114/1-h), bunun davacıya ait bulunması, güncel ve meşru bir yarar olması gereklidir⁹⁷⁶. Hukukî yararın davanın açıldığı sırada mevcut olması da zorunludur.

Hukukî yarar, dava şartı teşkil etmesi ve bu itibarla kamu düzenine ilişkin bulunması nedeniyle mahkemece re’sen dikkate alınacak olmakla birlikte, davalıların da bu konuda savunmada bulunmaları mümkündür. Bu bağlamda davalıların ileri sürecekleri hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) savunması⁹⁷⁷ da, esasen hukukî yararla ilgili bir durum olup, böyle bir durumun varlığını tespit eden mahkemenin re’sen davanın reddine karar vermesi gerekmektedir⁹⁷⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da birçok kararında, “*hakkın kötüye kullanılması*”nı ayrıntılı bir şekilde ele almış, bu

⁹⁷⁵ Yargıtay, bu düzenlemeyi “görev” olarak görmektedir: “*Fon tarafından takip edilen davada İstanbul (1) numaralı Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olup, mahkemece re’sen görevsizlik kararı verilmesi gerekir*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 14.09.2004 T., 2003/11546 E. ve 2004/8255 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁷⁶ Hukukî yarar ve unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 947; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 210 vd.; Tanrıöver, s. 471-474; hukukî yarar kavramının nitelikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 136 vd.

⁹⁷⁷ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995, s. 2 vd.

⁹⁷⁸ Dürüstlük kuralının (TMK m. 2) usûl hukukunda da geçerli bir kural olduğu, buna aykırılığın mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebileceği, bu kuralın kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirdiği, tarafların usûlî yetkilerini kullanırken de bu kurala uymalarının zorunlu olduğu, buna göre en başta dava açma hakkının da dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılmasının zorunlu olduğu, hâkimin dürüstlük kuralına aykırı işlemleri dinlenebilir olmadıkları ve hukukî sonuç doğurmadıkları gerekçesiyle reddedebileceği yönünde bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 912-915; dava ile elde edilecek korunmaya değer bir menfaatin olmamasının dava hakkının kötüye kullanılmasına bir emare teşkil ettiği, menfaat şartının haksız davalar açmak suretiyle dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence olduğu, dava açmakta meşru menfaatin bulunmadığı durumların genellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2) aykırılık şeklinde ortaya çıktığı yolunda bkz. Hanağası, s. 35, 58, 145.

bağlamda hukukî yararlar ilgisini tespit etmiş, ancak bunu bir dava şartı olarak değil, bir itiraz sebebi olarak nitelendirmiştir⁹⁷⁹. Oysa, hakkın kötüye kullanılması, sadece maddî hukukla değil, hukukî yarar noktasında aynı zamanda usûl hukuku ile de ilgilidir. Nitekim, Yargıtay da, bu kavramın menfaat ile olan ilişkisine açıkça vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda, dava şartları usûl hukukuna ilişkin hususlar olmakla birlikte, bazı durumlarda bunları maddî hukuktan bağımsız düşünmek de mümkün değildir. Hukukî yarar da, usul hukukunun yanı sıra maddî hukuku ve bu bağlamda, dava hakkını ve sübjektif hakkı ilgilendiren boyutları bünyesinde taşımaktadır. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılmasını, maddî hukuka ilişkin bir itiraz sebebinden ibâret görmek, kanımızca, hem bu kavramın hukukî yarar ile ilişkisini ve hem de hukukî yararın mâhiyetini gözardı etmek olacaktır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, TMK m. 2’de dürüstlük kuralı bağlamında düzenlenmiştir. Öğretide, bir davranışın bu nitelikte olup olmadığının, toplumda egemen olan ahlâkî ölçülere, geçerli âdetlere ve hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edileceği ve dürüstlük kuralına *kanunun tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığını saptayabilmek için başvurulduğu* ifade edilmektedir⁹⁸⁰. . Buna göre, dürüstlük kurallarına uygun bir kullanımdan bahsedebilmek için, hakkın veya yetkinin, içeriğinde yer alan menfaatleri koruyacak bir şekilde kanundaki tesis

⁹⁷⁹ “... bir hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanılırsa ve bu kullanmada kullanan bakımından menfaat yoksa veya çok küçük bir menfaat varsa, bu taktirde o hakkın kullanılmasından değil, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir. ... Dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir davranış, doğrudan hakkın mevcudiyetini ortadan kaldırdığından bir itiraz teşkil eder. Bu nedenle, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden hâkim, dürüstlük kuralına aykırı, hakkın kötüye kullanılması oluşturan davranışı tespit ediyorsa, ilgili tarafından ileri sürülmemiş olsa bile, kendiliğinden (re’sen) bunu dikkate almalıdır” (bkz. Yarg. HGK’nın 13.12.2017 T., 2017/5-788 E. ve 2017/1711 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultudaki diğer bazı Yargıtay kararları için bkz. Yarg. HGK’nın 03.11.2010 T., 2010/19-559 E. ve 2010/5461 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. HGK’nın 08.05.2002 T., 2002/5-338 E. ve 2002/386 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁸⁰ Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 256 vd.

ediliş amacına ve mantığına uygun bir kullanımının varlığı gereklidir⁹⁸¹. Bu noktada somut olayın özellikleri belirleyici özelliğe sahip olacaktır⁹⁸².

Buna göre, sorumluluk davası açılmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edip etmediği hususunun “*hukukî yarar*” bağlamında mahkemece değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Bu konuda şu örnekler verilebilir: Yapılan oylama sonucunda ibra kararı verilmemiş olsa dahi, ibra yönünde olumlu oy kullanan kimsenin dava hakkına sahip olup olmayacağının, TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması bağlamında somut olay da dikkate alınarak mahkemece incelenmesi gerekir⁹⁸³. Benzer şekilde, bir pay sahibinin ibraya engel teşkil eden hususları (kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıkları) kişisel olarak bilmesine rağmen ibraya olumlu oy verdikten sonra bu sebepleri ileri sürerek ibranın geçersizliğinden de (söz konusu maddî vâkıaları kapsamadığından) bahisle sorumluluk davası açması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir⁹⁸⁴. Somut olayın özelliklerine göre, anonim ortaklığın rızasının oluşmasına katılan (genel kurul kararına katılan veya talimat veren/inanan) pay sahibinin dava açmasının da hakkın kötüye kullanılması oluşturması mümkündür⁹⁸⁵. Ayrıca, şirket menfaatlerine aykırı olsa bile genel kurul tarafından alınmış bir kararın uygulanması nedeniyle ortaklık veya karara olumlu oy kullanan pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açılması, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edebilir ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir⁹⁸⁶,

⁹⁸¹ Akyol, bu konuda felsefi bir bakış açısıyla da aynen şu açıklamaları yapmaktadır: “*Hukuk ‘doğru’ olanla yetinemezdi. Hukuk ‘adil’ olmalıydı. Hukuk doğruluk adına ve bir hakkın varlığı adına ve bahanesiyle atlatılmamalı, saptırılmamalıdır. Hakkını kullanan kendisine bir faydası olmadığı ve başkasına zararı olduğu halde, hakkını bu sonuçlarla kullanmakta ısrar edebilir. Ancak hukuk buna müsaade etmez. ‘Hukuk, kötülüğe müsamaha etmez.’ Hukuk sadece ‘doğru’ olanı değil, sadece kurallara uygun olanı değil, kurallar uygulandığı zaman başkasına haksızlık, başkasına zarar, başkasına kötülük olmayanı da gerektirir, destekler. Hukuk, düşünülmüş adalettir. Hukuk düşünülmüş hakkaniyettir. Hukuk doğru olanla yetinmez, yetinemez. ‘Doğru’ ve ‘haklı’ kurala uygun anlamındadır. Hukuk ‘doğru’ ve ‘haklı’dan daha ilerisini, ‘daha adilini’ zorunlu kılar. Dürüstlük kuralının ikibin yıl öncesinin ilk filizleri olan aequitas, ve bonafides, hukuku etik’e, erdeme dayandırma gayretinin ürünüdür. ‘Görünüştaki hak’tan ‘genel hak’a böyle geçilmiştir’ (bkz. s. 2).*”

⁹⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 3.11.2010 T, 2010/19-559 E. ve 2010/546 K. sayılı kararında bu konuda şu açıklamalar yer almaktadır: “...öte yandan, yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözетerek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlüdür. Maddi hukuk, her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde, gelişen tüm olayları ve tüm ayrıntıları kurallaştırma gücüne de sahip değildir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁸³ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 3.

⁹⁸⁴ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

⁹⁸⁵ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, H.

⁹⁸⁶ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, H.

4- Dava Takip Yetkisi

Dava takip yetkisi, HMK m. 114/1-e’de bir dava şartı olarak öngörülmüş olup; HMK m. 53’te de talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanarak, bu yetkinin kanunda belirtilen istisnaî durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edileceği düzenlenmiştir. Buna göre, dava konusu hakkın tarafı olan veya daha doğru bir ifade ile dava açmak suretiyle tarafı olduğunu iddia eden kimse, dava takip yetkisine de sahiptir⁹⁸⁷. Kural bu olmakla birlikte, kanun koyucu bazı özel düzenlemelerle üçüncü kişilere dava takip yetkisinin kullanılması imkânını tanımıştır (örneğin, İİK m. 94, 121, 245).

Pay sahiplerinin dava açma hakkının (TTK m. 555) hukukî niteliği konusunda öğretide savunulan bir görüş, bu hakkın niteliğinin dava takip yetkisi (bağımsız dava takip yetkisi – dava yetkinliği) olduğunu savunmaktadır⁹⁸⁸. Bununla birlikte, öğretide savunulan dava takip yetkisi görüşünün kabul edilmesi hâlinde, pay sahibinin dava hakkının bulunmadığı hâllerde davanın dava şartı eksikliğinden dolayı usûlden reddi gerekecektir. Bu bağlamda, pay sahibinin dava hakkının belirlenmesine ilişkin olan pay sahipliği sıfatının eksikliğinin yanı sıra, ibraya olumlu oy vermiş olma (TTK m. 558/2) veya hak düşürücü süre (TTK m. 558/2) ile zamanaşımı sürelerinin geçirilmiş olması (TTK. m. 560) aynı sonuca (dava takip yetkisinin bulunmaması nedeniyle davanın usulden reddi gerektiğine) götürecektir⁹⁸⁹. Buna karşılık, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere⁹⁹⁰, kanımızca, pay sahiplerinin sahip oldukları dava hakkı, anonim ortaklığın sahip olduğu dava hakkından bağımsız olup, kanun kendileri

⁹⁸⁷ Dava takip yetkisinin dava konusu hak ya da hukukî ilişkinin tarafı olduğunu iddia etmekle doğduğu yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 595; dava takip yetkisinin uyuşmazlık konusu maddî hukuk ilişkisinin tarafı olduğu iddiasıyla dava açanlara ait olduğu, buna göre dava takip yetkisinin dayanağının, hakka sahip bulunmak değil, sahibi olduğu iddiası olduğu yönünde bkz. Tanrıöver, s. 525.

⁹⁸⁸ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 598; Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 111; Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 84; Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 59, 80, 302-304; ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, B ve D.

⁹⁸⁹ Özkes/Seven/Meriç, ibraya olumlu oy verilmiş olmasına rağmen dava açılması hâlinde dava takip yetkisi eksikliğinden dolayı davanın reddine karar verilmesi gerektiğini ifade ettikten, bunun devamında TTK m. 558/2’de yer alan 6 aylık sürenin hak düşürücü süre olduğunu açıkça vurgulayarak bu süreye aykırılık hâlinde davanın reddine karar verileceğini belirtmiş, ancak reddin dava takip yetkisi eksikliğinden dolayı mı yoksa esastan mı olacağı konusunda bir görüş beyan etmemiştir; bkz. s. 103. Pay sahipliği sıfatına sahip olunmaması veya dava sırasında bu sıfatın kaybedilmesi hâlinde davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Dişel, **Hükümün İcrası**, s. 177. Maddî hak görüşüne rağmen pay sahipliği sıfatının eksikliği hâlinde davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Köprücü, s. 66.

⁹⁹⁰ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

bakımından da yansıma yoluyla zarar teşkil eden anonim ortaklık zararının talep edilmesi konusunda bir maddî (sübjektif) hak ve bu bağlamda dava hakkı tanımış olup, buna göre belirttiğimiz hâllerde davanın esastan reddine karar verilmesi gerekecektir. Çünkü pay sahibi, benimsediğimiz görüş uyarınca bağımsız bir maddi hakka sahip olduğundan, onun davayı takip yetkisi de doğrudan doğruya pay sahipliği sıfatından kaynaklanmaktadır. Sorumluluk davasında ne pay sahibinin ne de başka bir kişinin şirkete izafeten bir davayı takip yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, pay sahipliği sıfatının, dava konusu alacak hakkının (şirket zararının tazmini talebinin) tarafı olmayı ifade etmemesi ve bunun mevcut olup olmadığının davanın başında ve sorumluluğun unsurlarının incelenmesine geçilmeden önce incelenebilecek olması da, bunun dava takip yetkisi olarak nitelendirilmesine ve eksikliği hâlinde davanın usulden reddine karar verilmesine olanak tanımaz⁹⁹¹.

Sonuç olarak kanımızca, davacının ortaklık veya pay sahibi olması gerektiğinde ve aksi takdirde davanın sıfat eksikliğinden dolayı esastan reddedilmesi gerekir. Bu husus özellikle pay sahiplerinin açacağı davalar bakımından önemli olup, davacının pay sahibi sıfatını taşıması zorunludur. Bu nedenle, mahkemece öncelikle bu hususun araştırılması gerekir⁹⁹². Diğer yandan, Yargıtay'ın, davacının pay sahibi sıfatına sahip olunmamasını taraf ehliyeti olarak nitelendirerek bunun bir dava şartı olduğunu ifade eden yaklaşımına da⁹⁹³ katılmak kanımızca mümkün değildir. Zîra HMK m. 50 uyarınca, medeni hukuk hükümlerine göre hak ehliyetine sahip herkes medenî usûl hukuku bakımından taraf ehliyetine de sahip olduğundan⁹⁹⁴, pay sahipliği sıfatı taraf ehliyeti ile ilgili değil, sıfat ile ilgili bir durumdur⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ Buna karşılık, öğretilde, Postacıoğlu/Altay, sıfatın maddî hukuka, diğer bir deyişle esasa ilişkin bir kavram olduğunu ve şekli bir kavram olan ve dava şartı olarak öngörülen dava takip yetkisini bünyesinde barındırdığını, sıfatın bir yandan şekli ve usûlî ve diğer yandan maddî yönünün bulunduğunu, şekli yönden sıfatın dava şartı teşkil ettiğini, davanın hemen başında ve esasa girilmeden önce bunsun eksikliğinin anlaşılabilirdiği hâllerde davanın dava şartı eksikliğinden dolayı reddine karar verilmesi gerektiğini, zîra bu anlamdaki sıfat yokluğunun şekli yönden sıfata karşılık “*takip yetkisi*”ne tekâbül ettiğini ifade etmektedirler; bu görüş için bkz. **Usûl**, s. 277.

⁹⁹² Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 3, e; pay sahibi sıfatının ortaya konulması bakımından ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 3 d.

⁹⁹³ “... *davacı olarak görünen bir kısım şahısların şirket ortağı olduğu anlaşılmakla birlikte, dosya kapsamında ortaklık pay defterine raslanulmadığından tüm davacılar yönünden taraf ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi bakımından öncelikle ortaklık pay defterinin dosya içerisine alınıp davacıların taraf ehliyetinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir*” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 21.03.2016 T., 2015/15625 E. ve 2016/3083 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat bilgi Bankası).

⁹⁹⁴ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 559; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 206, 265 vd.; ; Üstündağ, **Usûl**, s. 288.

⁹⁹⁵ Dava takip yetkisi ile taraf ehliyeti arasındaki ilişki konusunda ayrıca bkz. Kale, s. 23-24.

5- Genel Kurul Kararı

ETTK döneminde, m. 341 uyarınca, anonim ortaklık adına dava açılabilmesi için, genel kurul tarafından bu yönde bir karar verilmesi gerektiği veya dava açılmamasına karar verilip de esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahipleri dava açılması doğrultusunda oy kullanmışsa ortaklık adına dava açılacağı düzenlenmiş ve genel kurul kararı bir dava şartı olarak gerek öğreti⁹⁹⁶ gerek Yargıtay kararlarında⁹⁹⁷ kabul edilmişti. Hatta, öğretilde davayı ister şirket, isterse pay sahibi açsın, bu şartın aranması gerektiği⁹⁹⁸, alacaklının açacağı dava bakımından da bu dava şartının aranacağı⁹⁹⁹ yolunda görüşler savunulmaktaydı. Yargıtay kararlarında ise,

⁹⁹⁶ Atan, s. 37; Mimaroglu, s. 111; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 117; Domaniç, s. 851; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 110; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 366; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 270; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 48-49; Korkut, **İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri**, s. 173; şirketin üçünü kişilere ödediği haksız fiil tazminatı ile ilgili olarak yönetim kurulu üyeleri aleyhine eTTK m. 321/5'e (TTK m. 371/5) istinaden açacağı sorumluluk davaları bakımından genel kurul kararı aranmayacağı yönünde bkz. Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 674.

⁹⁹⁷ “Dava rekabet yasağına aykırılık nedeni ile tazminat ve ayrıca sorumluluk davasına dair olup, TTK 341.maddesindeki ... hükmü gereğince yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı gerekmekte olup genel kurul kararı alınmaksızın veya bu eksiklik yargılama sırasında tamamlanmaksızın davanın görülerek esastan reddi doğru olmayıp, kararın bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 31.05.2017 T., 2016/263 E. ve 2017/3219 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁹⁸ Postacıoğlu, azlığın kararına ihtiyaç duyulmasının Kanun’un yönetim kuruluna tanıdığı takdir yetkisinin “herbir ortağın kapris ve heveslerine göre ulu orta zedelenmesini” istememesinden kaynaklandığını, aksi takdirde böyle bir karara ihtiyaç olmadan her bir ortağın sorumluluk davası açabileceğinin kabul edilmesi hâlinde yönetim kurulunun sahip olduğu takdir yetkisinin muhtemel ferdi reaksiyonların etkisiyle çok zedelenebileceği ve üyelerin iradesinin bazen tamamen felce uğrayabileceğini, şirket idaresini kısır bir vadiye sürükleyebilecek mahiyetteki bu tür durumlara karşı yönetim kurulunu korumak gerektiğini, sermayenin en az yüzde onuna tekâbül eden kararın ferdi hakları belirli ölçüde koruduğu gibi, yönetim kurulu üyelerini de ortakların ferdi kaprislerine karşı belli ölçüde koruyan bir kalkan olduğunu, buna göre, sermayenin en az onda birine sahip olan ortakların oluşturduğu kararın sorumluluk davasının bir ön şartı olduğunun açık olduğunu ve “bu bakımdan davanın şirket adına açılmış olması ile herhangi münferit bir ortak adına açılması arasında herhangi bir fark olmadığını” savunmaktadır; bkz. s. 1005; Domaniç de eserinin (**TTK Şerhi**) 651. sayfasında, “Şirketin dava hakkını kullanmasını veya şirket hesabına ortaklarla alacaklıların dava açabilmesini genel kurulun kararına ve azlığın istemine tâbi tutan hükümler TK. m. 336, 337, 446, 392 maddeleridir” şeklinde açıklamada bulunmuş, ancak hemen akabinde 653. sayfada, “Yöneticilere karşı şirket tarafından açılacak sorumluluk davalarından bir kısmının diğer bir özelliği de, davanın ancak genel kurul kararı veya bu kurulun çoğunluk sağlayamaması hâlinde yüzde on çoğunluğun talebiyle açılabilmesi ve doğrudan doğruya temsil organının dava açmaya yetkili olmamasıdır, TK. 341, TK. 336, 337, 346, 392, ve 433 hallerinde durum böyledir. Ancak, genel kurul kararı veya azlığın talebi, sadece şirketin kendi adına açacağı davaların ön şartı olup, alacaklıların ve ortakların kendi adlarına ve şirket lehine dava açmaları bu şartlara bağlı değildir, ...” demek suretiyle bu kimseler bakımından genel kurul kararının bir dava şartı olmadığını ifade etmiştir.

⁹⁹⁹ Arslanlı, alacaklının dava hakkının genel kurul kararına bağlı olduğunu, genel kurulun tazminat talebinden feragat veya ibra kararının, talep hakkı asaleten şirkete ait bulunduğundan, alacaklının da şirket lehine dava açma hakkını kaybedeceğini, bununla birlikte dolayısıyla zarar feragat veya ibra ile telafi edilemiyorsa alacaklının bu zarar nedeniyle kendi adına ve tazminat şirkete ödenmek üzere dava hakkını hâiz olduğunu ifade etmiştir; bkz. s. 189.

genel kurul kararının pay sahipleri bakımından bir dava şartı teşkil etmediği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁰.

TTK'da ise bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamakta olup¹⁰⁰¹, öğretide de, anonim ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından dava

¹⁰⁰⁰ Pay sahipleri bakımından genel kurul kararı aranmayacağını öngören bazı Yargıtay kararları için bkz. "... zarar gören ortakların da yöneticiler ve denetçiler aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Dava hakkının kullanılması, ortaklığın dava açma hakkında olduğu gibi, genel kurul kararına bağlı değildir" (bkz. Yarg. 11. HD'nin 13.05.2014 T., 2013/1099 E. ve 2014/9196 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 11. HD., 09.11.2013 T., 2011/15708 E., 2013/199 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁰¹ İsviçre hukukunda, şirket yönetim kurulunun, riskleri ve maliyetleri değerlendirdikten sonra, böyle bir davanın şirketin menfaatine olması halinde bir sorumluluk davası açmakla yükümlü bulunduğu, genel kurulun sorumluluk davası açılmasına karar verme konusunda yetkisine ilişkin açık bir genel hüküm bulunmadığı, bununla birlikte genel kurul tarafından sorumluluk davası açılması yönünde karar verilebileceği, bunun dolaylı olarak 793/3,4'ten kaynaklandığı (TTK m. 479/3), buna karşılık, genel kurulun, şirketin sorumluluk davası açmasını yasaklayıp yasaklayamayacağını doktrinde tartışmalı olduğu, yasaklayamayacağı yönündeki görüşün şirket varlıklarını korumaya yönelik tedbirlerin yönetim kurulunun münhasır yetkisinde olduğu fikrine dayandığı yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 5-6; sorumlular hakkında dava açma kararının yönetim kurulu tarafından verileceği, ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 693. maddesinin 3. fıkrasının 4. fıkrasına göre, genel kurulun da yönetim kurulunu sorumluluk davası açmaya zorlayabileceği yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 2; dava açma hakkının kullanılması ve şirketin davada temsili bakımından Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde, tekli yönetim ve ikili yönetim sisteminin benimsendiği ülkeler ile hatta aynı sistemi benimseyen ülkeler arasında dahi önemli farklılıklar bulunduğu, tek kademeli yönetim kurulu sistemini benimseyen (veya bir seçenek sunan, ancak şirketlerin genellikle tek aşamalı modeli benimseyen) ülkelerden İngiltere, Fransa, İrlanda, Malta ve Kıbrıs'ta, yönetim kurulunun, şirket adına işlemleri başlatma yetkisine sahip olduğu, aynı sistemi benimseyen ikinci grup ülkeler olan Belçika, Danimarka, Yunanistan, Portekiz, Romanya, İspanya ve Norveç'te, genel kurulun dava açılıp açılmayacağı konusunda karar verme yetkisine sahip olduğu ve karar verildikten sonra şirketin davada, yönetim kurulu veya özel olarak atanmış bir vekil tarafından temsil edileceği, tek kademeli yönetim kurulu modelini benimseyen üçüncü grup ülkeler olan İtalya ve Finlandiya'da ise, hem yönetim kuruluna ve hem de genel kurulda hissedarlara dava açma hakkı tanındığı, iki aşamalı bir yönetim kurulu yapısını öngören (veya bir seçenek sunan, ancak şirketlerin genellikle iki aşamalı modeli benimseyen) hukuk sistemlerinde de çeşitli uygulamalar bulunduğu, bazı ülkelerin (Almanya, Slovakya, Estonya ve Hırvatistan) denetleme kurulunun dava açma ve şirketi temsil etme yetkisine sahip olmasını şart koşmasına karşılık; bazı hukuk sistemlerinde, genel kurulun talebi üzerine denetim kurulunun bunu yapması gerektiğinin düzenlendiği, ayrıca alternatif olarak, bazı devletlerin bir yaptırım kararı verme yetkisini genel kurula (Bulgaristan, Macaristan, Lüksemburg, Polonya, Slovenya), genel müdüre (Litvanya), yönetim kuruluna (Hollanda), yönetim kuruluna veya denetim kuruluna (Avusturya ve Çek Cumhuriyeti) tahsis ettiği, açılan davada ise şirketin denetim kurulu, denetim kurulu başkanı veya özel bir temsilci tarafından temsil edileceği, çıkar çatışması sorununu ele almak için bu düzenlemelerden hangisinin en etkili olduğunu değerlendirmenin zor olduğu. bununla birlikte, sorumluluk davası açılması konusunda özellikle tek kademeli sistemde yönetim kuruluna ve iki kademeli sistemde genel müdür veya yönetim kuruluna yetki verilen hâllerde, uygulama seviyelerinin düşük olduğunun gözlemlendiği, uygulama seviyesinin diğerlerine göre nispeten daha yüksek oldukları yerlerde, örneğin İngiltere'de, ilgili çıkar çatışmalarıyla başa çıkmada, yasal düzenlemelerin başarısından ziyade, mülkiyet yapısının, sofistike bir kurumsal ortamın veya sadece şirketlerin sayısı ve büyüklüğünün etkili olduğunun görüldüğü yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 191-192; şirket adına sorumluluk davası açmaya genel kurulun karar vermesi gerektiğini öngören hukuk sistemleri için ayrıca bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 849; İngiliz hukukunda, kural olarak, dava açılıp açılmayacağını şirket yönetim kurulunun bir kararı olduğu ve yönetim kurulunun, mevcut herhangi bir dava sebebi ile ilgili olarak çeşitli nedenlerden dolayı şirket adına dava açmamaya karar verebileceği, bu konudaki klasik durumun dava sebebinin hâkim hissedar olan bir kişiye, böyle bir hissedarın iştirakine veya şirketin bir veya daha fazla yöneticisine karşı olması olduğu yolunda bkz. Keay, s. 39-40.

açılmasına yönelik genel kurul kararının bir dava şartı olarak aranıp aranmayacağı konusunda bir görüş birliği yoktur¹⁰⁰². Bazı yazarlarca dava şartı görüşü savunulurken¹⁰⁰³, diğer yazarlarca özellikle kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasına dayanılarak ve ayrıca İsviçre öğretisine atıfla genel kurul kararının bir dava şartı teşkil etmediği ve yönetim kurulu kararıyla dava açılabileceği savunulmaktadır¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Genel kurul kararına ihtiyaç bulunup bulunmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Bozkurt Yaşar, **Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ**, s. 149 vd.; şirketin uğradığı zararların tazmini için gerekli yollara başvurma genellikle bir şirketin yöneticilerine ait bir görev olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 6; şirket adına dava açılmasının normalde yönetim kurulunun geniş yetkileri kapsamındaki görevlerden biri olsa da, yönetim kurulunun, kurulun üyelerinden birine veya kurulun atadığı ve yönetim kurulunun gözetiminde çalışan bir kişiyi dava etme eğiliminde olmadıkları, şirketin pay sahipleri yapısının değişmesi, istifa veya şirketin iflâsı gibi sebeplerle yönetim kadrosunda bir değişiklik olmadan dava açılması ihtimalinin son derece az olduğu, ikili yönetim sisteminin benimsendiği Almanya’da da, görevdeki kurullara karşı açılan davaların sık olmadığı, bunun açık nedenlerinin denetim kurulunun aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin atanmasından da sorumlu olması ve denetim direktörlerinin, izlemeleri beklenen yönetim organının kararlarından en azından dolayı olarak sorumlu görünmeleri olduğu, bu nedenle, davaya yol açan kararların yetersiz gözetim için sorumluluğa dahi yol açabileceği, aynı durum, potansiyel davalı bir denetim kurulu üyesi olduğunda da geçerli olduğu ve bu durumda şirketi temsil eden yönetimin “*onu besleyen eli ısırması*”nın eşit derecede olası bulunmadığı, ayrıca birbirine bağlı müdürlükler ve yöneticiler arasındaki kaçınılmaz sosyal ilişkilerin de uygulama açığını daha da genişlettiği, pay sahiplerine dava açma hakkı tanınmasının bu açığı kapatmanın tek yolu olduğu, bunun âdeta bir güvenlik mekanizması sağladığı yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 847, 850-851; İngiltere’de 2006 tarihli Şirketler Kanunu’ndan önceki dönem bakımından, görev ihlali iddiasına dayanan bir sorumluluk davasındaki tek “*uygun davacı*”nın tipik olarak şirket olduğu ve dava açılıp açılmaması yönündeki kararları yönetim kurulunun kontrol edeceği, buna karşılık yöneticilerin nadiren kendilerinden birine karşı dava açacakları, pay sahiplerinin dava açmasının çok zor olduğu, ancak yeni kanun ile bunun kısmen daha kolay hâle getirildiği, ancak buna rağmen halka açık şirketlerin yöneticilerinin, İngiltere şirketler hukuku kapsamında İngiliz mahkemelerindeki bir davada davalı olarak gösterilme riskinin çok düşük olduğu yönünde bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 695, 700.

¹⁰⁰³ Genel kurul kararının bir dava şartı olarak aranacağı yönünde bkz. Mehmet Bahtiyar, “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. Seza Reisoglu’na Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 405 vd., 413; Altay, **Yetki Devri**, s. 236; Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 76-77; Üçışık/Çelik, s. 548; Şener, s. 424; Kendigelen, **Tespitler**, s. 308, dn. 164.

¹⁰⁰⁴ Çamoğlu, TTK’da eTTK m. 341’e benzer bir hükmün öngörülmemesi ve kamu düzenine ilişkin bulunup re’sen dikkate alınan dava şartlarının ancak kanunda düzenlenebilmesi nedeniyle genel kurul kararının bir dava şartı olarak kabul edilip edilmeyeceği sorgulanabileceğini ve sorumluluk davası açılması gereken hâllerde, dava açılmasına karar verme yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğunu, görevdeki bazı üyelere karşı dava açılacaksa bu kararı diğer üyelerin alacağını ifade etmektedir; bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 602, 612c. Bu konuyu özellikle yöneticiler ve bu bağlamda banka şube müdürleri bağlamında ayrıntılı bir şekilde inceleyen Yanlı, şirket adına sorumluluk davası açılması hususunun, şirketin yönetimi ve temsili ile ilgili bir işlem olduğunu ve bu nedenle kural olarak yönetim kurulunun görev ve yetki alanına girdiğini, yönetim kurulunun belirlediği, faaliyetlerini gözetip gerektiğinde talimat dahi verdiği yöneticilere karşı dava açılmasına yine yönetim kurulunun karar vermesi gerektiğini, TTK m. 479/3 hükmünün sadece yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak davalarla sınırlı olduğunu, ibraya ilişkin TTK m. 558’de ibra edilecek kişiler bakımından bir açıklık yoksa da, sadece yönetim kurulu üyelerinin ibra edilebileceklerini, nitekim TTK m. 408’de ve ayrıca genel kurulun toplanmasına ilişkin yönetmelikte genel kurulun sadece yönetim kurulu üyelerinin ibrasına karar vereceğinin düzenlendiğini, dolayısıyla bir yöneticinin hesap vereceği organ hangisi ise ibrasına veya hakkında dava açılıp açılmamasına da o organın karar vermesi gerektiğini, yöneticiler sadece yönetim kuruluna hesap vereceklerinden ve genel kurula sadece yönetim kurulu üyeleri hesap vereceklerinden yöneticiler hakkında yönetim kurulunun dava açılmasına karar vermesi gerektiğini,

Buna göre, sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararına ihtiyaç bulunup bulunmadığı, ihtiyaç varsa genel kurul kararının sadece yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak davalar bakımından mı aranacağı, yoksa bu kimselerin yanı sıra TTK m. 553/1’de geçen yöneticiler hakkında ortaklık adına açılacak davalar için de aranıp aranmayacağı olacağı sorun teşkil etmektedir.

Belirttiğimiz görüşlerde geçen hükümlere bakıldığında, öncelikle, TTK m. 408’de sadece yönetim kurulu üyelerinin ibrasından bahsedildiği, buna karşılık yöneticilerden ve dava açılmasından söz edilmediği, ancak bu hükmün gerekçesinde, maddedeki sayımın sınırlı sayıda olmadığına açıkça ifade edildiği görülmektedir. İbraya ilişkin TTK m. 558’de de, dava açılması konusunda bir genel kurul kararı alınmasına veya ibranın yönetim kurulu üyeleri dışında yöneticileri de kapsayıp kapsamadığına ilişkin bir açıklık yoktur. Örtülü (zımnî) ibraya ilişkin TTK m. 424’te

yöneticiler hakkında dava açılmasına genel kurul karar vereceğinin kabulü için açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu, böyle bir düzenlemenin bulunmamasının da yönetim kurulunun dava açmaya karar vereceğini gösterdiğini, ancak menfaat çatışmasının bulunması nedeniyle yönetim kurulunun dava açmaya karar vermesinin beklenemeyeceği hâllerde genel kurulun bu yönde bir karar vermeye yetkili bulunduğunu, buna göre yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı alınmasının gerekli olduğu kabul edilse dahi yöneticiler hakkında dava açılması için genel kurul kararının aranmaması gerektiğini, aksi halde özellikle halka açık anonim ortaklıklarda sorun yaşanacağını, örneğin çok şubeli halka açık bir bankanın şube müdürünün yaptığı yolsuzluk nedeniyle sorumluluk davası açılabilmesi için ya genel kurulun olağan üstü toplantıya çağırılmasının yahut genel kurul toplantı tarihinin gelmesinin beklenmesinin gerekeceğini ifade etmektedir; bkz. **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 54-56. Akdağ Güney, genel kurul kararının dava şartı olarak aranacağına ilişkin TTK’da açık bir hüküm bulunmadığını, TTK m. 479/3 hükmünün genel kurul kararının bir dava şartı olarak aranması gerektiği anlamına gelmediğini, İsviçre’de tartışmasız kabul gördüğü üzere, böyle bir şart aranmadan şirket adına dava açılabilceği, görevdeki yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılmak istenen hâllere ilişkin olarak İsviçre’de genel kurul tarafından dava açmak üzere vekil tayin edilebileceği veya ortağın bu konuda tayin edilmesini mahkemeden talep edebileceği şeklinde bir çözümün ileri sürüldüğünü, bunun Türk hukuku bakımından da uygulanmasına bir engel bulunmadığını, genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azlederek hâlinde davanın yeni yönetim kurulu tarafından açılmasının da mümkün olduğunu belirtmektedir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 331-335. Pulaşlı da, genel kurul kararına ihtiyaç bulunmadığı ve yönetim kurulu kararıyla dava açılabilceği görüşünü savunmakta, ancak bunun için de şirketin ödeme gücünün mevcut olması koşulunu aramaktadır. Ayrıca, yazar, İsviçre’de şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılıp açılmamasına, şirketin ödeme gücünün mevcut olması hâlinde yönetim kurulunun karar vereceğini, buna karşılık tüm üyelere karşı dava açılması söz konusu ise genel kurulun karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir; bkz. **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 78-79, § 66, N. 76-79. Benzer şekilde, genel kurul kararının şirket yönetim kurulu tarafından dava açılmayacak durumlar için gereklilik oluşturabileceği yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 97. Genel kurul kararının dava şartı teşkil etmediği yönünde ayrıca bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 199-200 ve dn. 570; Bozkurt Yaşar, **Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ**, s. 142-146, 158-161; Canözü, s. 196. Ayrıca, sorumluluk davası açılmasının TTK m. 408’de genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmadığı, TTK m. 374’te ise, genel kurulun yetkisi dışında bırakılmış konularda karar almaya yetkili olduğunun düzenlendiği, buna göre dava açma kararının yönetim kurulunun görev alanı içinde değerlendirilmesi gerektiği, ancak tüm yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılacaksa amaçsal bir yorumla genel kurulun dava açmaya karar vereceği yolunda ayrıca bkz. Yördem, s. 202; aynı yönde bkz. Çamurcu, s. 94.

ise, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra açıkça yöneticilerin de ibrası anlamına geleceği düzenlenmiştir. Bu hükme ilişkin madde gerekçesinde, söz konusu hükmün esasen eTTK m. 380'nin bir tekrarı olduğu ifade edilmiş ise de, eski maddede “*müdürler*” denmiş olmasına karşılık, yeni hükümde daha geniş bir kavram olan ve TTK m. 553/1'de de açıkça geçen “*yöneticiler*” kavramına yer verildiği göze çarpmaktadır. TTK m. 479/3'te de oyda imtiyazın, ibra ve sorumluluk davasına ilişkin kararlarda kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

Kanımızca, TTK'da genel kurul kararı açıkça öngörülmemiş olsa bile, anonim ortaklık adına dava açılması için genel kurulun dava açılmasını istediği kimseler hakkında ibra etmeme ve dava açılması yönünde bir karar alması ve mevcut yönetim kurulunun da bu karar doğrultusunda anonim ortaklık adına dava açması gerekmektedir. Zîra ibra hususu, genel kurulun devredilemez görev ve yetki alanına giren bir konu olup (TTK m. 408/2-b), yönetim kurulu üyelerinin hukuka uygun davranıp davranmadıklarına ortaklık adına karar verecek organ genel kuruldur. Genel kurul, bu konuda bir karar vermedikçe, yönetim kurulunun, bir veya birkaç üyenin yahut kendisinden önceki yönetim kurulu üyelerinin hukuka uygun davranmadığı yönünde bir karar alarak dava açması genel kurulun görev ve yetki alanına tecavüz teşkil edecektir. Gerçekten, menfi borç ikrarı niteliğinde olduğu kabul edilen ibra kararı, yönetim kurulu üyelerinin karar ve işlemlerinin, hukuka uygun görülüp görülmediği, bundan dolayı kendilerinden bir talepte bulunulup bulunulmayacağı konusunda genel kurul tarafından ortaklık adına alınan bir karardır¹⁰⁰⁵. Genel kurul kararına dayanmaksızın yönetim kurulu tarafından açılacak bir sorumluluk davası ise, genel kurulun dava açılmasından sonra alacağı ibra kararı ile hukuken temelsiz kılınmış olacak ve ibra kararı nedeniyle davanın reddi gerekecektir.

Dolayısıyla, nasıl ibra genel kurulun münhasır yetkisinde ise, dava açılması hususu da, yönetim kurulunun değil, genel kurulun inisiyatifinde olan bir konudur. Diğer bir deyişle, ibra kararı vermeye yetkili organ kimse, dava açmaya da o organ, yani genel kurul yetkilidir. Genel kurulun bu konuda bir karar vermemesi, yönetim kurulunun doğrudan dava açabileceği anlamına gelmez; diğer yandan, genel kurul

¹⁰⁰⁵ İbra kararının hukukî niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, C, 2.

kararı ile temelsiz kılınabilecek bir dava açılabilirliğini kabul etmek de hukuk güvenliği ile bağdaşmaz. Yönetim kurulunun, sorumluluk davası açılması gerektiği kanaatinde olması hâlinde yapması gereken, gereğinde genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmek (TTK m. 409/2, 410) ve dava açılması hususunun toplantıda görüşülerek bu konuda bir karar alınmasını sağlamaktır (TTK m. 413). Nitekim, genel kurul kararının bir dava şartı olmadığını savunan yazarlar da, genel kurulun dava açılmasına karar veremeyeceğini belirtmemekte, isterse bu konuda bir karar verebileceğini, ancak bunun şart olmadığını, nitekim TTK m. 479/3 hükmünün de bu anlamda yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar. Kanaatimizce, ibra kararına sadece genel kurul karar verebilecekken, dava açılıp açılmamasına hem genel kurulun ve hem de yönetim kurulunun karar verebilecek olması bir çelişki teşkil etmektedir. Esasen, bu görüşü savunan yazarlar, genel kurul ile yönetim kurulunun farklı yönde kararlar vermesi hâlinde hangisine üstünlük tanınacağına, örneğin yönetim kurulunun dava açtığı bir hâlde genel kurulun dava açılmamasına ve ibraya karar vermesi hâlinde durumun ne olacağına yahut üst organ niteliğinde olmadığı kabul edilen¹⁰⁰⁶ genel kurulun dava açılmasına karar vermesi hâlinde, aynı zamanda kendisinin de dava açıp açmama konusunda karar alabileceğini ifade ettikleri yönetim kurulunun bu kararın aksi yönde (yani dava açmama yönünde) hareket edip edemeyeceğine değinmemektedirler. Açıkladığımız nedenlerle, anonim ortaklık bakımından dava açılması konusunda karar alma yetkisi kanımızca sadece genel kurula ait olup, dava açılması için bu yönde bir genel kurul kararının varlığı dava şartı olarak aranmalıdır.

Genel kurul kararının varlığı, kanaatimizce sadece yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılması ile sınırlı olmayıp, TTK m. 553/1'te belirtilen yöneticiler hakkında açılacak sorumluluk davaları bakımından da bir dava şartı olarak aranmalıdır. Zira, her ne kadar TTK m. 408'de yer alan ibra kararında yöneticilerden bahsedilmemiş olsa bile, hükmün gerekçesinde maddedeki sayımın sınırlayıcı olmadığı ifade edildiği gibi, TTK m. 424'te de genel kurul kararının örtülü ibra kararının yöneticileri de kapsadığı açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yöneticilerin yönetim kuruluna hesap vermekle yükümlü oldukları ve bu nedenle kendileri hakkında dava açılıp açılmayacağına da yönetim kurulu tarafından karar verilebileceği yolundaki görüşe katılamıyoruz. Kanımızca, öncelikle, TTK m. 424 hükmü uyarınca yöneticilerin de genel kurul tarafından ibrasına karar verileceğinin açıkça düzenlenmiş

¹⁰⁰⁶ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, H.

olması dahi, bu görüş ve gerekçenin doğru olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca, yöneticiler, ifa yardımcısı veya icrada görevli kimselerin ötesinde, şirket iradesinin belirlenmesi (karar alma) konusunda bir fonksiyona sahip bulunan kimselerdir. Diğer yandan, yönetim kurulu üyeleri için kanunda düzenlenen borç ve yasakların kaynağı olarak kabul edilen özen ve bağlılık borcunun yöneticiler için de geçerli olduğu TTK m. 369'da açıkça düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu kişiler, yönetim kurulunun yanı sıra genel kurula karşı ve daha genel bir ifadeyle ortaklığa hesap vermekle yükümlüdürler. Nitekim, yönetim kurulu üyeleri ile onlar tarafından belirlenen yöneticilerin birlikte sorumlu tutulmaları ve aynı sorumluluk davası bağlamında ortaklığa hesap vermeleri söz konusu olabilecektir. Hatta, yöneticilerin sorumlu tutulmak istendiği neredeyse her durumda, yönetim kurulu üyelerinin de gözetim görevlerini doğru ve eksiksiz bir şekilde yerine getirip getirmediikleri de davanın konusu olabilecek ve buna bağlı olarak yöneticilerin yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğu ve dolayısıyla bu kimselere karşı birlikte dava açılması söz konusu olabilecektir.

Nitekim, TTK m. 424'te öngörülen ibra varsayımında, hem genel kurul bir karar almakta ve hem de bu karar yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler arasında bir fark olmaksızın etkisini göstermektedir. Diğer bir deyişle, bu hükme göre hem yönetim kurulu üyeleri ve hem de yöneticiler aynı hukukî durumdadırlar. Benzer şekilde, TTK m. 553/1'de de yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yöneticilerin de sorumluluğa (aynı sorumluluk kurallarına) tâbi oldukları düzenlenmiştir. Dolayısıyla gerek ibra, gerek borç ve yükümlülükler gerekse sorumluluk bakımından aynı durumda olan kimseleri, dava açılması bakımından birbirlerinden ayırmanın mantığının bulunmadığı kanısındayız. Buna göre, yöneticiler hakkında açılacak sorumluluk davalarında da yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi genel kurul kararının varlığının bir dava şartı olarak aranması gerektiği kanısındayız.

Yargıtay kararları da, ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından genel kurul kararı alınmış olmasının, TTK döneminde de gerek yönetim kurulu üyeleri gerek yöneticiler (örneğin, genel müdür, banka şube müdürleri) yönünden bir dava şartı teşkil ettiği yönündedir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁷ "... Dava, yöneticinin sorumluluğuna ilişkindir. 6102 Sayılı TTK hükümleri arasında mülga TKK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 Sayılı TTK'nın 408/1, 553/1ve

Bununla birlikte, dava şartının pay sahipleri bakımından aranacağı yönünde bir görüş bugünkü öğreti ve Yargıtay kararlarında artık savunulmamaktadır¹⁰⁰⁸. Gerçekten, genel kurul kararının, pay sahipleri tarafından açılacak tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından bir dava şartı olarak aranması, kendilerinin dava hakkını kısıtlayacak ve hatta ortadan kaldıracak bir yaklaşım olacaktır. Genel kurul, sadece anonim ortaklık adına açılacak davalar bakımından karar verme yetkisine sahip olup, diğer hak sahiplerinin dava hakkını kullanıp kullanmamalarına ilişkin bir tasarrufta bulunamaz. Buna göre, genel kurul kararı, pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davaları bakımından bir dava şartı teşkil etmemektedir¹⁰⁰⁹.

Öğretide, dava açılmasına ilişkin karar alınması konusunda verilecek kararın gündeme bağlılık ilkesine (TTK m. 413/2) tâbi olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu kararın alınabilmesi için gündemde açık hüküm olmalı ya da gündemdeki bir maddenin doğal uzantısı olmalıdır¹⁰¹⁰. Buna karşılık, diğer görüş ise, bunun gündeme bağlılığın bir

479/3-c maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir. Fakat, anılan yönetime uyulmaması davanın hemen reddi sonucunu doğurmamalıdır. ... Böyle bir kararın varlığı dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. ... anılan eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa HMK'nın 54. maddesi uyarınca uygun süre verilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken ...” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 12.07.2017 T., 2016/8829 E. ve 2017/4095 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. “6103 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca somut olaya uygulanması mümkün 6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK 479/3-a maddesindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gerekli olup, ...” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 30.09.2014 T., 2014/5386 E. ve 2014/14890 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 02.06.2016 T., 2015/7487 E. ve 2016/6166 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD'nin 14.09.2017 T., 2016/1657 E. ve 2017/4388 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁰⁸ Pay sahibinin açacağı dava bakımından genel kurul kararına ihtiyaç bulunmadığı yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 556.

¹⁰⁰⁹ Avrupa'da pay sahibinin dava açması için genel kurul kararının bütün hukuk sistemlerinde zorunlu görülmediği, örneğin İngiltere, Fransa ve İtalya'da düzenlemelerin bu yönde olduğu, bununla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde genel kurulun davanın şirket tarafından kendi adına sürdürülmesinin gerekip gerekmediğine karar vermek için çağırılmasının şart koşulduğu yönünde bkz. Latella, s. 16.

¹⁰¹⁰ Arslanlı, s. 192, dn. 242; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 112; Altay, **Yetki Devri**, s. 237; Üçışık/Çelik, s. 548; buna karşılık, Çamoğlu, eTTK döneminde, gündeme bağlılık ilkesinin geniş yorumlanması gerektiğini, gündemde sorumlulukla bağlantılı maddeler varsa, bunların sorumluluk davası açılması hususunu da kapsadığının kabul edilmesi gerektiğini, bununla birlikte azlığın dava açılması talebinde bulunabilmesinin gündeme bağlılığın bir istisnası olduğunu savunmaktaydı; bkz. **Sorumluluk**, s. 118, 119. İbranın finansal tabloların müzakeresine bağlı bir konu olduğu, tabloların müzakeresinin ertelenmesi (TTK m. 420) hâlinde ibra oylamasının da ertelenmesi gerektiği yönünde bkz. Sıtkı Anlam Altay, “Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi”, **GSÜHFD**, 2019/2, s. 480, 498-499; aynı yönde bkz. Canöz, s. 158.

istisnası olduğu yönündedir¹⁰¹¹. Bu husus, genel kurul kararının geçerliliği ve dava şartının gerçekleşmesi bakımından önemlidir; zîra, gündeme bağlılık ilkesine aykırı olarak alınan kararlar geçersizdir¹⁰¹².

Yargıtay kararları, genel kurul kararı yoksa, davanın hemen reddedilmeyip, karar alınması (eksikliğin giderilmesi) için davacı ortaklığa süre verilmesi gerektiği yönündedir¹⁰¹³. Hatta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.12.2018 tarih, 2017/11-105 E. ve 2018/1936 K. sayılı kararında, dava açılmasına ilişkin genel kurul kararının başka bir mahkemece iptaline karar verilmiş olması hâlinde dahi, sorumluluk davasına bakan mahkemenin davayı hemen reddetmeyip davacı şirkete yeni bir genel kurul kararı almak üzere süre tanınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰¹⁴. Karar oyçokluğu ile alınmış olup, karşı oy gerekçesinde, genel kurulun aldığı dava açılmasına ilişkin kararın mahkemece butlanına karar verilmekle söz konusu kararın ortadan kalktığı, bundan sonra yeniden genel kurul kararı alınmasına imkân tanınmasının mahkemenin kararı ile ortaya çıkan ve herkesi bağlayan hukukî durumun örselenmesi anlamına geleceği savunulmuştur. Kanımızca, burada iptal veya butlanın gerekçesi önem taşımakta olup, söz konusu kararlar şeklî birtakım sebeplerle alınmışsa, bu durumda şirkete yeniden genel kurul kararı alma olanağının tanınması gereklidir.

Genel kurul kararı şartı bakımından, ibra etmeme kararı yeterli olmayıp, dava açılmasına yönelik açık bir kararın alınması gerekir. Bu bağlamda, ortaklığın ibra etmeme kararı almasına rağmen, sorumluluk davası konusunu cevapsız bırakması veya dava açılmaması yönünde karar vermesi hâlinde, genel kurul kararının varlığına

¹⁰¹¹ İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 271; eTTK dönemi ile ilgili olarak, gündemde özel bir madde bulunmasa dahi, genel kurulun dava açılmasına karar verebileceği, ayrıca azınlığın da talepte bulunabileceği yolunda ayrıca bkz. Aytaç, s. 151.

¹⁰¹² Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 695.

¹⁰¹³ “... yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı gerekmekte olup genel kurul kararı alınmaksızın veya bu eksiklik yargılama sırasında tamamlanmaksızın davanın görülerek esastan reddi doğru olmayıp, kararın bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 31.05.2017 T., 2016/263 E. ve 2017/3219 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹⁴ “... davalılar aleyhine sorumluluk davası açılmasına ilişkin davacı şirketin 31.07.2009 tarihli olağan genel kurul toplantısında alınan kararların iptali istemi ile açılan davada, ... davanın kabulüne karar verildiği ve ... kararın kesinleştiği, bu durumda dava tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemeler karşısında davalılar aleyhine sorumluluk davası açılması için gerekli olan dava şartının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca mahkemece, genel kurulda davalılar hakkında dava açılması yönünde alınmış bir karar var ise ibrazının sağlanması, yoksa anılan eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa 6100 Sayılı HMK’nın 54. ve 115/2. maddeleri gereğince uygun süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir” (bkz. Yarg. HGK’nın 13.12.2018 T., 2017/11-105 E. ve 2018/1936 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ilişkin özel dava şartı yerine getirilmiş olmayacağından, ortaklık adına dava açılması mümkün olmayacaktır. Her iki olasılıkta, genel kurulun tutumu çelişkili gibi görünse de ortaklığın yapılacak yeni bir genel kurulda, sorumluluk davası açılmasına karar vermesinin mümkün olduğu kanısındayız. Zîra, dava açılmaması yönünde açıkça karar alınmış olsa dahi, bu karar, ortaklığın dava hakkını düşürmemektedir. Ortaklığın dava hakkını düşürebilecek karar ibra kararı olup, dava açılmasına ilişkin genel kurul kararı, mevcut dava hakkının kullanılmasına yönelik bir dava şartı niteliğindedir. Nitekim, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 11.04.2016 tarihli bir kararında¹⁰¹⁵, sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul kararının, eylemin kişi, konu ve kapsamını somut olarak göstermesi veya daha önce açılan belli bir sorumluluk davasına muvafakat edilmesi şeklinde olması gerektiğini belirtmiştir. Diğer yandan, TTK m. 424 uyarınca yıllık bilançonun onaylanmaması, doğrudan ibra etmeme kararı anlamına gelmeyip genel kurulca daha sonra yapılacak bir toplantıda açık ibra kararı da verilebileceğinden, ortaklık adına dava açılması için yeterli kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, ibra etmeme kararının zamanaşımı sürelerinin hesaplanması konusunda öğrenmeyi gösteren önemli bir delil olacağına kuşku yoktur.

ETTK m. 340'ta, genel kurul kararından veya azınlığın talep tarihinden itibaren bir (1) ay içinde dava açılması öngörülmüş iken, bu sürenin bağlayıcı olmadığı ve sadece bir düzen kuralı getirdiği gerek hükümde gerek öğretide ifade edilmekteydi¹⁰¹⁶. Bununla birlikte, TTK'da bu yönde hiçbir hüküm yer almamakta olup, genel kurul kararından sonra zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla ortaklık adına her zaman dava açılması mümkündür. Zamanaşımı süresinin geçirilmesi, ortaklık adına yönetim kurulunun dava açması söz konusu ise, bizâtihi bir sorumluluk sebebi teşkil edecektir.

¹⁰¹⁵ “Dava, kooperatif eski yöneticilerinin sorumluluğuna dayalı tazminatın tahsili istemine ilişkindir. ... mahkemece, davalılar hakkında eylemin kişi, konu ve kapsamını somut olarak gösteren sorumluluk kararı alınmasına ya da işbu davaya muvafakat verilmesine dair genel kurul kararının ibrazı için makul süre verilmesi, ... verilen süre içinde bu eksiklikler tamamlanmaz ise davanın açıklanan usul yönünden reddedilmesi gerekir” (bkz. Yarg. 23. HD'nin 11.04.2016 T., 2015/5945 E. ve 2016/2235 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹⁶ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 367; bununla birlikte, Atan, bu hükmün bir düzen kuralı olduğu belirtmekle beraber bu süreden sonra açılan davanın reddi gerektiğini ve bu hâlde artık dava açılabilmesi genel kurul tarafından çoğunlukla veya azınlığın talebiyle dava açılmasına yeniden karar verilmesi gerektiğini savunmaktaydı; bkz. s. 40.

6- Özel Kanunlarda Yer Alan Dava Şartları

HMK'nın dava şartlarına ilişkin 114. maddesinin 2. fıkrasında, diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin özel hükümlerin saklı bulunduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, BankK'da, TMSF'nin açacağı sorumluluk davaları bakımından özel dava şartı niteliğinde bazı hükümler düzenlenmiştir.

Öncelikle, BankK'nın 110. maddesinde, banka yönetici ve denetçilerinin sorumluluğu bakımından açılacak davaların ancak *“Fon Kurulu kararına istinaden”* açılabileceği ifade edilmek suretiyle bu konuda özel bir dava şartı öngörülmüştür. Buna göre, mezkûr hükme istinaden ancak TMSF tarafından ve Fon Kurulu kararına dayanılarak sorumluluk davası açılabilecektir. Bu durumda ise ayrıca dava açılmasına ilişkin bir genel kurul kararının varlığı aranmaz; zîra, BankK'nın 133/II. maddesinde, dava açılmasına dair Fon Kurulu kararının dava şartı olarak aranan genel kurul kararı yerine geçeceği açıkça düzenlenmiştir¹⁰¹⁷.

Diğer yandan, BankK'nın *“Sorumluluk Davalarına İlişkin İstisnâî Yetkiler”* kenar başlığını taşıyan 133. maddesinin 1. fıkrasında da sorumluluk davasının açılması, faaliyet izni kaldırılan bankanın tasfiyesinin tamamlanması ve tahsil açığının ortaya çıkması ön koşullarına bağlanmıştır. Buna göre, ister iflâs çerçevesinde olsun, isterse diğer tasfiye usûlüne göre olsun, faaliyet izni kaldırılan bankanın tasfiyesi gerçekleştirilip tamamlanmadan ve bu tasfiye sonucunda bankadan alacaklı olanların alacağını tahsil edip etmedikleri saptanmadan yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasına olanak yoktur¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁷ Yarg. 11. HD'nin 12.07.2017 T., 2016/8829 E. ve 2017/4095 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); bu konuda ayrıca bkz. Doğrusöz, s. 248; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 69.

¹⁰¹⁸ Nitekim, Tekinalp de, söz konusu davanın unsurları ve uygulanma şartları olarak; faaliyet izninin kaldırılmış olması, iflâs istenmiş olması, alacakların iflâs masasına veya mahkeme Fonun iflâs istemini reddettiği ve banka tasfiyeye girdiği takdirde tasfiye memurlarına bildirilmiş olması, kaydedilen alacakların tamamının tahsil edilememiş, yani bir tahsil açığının oluşmuş bulunması, açılmış bulunan sorumluluk davasında bankanın pay sahiplerinin, eski yönetim kurulu üyelerinin ve/veya denetçilerin sorumlulukları belirlenmiş olması şartlarının tümünün birlikte bulunması gerektiğini ve ancak bu şartların tümünün gerçekleşmesi halinde Fon'un 133. maddede öngörülen davayı tasfiyenin tamamlanmasından itibaren beş yıl içinde ikâme edebileceğini ifade etmektedir; **Banka Hukukunun Esasları**, N. 30-03.

B- İlk İtirazlar

1- Yetki İtirazı

Sorumluluk davaları bakımından yetkili mahkeme, anonim ortaklığın bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 561). Madde gerekçesinin yanı sıra, gerek öğreti¹⁰¹⁹ gerek Yargıtay kararlarında¹⁰²⁰, bu yetkinin kesin olmayıp, HMK'nın genel hükümlerinin de ayrıca uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Buna göre, davalılardan bir veya birkaçının yerleşim yeri mahkemesi de ayrıca yetkilidir (HMK m. 6, 7). Kesin olmayan yetki itirazı bir ilk itiraz olup (HMK m. 116/1, a), cevap dilekçesi ile birlikte ileri sürülmek zorundadır (HMK m. 117).

Buna karşılık, yetkinin kesin olup olmadığı konusunda belirtmek gerekir ki, HMK m. 7'de, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme kanunda belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılacağı düzenlenmiş olup gerek madde gerekçesinde gerek öğretide¹⁰²¹ gerekse kimi Yargıtay kararlarında¹⁰²² ortak

¹⁰¹⁹ Bkz. madde gerekçesi; ayrıca bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 611b; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 153; Üçışık/Çelik, s. 560; Kendigelen, **Tespitler**, s. 469; Özkes/Seven/Meriç, s. 167.

¹⁰²⁰ “6102 sayılı TTK'nın 561. maddesi (mülga 6762 sayılı TTK'nın 309. maddesi) uyarınca, sorumlular aleyhine şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir. Ancak bu kural, madde metninden de anlaşılacağı üzere seçimlik yetki kuralı niteliğinde olup kesin yetki kuralı değildir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 19.09.2016 T., 2016/6973 E. ve 2016/7321 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD'nin 18.09.2013 T., 2013/11633 E. ve 2016/16010 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰²¹ Akkan, **Pekcanıtez Usûl**, s. 274; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 172; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 172; bu konuda ayrıca bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 199-200; haksız fiiller bakımından bu hükmün uygulanmasına yönelik eleştiri için bkz. Umar, s. 36-37; Yılmaz da, bu kuraldan hareketle ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu ve bu kuralın dava şartı teşkil ettiği sonucuna ulaşamayacağını savunmakta, ancak bazı Yargıtay kararları dışında buna bir gerekçe göstermemektedir; bkz. **Şerh**, s. 321.

¹⁰²² “Ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde, ‘Ancak dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır’ denilmek suretiyle birden fazla davalı aleyhine açılan davalar için emredici ve ortak bir yetki düzenlemesi yapılmıştır” (bkz. Yarg. 22. HD'nin 18.04.2016 T., 2015/5268 E. ve 2016/11199 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7/1. maddesi uyarınca, açılan davada birden fazla davalı bulunması durumunda kanunda belirtilen, davalılardan tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkeme, davaya bakmakla yetkilidir. Bu durumda davacının fiilen en son çalıştığı Adıyaman Mahkemeleri davalılar için ortak yetkiyi taşıyan kesin yetkili mahkemedir” (bkz. Yarg. 22. HD'nin 16.11.2015 T., 2015/29785 E. ve 2015/31001 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Buna karşılık, Yargıtay'ın ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olmasının sadece zorunlu dava arkadaşlığı bulunan veya birden fazla kişinin birlikte haksız fiil işlediği durumlara münhasır olduğu konusunda Yargıtay kararları da mevcuttur; “Ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olması durumu, ancak zorunlu dava arkadaşlığına dair hükümlerin varlığı halinde uygulanır. ... Bu durumda, davacı seçimlik hakkını kullanarak davayı zarar gören sıfatıyla kendi ikametgahı olan Ankara'da açtığına göre, mahkemece, H.M.K.'nin 7. maddesi hatalı yorumlanmak suretiyle davalılar tarafından yapılmış usulüne uygun bir itiraz olmadığı halde, kesin yetki kuralından bahisle, yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir” (bkz. Yarg. 17. HD'nin 10.02.2014 T., 541 E. ve 2014/1462 K.

yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu ifade edilmektedir. Bu hüküm karşısında, TTK m. 561’de kullanılan “*dava açılabilir*” ifadesi nedeniyle kesin yetkiden bahsedilemeyeceği düşüncesine karşılık, söz konusu hükümde tüm davalılar (yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler) bakımından yetkili olduğu kabul edilen mahkemenin (şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin) kesin yetkili olduğu da kanımızca savunulabilecektir¹⁰²³. Bu bağlamda, TTK m. 561’deki yetki kuralının kesin olmadığını ifade eden öğreti ve Yargıtay kararlarında, HMK m. 7 hükmünün değerlendirildiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Kanımızca, burada kesin yetki söz konusu olacaksa, bunun sebebi, TTK m. 561’de kullanılan ifade değil, HMK m. 7 olacaktır; zîra bu hüküm, ortak yetkili yer gösterilmiş olmasını kesin yetki için yeterli görmektedir. TTK m. 561’de, “*açılabilir*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olmakla birlikte, HMK m. 7’nin öngördüğü şekilde ortak bir yetkili mahkeme belirlenmiştir. Nitekim, öğretide Pekcanitez, sorumlulardan her biri aleyhine kendi ikâmetgahı mahkemesinde dava açılabilirliğini, buna karşılık birden fazla sorumluya karşı dava açılan hâllerde davacının seçim hakkının bulunmadığını ve HUMK. m. 9/II (HMK m. 7/1) uyarınca davanın ortaklık merkezinde açılması gerektiğini, zîra birden fazla sorumlunun bulunduğu durumlarda şirket merkezindeki mahkemenin ortak yetkili mahkeme olduğunu isâbetle ifade etmiştir¹⁰²⁴.

sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ancak, hemen belirtelim ki, bu içtihatlar öğretide eleştirilmekte ve böyle bir sınırlama olmaksızın ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu ifade edilmektedir; **Akkan, Pekcanitez Usûl**, s. 277. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu da, HMK m. 7/1 hükmünde yer alan yetki kuralının kesin yetkiyi düzenlediğini, buna karşılık Yargıtay’ın aksi yönde kararlar verdiğini (Yargıtay HGK’nın 21.05.2019 T., 17-1100/593 sayılı kararı) belirtmektedirler; bkz. s. 164, 172; aynı şekilde, Atalı/Ermenek/Erdoğan da, söz konusu hükümde öngörülen ortak yetkili mahkemenin kesin yetkiyi ifade ettiğini, buna karşılık Yargıtay’ın aksi yönde içtihatlarının (Yargıtay HGK’nın 27.05.2015 T., 2013/2359 E. ve 2015/1443 K. sayılı kararı) bulunduğunu ifade etmişlerdir; bkz. s. 180.

¹⁰²³Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 611b; Dinç, s. 160. Nitekim benzer bir yaklaşımla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, çoğunlukla verdiği bir kararda, HMK hükümlerinin İş Kanunu’na göre genel hükümler içerdiğini ve İş Kanunu’nda ortak yetkili bir yer tayin edilmiş olsa bile, birden fazla yetkili yer gösterilmiş bulunması nedeniyle seçimlik yetkinin söz konusu olacağını ve dolayısıyla HMK m. 7’nin uygulanamayacağını ifade etmiştir; “... *söz konusu ortak yetkili mahkemenin iş mahkemesinin yetkisinin tespitinde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Çünkü 5521 Sayılı Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralları ile işçiye davasını açacağı yetkili mahkeme konusunda seçimlik hak tanınmış olup ... Kaldı ki 5521 Sayılı Kanun’un 5. maddesiyle düzenlenen yetki kurallarının 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yetki kurallarına göre özel nitelikte hükümler olduğu da açıktır*” (bkz. Yarg. HGK’nın 29.03.2017 T., 2014/9-2163 E. ve 2017/555 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay HGK kararının aksi doğrultuda, HMK m. 7’deki ortak kesin yetkili mahkemenin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 22. HD’nin 16.11.2015 T., 2015/29785 E. ve 2015/31001 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰²⁴ Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 53.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, burada genel hüküm - özel hüküm ayırımı yapılması da mümkün değildir¹⁰²⁵. Zîra, HMK m. 7, ortak yetkili yer tayin etmemekte ve doğrudan uygulanacak bir yetkili mahkeme göstermemekte, “*kanunda ... belirtilmişse*” demek suretiyle, HMK ile de sınırlı olmaksızın tüm yasalara atıf yapmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, anonim ortaklığın merkezinin bulunduğu yer mahkemesi ortak yetkili olduğundan kesin yetkinin varlığı kabul edilmelidir¹⁰²⁶. Hâl böyle olunca, kesin yetki, bir ilk itiraz değil, dava şartı (HMK m. 114/1, ç) teşkil edecek ve mahkemece re’*en* dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, kesin yetki ancak birden fazla davalının söz konusu olması hâlinde gündeme gelecek¹⁰²⁷, buna karşılık tek bir davalıya karşı dava açılan varsayımda ise, alternatif yetki kuralları ve dolayısıyla yetki ilk itirazı söz konusu olacaktır.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, HMK m. 14/2’de, tüzel kişilerle ilgili davalarda kesin yetkili mahkeme düzenlenmiş ise de bu hüküm sorumluluk davaları bakımından uygulanmaz¹⁰²⁸. Zîra, pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davası, esasen ortaklık ve üyelik (pay sahipliği) ilişkisine dayanmakla birlikte, dava ortaklığa veya diğer bir ortağa değil, yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilere karşı açıldığından, bu hükmün kapsamına girmeyecektir. Buna karşılık Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 03.07.2012 tarihli kararında, bir kooperatif üyesi tarafından kooperatif yönetim kurulu üyesine karşı açılan sorumluluk davası ile ilgili olarak HMK m. 14/2 uyarınca kooperatifin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinin kesin yetkili mahkeme olduğunu ifade etmiştir¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ HMK m. 7’nin genel hüküm olması nedeniyle seçimlik yetki öngören özel hükümler karşısında uygulanamayacağı yönündeki Yargıtay HGK kararı için bkz. yukarıda dn. ... (hemen bir yukarıda 29.03.2017)

¹⁰²⁶ Atan ise, HMK m. 14/2 (HUMK. m. 17) hükmünde şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin ve ortak yetkili mahkeme olarak tayin edildiğini, bu nedenle, birden fazla kişi aleyhine dava ikâme ediliyorsa ve bunların yerleşim yerleri de birbirinden farklı ise, bu durumda davanın şirket merkezinin bulunduğu yerde açılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 78-79).

¹⁰²⁷ İhtiyarî dava arkadaşları bakımından ortak yetkili mahkeme varsa davanın bu mahkemede açılması gerektiği, zira bunun kesin yetki kuralı olduğu yönünde bkz. Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 695.

¹⁰²⁸ HUMK. m. 17 (HMK m. 14/2) hükmünün sorumluluk davaları bakımından uygulanmayacağı konusunda ayrıntılı bir değerlendirme ve TTK’da öngörülen yetki kuralı ile karşılaştırılması için bkz. Domaniç, s. 430-432. Bu konuda ayrıca bkz. Özeker/Seven/Meriç, s. 165 vd.

¹⁰²⁹ “Dava, kooperatif ortağı tarafından, kooperatifin zararının tazmini istemine ilişkindir. Dava tarihinde yürürlükte olan HUMK 17. (01.10.2011 tarihinden sonra açılacak davalar bakımından geçerli olan 6100 sayılı HMK’nun 14.) maddesi gereğince tüzel kişi olan kooperatif ile üyeleri arasında ve üyelerin kendi arasındaki davaların kooperatifin ikametgahı addolunan mahal mahkemesinde görülmesi gerekir. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı olup, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece re’sen dikkate alınması gerekir” (bkz. Yarg. 23. HD’nin 03.07.2012 T., 2012/094 E. ve 2012/4555 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Ayrıca, madde gerekçesinde yetki sözleşmesi yapılabileceği ifade edilmiş ise de, kesin yetkinin bulunmadığı kabul edilse bile¹⁰³⁰, HMK m. 17'ye göre sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerinden, davalıların tacir sıfatını hâiz olmaması hâlinde yetki sözleşmesi yapılması açık düzenleme karşısında hukuken mümkün olmayacaktır¹⁰³¹. Kaldı ki, özellikle pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri ve muhtemel sorumlularla yetki sözleşmesinin uygulamada pek rastlanmayacağını, olsa olsa anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticilerle yapacağı sözleşmelerde yetki kaydına yer vermesinin muhtemel olduğunu ve bu sözleşmenin pay sahiplerini bağlamayacağını ifade etmek gerekir.

2- Tahkim İtirazı

HMK'da düzenlenen diğer bir ilk itiraz sebebi de (HMK m. 116/1-b), uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi gerektiği yolundadır. Sorumluluk davalarının tahkime elverişli olduğunu, ancak bunun için taraflar arasında, diğer bir deyişle davalı yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler ile davacı ortaklık veya pay sahipleri arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının gerektiğine yukarıda değiniştik¹⁰³². Buna göre, böyle bir tahkim anlaşması varsa, bu taraflarını bağlayacağından, sorumluluk davasının tahkimde ikâme edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde, davalı, HMK m. 117'ye göre cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunarak davanın usûlden reddedilmesini talep edebilir. Birden fazla kimse aleyhine dava açılmış olması hâlinde, sadece bir davalı ile ilgili olarak tahkim sözleşmesi bulunuyorsa veya tahkim anlaşmasının tarafı olan davalılardan sadece biri tarafından tahkim ilk itirazında bulunulmuşsa, davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı (HMK m. 57) bulunduğu dikkate alınarak bu kimse bakımından davanın tefrik edilerek usûlden reddine karar verilmesi gerekir.

¹⁰³⁰ Bu bağlamda, kesin yetki bulunan hâllerde yetki sözleşmesi yapılamayacağı HMK m. 18/1'de açıkça düzenlenmiştir.

¹⁰³¹ Yetki sözleşmesi yapılmasının koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan, **Pekcanıtez Usûl**, s. 305 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 192 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 469 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 184-187; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 122 vd..

¹⁰³² Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, IV, G.

II- Esasa İlişkin Savunma Sebepleri (İtiraz ve Def'îler)

A- Genel Olarak

Davalıların yukarıda incelenen dava şartları ve ilk itirazlara ilişkin usulî savunma vasıtalarının yanı sıra, esasa yönelik savunma imkânları da mevcut olup, bunlar itiraz ve def'îlerdir¹⁰³³. İtiraz, maddî hakkın doğumuna engel olan veya onu sona erdiren vâkıalar olup, dava dosyasından anlaşılabilirdiği takdirde mahkemece re'sen dikkate alınır. Hâkim, bunların varlığını re'sen araştıramaz ise de, tarafların usûlüne uygun olarak sunup ispat ettikleri vâkıalardan hakkın doğmadığı veya sona erdiğini tespit edebiliyorsa, taraflar ayrıca ileri sürmemiş olsa bile davanın reddine karar verecektir¹⁰³⁴. Def'ide ise, hakkın hiç doğmadığı veya sona erdiği ileri sürülmemekte, borcun mevcut olduğu kabul edilmekte, ancak bunun ifasına engel özel bir sebep ileri sürülmektedir. Def'îler, taraflarca ileri sürülmedikçe mahkemece dikkate alınmaz¹⁰³⁵.

Davalıların ileri sürebilecekleri itiraz ve def'îler bakımından, benimsediğimiz maddî hak görüşü doğrultusunda¹⁰³⁶ davayı kimin açtığı da önemlidir. Zîra, örneğin, pay sahiplerinin açtığı davaya karşı, anonim ortaklığa özgü bulunan itiraz ve def'îler ileri sürülemez. Gerçekten gerek ibra kararı gerek zarar görenin rızası anlamına gelebilecek genel kurul kararı, kararlara olumlu oy vermeyen pay sahipleri ile alacaklıları bağlamaz ve dolayısıyla onlara karşı ileri sürülemez.

¹⁰³³ Maddî hukuka ilişkin savunma sebepleri olan itiraz ve def'îler, bunların mâhiyeti ve ileri sürülmesi konusunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1208 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 486 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 343 vd.; Tanrıöver, s. 676-677; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 892 vd.; itiraz ve def'îlerin medenî hukuk bakımından anlamı konusunda ayrıca bkz. **von Tuhr**, s. 27 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altay, s. 17; Eren, **Genel Hükümler**, N. 197 vd.; Dural/Sarı, s. 267-268; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 314 vd..

¹⁰³⁴ Bu yönde ve ayrıca, itirazların mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak olmakla birlikte, ispatının taraflara ait olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1208-1209; itiraz sebebi teşkil eden olguların, usulüne uygun olarak dosyaya sunulmasının yeterli olduğu, buna karşılık bunların hukukî etkilerinin ve bu bağlamda hakkı sona erdirdiğinin ileri sürülmesine ihtiyaç bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 894-895.

¹⁰³⁵ Davalının hiç cevap dilekçesi vermemiş olması hâlinde, sonradan o def'îyi ileri sürmesinin savunmayı genişletme yasağına tâbi olacağı, bu nedenle sonradan ancak davacının açık muvafakatı veya ıslah yoluyla ileri sürülebileceği yolunda bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 487-188; def'î hakkının kullanılması ile hakkın geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı ve bu nedenle davanın artık baştan itibaren haksız sayılacağı yönünde bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 347.

¹⁰³⁶ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

Sorumluluk davasında, organ sıfatını haiz bulunmamak, ibra, zamanaşımı, iş adamı kararı, yönetim yetkilerinin devredilmesi, TTK m. 553/3 hükmü gibi davalıların dayanabilecekleri çeşitli itiraz ve def'iler mevcut olup, bu savunmalar gerek sorumluluğun bulunmadığının ortaya konulması gerek farklılaştırılmış teselsül bağlamında tazminatın indirilmesi bakımından önemlidir¹⁰³⁷.

Davalılar (sorumlular) arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunduğundan, itiraz ve def'ilerin ileri sürülmesi konusunda TBK'da düzenlenen müteselsil borçluluk hakkındaki hükümler (TBK m. 162 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, müteselsil borçlulardan her biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir¹⁰³⁸ (TBK m. 164/1). Şüphesiz kişisel itiraz ve def'ilere ilişkin bu hükmün, sorumluluk davasının özgün niteliğine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Şöyle ki; davalılar, pay sahiplerinin açtıkları davalarda dava dışı alacaklı ortaklığa karşı sahip oldukları tüm itiraz ve def'i haklarına dayanma hakkına sahip değildirler¹⁰³⁹. Örneğin, davalılar, organ olmadıkları, zararın karşılandığı veya yönetim yetkilerinin devredildiği gibi hususlara dayanabilirlerse de, ortaklığın kendilerini ibra ettiği, ortaklık bakımından zamanaşımı süresinin dolduğu, ortaklığın dava konusu eylemlere rıza gösterdiği gibi sebepleri ileri süremezler. Bu tür sebeplere ancak bunların davacı pay sahibi ile aralarındaki ilişkide gerçekleşmiş olması kaydıyla

¹⁰³⁷ Avrupa Birliği'ne üye devletlerde yöneticilerin sorumluluğunu sınırlandırmak veya hariç tutma konusunda benimsenen çözümlerin beş ana başlıkta toplanabileceği, bunların (1) yasal düzenlemelerde sorumluluk dışı bırakma, (2) pay sahipleri tarafından belirli davranış türlerinin önceden (yani sorumluluğa yol açması söz konusu olan davranış gerçekleşmeden önce) hukuka uygun bulunması, yani yöneticilerin bu işlemler için yetkilendirilmesi, (3) görev ihlallerinin sonradan onaylanması veya şirketin iddiasından feragat edilmesi, (4) müdürün şirkete değil, üçüncü bir kişiye karşı sorumlu olması veya üçüncü kişilerin açtıkları davaların yargılama giderlerinden sorumlu olması, (5) sorumluluk sigortası olduğu, Fransa'da ilk üç yöntemin câiz olmadığı, yönetici sigortasının borsaya kayıtlı şirketlerde yaygın olmakla birlikte, diğer şirketlerde seyrek olduğu; Almanya'da, sorumluluk konusu vakıanın (iddianın) ortaya çıkmasından sonra genel kurul tarafından ibra kararı verilebileceği (AktG 93/4), diğer yandan pay sahipleri tarafından belirli davranış türlerinin önceden (yani sorumluluğa yol açması söz konusu olan davranış gerçekleşmeden önce) hukuka uygun bulunması; diğer bir deyişle yöneticilerin bu işlemler için yetkilendirilmesinin özen borcunu ihlal eden yöneticileri sorumluluktan kurtaracağı (AktG 93/4), bu bağlamda, şirketle işlem yapmama ve şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü ile ilgili olarak yöneticilere ön yetki verebileceği, benzer şekilde İngiltere'de de, yöneticinin eylemlerinin önceden hukuka uygun bulunmasının söz konusu olabileceği (CA 180/4, a) yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 175-176, 182.

¹⁰³⁸ Bu konuda bkz. von Tuhr, s. 794-796; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 310 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1369-1370; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3767-3768; Canyürek, s. 43, 61 vd.

¹⁰³⁹ Buna karşılık, dava takip yetkisinde, dava takip yetkilisinin, hak sahibine ait itiraz ve def'ileri ileri sürebileceği, aynı şekilde davalının da hak sahibine karşı olan zamanaşımı def'i gibi itiraz ve def'ileri davacı dava takip yetkilisine karşı ileri sürebilecekleri, dava takip yetkilisinin zamanaşımını kesen işlemlerinin hak sahibi ile karşı taraf için etkili olacağı yönünde bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 169-170.

(örneğin, davacı pay sahibinin ibra yönünden oy kullandığı, hak düşürücü sürenin geçtiği veya pay sahibin dava açmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği gibi) dayanabilirler. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, pay sahibinin ibra yönünde oy kullanması istisnâ olup, ibraya olumsuz oy verilmesi âdeti dava hakkının temelini oluşturmaktadır.

Diğer yandan, ortak def'i ve itirazların ileri sürülmesi, müteselsil borçlular bakımından bir hak olmanın yanı sıra bir yükümlülük olup, aksine davranış, diğerlerine karşı sorumluluğu gerektirir (TBK m. 164/2). Ortak def'i ve itirazlar, borcun doğmadığına, etkili ve geçerli olmadığına veya sona erdiğine ilişkin itiraz sebepleri ile borçluların tümüne ifadan kaçınma imkânı veren def'iler olup, davalılardan biri, ortak itiraz ve def'ileri ileri sürmemişse, bu savunma sebeplerini bilmediğini ve bilmemesinin de kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat etmedikçe, diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybeder¹⁰⁴⁰.

Son tahlilde davalılar (müteselsil borçlular) ortak itiraz ve def'ilere sahip oldukları gibi, davalılardan her biri farklı def'i ve itirazlara dayanma hakkına da sahiptir¹⁰⁴¹. Davalılar arasındaki ihtiyarî dava arkadaşlığı ilişkisi nedeniyle, bir davalının ileri sürdüğü kişisel savunmalardan kural olarak diğer davalılar yararlanamazlar¹⁰⁴². Ancak, söz konusu husus, tüm davalıları kapsayan ve itiraz sebebi teşkil eden bir vâkıya ilişkin ise, bunu ileri sürmeyen davalılar da bundan yararlanırlar. Aynı durum, def'iler bakımından geçerli değildir. Diğer bir deyişle, örneğin, zararın giderilmiş olması herkesi etkileyecek (TBK m. 166/1) ve davalılardan biri tarafından ileri sürülüp kanıtlandığında davanın tüm davalılar bakımından reddini sağlayacak bir itiraz sebebi teşkil etmesine karşılık, zamanaşımı def'i ise sadece ileri süren davalı bakımından dikkate alınacaktır. Bu bağlamda, sorumluluğun unsurlarının

¹⁰⁴⁰ Ortak itiraz ve def'iler ile bu savunmaları yapma yükümlülüğü konusunda bkz. von Tuhr, 796; Oğuzman/Öz, Cilt 2, N. 1371 vd., 1419; Eren, **Genel Hükümler**, N. 3764-3766, 3783; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 297-301; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1757; Canyürek, s. 61-64, 126.

¹⁰⁴¹ Bu iki kategorinin yanı sıra, borçlulardan birinin diğerlerine kısmen etkili olan hukukî durum ve işlemlerinin bulunduğu konusundaki açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 301-310.

¹⁰⁴² İtirazların ihtiyarî dava arkadaşlarının tümü için dikkate alınacağı, buna karşılık def'ilerin sadece ileri süren davalı bakımından dikkate alınacağı yönünde bkz. Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usûl**, s. 697; bu konuda ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 958; Tanrıöver, s. 561; kişisel savunmaların diğer müteselsil borçlulara etki etmeyeceği, bununla birlikte takas gibi işlemlerin tüm borçlular bakımından sonuç doğuracağı yönünde bkz. Canyürek, s. 43.

gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yanı sıra, farklılaştırılmış teselsül ilkesi (TTK m. 557) bağlamında sorumluluk miktarının belirlenmesinde de her bir davalı bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılacağından, her bir davalının ayrı ayrı ileri sürdüğü kişisel itiraz ve def'iler özel bir önem taşıyacaktır.

B- Organ Sıfatına Sahip Olmamak

TTK m. 553/1'de düzenlenen sorumlular çevresinin kapsamına girmeyen kimselerin kişisel sorumluluğu yoktur¹⁰⁴³. Bu nedenle, yukarıda incelediğimiz¹⁰⁴⁴ yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler gibi şeklî organlar ile ortaklığın iradesinin belirlenmesinde etkili olan fiilî organlar dışındaki kimselerin sorumluluğuna başvurulamaz. Örneğin, ifa yardımcıları ile şirket çalışanları, şeklî veya fiilî organ sıfatını hâiz olmadıklarından, sorumluluk davasının muhatabı olamazlar. Organ sıfatına sahip olunmaması, “sıfat” ile ilgili olup, bir itiraz sebebi teşkil eder. Mahkemece, bu hususun tespiti hâlinde davanın usûlden değil, esastan reddine karar verilir. Bu bağlamda, dosyaya giren maddî vâkıalardan davalının organ sıfatına sahip olmadığı tespit edebiliyorsa, mahkeme bu hususu re'sen dikkate alır¹⁰⁴⁵.

Bir kimsenin şeklî organ olup olmadığının tespiti bakımından, kural olarak ticaret sicili kayıtları esas alınacaktır. Ancak, bu kayıtlar, yönetim kurulu üyeleri ve tescil edilen temsil yetkisine sahip kimseler bakımından yeterli görülebilir ise de, bu her zaman sağlıklı ve yeterli olmayabilir. Zira, şeklî organ sıfatının belirlenmesinde, tescile tâbi kimselerin (yönetim kurulu üyeleri, müdürler) sicile tescil ve ilân edilmiş olmaları mutlak bir kriter olmayıp, bu kimseler tescilden önce göreve başlamışlarsa, organ sıfatıyla sorumluluğa tâbi olurlar. Nitekim öğretide yönetim kurulu üyelerinin,

¹⁰⁴³ Altay, **Yetki Devri**, s. 342; davalının, davacının dava hakkına sahip olmadığını (örneğin, davacının pay sahipliği sıfatının bulunmadığını) savunabileceği gibi, kendisinin pasif husumet ehliyetine sahip bulunmadığını (örneğin, ihlâl teşkil ettiği iddia edilen eylemlerin kendisinin göreve başlamasından önce veya görev süresi sona erdikten sonra gerçekleştiğini) ileri sürebileceği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 101.

¹⁰⁴⁴ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, IV, A ve İkinci Bölüm, II, B, 1.

¹⁰⁴⁵ Buna karşılık Yargıtay, davalıların organ sıfatını hâiz olup olmadıklarının mahkemece re'sen araştırılması gerektiğini ifade etmektedir: “...belirtilen tarihte davalıların yönetici ve denetçi olup olmadıkları, vazifelerinin belirtilen yılda bitip bitmediği, ... değerlendirilmemiştir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 23.06.2016 T., 2016/2543 E. ve 2016/6986 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), bu yöndeki başka bir örnek için bkz.: “Mahkemece, davalı İbrahim Çalıkoğlu'nun daha sonra müdür olarak atanıp atanmadığı araştırılmadan, müdür değilse bu nedenle sorumlu tutulamayacağı ve davalı yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluklarını ispatlayamamış oldukları gözetilmeksizin yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, ...” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 10.07.2006 T., 29005/8034 E. ve 2006/8210 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tescil ve ilân edilmemiş olsalar bile, atanmış veya seçilmiş bulunmakla ve görevi kabul etmekle görevlerine başladıkları ve sorumlular çevresine dâhil oldukları kabul edilmektedir¹⁰⁴⁶. Benzer şekilde, tescil edilen bir yönetim kurulu üyesinin seçiminde ve dolayısıyla tescilinde bir sakatlık bulunması hâlinde de, söz konusu kişi üye sıfatıyla birtakım işlemlerde bulunmuşsa bundan dolayı sorumlu olur¹⁰⁴⁷. Çünkü önemli olan, yönetim işlevinin yerine getirilip getirilmediğidir. Ayrıca, TTK m. 367 uyarınca kendisine yetki yapılan kimseler için iç yönergeye bakılmalı, aynı şekilde tescile tâbi olmayan ticarî vekillerin yönetim kurulu tarafından atanmış olması hâlinde de (TTK m. 368) yönetim kurulu karar defteri incelenmelidir.

Diğer yandan, yönetim kurulu üyelerinin istifa etmiş olmalarına rağmen istifanın tescil edilmemesi hâlinde, organ sıfatıyla sorumlu olmaya devam edip etmeyeceklerinin de incelenmesinde fayda vardır. Yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında genel kabul gören görüş¹⁰⁴⁸ uyarınca vekâlet sözleşmesi bulunduğundan, istifa ile birlikte bu sözleşme sona erer. Zîra istifa, vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik bozucu yenilik doğuran bir beyan niteliğindedir¹⁰⁴⁹. Bu itibarla, istifanın şirkete¹⁰⁵⁰ ulaşmasıyla birlikte istifa eden yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulunun kabulüne veya genel kurulun bu konuda bir karar vermesine ihtiyaç bulunmaksızın TTK m. 553/1’de düzenlenen sorumlular çevresinin dışına çıkmış olur; bu bağlamda, istifanın tescil ve ilân edilip edilmemesi bu sonucun ortaya çıkması bakımından önemli değildir¹⁰⁵¹. Bu tarihten itibaren istifa eden kişi organ sıfatını

¹⁰⁴⁶ Üyelik sıfatının, genel kurulun seçim kararı ve seçilen kişinin bu görevi kabul etmesiyle birlikte kazanılacağı, tescil ve ilânın bildirici nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 20; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 99; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 48; Bilgili/Demirkapı, s. 276; Kortunay, s. 173-174.

¹⁰⁴⁷ Üye sıfatının yitirilmesi için de, bunun tescil edilmesi gerektiği ve bu yönde bir tescil yapılmadıkça sicilın aleniyet fonksiyonu gereği sorumluluğun devam edeceği görüşü için bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 261.

¹⁰⁴⁸ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp, N. 543.

¹⁰⁴⁹ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp, N. 551; buna karşılık Arslanlı, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanıyorsa, bu durumda üyenin ancak bu sözleşme hükümlerine göre istifa edebileceğini, haklı bir sebep olmaksızın istifa etmesinin hukuken bir sonuç doğurmayacağını, şirket görevini yerine getirmesi için üyeyi zorlayamaz ise de üyelik görevinin hukuken devam edeceğini, böylece üyenin görevine devam etmemekle sözleşmeye aykırı davranmış olacağını savunmuştur; bkz. s. 202.

¹⁰⁵⁰ İstifanın şirkete hitâben şirketi temsile yetkili organ olan yönetim kuruluna ulaşmasının hüküm doğurması bakımından yeterli olduğu yönünde bkz. Arslanlı, s. 202; istifanın yönetim kuruluna ulaşmasının yeterli olduğu, tüm yönetim kurulu üyelerinin istifa etmesi hâlinde ise genel kurulun toplantıya çağrılarak istifa iradesinin bu toplantıda açıklanması gerektiği, aksi takdirde istifanın gerçekleşmemiş kabul edileceği ve sorumluluğun devam edeceği yönünde bkz. Kortunay, s. 245.

¹⁰⁵¹ Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 579; yönetim kurulu üyeliği sıfatının yitirilmesi halinde, bu husus tescil ve ilân edilmedikçe üyenin sorumluluğunun devam edeceği görüşü için bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 261.

yitirdiği gibi, yönetim kurulu toplantılarına katılamaz ve kararların alınmasında bir etkiye sahip olamaz. Bu sonuç gerek anonim ortaklık gerek pay sahipleri tarafından açılacak davalar bakımından değişmemektedir. Bununla birlikte, istifa etmesine rağmen, bu hususun tescil ve ilân edilmediği süre içinde şirket adına işlemlerde bulunmaya devam eden yönetim kurulu üyesinin, istifa olgusunu bilmeyen üçüncü kişilerle yaptığı hukukî işlemler dış ilişkide anonim ortaklığı bağlayacak¹⁰⁵² (TTK m. 373/2) ve söz konusu yönetim kurulu üyesi bu eylemlerinden dolayı, kanımızca artık fiilî organ sıfatıyla sorumlu tutulmak gerekecektir.

Şirket genel kurulu tarafından yönetim kurulu üyelerinin azledilmiş olmaları veya yerlerine yenilerinin seçilmiş bulunması hâlinde ise, bu yöndeki kararın ilgili üyeye ulaşmasıyla birlikte, tescil ve ilândan bağımsız olarak, bu kişilerin yönetim ve temsil yetkisi ortadan kalkar¹⁰⁵³. Bu kimselerin tescil ve ilân tarihine kadar yapacakları işlemler şirkete bağlamaya devam eder ise de istifa eden yönetim kurulu üyeleri için ifade ettiğimiz gibi, bu şekilde davranan kimselerin sorumluluğuna fiilî organ oldukları gerekçesiyle gidilebileceği kanısındayız.

Şekli organ sıfatını taşıyan diğer yöneticiler bakımından da bu kimselerin görevden ayrılmaları hâlinde, aynı sonuca ulaşılması gerekir. Gerçi, bu kimseler çoğu zaman ortaklığa hizmet akdi ile bağlı olan kişilerdir ve dolayısıyla bunların görevden ayrılmalarının istifa gibi bozucu yenilik doğuran bir beyan teşkil etmeyeceği düşünülebilir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere¹⁰⁵⁴, bu kimseler yönetim kurulu üyesi veya yönetici seçilmekle şirketle aralarında bir vekâlet ilişkisi kurulur ve bu kişilerin istifa etmesi hizmet akdinden bağımsız olarak sadece bu vekâlet ilişkisini sona erdirir, hizmet sözleşmesi ayrıca feshedilmedikçe varlığını sürdürür¹⁰⁵⁵. Buna

¹⁰⁵² Çamoğlu(Poroy/Tekinalp, N. 551; istifanın, iç ilişkide şirkete ulaşmakla, dış ilişkide ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tescil ve ilânla hüküm doğuracağı yönünde bkz. Akdağ Güney, **Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili**, s. 293; Şener, s. 368; Bilgili/Demirkapı, s. 299; Kortunay, s. 246.

¹⁰⁵³ Arslanlı, s. 205.

¹⁰⁵⁴ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, IV.

¹⁰⁵⁵ Yönetim kurulu üyesinin azli veya istifasının şirketler hukuku çerçevesindeki ilişkiyi sona erdireceği, buna karşılık sözleşmede yer alan iş hukukuna ilişkin düzenlemelerin kendi mecralarında devam edeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 105; yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkiyi borçlar hukukuna ve şirketler hukukuna özgü çifte karakterini dikkate alarak değerlendirmek gerektiği, üyelerin yetki ve görevlerinin çoğunlukla kanun ve esas sözleşmede belirleneceğini, ancak boşluk bulunması hâlinde yerine göre hizmet veya vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı, anonim şirket ile Murahhaslar arasındaki ilişkinin de yönetim kurulu üyelerine paralel bir şekilde belirlenmesinin daha uygun olacağı, yönetim kurulu üyesinin azli veya istifasının aradaki şirketler hukuku ilişkisini her zaman sona erdireceği, bu kişiler ile şirket

karşılık, bu kimseler sadece hizmet sözleşmesi kapsamında olmak üzere istifa edebilirler; bu hâlde, yöneticilik görevinin bitmesi için bildirimde aynı zamanda yönetsel görevinden de ayrıldığını bildirmesi gerekir. Böylelikle, bu konumdaki kişi, yönetim görevinden ayrıldığını bildirmemişse, hizmet sözleşmesi sona erebilir, ancak yöneticilik görevi sürebilir. Bu noktada, kişinin işten ayrılmasının yöneticilik görevinden de ayrıldığı konusunda bir karine yaratıp yaratmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanımızca, her iki hukukî ilişki birbirinden farklı ve bağımsız olup, bu konuda kesin bir yargı ortaya konulması mümkün değildir; bu konuda somut olayın özelliklerine ve istifa beyanının kapsamına bakılarak bir sonuca ulaşılması gerekir. Buna göre, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi de sona erdirilebileceği gibi, söz konusu kişiler şirket bünyesinde kalmakla birlikte sadece yönetim yetkisini kullanmayı gerektiren görevden ayrılmış da olabilir. Bu durum, esasen sadece yöneticiler için değil, şirkete ayrıca hizmet sözleşmesi ile bağlı olan yönetim kurulu üyeleri için de geçerlidir. Bunun organ sıfatı ve sorumluluk bakımından bir etkisi yoktur; her halde yönetim yetkilerinin sona ermesi ile birlikte organ sıfatı da ortadan kalktığından sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

Fiilî organ sıfatının tespitinde ise, uygulamada ispat güçlüğü ile karşılaşılabilecek olup, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılması ve ortaklığın iradesinin oluşmasındaki etkinliğin belirlenmesi gerekecektir. Bir kimsenin şekli veya fiilî organ sıfatına sahip bulunduğunu ispat yükü, davacıdadır. Sicil kayıtları, iç yönerge ve yönetim kurulu karar defteri, yazışmalar, raporlar, hatta fiilî organ bakımından tanıklar bu konuda dayanılabilecek delillerdendir.

arasında bulunan diğer sözleşmeleri (vekâlet veya hizmet) sona erdirmeyeceği, bu ilişkilerin kendi mecralarında devam edecekleri yönünde bkz. Akdağ Güney, **Tazminat Talepleri**, s. 18, 19, 22; İsviçre hukukunda, şirket ile sözleşmeye dayalı bir ilişki olup olmadığına bakılmaksızın, anonim şirketler hukukuna göre bir sorumluluk bulunduğu, burada ilgili kişinin talimat alma anlamında bağımlı olup olmadığının belirleyici faktörü teşkil ettiği, bu soruya olumlu cevap verilirse, iş ve şirketler hukuku altında ikili bir ilişkiden bahsedileceği, iki hukukî ilişki birbiriyle yakından ilişkili olsalar bile, doğum, sonuç ve tasfiye açısından açıkça ayrı tutulacakları yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 119.

C- İbra

1- Genel Olarak

TTK'nın 558. maddesinde ibra konusunda açık bir hükme yer verilerek, ibra kararının genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı hüküm altına alınmış ve genel kurul tarafından alınan ibra kararının, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldıracağı, diğer pay sahiplerinin dava haklarının ise ibra tarihinden itibaren altı (6) ay geçmesiyle düşeceği düzenlenmiştir¹⁰⁵⁶. İbra konusunda, ayrıca TTK m. 424'te, bilançonun onaylanmasına ilişkin kararın da aksine bir açıklık bulunmadıkça yönetim kurulu üyelerinin ibrası sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

Buna göre, ibra kararı, ortaklıkla ibraya olumlu oy verenlerin dava hakkını ortadan kaldıran önemli bir sebep teşkil etmektedir. Buna karşılık, ibra kararı, söz konusu karara olumlu veya olumsuz oy vermeleri hukuken mümkün bulunmayan oydan yoksun pay sahiplerine veya katılma intifa senedi sahiplerine etki etmez; bu kimseler zamanaşımı süresi içinde sorumluluk davası açabilirler¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ İsviçre hukukunda da, genel kurulun OR 758 paragraf 1 uyarınca sorumlu kişilerin ibra edilmesine karar vermesi halinde, iflâs hâli müstesna olmak üzere şirketin tazminat talep edemeyeceği konusunda ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki BGE 131 III 640 E. 4.2.1 kararı için bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9; İngiliz hukukunda, CA 263/2, c hükmünde, bir türev iddianın konusu olan dava sebebinin (hatanın) onaylanması (yani ibra) halinde hissedarlara izin verilemeyeceğinin düzenlendiği, ayrıca dava sebebi teşkil eden vâkianın izin duruşmasından önce onaylanmamış olması hâlinde dahi mahkemenin söz konusu vakianın onaylanma olasılığının kararında dikkate alması gerektiğinin 263/3, c hükmünde ifade edildiği, bununla birlikte, bazı hataların onaylanamayacağı ve bu nedenle onay mes'elesinin her zaman geçerli olmayacağı, ancak neyin onaylanabileceğine dair yasada açık bir düzenlemenin bulunmadığı, bu hususun izin duruşmasında mahkemece değerlendirileceği yolundaki açıklamalar ile onayla ilgili düzenlemelerin yasadan çıkarılmasının bu konuda yaşanabilecek karmaşıklığın önüne geçilebileceği yönündeki görüş için bkz. Keay, s. 51-52, 53.

¹⁰⁵⁷ Kanımızca, burada TTK m. 558'deki altı aylık hak düşürücü sürenin uygulanmayıp, zamanaşımı süresinin geçerli olacağının kabulü gerekir. Zîra, her ne kadar TTK m. 558'de "*diğer pay sahipleri*" için hak düşürücü sürenin uygulanacağı ifade edilmiş olup, intifa senedi sahiplerinin pay sahipliği hakları bulunmamaktadır. Bu kişilerin sorumluluk davası açma hakkı bulunup bulunmadığı konusundaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 3, c.

2- İbra Kararının Hukukî Niteliği

Ortaklıklar hukuku bakımından ibra, kurucu yenilik doğuran bir karar olup, “*menfî borç ikrarı*” niteliğindedir¹⁰⁵⁸. Genel kurul tarafından ibra kararı verilmekle, anonim ortaklık, ibra edilen kimselerden bir talepte bulunmayacağını, kendilerinin karar ve eylemlerini hukuka uygun gördüğünü ifade etmiş olmaktadır.

İbra gerek anonim ortaklığın gerek pay sahiplerinin açacağı dava bakımından bir itiraz sebebi teşkil etmektedir¹⁰⁵⁹. Bu bağlamda, ibranın bir şahsî def’î olduğu yönündeki görüşe¹⁰⁶⁰ katılmadığımızı belirtmek isteriz. Şöyle ki; menfî borç ikrarı olan ibra, anonim ortaklık ve karara olumlu oy veren pay sahipleri bakımından hakkı sona erdiren bir tasarruf işlemidir¹⁰⁶¹. Oysa, def’îde borcun varlığı ve devam ettiği

¹⁰⁵⁸ Aytaç, s. 16, 31 vd., 48; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 225-226; Atan, s. 59; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-141 ve 142; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 385; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613, 616; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 57; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 136; Altay, **Yetki Devri**, s. 345; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 415; Şener, s. 429; Bilgili/Demirkapı, s. 396; Çelik, s. 101; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 392; Canözü, s. 27, 32 vd.; Emin Cem Kahyaoğlu, “Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması”, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 83; aynı yönde bkz. “*Doktrine paralel olarak Dairemiz kararlarında da ibra, yönetim ve denetim kurulunun faaliyetlerinden dolayı, genel kurulun o yıla ilişkin olarak tazminat talebi hakkı bulunmadığı yönünde menfî bir borç ikrarı olarak nitelendirilmektedir*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 22.10.2020 T., 2019/1366 E. ve 2020/4391 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “*İbra, hukukî niteliği itibarıyla menfî bir borç ikrarıdır*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 28.11.2016 T., 2015/11856 E. ve 2016/9175 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); buna karşılık, Alman hukukunda ibranın menfî borç ikrarı niteliğinde kabul edilmediği, sadece yönetim kurulunun ibranın kapsadığı dönemdeki faaliyetlerinin onaylandığı anlamına geldiği yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 224-225; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 52-53; ibranın menfî borç ikrarı olarak nitelendirilebileceği, ancak “*ibranın hukukî mâhiyetini sadece menfî borç ikrarıdır şeklinde kesip atma*”nın mümkün olmadığı, bunun Alman hukukunda tartışmalı bir konu olduğu yolunda ayrıca bkz. Tuğrul Ansay, “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **BATİDER**, C. III, Sayı 3, 1966, s. 417 vd.; menfî borç ikrarının ibradan farkının, alacağın mevcut olup olmadığı konusunda şüphe veya taraflar arasında çekişme bulunması olduğu, bu yönüyle menfî borç ikrarının şarta bağlı bir ibra ve buna bağlı olarak da y-faydalandırıcı bir işlem olduğu, menfî borç ikrarına konu alacağın mevcut olduğunun daha sonra ortaya çıkması hâlinde bundan dönülemeyeceği yönünde bkz. von Tuhr, s. 652. İbra, mâhiyeti, vasıfları, çeşitleri ve tarihsel kökeni konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Arslanlı, s.194 vd.

¹⁰⁵⁹ İbranın maddî hukuka ilişkin bir savunma sebebi teşkil ettiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 97.

¹⁰⁶⁰ Akdağ Güney, ibranın bir şahsî def’î olduğu yönünde ileri sürülen bir görüşe katılmadığını gerekçeleriyle birlikte açıkladıktan sonra ibranın davada bir şahsî def’î olarak ileri sürülebileceğini ifade etmiş (**Yönetim Kurulu**, s. 415, dn. 1123), eserinin ilerleyen bölümlerinde de bunun bir def’î olduğunu yinelemiştir (**Yönetim Kurulu**, s. 418). Yazar, esasen daha önce yayınlanan bir makalesinde de aynı görüşü ifade etmiştir; bkz. Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 64. Aynı yönde bkz. Canözü, s. 30-32, 201.

¹⁰⁶¹ Ortaklıklar hukuku bakımından alacağı sona erdiren bir hukukî işlem olduğu yönünde bkz. Aytaç, s. 31, 35, 37; borçlar hukuku bakımından ibranın bir tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. von Tuhr, s. 649; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1765; ibra kararının sadece ortaklığa karşı değil, dava açan pay sahiplerine karşı -ibraya olumlu oy verip vermediklerine bakılmaksızın- bir itiraz sebebi olarak ileri sürülebileceği yönündeki görüş için bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 191.

kabul edilmekte, ancak onun yerine getirilmesine engel özel bir sebep ileri sürülmektedir. İbrada ise, anonim ortaklık veya ibraya olumlu oy veren pay sahibi yönünden hak devam etmemektedir. Gerçi ibra, anonim ortaklık zararının tazminine ilişkin hakkı tamamen (herkes bakımından) sona erdirmemekte, genel kurula yansıyan olaylarla sınırlı olarak sadece anonim ortaklığın ve olumlu oy veren pay sahiplerinin dava (talep) hakkını sona erdirmekte, buna karşılık olumsuz oy veren pay sahipleri bu maddî hakkın yerine getirilmesini (zararın giderilmesini) talep etme hakkına sahip olmaya devam etmektedirler¹⁰⁶² (TTK m. 558/2). Nitekim, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 120/2. maddesinin ikinci cümlesinde, ibra kararının şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁶³. Bu durum gerek tasarruf yetkisinin gerek sorumluluk davasının özgün yapısından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, ibra kararı vermekle, anonim ortaklık, ortaklığın alacak hakkını konu alan maddî hakkı değil, sadece zararın tazminine yönelik kendi talep hakkını sona erdirmiş olmaktadır¹⁰⁶⁴. Bununla birlikte, anonim ortaklığın bu kararıyla talep hakkı kendisi açısından sona erdiğinden, anonim ortaklık yönünden ibranın bir itiraz sebebi teşkil ettiği ve buna göre, usûlüne uygun olarak dosyaya sunulmuş olmakla bu vâkıanın mahkemece re'sen dikkate alınıp davanın reddi gerektiği, kararın kapsamına giren tüm davalılara karşı talep hakkını sona erdirdiğinden bu kapsama giren diğer davalıların da bundan yararlanabileceği kanısındayız.

Buna göre, pay sahibinin veya ortaklığın açtığı davaya karşı davalının ibrayı ileri sürmesi, talep hakkının bulunmaması nedeniyle davanın esastan reddini gerektiren ve karar verildiğinde kararın tarafları arasında maddî anlamda kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil etmesi sonucunu doğuran bir itiraz niteliğindedir. Bu bağlamda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21.03.2016 tarihli bir kararında, pay sahibi tarafından açılan bir

¹⁰⁶² İbra kararının şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 52-53.

¹⁰⁶³ AktG. 120 Abs. 2 hükmü aynen şu şekildedir: “*Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche*”. Bu hükme göre, ibranın Alman hukukunda bir “*güven açıklamasında bulunma*” anlamına geldiği, başka bir anlam taşımadığı yönünde bkz. Aytaç, s. 24, 39-41. Alman hukuku bakımından ibranın hukukî niteliği ve bu bağlamda söz konusu hükmün ifade ettiği anlam konusunda ayrıca bkz. Canöz, s. 37, 39.

¹⁰⁶⁴ İbra kararı ile yönetim kurulu üyelerinin borcunun sona erdiği sonucuna varılamayacağı, şirketin sorumlulara karşı tazminat talebinden vazgeçtiği, dolayısıyla, borcun değil, sorumluluğun sona erdiğinin ifade edilmesinin daha doğru olacağı yönünde bkz. Canöz, s. 47; bu bağlamda, ibranın borçlar hukukundaki ibra ile arasındaki farklar ve ayrıca ibranın hukukî ile özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, s. 48 vd., 80 vd.

sorumluluk davası bağlamında, öncelikle ibra hususunun araştırılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰⁶⁵. Bununla birlikte, ibra ileri sürüldüğünde, sorumluluğun unsurlarının doğmadığı ileri sürülmüş olmamakta, sadece davacının talep hakkının (dava hakkının) olmadığı ifade edilmiş bulunmaktadır. Mahkemenin ibra nedeniyle davanın reddine karar verebilmesi için davacı pay sahibinin ibraya olumlu oy verip vermediğini ve davanın ibranın kapsadığı hususlarla ilgili olup olmadığını araştırması gerekecektir. Ortaklık veya ibraya olumlu oy veren davacı pay sahibi, ibranın kapsamına girmeyen bir konuda dava açtığını ve bu nedenle dava hakkının bulunduğunu iddia ediyorsa, bu konuda mahkemeye deliller sunacaktır¹⁰⁶⁶. Mahkemenin yapacağı bu inceleme, şüphesiz ki maddî hukuku ilgilendiren bir inceleme olacaktır. Ancak, bu inceleme, dava hakkının tespiti ile sınırlı olup, dava konusu sorumluluğun unsurlarının ve bu bağlamda şirket zararının belirlenmesi ile ilgili bir amaca ve içeriğe sahip olmayacaktır.

Belirttiğimiz açıklamalar, TTK m. 424 uyarınca yıllık bilançonun onaylanması suretiyle gerçekleşen örtülü ibra için de geçerli olup, bu hüküm TTK m. 558 ile birlikte değerlendirilmelidir¹⁰⁶⁷. Buna göre, yıllık bilançooya olumlu oy veren pay sahipleri ile onlardan durumu bilerek payı iktisap edenlerin dava hakkı ortadan kalkar, karara karşı olumsuz oy verenler ise TTK m. 558/2’de öngörüldüğü üzere altı (6) aylık hak düşürücü süre içinde dava haklarını kullanmalıdırlar. Aksi takdirde, bu durum, kendilerine karşı itiraz niteliğinde bir savunma sebebi olarak ileri sürülebilir.

Bu bağlamda, anonim ortaklık ibra kararı verse dahi pay sahipleri tarafından açılacak davada hükmedilecek tazminat ortaklığa verilecek ve bu ödeme ibraya rağmen bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyip¹⁰⁶⁸, şirket alacağının tahsili anlamına

¹⁰⁶⁵ “Davalıların hangi tarihlerde yönetim kurulu üyeliği yaptıkları, bu görevleri nedeniyle usulünce ibra edilip edilmedikleri, ibranın açık ibra niteliğinde olup olmadığı belirlenmeli, sonrasında davalı şirketin zarara uğratılıp uğratılmadığı, uğratılmış ise bu zararlardan eski yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumlu olup olmadıkları tespit edilmelidir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.03.2016 T., 2015/15625 E. ve 2016/3083 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶⁶ İbra kararının pay sahiplerinin dava hakkına etkisi bağlamında TTK m. 558/2’deki koşulların gerçekleştiğini ispat yükünün davalı yönetim kurulu üyesinde olduğu yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 574.

¹⁰⁶⁷ TTK m. 558/2 hükmünün açık ibra örtülü ibra ayırımı yapmadığı, dolayısıyla söz konusu hükmün örtülü ibra için de uygulanacağı yolunda ayrıca bkz. Canöz, s. 207-208.

¹⁰⁶⁸ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 156, yazar bu durumda ortaklığın malvarlığında bir artış meydana gelmeyeceğini, sadece zararının giderilmiş olmasını belirtmektedir. Buna karşılık, Arslanlı, genel kurulun ibra veya tazminattan feragat kararına rağmen pay sahiplerine dava açma imkânının tanınması hâlinde bu kimselerin açacakları dava sonucunda elde edilecek tazminatın sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğini savunmuştur; bkz. s. 185.

gelecektir. Bu durum, esasen eksik borç durumuna benzemektedir. Zîra eksik borçta da alacağın ifası talep edilememekte ancak ifa geçerli kabul edilmektedir¹⁰⁶⁹. Nitekim, TTK m. 558/2’de de borcun sona ermesinden değil, dava hakkının düşmesinden söz edilmektedir. Gerçekten, esasen ibra, anonim ortaklığın sahip olduğu maddî hakkı sona erdirmemekte, sadece buna ilişkin dava hakkının anonim ortaklık tarafından kullanılmasına engel teşkil etmekte, yasanın sözüyle ortaklığın dava hakkını düşürmektedir. Yoksa, pay sahipleri ibraya rağmen, şirket zararının tazmini konusunda sorumluluk davası açma haklarını korumakta ve bu kişilerin açacakları dava sonucunda tazminatın ortaklığa verilmesine karar verilmektedir. Buna göre, sorumluluk davasının özgün yapısı dolayısıyla, zararın tazmini dışında maddî hakkı ortadan kaldıran bir sebebin gerçekte bulunmadığını söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır¹⁰⁷⁰. Öğretide, Çamoğlu da, ortaklığın ibra kararı ile tazminat isteminden feragat etmiş olacağını, buna rağmen pay sahipleri ile alacaklılar tarafından açılacak davalar sonucunda elde edilecek tazminatın ortaklığa verileceğini, bunun ilk bakışta bir çelişki gibi görüldüğünü, bununla birlikte ibra kararına rağmen tazminatın ortaklığa verilmesi yolundaki kuralın ortaklıklar hukukunun genel prensiplerine ve menfaatler durumuna daha uygun olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁷¹.

3- Açık – Örtülü (Zımnî) İbra Kararı

İbra kararı, bu hususun genel kurul tarafından açıkça görüşülüp oylanması sonucunda alınacak açık bir kararla gerçekleştirilebileceği gibi (açık ibra), TTK m. 424 uyarınca yıllık bilançonun¹⁰⁷² onaylanması suretiyle örtülü (zımnî) de olabilir¹⁰⁷³. Açık ibra kararında, ibranın kapsamı dönem (faaliyet yılı) şeklinde gösterilebileceği gibi, somut işlemler bağlamında da ibra iradesi ortaya konulabilir. Ayrıca, hangi kişilerin ibra edildiğinin de kararda gösterilmesi gerekir. Bu husus, yönetim kurulu üyeleri dışında yönetim yetkilerinin devredildiği yöneticilerin de bulunması hâlinde önem taşır. Diğer yandan, TTK m. 424 uyarınca, bilançonun onaylanmasına ilişkin

¹⁰⁶⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 63.

¹⁰⁷⁰ Bu bağlamda, yukarıda belirttiğimiz üzere, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda da (m. 120/2), ibra kararının şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

¹⁰⁷¹ Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 348; ibranın feragat niteliğinde olduğu yolundaki görüş ve bu görüşün eleştirisi için bkz. Aytaç, s. 24-26.

¹⁰⁷² İbra sonucunun, bilançonun değil, aslında finansal tabloların onaylanmasına bağlanması ve kanunun bu yönde değiştirilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Raziye Aksu Özkan, **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 408.

¹⁰⁷³ Örtülü ibranın (ibra varsayımının) da hukukî nitelik olarak “*menfi borç ikrarı*” niteliğinde olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 330.

genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur. Öğretide, buna “örtülü (zımnî) ibra” veya “ibra varsayımı” denilmektedir¹⁰⁷⁴. Bununla birlikte, bilançoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemişse veya bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu hususta bilinçli hareket edilmişse onama ibra etkisini doğurmaz.

Bilançonun onaylanmasına ilişkin kararın alındığı genel kurulun gündeminde ibra ayrıca görüşülmüşse, bu durumda zımnî ibra sonucu doğmaz, ibra oylamasının sonucu esas alınır¹⁰⁷⁵. Bu bağlamda, yıllık bilançonun görüşülmesine ilişkin bir gündem maddesi varsa, ibraya ilişkin açık bir gündem maddesi öngörülmemiş olsa bile aynı toplantıda ibra görüşülüp karara bağlanabilir; zira, bunlar birbirinin uzantısı olan hususlardır¹⁰⁷⁶. Ayrıca, diğer bir olasılık olarak, aynı toplantıda bilançonun tasdikine karar verilirken, ibra etmeme yönünde karar verilmesi de mümkün olup, bu durumda örtülü ibra sonucu ortaya çıkmaz¹⁰⁷⁷. Diğer yandan, yıllık bilanço onaylanıp da örtülü ibra sonucu doğduktan sonra, yapılacak sonraki (yeni) bir genel kurulda artık ibra hususunun görüşülmesine ve ibra etmeme ve sorumluluk davası açılmasına karar verilmesi hukuken mümkün değildir; böyle bir karar, ibranın geri alınması anlamına geleceğinden TTK m. 558/1’e aykırı olacaktır. Ancak, yıllık bilançonun onaylanması

¹⁰⁷⁴ Aytaç, s. 139; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 227; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 124; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 427; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 138; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 57; Çelik, s. 55; Canöz, s. 55; Raziye Aksu Özkan, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirkette Genel Kurulun Bilançoya İlişkin Kararının Açık İbra Kararına Etkisi”, **Hacettepe HFD**, 11(1) 2021, s. 286; buna karşılık, bu şekildeki ibranın hukukî niteliğinin aslında “*kesin olmayan kanunî karine*” olduğu yönünde bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 411.

¹⁰⁷⁵ Aytaç, s. 139; Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 410; “Anonim Şirket Genel Kurul Gündemi düzenlenirken 3 ncü gündem maddesinde bilançonun tasdiki, 6 ncı gündem maddesinde yönetim, denetim kurulu üyelerinin ibrası ayrı ayrı yer almış, görüşme ve oylama’da ayrı ayrı yapılmıştır. Bu bakımdan bilançonun tasdiki hali TTK’nun 380 ncı maddesi gereğince hiçbir zaman yöneticilerinde birlikte ibralarını tazammun etmez. Zira ibra etmeme konusunda açıkça karar ve sarahat vardır” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 02.12.2005 T. ve 2005/12291-11832 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁷⁶ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 140; buna karşılık, açık ibra kararı verilecek hâllerde bu hususun açıkça gündemde belirtilmesi gerektiği, bilançonun tasdikinin sadece zımnî ibrayı kapsayacağı, buna göre bilançonun tasdikinin ibra sonucunu doğurmayacağı veya geçersiz sayılacağı hâllerin mevcudiyetinin ibranın ayrı bir madde hâlinde gündemde yer almasını zorunlu kıldığı yönünde bkz. Aytaç, s. 111; aynı doğrultuda bkz. Çelik, s. 117; diğer yandan, geçerli bir ibra kararı alınmasının bilançonun da görüşülmüş ve onaylanmış olması şartına bağlı olmadığı, ayrıca gündemde bilanço hakkında bir madde bulunmasa dahi ibra kararı alınabileceği yolunda bkz. Aksu Özkan, **Bilanço Kararının Açık İbra Kararına Etkisi**, s. 299, 303.

¹⁰⁷⁷ Bu konuda ve ayrıca, hesapların onaylanıp, ibranın reddedilmesi hâlinde genel kurulun çok dikkatli davranması gerektiği, zira bu durumun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği yönünde bkz. Aytaç, s. 140-141, 162; Aksu Özkan, **Bilanço Kararının Açık İbra Kararına Etkisi**, s. 287 vd.; Canöz, s. 320.

sırasında, bunun ibra sonucunu doğurmayacağı ve ibra için ilerideki bir genel kurulda ayrıca bir oylama yapılacağı belirtilmiş ve bu şartla yıllık bilanço onaylanmışsa, sadece bu halde sonraki genel kurulda ibra etmeme kararı verilebilir¹⁰⁷⁸. Nitekim, TTK m. 424'te, “*kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde*” denilmek suretiyle bu hususa açıkça vurgu yapılmıştır¹⁰⁷⁹. Buna göre, aynı genel kurul toplantısında ayrı bir ibra oylaması yapılarak veya ibra konusunda ayrıca bir oylama yapılacağı ve dolayısıyla bilançonun tasdikinin ibra anlamına gelmeyeceği belirtilerek (bu yönde bir ihtirazî kayıt konularak), örtülü ibranın gerçekleşmesi engellenebilir.

Ayrıca, TTK m. 424'te belirtilen ibra varsayımının ortaya çıkmasına engel olabilecek koşullar somut olayda gerçekleşmişse¹⁰⁸⁰, ibra sonucu doğmayacağından, kanımızca bu hâlde de, yapılacak yeni bir genel kurulda ibra etmeme ve sorumluluk davası açma yönünde karar alınabilir. Bu durumda, ibra sonucunun doğmasına engel olan bu hâllerin mevcut olup olmadığı, açılacak sorumluluk davası bağlamında incelenip değerlendirilecektir.

İbraya olumlu oy vermenin pay sahibinin dava hakkını ortadan kaldırması, genel kurul tarafından ibra kararı verilmesi koşuluna bağlanmış ise de (TTK m. 558/2), ibra kararı verilmeyen (ibra etmeme kararı verilen) hâllerde de ibra oylamasında olumlu oy kullanan kimsenin dava hakkına sahip olup olmayacağının, TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması bağlamında somut olay da dikkate alınarak mahkemece

¹⁰⁷⁸ Örtülü ibranın söz konusu olabilmesi için hiçbir koşul ileri sürülmeden yalın bir şekilde, bilançonun tasdikine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. “*Gerçekten genel kurul yıllık bilançoyu hiçbir koşul ileri sürmeden yalın biçimde onaylaması ile ibrayı da arzu ettiği varsayım olarak kabul edilmelidir. ... Bununla beraber, genel kurul, ortaklığın dış ilişkilerinde herhangi bir aksaklığın ortaya çıkmaması, daha açık bir deyimle ticari akıcılığın sağlanması görüşünden hareketle, bilançoyu onayladığı halde, yöneticilerin ibra edilmemesi hakkında karar almasını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Aksine, TTK'nun 380. maddesinde ancak bağlayıcı bir koşul kabul edilmediği takdirde ibranın kural olarak yukarıda belirtilen sonuçları doğuracağı öngörülmüştür. Maddedeki (aksine sarahat olmadığı takdirde) deyiminin, genel kurul kararında yer alan ayırık (istisna) bir hüküm anlamını taşıdığı kuşkusuzdur (Arslanlı a.g.e. sh. 196) ” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 24.06.1976 T. ve 1976/2890-3333 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); örtülü ibra sonucunun doğması için toplantı gündeminde ibraya ilişkin bir maddenin bulunmaması gerektiği yönünde bkz. Aksu Özkan, **Bilanço Kararının Açık İbra Kararına Etkisi**, s. 287; bu konuda ayrıca bkz. Çelik, s. 124.*

¹⁰⁷⁹ İbra varsayımının gerçekleşmesi için, kararda ibrayı önleyici bir kaydın bulunmaması gerektiği yolunda bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 418-419; Aytaç, s. 114; Canözü, s. 300 vd.

¹⁰⁸⁰ İbra sonucunun doğmadığı hâller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 418 vd.; ibra varsayımının doğması için gerçekleşmesi gereken şartlar konusunda bkz. Aytaç, s. 140 vd.

incelenmesi gerekir¹⁰⁸¹. Zîra, bu kimselerin dava hakkına sahip olmadığını katı bir yaklaşımla genel ve kesin bir yargı olarak peşinen söylemek mümkün değil ise de, yönetim kurulu üyelerinin yolsuz işlemlerini bilerek olumlu oy vermesine rağmen ibra kararı alınmamasına sığınarak dava açan pay sahiplerinin TMK m. 2'ye aykırı bu davranışının da korunmaması gerekmektedir.

4- İbranın Kapsadığı Kişi, İş ve İşlemler

Genel kurul, ibranın kişi, konu, zaman bakımından kapsamı konusunda gerekli kararı almaya yetkili olup, dilerse genel bir ibra kararı ile tüm yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri ibra edebileceği gibi, belirli kişi veya kişileri kapsam dışında bırakarak, sadece belirli konulardaki ve belirli bir zamandaki işlemlerden dolayı özel bir ibra kararı da verebilir¹⁰⁸². Bununla birlikte, aksine bir karar olmadıkça, ibra kararı kural olarak ilişkin bulunduğu faaliyet dönemindeki tüm işlemleri ve kişileri kapsar¹⁰⁸³.

Yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yöneticilerle ilgili olarak da ibra kararı verilmesinin söz konusu olup olmayacağı konusunda TTK'da açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, ibra konusundaki mevcut düzenlemeler de tereddüt uyandırıcı mâhiyettedir. Gerçekten, TTK m. 558'de sadece yönetim kurulu üyelerinden bahsedilmişken, TTK m. 424'te ibranın kapsamına girecek kişiler arasında “*yöneticiler*” açıkça belirtilmiştir. Genel kurulun devredilmez yetkileri sayılırken ise, sadece yönetim kurulu üyelerinin ibrasından söz edilmiş (TTK m. 408/2-b), ancak madde gerekçesinde, sayımın sınırlayıcı olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Oydan yoksunluk hakkındaki TTK m. 436'da, sadece yönetim kurulu üyelerinin ibrasından söz edilmiş iken, oydan yoksun kişiler yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı tutulmamış, bu kimselerin yanı sıra “*yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler*”in oydan yoksun oldukları açıkça öngörülmüştür.

¹⁰⁸¹ eTTK döneminde genel kurul tarafından verilen ibra kararına rağmen azlığın oy ve talebi üzerine sorumluluk davası açılmak zorunda kalınması hâlinde, ibra kararının ibraya olumlu oy veren pay sahiplerinin dava hakkını ortadan kaldırmadığı yönünde bkz. Mimaroglu, s. 117.

¹⁰⁸² Arslanlı, s. 200; Aytaç, s. 137; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 428; Çamoğlu, **İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları**, s. 137; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 56; Aksu Özkan, **Bilançoya İlişkin Kararın Açık İbra Kararına Etkisi**, s. 286.

¹⁰⁸³ Aytaç, s. 136; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 329, dn. 19; Canöz, s. 52, 85; TTK m. 424 uyarınca gerçekleşen ibranın da aksine bir açıklık yoksa genel bir ibra niteliğinde olacağı yönünde bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 412.

Öğretide, bir görüş, genel kurul tarafından yöneticiler hakkında da ibra kararı verilmesine açıkça olanak tanırken¹⁰⁸⁴, diğer bir görüş kesin bir şekilde buna karşı çıkmakta¹⁰⁸⁵, bazı yazarlar ise, konu hakkında açık bir tutum benimsemeden sadece örtülü ibra bağlamında buna olanak olduğu yönünde ifadeler kullanmaktadırlar¹⁰⁸⁶. Biz de, TTK m. 424'ün açık hükmü ile TTK m. 408'in gerekçesini dikkate alarak yöneticilerin ibrasına genel kurul tarafından karar verileceği yolundaki görüşe katılıyoruz.

İster açık ibra, isterse örtülü ibra olsun, ibra kararı sadece genel kurulun bilgisine açıkça tüm ayrıntılarıyla sunulmuş hususları kapsar¹⁰⁸⁷. Bu husus, gerek TTK m.

¹⁰⁸⁴ Ayaç, genel kurula doğrudan hesap verme durumunda olan yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin ve ayrıca eTTK m. 319'e veya eTTK m. 342'ye göre atanmış bulunan müdürlerin ibra edilecek kişilerin kapsamına girdiğini, buna karşılık genel kurulan hesap verme durumunda olmayan ticarî mümessiller, ticarî vekiller ve şube müdürlerinin ibra edilenler kapsamına girmediğini, bu konudaki kriterin doğrudan doğruya genel kurula hesap verme olduğunu belirtmiştir; bkz. s. 82-84; Pekcanıtez, ibra kararının, aksine bir açıklık olmadıkça, tüm yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra varsa müdürleri de kapsayacağını ifade etmiştir; bkz. **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 59. Bu konuda Pulaşlı, açık-örtülü ibra ayrımı yapmadan, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra müdürler, ticarî mümessil ve TTK m. 368 ve 370 uyarınca kendisine yetki verilmiş kimseleri ibra etme yetkisinin de genel kurulun devredilmez nitelikteki yetkileri arasında olduğunu, İsviçre ve Alman öğretisine atıf yapmak suretiyle açıkça ifade etmektedir; bkz. **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 66, N. 105.

¹⁰⁸⁵ Yanlı, TTK m. 479/3 hükmünün sadece yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak davalarla sınırlı olduğunu düşünülmesi gerektiğini, ibraya ilişkin TTK m. 558'de ibra edilecek kişiler bakımından bir açıklık yoksa da, sadece yönetim kurulu üyelerinin ibra edilebileceklerini, nitekim TTK m. 408'de ve ayrıca genel kurulun toplanmasına ilişkin yönetmelikte genel kurulun sadece yönetim kurulu üyelerinin ibrasına karar vereceğinin düzenlendiğini, dolayısıyla bir yöneticinin hesap vereceği organ hangisi ise ibrasına veya hakkında dava açılıp açılmamasına da o organın karar vermesi gerektiğini, yöneticiler sadece yönetim kuruluna hesap vereceklerinden ve genel kurula sadece yönetim kurulu üyeleri hesap vereceklerinden yöneticiler hakkında yönetim kurulunun dava açılmasına karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir; bkz. **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 54.

¹⁰⁸⁶ Çamoğlu, bu konuda bir açıklama yapmadan ibrayı sadece yönetim kurulu üyeleri bağlamında değerlendirmekte, ancak, örtülü ibraya ilişkin açıklamalarında yöneticilerin ibrasından sadece eTTK m. 380'e ilişkin olarak kısaca değinmektedir; bkz. **Sorumluluk**, s. 228. Altay da, örtülü ibranın sadece yönetim kurulu üyeleri açısından değil, yönetim yetkilerini devralanlar açısından da etki doğuracağını vurgulamaktadır; bkz. **Yetki Devri**, s. 346. Akdağ Güney, eTTK dönemindeki açıklamalarında, ibranın, doğrudan genel kurula hesap vermeyen ve yönetim kuruluna veya genel müdürlüğe bağlı müdür yardımcılar, ticarî mümessiller ve ticarî vekilleri kapsamadığını açıkça ifade etmiş (**Hukukî Sorumluluk**, s. 301; **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 55), ancak daha sonraki bir eserinde TTK m. 424 bağlamında, kendisine yönetim yetkileri devredilmiş kişilerin de "yönetici" kavramının kapsamına dâhil olduğunu ve "yönetici" kavramının kapsamına dâhil edilip sorumluluk hükümlerine tâbi tutulan kimselerin ibralarının da mümkün olması gerektiğini belirtmiştir; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 418-419. Canözü ise, bir yandan ibrası söz konusu olabilecek önemli bir grubun yöneticiler olduğunu ve yetki devri yapılan kimselerin ibra edilebilecek kimselerin kapsamına gireceğini ifade ederken, diğer yandan genel kurula hesap verme yükümlülükleri bulunmayan kimselerin bu kapsama girmeyeceği, bu nedenle yönetim kuruluna hesap veren genel müdür yardımcılar, ticarî temsilci ve ticarî vekillerin ibra edilenler kapsamında değerlendirilemeyeceğini, ancak -yönetim kurulu tarafından belirlenen- CEO ve Murahhas müdürün yönetici sıfatıyla ibra edilenler kapsamına gireceğini kanımızca çelişkili bir şekilde ifade etmiştir; bkz. s. 76 vd.

¹⁰⁸⁷ Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu ölçüyü –özellikle TMSF'nin taraf olduğu davalarda- katı bir şekilde uyguladığı, örneğin sermaye koyma borcunun geç ödenmiş olması nedeniyle doğan faiz kaybının genel kurulda açıkça konuşulup tartışılmamış olması nedeniyle genel kurulun bilgisine sunulduğunun ve dolayısıyla ibranın kapsamına girdiğinin kabul edilemeyeceğini kanımızca hatalı bir şekilde ifade

558’de, gerek TTK m. 424’te açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, ibra, sadece genel kurulun bildiği hususlar için geçerli olup¹⁰⁸⁸, orta seviyede bir pay sahibinin gerekli özeni göstermesine rağmen anlayamayacağı konular veya özel olarak bilinen hususlar genel kurulun bilgisine sunulmuş sayılmaz¹⁰⁸⁹. Bu bağlamda, söz konusu bilgilerin genel kurulun bilgisine ulaşmamış veya yanlış ulaşmış olmasının hataya dayanması

etmiştir: “... sermaye borcunun gecikmeli tahsil edilmesi nedeniyle şirketin gecikme faizi zararının bulunduğu ve bunun ortaklardan istenebileceği de kuşkusuzdur. ... şirket yönetiminin zarara yol açan işlem ve yaklaşımları genel kurulda tüm açıklık ve ayrıntıları ile açıklanıp irdelenmişse, genel kurulca verilen ibra kararı, gerçek anlamda borçtan kurtarma ve aklama niteliği taşır. Genel kurulun bu nitelikteki ibrası sonucu, artık yönetim kurulunun o faaliyet dönemine ilişkin tüm işlemleri hakkında, zarara neden olsalar da, ortaklıkça sorumluluk davası açılmaz. ... yukarıda yapılan açıklamadan da anlaşılacağı üzere davalılar hakkında verilen ibra kararı faiz zararının tüm açıklığı ile genel kurulda tartışılmaması nedeniyle gerçek anlamda borçtan kurtulma olarak değerlendirilemez. Bu itibarla, mahkemeye, davalıların sermaye borcunu geç tahsil etmeleri nedeniyle oluşan faiz zararından sorumlu olduklarının kabulü ile oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 26.10.2010 T., 2009/2967 E. ve 2010/0838 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay’ın katı uygulamasına başka bir örnek için bkz. Yarg. 11. HD’nin 28.11.2016 T., 2015/11856 E. ve 2016/9175 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. İstanbul BAM. 14. HD’nin 04.06.2020 T., 2019/2020 E. ve 2020/488 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁸⁸ İbranın maddî kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi ve bu bağlamda, ibranın sadece genel kurul tarafından bilinen konuları değil, bilinebilecek konuları da kapsadığı yönünde bkz. Aytac, s. 84 vd.; TTK m. 424 bağlamında ibranın kapsamı bakımından bilanço kavramının kâr-zarar tablosu, gelir tablosu, denetim raporu ve yıllık faaliyet raporunu da içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 413, 414-417; aynı yönde ve ayrıca örtülü ibra kararında dikkate alınması gereken belgeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Canözü, s. 56, 91 vd.; yıllık raporun içeriğinin ibranın kapsamının belirlenmesi bakımından önemli bir ölçü vazifesi göreceği ve ayrıca ortakların, yönetim kurulunun iş başında kalıp kalmamasına ve ibra edilip edilmemesine çoğu zaman yıllık rapordan edindikleri bilgilere göre karar verecekleri yönünde bkz. Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yıllık Raporu Hakkında Düşünceler”, **İktisat Maliye**, XVII/12, Mart 1971, s. 542 ve 543, dn. 10; bilanço görüşmeleri sırasında gündeme gelen bir konunun ayrıca oylaması yapılan ibranın kapsamına gireceği ve bu durumda olumsuz oy veren kişinin de bu konu hakkında sorumluluk davası açmasının altı (6) aylık hak düşürücü süreye tâbi olduğu yönünde bkz. “Somut olayda, davadışı ... ve Dış Tic. Ltd. Şti.’nin, 31.03.2013 tarihinde gerçekleştirilen genel kurul toplantısında, öncelikle şirketin finansal tabloları görüşülmüş, bu esnada şirketin stok durumu ve borçların artışı ile ilgili bilanço rakamları üzerinde davacı ortaklardan biri tarafından tartışma açılarak, bilançoda 420.000 TL stoğun bulunmasının ve şirketin bu tutarda borcu olmasının dikkat çekici olduğu, bu stok alımının hangi kişi ve kurumdan ve hangi amaçla yapıldığının izahının gerektiği ifade edilmiş, bu konuda şirket müdürünün yaptığı açıklama tatminkar bulunmayarak davacı ortaklar tarafından yıllık bilançonun onaylanmasında olumsuz oy kullanılmış, diğer ortakların olumlu oyu ile anılan genel kurulun 3 numaralı kararı uyarınca finansal tablolar kabul edilmiştir. Buna karşılık aynı genel kurulun 4 numaralı kararı ile davalı müdürler oy hakkına sahip toplam 3750 oyun olumlu oyuyla ve oybirliği ile ibra edilmişlerdir. ...Bu davada sorumluluk sebebi olarak gösterilen stokların ve buna paralel olarak borçların artmış olması finansal tabloların görüşülmesi esnasında davacı tarafından dile getirilmesine ve bu husus bilançoda da görülmesine rağmen davalıların ibrasının örtülü ibra niteliğinde olduğu söylenemeyeceğinden ve mahkemenin, davacıların ibrada olumlu oy kullandıkları gerekçesi doğru değil ise de davanın açıldığı tarihe göre 6 aylık hak düşürücü süre de geçmiş olduğundan davalılar vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 28.11.2016 tarih, 2015/11856 Esas-2016/9175 Karar sayılı bozma kararının kaldırılarak sonucu itibarıyla doğru olan mahkeme hükmünün onanmasına karar vermek gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 03.12.2018 T., 2017/979 E. ve 2018/7530 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁸⁹ Arslanlı, s. 197; Aytac, s. 103; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 420-421, 426; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 138 ve dn. 446; s. 65; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 329, dn. 19; Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 412-413, 418.

veya kasıtlı olması arasında da bir fark yoktur¹⁰⁹⁰. Bu itibarla, genel kurulun bilgisine sunulmayan, saklanan bir husus varsa, ortaklık veya ibraya oy olumlu oy kullanmış olan pay sahipleri ibra kararına rağmen bu konuda sorumluluk davası açabilirler¹⁰⁹¹. İbranın maddî vâkıalar bakımından kapsamının bu sınırı, âdeti, her hususun, karar ve işlemin bilançolarda açıkça gösterilmesini ve genel kurulun gündemine getirilip tartışılmasını gerektirmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, pay sahiplerinin kişisel olarak bazı hususları öğrenmiş olmaları, bu konuda ibra sonucunu doğurmasa bile, ibraya olumlu oy vermiş olmaları kaydıyla bu pay sahiplerinin dava açmasına engel olur; zira, bir pay sahibinin ibraya engel teşkil eden hususları (kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıkları) kişisel olarak bilmesine rağmen ibraya olumlu oy verdikten sonra bu sebepleri ileri sürerek sorumluluk davası açması hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil eder¹⁰⁹².

Bu bağlamda, haksız fiilden kaynaklanan rücu borcu, rekabet, borçlanma, şirketle işlem yapma gibi yasaklara aykırılıktan doğan zararlar da genel kurulun bilgisine sunulmuş ve bunlar ibranın kapsamı dışında bırakılmamışsa ibra kararı bunları da kapsar. Bu değerlendirme, TTK m. 424'e göre verilen örtülü ibra kararı için de geçerlidir¹⁰⁹³.

Örtülü ibraya ilişkin TTK m. 424'te, bilançoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemişse veya bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu yönde bilinçli hareket edilmişse, onamanın ibra etkisini doğurmayacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁹⁴. Bu konuda, önem arz eden husus, bilançonun gerçek durumunun anlaşılmasına engel olacak bazı hususları içermesi hâline özgü olarak öngörülen¹⁰⁹⁵ "*bilinçli hareket edilmiş olması*"dır. Bu ifade, TTK ile

¹⁰⁹⁰ Aytaç, s. 85.

¹⁰⁹¹ İbra kararının varlığına rağmen bir işlemin ibra kararının kapsamına girmediği iddiasıyla sorumluluk davası açılabileceği yönünde bkz. Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 325; TTK m. 424'te düzenlenen örtülü ibra bakımından aynı yönde bkz. Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 424-425.

¹⁰⁹² Atan, s. 64-65; Aytaç, s. 101; Ayrıca pay sahiplerinin çoğunluğunun (örneğin hâkim pay sahibinin) söz konusu bilgilere kişisel olarak sahip olması hâlinde, artık genel kurulun bilgisine ulaşmış sayılması gerektiği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 426-427.

¹⁰⁹³ Nitekim İmregün de, açık örtülü ibra ayırımı yapmadan, ister bireysel, ister müteselsil olsun, üyelerin sorumluluğunun ibra ile sona ereceğini ifade etmektedir; **Hukukî Sorumluluk**, s. 268.

¹⁰⁹⁴ Bu durumda, ibra kararının iptalinin istenemeyeceği, doğrudan sorumluluk davası açılabileceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 429, 430; Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 424-425.

¹⁰⁹⁵ Bilinçli hareket etme şartının diğer hâller için öngörülmediği yolunda bkz. Canöz, s. 292.

getirilen bir yenilik olup, eTTK m. 380’de mevcut değildi. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri bazı hususların gizlenmesi konusunda özel bir çaba sarf etmemişlerse, diğer bir deyişle kasıtlı hareket etmemişlerse, hükme göre ibra sonucu yine doğacaktır. Madde gerekçesinde, “*bilinç*” kelimesine “*kasıt*” sözcüğünden kaçınmak amacıyla yer verildiği ifade edilmiştir. Öğretide, gerekçeden hareketle, bilinçli hareket ile kasıttan daha düşük düzeyde bir kusura işaret edildiği ve buna göre burada bilinçli ihmalin aranacağı savunulmaktadır¹⁰⁹⁶. Oysa, esasen kastın ana unsurlarının bilme (tasarlama) ve isteme, yani “*bilinçli hareket*” olduğu¹⁰⁹⁷ ve ayrıca, ağır kusur niteliğini taşıyan bilinçli ihmal ile kastın bir türü olan dolaylı (ihtimali) kast arasında ayırım yapılmasının da çoğu zaman güç olduğu dikkate alındığında¹⁰⁹⁸, gerekçenin ve belirttiğimiz görüşün pek de tatmin edici olmadığı görülmektedir¹⁰⁹⁹. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin bu konudaki ihmalleri dahi sonuca etkili olmayacak, ibra sonucunun doğmaması için mutlaka bir bilinçli hareketin varlığı aranacaktır. Oysa, açık ibra kararı bakımından böyle bir istisna tanınmamış ve her ne sebeple olursa olsun genel kurulun bilgisine sunulmayan maddî vâkıalar hakkında ibranın geçerli olmayacağı açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 558/2). Kanımızca yerinde olmayan bu düzenleme ile ispat bakımından davacıya ek bir yük yüklenmekte olup, “*bilinçli hareket*”’in varlığını, davalının örtülü ibra savunması ile karşılaşan davacının ispat etmesi gerekecektir. Ayrıca, bu bağlamda belirtilmesi gereken diğer bir husus da, bilançoda eksik veya yanlış gösterilen bir hususun bulunması hâlinde, örtülü ibranın sadece bu hususlar (maddî vâkıalar) hakkında değil, bilançodaki diğer hususlar ile ilgili olarak da gerçekleşmeyeceği, diğer bir deyişle belirttiğimiz varsayımda ibranın gerçekleşmemesi sonucunun mutlak olduğudur¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁶ Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 423-424

¹⁰⁹⁷ Kastın unsurlarının bilme (tasarlama-tasavvur) ve isteme olduğu yönünde bkz. Tandoğan, **Mes’ûliyet Hukuku**, s. 46-48; Eren, **Genel Hükümler**, N. 1775-1776; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 158; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493.

¹⁰⁹⁸ Failin sonucu istememekle birlikte bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmesi anlamına gelen dolaylı (ihtimalî) kasıt ile failin muhtemel sonuçları öngörmesine rağmen tedbir almak konusunda hafiflikle hareket ettiği hâllerde söz konusu olan bilinçli ihmal arasında ayırım yapılmasının güç olduğu ve asıl önemli olanın ağır kusur (kast ve ağır ihmal) ile hafif kusur (hafifi ihmal) arasındaki ayırım olması nedeniyle uygulamada bilinçli ihmal ve dolaylı kast ayırımı yapılmasının da büyük bir önem taşımayacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 158, 160.

¹⁰⁹⁹ Söz konusu düzenlemenin yönetim kurulu üyelerine yanlış bilançoya rağmen sorumluluktan kurtulmanın yolunu açtığı ve üyelerin hatasının sonucuna şirketi katlanmak zorunda bıraktığı yolundaki eleştirisi için bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 422-423; bu ifadeye yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Canöz, s. 57.

¹¹⁰⁰ Arslanlı, s. 198; bununla birlikte yazar, bu görüşe ilâveten, bilançonun usulüne uygun düzenlenmesine rağmen “*her nasılsa*” bazı hususların bilançodan anlaşılamaması hâlinde, örtülü ibranın bilançodan anlaşılan hususlar hakkında gerçekleşeceğini ve sadece bilançodan anlaşılamayan hususların ibranın kapsamı dışında kalacağını ifade etmiştir. ETTK m. 380’de geçen “*bilanço*” kavramının geniş yorumlanarak, kâr ve zarar hesabını yıllık faaliyet raporunu ve denetçi raporunu

İbraya rağmen ortaklık tarafından veya ibraya olumlu oy veren kimseler tarafından sorumluluk davası açılması hâlinde, ibranın kapsadığı maddî vâkıaların mahkemece öncelikle belirlenmesi gerekir. Bu konudaki inceleme HMK m. 164'e göre ön sorunlar için öngörülen usûle göre gerçekleştirilir¹¹⁰¹. Dava konusu edilen maddî vâkıaların ibranın kapsamına girmediğini ispat yükü, kanımızca bunu iddia eden davacının üzerindedir. Bu bağlamda, dava konusu maddî vâkıaların ibranın kapsamına girmediğinin tespiti hâlinde, ibraya olumsuz oy verenlerin açacakları sorumluluk davasında da TTK m. 558'de düzenlenen altı (6) aylık hak düşürücü süreye bakılmayıp, sadece ileri sürülmesi hâlinde TTK m. 560'ta yer alan zamanaşımı süreleri dikkate alınacaktır.

5- İbra Kararının Geri Alınmaması

ETTK döneminde, ibra kararının yeni bir genel kurul kararı ile geri alınıp alınmayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakta ve öğretide bu husus üzerinde durulmaktaydı¹¹⁰². TTK'da ise, ibra kararı yenilik doğuran bir beyan olduğundan¹¹⁰³, ibranın geri alınmasının hukuken mümkün olmadığı düzenlenmiştir (TTK m. 558). Ancak, koşulları varsa, diğer genel kurul kararlarında olduğu gibi bu kararın da iptali veya batıl yahut yok olduğunun tespiti TTK m. 445 vd. hükümlerine göre mahkemeden talep edilebilir¹¹⁰⁴. Kanun'daki açık yasal düzenlemeye rağmen,

kapsayacak şekilde düşünülmesi gerektiği, bu belgelerin birlikte ele alınmasının zorunlu olduğu, bu nedenle, hesap belgelerinin yanında genel kurula bilgi ulaştırılan diğer kaynaklardaki (örneğin sözlü açıklamalar veya yazılı beyanlardaki) eksiklik veya yanlışlıkların da ibranın geçersizliği sonucunu doğuracağı yönünde bkz. Aytaç, s. 203.

¹¹⁰¹ Sorumluluk davasında ibranın geçerli olup olmadığının mahkemece incelenmesi gerektiği konusunda bkz.: "... yukarıda yapılan açıklamadan da anlaşılacağı üzere davalılar hakkında verilen ibra kararı faiz zararının tüm açıklığı ile genel kurulda tartışılmaması nedeniyle gerçek anlamda borçtan kurtulma olarak değerlendirilemez. Bu itibarla, mahkemece, davalıların sermaye borcunu geç tahsil etmeleri nedeniyle oluşan faiz zararından sorumlu olduklarının kabulü ile oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken ..." (bkz. Yarg. 11. HD'nin 26.10.2010 T., 2009/2967 E. ve 2010/10838 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁰² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Kırca, "İbra Kararlarının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı", **BATİDER**, Cilt XXIII, Sayı 3, Haziran 2006, s. 34-51; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 49-75; Çelik, s. 161 vd.; Kahyaoğlu, s. 83 vd.

¹¹⁰³ İbranın icra işlemine gerek kalmaksızın sonuç doğuran, dahili karar niteliğinde, tek taraflı bir hukukî işlem olduğu yönünde bkz. Aytaç, s. 33 vd.; aynı doğrultuda ve ayrıca bunun doğal sonucu olarak, yenilik doğuran hakkın bütün hukukî sonuçlarının ibra kararı için de hüküm doğuracağı yönünde bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 137; Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 35-36.

¹¹⁰⁴ TTK m. 558'deki açık yasal düzenlemeye rağmen, ibra kararının geri alınmasına yönelik alınacak bir genel kurul kararı geçersiz (bâtıl) olduğu yönünde bkz. Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 37; Şener, s. 433; Kahyaoğlu, s. 92.

ibra kararının geri alınmasına yönelik alınacak bir genel kurul kararı geçersizdir (bâtıldır)¹¹⁰⁵. Zîra, bu durumda emredici hükümlere aykırılık söz konusudur¹¹⁰⁶.

İbra kararının geri alınması, BankK bakımından öğretide hâlen tartışılan bir konudur. Bir görüş, BankK m. 110'da düzenlenen şahsî iflâs davasının ibra kararına rağmen açılabilceğini, zira söz konusu davanın sorumluluk davasından farklı olduğunu ileri sürmekte ve kanunun 133. maddesinde varsa ibraların iptaline mahkemece karar verilebileceği yolundaki hükmü dayanak olarak göstermektedir¹¹⁰⁷. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, söz konusu davaların mâhiyeti aynı olup, ibraya rağmen şahsî iflâs davası açılması hukuken mümkün değildir; diğer yandan, BankK m. 133'te düzenlenen husus, ibranın yok sayılması değil, mahkemece şartları varsa iptal edilmesidir¹¹⁰⁸. Gerçekten, BankK'da düzenlenen şahsî iflâs davasının, şahsî sorumluluk davasından bağımsız olarak görülmesi ve ibranın bu davaya hiçbir etkisinin olmadığı düşünülmesi kanımızca mümkün değildir¹¹⁰⁹. Şahsî iflâs davasının sadece Fon tarafından ve Fon kurulu kararına istinaden açılabilmesi, dava sonucunda tahsil (eda) hükmü değil, şahsî iflâsa (inşaî hüküm) karar verilmesi, kanun ve esas sözleşmeye aykırılık yerine sadece kanuna aykırılıktan bahsedilmiş olması, “*banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olması*” şartı aranması gibi farklılıklar, davalar arasındaki mâhiyet farklılığı değildir; her iki dava da yönetim kurulu üyelerinin şahsî sorumluluğuna yöneliktir. Banka, ibra kararı vermekle, yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden

¹¹⁰⁵ Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 37; Şener, s. 433; Kahyaoğlu, s. 92.

¹¹⁰⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.10.2002 tarih ve 2002/4400-8701 sayılı bir kararında, banka yönetim kurulu üyeleri hakkında verilen ibranın geri alınmasına ilişkin genel kurul kararının geçerli olup olmadığının açılacak sorumluluk davasında incelenebileceğini, bu konuda ayrıca dava açılmayacağını, bu konuda bir hukukî menfaatin bulunmadığını ifade etmiştir. Bu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. Kahyaoğlu, s.86-87.

¹¹⁰⁷ Akdağ Güney, **Hukukî Sorumluluk**, s. 247 vd.; ayrıca, yazarın TTK m. 336'da düzenlenen sorumluluk davası ile BankK. m. 110'a istinâden açılan şahsî iflâs davasının gerek şekil ve içerik ve gerekse hüküm ve sonuçları bakımından tamamen farklı olduğu, şahsî iflâs davasının amacının eski TTK m. 336 dışında daha hızlı ve etkin bir biçimde ilgili kişilerin sorumluluğuna gitmek olduğu ve bu davanın kendine özgü bağımsız bir sorumluluk davası olduğu, bu nedenle eTTK m. 336'ya dayalı dava açılmasını engelleyen ibra kararının şahsî iflâs davası açılmasına engel teşkil etmeyeceği, aksi halde şahsî iflâs davası açmanın bir anlamının kalmayacağı, BankK. m. 133'te Fon tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından ibranın iptalinin istenebileceği ifade edilmesine rağmen, şahsî iflâs davası bakımından bu yönde açık bir düzenleme yapılmamasının da bu sonucu desteklediği yolundaki açıklamaları için ayrıca bkz. Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 72-75.

¹¹⁰⁸ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 616; aynı doğrultuda bkz. Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 45; Canözü, s. 161. Diğer yandan, Doğrusöz, daha önce genel kurul tarafından alınmış bir ibra kararının şahsî iflâs davası bakımından mahkemece lehe bir delil olarak dikkate alınacağını savunmaktadır; bkz. s. 304-305.

¹¹⁰⁹ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, IV, F.

doğan yükümlülüklerini ihlal etmediklerini, hukuka aykırı bir eylemin bulunmadığını ve kendilerinden bir talebinin olmadığını kabul ve beyan etmekte, menfi borç ikrarında bulunmaktadır. Bu karardan sonra, bankanın veya Fon'un kanuna aykırı işlemlerin varlığını ileri sürmesi kanımızca hukuken mümkün değildir. Ancak, ibra kararı geçersizse veya ibranın kapsamadığı bir husus söz konusu ise, ancak bu hâlde ibraya rağmen dava açılabilmesi söz konusu olacaktır. Nitekim, Fon alacaklarının takibine ilişkin istisnâ yetkilerin öngörüldüğü 133. maddede de, ibranın yok sayılmasından değil koşulları varsa mahkemece iptalinden bahsedilmektedir¹¹¹⁰. Bu nedenlerle, ibra kararına rağmen banka yönetim kurulu üyelerine karşı şahsî iflâs davası açılabilceği yolundaki görüşe katılmıyoruz.

6- İbranın Sakatlığının İleri Sürülmesi

İbra kararı geri alınamaz ise de ibranın yokluğunun, butlanının veya iptalinin ileri sürülmesi mümkündür¹¹¹¹. İbra kararının yokluğu, butlanı veya mahkemece iptali hâlinde, artık ibranın sorumluluk davalarına bir etkisinin bulunması düşünülemez, bu durumlarda sorumluluk davası açılabilir¹¹¹². Esasen, geçersizlik sebeplerinin ileri sürülmesinin altında yatan amaç ve her geçersizlik sebebinin varacağı nokta (hedef), sorumluluk davasının açılmasıdır¹¹¹³. Bununla birlikte, münferit geçersizlik sebeplerinin incelenmesinde fayda vardır.

¹¹¹⁰ Bu konuda bkz. Doğrusöz, s. 299 vd. Ayrıca, Akdağ Güney de, bir makalesinde, Bankacılık Kanunu m. 133'te yer alan düzenlemede kastedilenin, ibra kararını Fon'un iptal etmesinin değil, Fon'un ibra kararının mahkemeden iptal edilmesini istemesi olduğunu, gerek (eski) TTK ve gerekse Bankacılık Kanunu hükümlerinin ibra kararlarının genel kurullar tarafından kaldırılmasına olanak tanımadığını, ancak buna rağmen uygulamanın aksi yönde geliştiğini belirtmektedir; bkz. **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 68-71.

¹¹¹¹ Aytaç, s. 186 vd.; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615a; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 137; Üçışık/Çelik, s. 571; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 145; Ansay, s. 423; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 58; Şener, s. 433; Çelik, s. 201 vd.; Kahyaoğlu, s. 84; ibra konusundaki genel kurul kararına ilişkin yokluğun veya butlanın ileri sürülmesinde, özellikle uzun süre geçmişse, TMK m. 2'nin dikkate alınması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Üçışık/Çelik, s. 573; genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 27 vd.

¹¹¹² Aytaç, s. 190, 202; Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 324-325.

¹¹¹³ Bununla birlikte, eTTK döneminde Aytaç, ibra kararına rağmen pay sahipleri ile alacaklıların dava açma haklarının devam etmesi nedeniyle, ibranın sakatlığını ileri sürmelerinde mantıken bir faydalarının bulunmadığını, bu nedenle ibranın sakatlığının pratikte önemini yitirdiğini savunmaktaydı; bkz. s. 181-182.

a- Yokluk ve Butlan

İbra kararının yokluğunun veya butlanının tespiti her zaman dava veya def'i (itiraz) yoluyla ileri sürülebilir ve ayrıca mahkemece re'sen dikkate alınabilir¹¹¹⁴. Ancak, yukarıda belirttiğimiz üzere¹¹¹⁵, anonim ortaklık bakımından dava açılabilmesi için bu yönde alınmış bir genel kurul kararının varlığı dava şartı olduğundan, böyle bir karar alınmadıkça, sırf ibra kararının geçersizliği alınmayan genel kurul kararının işlevini üstlenerek sorumluluk davasının görülmesini sağlamaz. Yokluğun ve butlanın mahkemece re'sen dikkate alınacak bir husus olması da durumu değiştirmez. Zîra mahkemece, ibra kararının geçersizliğinin tespitine karar verilmesi ile sorumluluk davası için aranan genel kurul kararı şartı sağlanmış olmayacaktır. Bu nedenle, ortaklık, ibra kararının geçersiz olduğu kanısında ise, sorumluluk davası açılmasına ilişkin bir genel kurul kararı alarak dava açmalı ve ibranın geçersizliğini bu dava bağlamında ileri sürmelidir. Hemen belirtelim ki, bu olasılıkta, ortaklığın dava açılmasına ilişkin bir genel kurul kararı alınması yeterli olup, geçersizlik mahkemece re'sen dikkate alınacak bir husus olduğundan ortaklığın geçersizliğin tespiti için ayrıca ve önce bir tespit davası açmasına ihtiyaç yoktur¹¹¹⁶.

Buna karşılık, geçersiz ibra işlemine olumlu oy vermiş olan veya haklarında altı (6) aylık hak düşürücü süre geçmiş bulunan pay sahipleri, genel kurul kararı kendilerinin dava açması için bir dava şartı teşkil etmediğinden, açacakları sorumluluk davası bağlamında ibra kararının geçersiz olduğunu ve dolayısıyla kendilerinin bu geçersiz karara olumlu oy vermiş bulunmalarının ve altı (6) aylık sürenin geçmiş olmasının dava haklarını ortadan kaldırmadığını ileri sürebilirler. Zira geçersiz bir ibra kararı, ibraya olumlu oy verenlerin dava hakkını ortadan kaldırmaz¹¹¹⁷ ve bu hâlde altı (6) aylık hak düşümü süresi uygulanmaz. Bununla birlikte, ibraya olumlu oy veren kimselerin, ibra kararının geçersizliğin bahisle sorumluluk davası açmalarının, TMK m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmesi mümkündür¹¹¹⁸. Bu konuda, somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır.

¹¹¹⁴ Aytaç, s. 189; Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 62, 67; Canöz, s. 247 vd.; Kahyaoglu, s. 89-90.

¹¹¹⁵ Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, 5.

¹¹¹⁶ Yokluk veya mutlak butlan ile sakat bir ibra kararına karşı dava açılmamış olmasının söz konusu kararı geçerli hâle getirmeyeceği yolunda bkz. Aytaç, s. 190.

¹¹¹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

¹¹¹⁸ İbranın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin kötüye kullanılamayacağı yönünde bkz. Aytaç, s. 190; Çamoğlu, İsviçre öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin yolsuz işlemlerini bilmesine rağmen ibra

Diğer yandan, TTK m. 424'te, bilançoda bazı hususların eksik veya yanlış gösterilmesi konusunda bilinçli hareket edilmişse, bu durumda da örtülü ibranın geçersiz olacağı (ibra sonucunun doğmayacağı) düzenlenmiş olup, bu durumda da, ortaklığın sorumluluk davası açmak için –ibranın geçersizliğine rağmen- bir genel kurul kararı alması şartı aranacak, buna karşılık bilançoya olumlu oy vermiş olan pay sahipleri ise, kanunun öngördüğü şekilde bilinçli hareket edildiğini kanıtlayarak ibranın geçersizliğini açacakları sorumluluk davasında ileri sürebileceklerdir¹¹¹⁹.

b- İptal

İbra kararının iptali, ancak genel kurul kararlarının iptali hükümleri (TTK m. 445 vd.) uyarınca mahkemeden bu yönde hüküm alınması ile mümkün olabilecektir¹¹²⁰. Buna göre ibra kararı; ancak kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde iptal edilebilir. Nitekim, TTK m. 558/1'de de iptal davasına ilişkin hüküm (TTK m. 445) saklı tutulmuştur¹¹²¹.

BankK'nın 133. maddesinde, Fon tarafından açılacak sorumluluk davalarında ibranın iptalinin talep edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, Fon, açacağı

kararına olumlu oy veren kimselerin, daha sonra ibra kararının herhangi bir sebeple geçersizliğine dayanarak sorumluluk davası açmalarının TMK m. 2'ye aykırı olacağının kabul edildiğini aktarmaktadır; bkz. **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 341, dn. 64. Bu yönde ayrıca bkz. Canöz, s. 218.

¹¹¹⁹ TTK m. 424'e aykırılık hâlinde geçersizliğin söz konusu olacağı ve bu durumda iptal davası açılmasına gerek bulunmadığı, zira söz konusu kararın ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 429, 430; Aksu Özkan, **Finansal Tablolar**, s. 424-425; bilançonun kapalı, eksik ve hatalı olması hâlinde ibra sonucu doğmayacağından, bunun için ayrıca bir iptal davası açılmasına gerek olmadığı, bu yönde bir iptal kararı alınmadan sorumluluk davası açılabilirliği, ancak davalıların bilançonun açık, eksiksiz ve doğru olduğunu savunarak ibra olgusuna bir def'î olarak dayanabilecekleri, ancak, eksik ve hatalı bilançoya olumlu oy veren pay sahiplerinin genel hükümlere göre (eski BK. m. 24 vd.) oylarını iptal ettirme hakkına sahip oldukları yönünde eTTK döneminde ifade edilen görüş için bkz. Ansay, **İbra**, s. 429-430, 431. Bu konuda ayrıca bkz. Aytaç, s. 204.

¹¹²⁰ Atan, s. 65; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615a; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 143; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 145; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 428; Canöz, s. 263 vd.

¹¹²¹ İbra kararının iptal edilebileceğinden bahsetmenin pratik açıdan bir önem taşımadığını, zira bu kararın şirketin dava hakkını sonlandırdığı, pay sahiplerinin bu karar ile bağlı olmaksızın dava açabileceği dolayısıyla pay sahiplerinin dava açmaya ihtiyaç duymayacakları, yönetim kurulu üyelerinin ise kendi lehlerine olan kararın iptali için dava açmalarının söz konusu olmayacağı, ibra edilmeyen bir üyenin diğer üye veya üyelerin ibrasına ilişkin karara karşı iptal davası açamayacağı, zira icrası gereken bir kararın varlığından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Aytaç, s. 196-197; aynı doğrultuda bkz. Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 60-61; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 243. Buna karşılık, yönetim kurulunun ibra kararına rağmen sorumluluk davası açmak istemesi hâlinde, öncelikle ibra kararının iptali yönünde hüküm alması veya iptal davasıyla birlikte sorumluluk davası açması gerektiği yönünde bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 96.

sorumluluk davasında, zararın tazmini talebi ile birlikte öncelikle varsa ibranın iptalini de dava konusu yapacaktır¹¹²². Bu düzenleme, ibra kararının geçerli olmadığı veya Fon'un ibra kararı ile bağlı olmadığı yahut ibra kararının geri alınabileceği anlamına gelmemekte, mahkemece öncelikle ibranın incelenmesi gereğini ortaya koymaktadır¹¹²³. Mahkeme, ibranın geçerli olup olmadığını, ileri sürülen fiil ve zarar iddialarının ibranın kapsamına girip girmediğini öncelikle araştırıp inceleyecek, iddia konusu eylemler genel kurulun bilgisine sunulmuş maddî vâkıalara ilişkin ise, diğer bir deyişle ibranın kapsamına giriyorsa sorumluluk davasının reddine karar verecektir. Aynı şekilde, mahkeme söz konusu ibra kararını hükümsüzlük sebepleri bakımından da ele alacaktır¹¹²⁴. Bununla birlikte, kanımızca, kanuna ve esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle ibra kararının iptaline karar verilebilmesi, TTK m. 445'te yer alan üç (3) aylık süre geçirilmişse artık mümkün görülmemelidir. Zîra BankK'daki özel düzenleme, TTK m. 445'i bertaraf etmemektedir.

c- İrade Sakatlığı

Pay sahibinin, ibraya verdiği olumlu oyun irade sakatlığı sebeplerinin (TBK m. 30 vd.) varlığı nedeniyle bağlayıcı olmadığını ileri sürmesi¹¹²⁵ ve bu beyan karşısında ibraya ilişkin yetersayının etkilenmesi hâlinde ibra kararının geçersizliğinin mahkemece tespit edilmesi mümkündür¹¹²⁶. İrade sakatlığının sonuçları, ortaklık ve pay sahipleri bakımından farklı şekillerde ortaya çıkar:

¹¹²² Bankacılık Kanunu'nun 133. maddesine göre açılacak sorumluluk davalarının iki ayrı talebi birlikte içermek zorunda olduğu, birinci talebin sorumluluğun ilişkin bulunduğu yıllara ait ibra kararlarının iptali, diğer talebin de zararın tazmini olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 30-04.

¹¹²³ Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 45; ayrıca, söz konusu hükümdeki önemli hususun, ibranın iptalinin ancak bir mahkeme kararı ile sağlanabilmesi olduğu yönünde bkz. Kahyaoğlu, s. 87.

¹¹²⁴ Böyle bir durumda, ibra kararının hükümsüzlüğünün tespiti ile yöneticilerin sorumluluğuna karar verilmesini talep etmenin uygun olduğu yönünde bkz. Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 45.

¹¹²⁵ Aytaç, eTTK döneminde, irade sakatlığını ileri sürmenin pay sahipleri bakımından pratik bir faydasının bulunmadığını, zira, pay sahiplerinin ibraya rağmen dava açma hakkına sahip olduklarını, pay sahibinin irade sakatlığının sadece oyunun karara etkili olması varsayımında önem kazanacağını ve sonuç doğuracağını savunmaktaydı; bkz. s. 191, 192. TTK m. 558/2'de, ibraya olumlu oy verenlerin dava hakkının düşeceğinin düzenlendiği dikkate alındığında, bu görüşün yeni hüküm karşısında geçerli olmadığı açıktır. İrade sakatlığı hâllerinin ibrada kullanılan oyların iptali bakımından uygulanabilir nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. Canöz, s. 257.

¹¹²⁶ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615a; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 145; menfi borç ikrarında bulunulmasına etkili olan ve yönlendiren vâkıaların mevcut bulunmadığının anlaşılması hâlinde, menfi borç ikrarının tarafları bağlamayacağı yönünde ayrıca bkz. von Tuhr, s. 652.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iradesi sakatlanan pay sahibinin, bu konuda dava açması zorunlu değildir. Zira TBK m. 39 uyarınca, irade sakatlığına uğrayan kişinin yanıltma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir (1) yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını (ibranın kendisi bakımından geçerli olmadığını) bildirmesi gerekli ve yeterli olup, bu hakkını dava dışında da kullanması mümkündür¹¹²⁷. Diğer bir deyişle, bu konuda bir tespit davası veya bir genel kurul kararının iptali davası açılmasına gerek yoktur. Pay sahibi, TBK m. 39'da öngörülen bir (1) yıllık yasal süre içinde ibra ile bağlı olmadığını beyan etmek suretiyle hak düşürücü veya zamanaşımı süreleri içinde sorumluluk davası açabilir¹¹²⁸. Ayrıca, irade sakatlığı nedeniyle ibraya ilişkin karar yetersayısının etkilenip etkilenmediği de bu bakımdan bir önem taşımaz.

Bununla birlikte, irade sakatlığı nedeniyle olumlu oylardan bir kısmının iptal edilmesinden sonra karar yetersayısının sağlanıp sağlanamadığı hususu, ibra kararının varlığını ve buna bağlı olarak da dava açma süresini etkiler. Diğer olumlu oylar karar yetersayısını sağlamaya yeterli değilse, irade sakatlığı sonucunda ibra kararının varlığından artık bahsedilemeyecektir¹¹²⁹. Bu hâlde, TTK m. 558'de düzenlenen altı (6) aylık hak düşürücü süre uygulanmayacak ve pay sahipleri zamanaşımı süreleri içinde sorumluluk davası açabileceklerdir. Ortaklık da geçerli bir ibra kararı bulunmadığından, bir genel kurul kararı almak suretiyle dava açma yoluna gidebilecektir¹¹³⁰. Buna karşılık, yetersayının etkilenmemesi hâlinde, ibra kararı varlığını ve geçerliliğini sürdürmeye devam edecek ve ortaklık daha önce olduğu gibi bu hâlde de ibra kararı ile bağlı olacağından yine dava açamayacaktır. Bununla birlikte, bu durumda irade sakatlığına dayanan pay sahibi, ibraya olumsuz oy veren konumuna

¹¹²⁷ TBK m. 39 uyarınca bildirimin yeterli olduğu, dava açılmasının zorunlu bulunmadığı yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 1264-1265; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 385; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 868; buna karşılık, eTTK döneminde savunulan, kullanılan oyun irade bozukluğu sebebiyle iptali ve buna bağlı olarak genel kurul kararının iptalinin 1 yıllık süre değil, 3 aylık süreye tâbi olduğu yönündeki görüş için bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 143. Canözü de, sadece kullanılan oyun irade sakatlığı ile iptal edilmesi varsayımını dikkate almadan, kararın iptalinin ileri sürülebilmesi için genel kurul kararının iptali davası açılması gerektiğini savunmaktadır; s. 262.

¹¹²⁸ İbra kararına olumlu oy veren pay sahibinin irade sakatlığına dayanarak oyunu geri alma imkânına sahip olduğu, örneğin, yanıltma sonucunda ibra lehine oy verdiğini ve bazı gerçekleri bilseydi olumlu oy vermeyeceğini ispatlayarak oyundan dönebileceği ve böylece sorumluluk davası açma olanağını kazanabileceği yönünde bkz. Çamoğlu, **İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi**, s. 341.

¹¹²⁹ Toplantı veya karar yetersayılarının sağlanamadığı kararların yok hükmünde olduğu yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 722a.

¹¹³⁰ Buna karşılık, eTTK döneminde, Aytaç, oyun irade sakatlığı nedeniyle iptaline bağlı olarak ibra kararının gerekli nisap sağlanmadan alındığının ortaya konulması için eTTK m. 381 anlamında ibra kararının iptali davası açılması gerektiğini savunmaktaydı; bkz. s. 196

geçmiş olacaktır. Bu nedenle, her ne kadar TBK m. 39’da bir (1) yıllık süre öngörölmüş ise de sorumluluk davası bakımından önemli olan süre TTK m. 558/2 uyarınca altı (6) aylık hak düşürücü süredir. Buna göre, bu hâlde irade sakatlığına dayanan pay sahibinin, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak altı (6) ay içinde irade sakatlığı nedeniyle ibra ile bağılı olmadığını şirkete bildirmesi ve aynı süre içinde sorumluluk davası ikâme etmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, irade sakatlığı hâllerinin bulunup bulunmadığı ve yetersayının etkilenip etkilenmediği sorumluluk davasında öncelikle incelenecektir. İrade sakatlığının tespiti ve bu bağlamda TBK m. 39 uyarınca iptal hakkının kullanılması amacıyla ayrı bir dava açılmışsa, bu dava sorumluluk davası açılmasına ilişkin süreleri durdurmayacak, sorumluluk davasının bu dava ile birleştirilmesi (HMK m. 166) veya sorumluluk davasında bu davanın sonucunun bekletici sorun (HMK m. 165) yapılması söz konusu olacaktır.

7- Sorumlulardan Bir Kısımının İbra Edilmiş Olmasının Diğer Davahların Sorumluluğuna Etkisi

Anonim ortaklık genel kurulu tarafından yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin tümünün ibra edilmesine karar verilebileceği gibi, sadece belirli bazı kişilerin ibra edilip diğerlerinin ibra edilmemesi de mümkündür¹¹³¹. İbra, kurul olarak yönetim kurulunun ibrası şeklinde olmayıp, kişisel sorumluluk ilkesi gereğince her bir üye kendi eylem ve kusurundan dolayı kişisel olarak sorumlu olduğundan, her bir üyenin ayrı ayrı ibrası söz konusu olur¹¹³². Bu nedenle, temel ilke, her bir yönetim kurulu üyesi için ayrı ayrı ibra oylaması yapılmasıdır. Bununla birlikte, ibra, genel bir karar şeklinde verilmiş olsa dahi, her bir üyenin şahsı bakımından verilmiş kabul edilir¹¹³³.

¹¹³¹ Aytaç, s. 137; Atan, s. 63; Çamoğlu, **İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları**, s. 137; ayrıca bkz.: “*TTKnun 336. maddesinde belirtildiği üzere, sorumluluğu gerektiren fiil ve işlemlerde idare meclisinin heyet olarak sorumlu olmadığı, sorumluluğun ferdan fakat müteselsilen olması nedeniyle ibranın kısmen yapılabileceği ve bunun iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmeyeceği...*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 13.01.2004 T., 2003/5995 E. ve 2004/159 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹³² İbra kararı ile yönetim kurulunun değil, üyelerin ibra edileceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi**, s. 54.

¹¹³³ Çamoğlu, **İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları**, s. 136.

İbranın gerek konu gerek kişi açısından kapsamı için kararın içeriğine bakılmalıdır. TTK, örtülü ibra bakımından, bilançonun onaylanmasının aksine bir düzenleme olmadıkça bütün yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve hatta denetçilerin ibrası anlamına geleceğini düzenlemiştir (TTK m. 424). Açık ibra kararı bakımından ise TTK m. 558’de bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, aksine bir açıklık (hariç tutulan kimseler vs.) yoksa genel kurul tarafından verilecek genel bir ibra kararının tüm üyelerin ve yöneticilerin ibrası sonucunu doğuracağına kabulü gerekir¹¹³⁴.

Yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin bir kısmının ibra edilip diğer bir kısmının ise ibra edilmemesi, objektif, haklı ve geçerli sebeplere dayanabileceği gibi, TTK m. 557/3’ün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “*çeşitli sebeplerle bazı üyelerin, dava dışı bırakılarak kayrılmaları*” amacını da taşıyabilir¹¹³⁵. Hemen belirtelim ki, zarardan sorumlu olan bazı kimselerin ibra edilmiş olmasının, ibra edilmeyen kimseler yönünden maddî hukuka ilişkin bazı sonuçları söz konusu olacaktır¹¹³⁶. Şöyle ki, TBK m. 166/3’te, müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesi hâlinde, diğer borçluların da ibra edilen kişinin iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulacağı düzenlenmiştir. Ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz¹¹³⁷ bu hususun da ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davalarında mahkemece sorumluluk miktarları belirlenirken dikkate alınması gerekecektir.

8- İbra Etmeme Üzerine Menfi Tespit (İbra) Davası veya Genel Kurul Kararının İptali Davası Açılması

İbra edilmeyen yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmediklerini, ibra edilmemelerinin haklı hiçbir sebebe dayanmadığını ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu, geçerli bir sebep bulunmaksızın böyle bir karar verildiğini ileri sürerek, mahkemece ibra kararı

¹¹³⁴ Aytaç, s. 82 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 419; Canözü, s. 52; Kortunay, s. 290.

¹¹³⁵ Bazı üyelerin ibra kararının kapsamı dışında bırakılmasının, söz konusu kararın dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptaline (TTK m. 445) yol açabileceği yönünde bkz. Canözü, s. 54, 271.

¹¹³⁶ İbra edilmeyen yöneticilerin, ibra edilen yöneticilere rücu edip edemeyeceklerinin incelenmesi gereken bir konu olduğu yönünde bkz. Aytaç, s. 223.

¹¹³⁷ Bu konuda bkz.

verilmesi konusunda dava açabilirler. Öğretide, bu davaya “*ibra davası*” da denilmekte olup, dava esasen bir menfi tespit davası niteliğindedir¹¹³⁸.

İbra etmeme durumu, bu yönde verilecek açık bir genel kurul kararı ile olabileceği gibi, ibra konusunda olumlu veya olumsuz hiç karar verilmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Kanımızca yönetim kurulu üyesinin her iki hâlde de ibra davası açmakta hukukî menfaati bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay söz konusu davaların açılabilmesi için, özellikle hukukî menfaat bağlamında engeller ortaya koymakta ve bunu bazı şartlara bağlamaktadır. Yargıtay, ibra davasında tespiti talep edilecek hususların, sorumluluk davasında da savunma olarak ileri sürülebileceğini, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin ayrı bir ibra davası açmakta hukukî yararlarının bulunmadığına karar vermiş¹¹³⁹, kimi kararlarında ise ancak makul bir süre içinde sorumluluk davası açılmaması varsayımında ibra etmeme kararına ilişkin genel kurul kararının iptali davasının dinlenebileceğine, sorumluluk davası açılmış ise bu davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁴⁰. Buna karşılık, öğretide neredeyse ittifakla kabul edilen görüş, yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı açacakları bir dava ile ibrayı talep edebilecekleri, hakkında ibra kararı verilmeyen üyenin ister menfi tespit, ister genel kurul kararının iptali davası açmakta hukukî yararının bulunduğu, ibranın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırması ve ayrıca kişilik haklarına ilişkin menfaat nedeniyle yöneticilere ibra talebinde bulunma hakkı tanınması gerektiğini, ibranın reddedilmesinin kişilik haklarının ihlâline varacak sonuçlar doğurabileceği, ibra davası açabilmek için sorumluluk davası açılmasını beklemeye gerek olmadığı,

¹¹³⁸ Aytaç, s. 173, 176; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615c; Şener, s. 434; Helvacı da, genel kurulun ibraya zorlanamayacağını, bu nedenle davanın niteliğinin eda davası olamayacağını ifade etmektedir; **Sorumluluk**, s. 145; menfi tespit davası görüşü için ayrıca bkz. Üçışık/Çelik, s. 569-570; Kortunay, s. 294; bu konudaki görüşler ve eda davası görüşü için bkz. Çelik, s. 241-243; eda davası görüşünün eleştirisi için ayrıca bkz. Aytaç, s. 179-180.

¹¹³⁹ Yarg. 11. HD’nin 10.07.2002 T. ve 4400/8701 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615d); aynı doğrultuda bkz. “*davalı anonim şirketin yönetim ve denetim kurulunun bir kısım üyeleri olan davacılar hakkında sorumluluk davası açıldığının anlaşılmış olmasına ve davacı yönetici ve denetçilerin anonim şirkete karşı sorumlu olup olmadıklarının açılan sorumluluk davasında belirlenecek olmasına göre, ...*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 13.01.2004 T., 2003/5995 E. ve 2004/159 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁴⁰ “*Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, bir yönetim kurulu üyesinin kendisinin ibra edilmemesine dair genel kurul kararının iptali davası açabilmesi için bu kararın alındığı tarihten itibaren makul bir süre geçtiği halde aleyhine sorumluluk davası açılmaması gerekir. Aksi halde yani bir sorumluluk davası açılması halinde, yöneticinin kendisinin ibra edilmemesine dair kararın iptalini istemekte hukuki yararı yoktur. Zira anılan ibra edilmeme kararının yerinde olup olmadığı, açılmış bulunan bu sorumluluk davasında somut nedenleriyle birlikte incelenip değerlendirilecektir*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 04.12.2014 T., 2013/18125 E. ve 2014/19043 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD’nin 25.11.2004 T. ve 2554/1149 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615d).

sorumluluk davası açılmış olsa dahi, bir kimsenin ibra davası açmakta hukukî yararının bulunduğu yönündedir¹¹⁴¹. Kanımızca da yönetim kurulu üyelerini, ibra etmeme yönündeki tutumu açık olan anonim ortaklığın iki (2) yıllık zamanaşımı süresi içinde sorumluluk davası açmasını beklemeye mahkûm etmek âdil olmayıp, üyeler hukukî durumlarını derhal netleştirmek ve aklanmak için dava açmakta hukukî yarara sahiptirler. Esasen, ibra etmeme yöneticilerin görevlerini gereği gibi yerine getirmediikleri, yaptıkları işlerin ve aldıkları kararların kanuna ve esas sözleşmeye uygun görülmediği anlamına geldiğinden, yöneticilerin kendilerine karşı yapılan bu ithamları bertaraf etmeleri ve bu suretle kişilik haklarını koruyabilmeleri için dava hakkının tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay'ın ancak makul bir süre içinde sorumluluk davası açılmaması hâlinde ibra etmeme kararına ilişkin genel kurul kararının iptali davasının dinlenebileceği yolundaki görüşü de, genel kurul kararının iptali davasının üç (3) aylık süre içinde açılması gerektiği (TTK m. 445) dikkate alındığında gerçeklikle bağdaşmamaktadır¹¹⁴². Diğer yandan, genel kurul kararının

¹¹⁴¹ Arslanlı, yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı açacakları bir dava ile ibrayı talep edebileceklerini, bu davanın söz konusu faaliyet yılına ilişkin genel kurul toplantısının yapılmasından sonra açılabileceğini, bu genel kurul toplantısında ibra hususunun görüşülüp karara bağlanmasının ertelenmiş olmasının dava açma hakkına engel olmayacağını ve yönetim kurulu üyelerinin verilecek kararı beklemeye mecbur tutulamayacaklarını, söz konusu davada davalı şirketin ibra talebine karşı bir zararın varlığını ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir; s. 201. Aytaç, ibranın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırması ve ayrıca kişilik haklarına ilişkin menfaat nedeniyle yöneticileri ibra talebinde bulunma hakkı tanınması gerektiğini, ibranın reddedilmesinin kişilik haklarının ihlâlüne varacak sonuçlar doğurabileceğini, haklı bir sebep olmadan ibradan kaçınılması hâlinde yöneticilerin ibra davası açabileceklerini, ibra talebi ile ibra davasının koşullarının aynı olduğunu, ibranın reddinin iptali davası açma hakkının varlığının ibra davası açılmasına engel teşkil etmediğini, zira her iki davanın farklı sonuçlar doğurduğunu, iptal davasında sadece ibranın reddi kararının ortadan kalktığını ama ibra sonucunun ortaya çıkmadığını, oysa ibra davası sonucunda ibra kararı verilmişçesine bir sonucun ortaya çıktığını ifade etmiştir; bkz. s. 154, 169, 174. Çamoğlu, sorumluluk davası açılmış olsa dahi, bir kimsenin ibra davası açmakta hukukî yararının bulunduğunu savunarak bu kararları haklı olarak eleştirmekte ve ibra davası açabilmek için sorumluluk davası açılmasını beklemeye gerek bulunmadığını, hakkında ibra kararı verilmeyen üyenin ister menfi tespit, ister genel kurul kararının iptali davası açmakta hukukî yararının bulunduğunu, açılan sorumluluk davasının ibra etmeme kararının iptali davasının sonucunu beklemesi gerektiğini savunmaktadır; bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615d. Üçışık/Çelik ise, ibrayı talep ve dava hakkının sözleşmeye dayalı bir talep olduğunu, bu davanın açılmasında maddî ve manevî menfaat bulunduğunu, ibra etmeme kararının iptali hâlinde, ibra sonucunun doğmayıp, genel kurulun yeniden ibra etmeme kararı verebileceğini, bunun esasen ibra davasına ilişkin hukukî menfaatin varlığını kanıtladığını ibra davası açılabilmesi için öncelikle ibra hususunun genel kurulun gündemine gelerek ya ibra etmeme kararı verilmiş ya da bu konuda hiç karar verilmemiş olması gerektiğini, davanın menfi tespit davası niteliğinde olduğunu ve dava sonucunda verilecek hükmün, pay sahipleri ve alacaklıların açıkları dava bakımından kesin delil olacağını, davada kusursuzluğun ispatının yeterli olduğunu, buna karşılık zararın doğmadığının ispatına gerek olmadığını belirtmektedir; bkz. s. 566-570. Helvacı da, bu davanın açılmasında maddî ve manevî menfaat bulunduğunu ifade etmektedir; bkz. **Sorumluluk**, s. 144; aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 294; Aksu Özkan, **Bilanço Kararının Açık İbra Kararına Etkisi**, s. 297-298; Canözü, s. 313, 324-325. Buna karşılık, Domaniç, sorumluluk davasının reddinin ibra ile aynı sonuçları doğuracağı gerekçesiyle bu davanın açılmayacağı görüşünü savunmakta, ancak sorumluluk davası açılmadığı takdirde üyelerin menfi tespit davası açarak ibrayı sağlayabileceklerini ifade etmektedir; s. 690-691.

¹¹⁴² Gerçi, bu üç (3) aylık süre sadece genel kurul kararının iptali talebi bakımından geçerli olup, ibraya ilişkin menfi tespit talebi bakımından böyle bir süre sınırlaması yoktur.

iptali talebinden veya ibra için açılan menfi tespit davasından sonra, anonim ortaklık tarafından bir sorumluluk davası açılması hâlinde bu davaların birleştirilerek görülmesi mümkündür. Nitekim, Yargıtay'ın da aralarındaki bağlantı nedeniyle sorumluluk davası ile ibra davasının birleştirilerek görülmesi yönünde içtihatları mevcuttur¹¹⁴³.

İbra davası açma hakkı, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra gerek örtülü ibraya ilişkin TTK m. 424'te gerek sorumlular çevresini düzenleyen TTK m. 553/1'de açıkça geçen "yöneticiler"e de tanınmalıdır¹¹⁴⁴. Bu bağlamda, bir üye veya yönetici tarafından açılan ibra davası, sadece tarafları hakkında hüküm doğurur, diğer bir deyişle, davanın kabulüne karar verilmiş olması, dava açmayan diğer kimseleri (diğer üye ve yöneticileri) borçtan kurtarmaz¹¹⁴⁵.

Diğer yandan, ibra edilmeyen yönetim kurulu üyesi, buna ilişkin genel kurul kararının iptali için TTK m. 445 vd. hükümlerine göre iptal davası da açabilir¹¹⁴⁶. İptal davası açabilecek kimseler TTK m. 446'da sınırlı olarak sayılmış olup; ibra etmeme karşı iptal davası açılabilmesi, uygulanması kişisel sorumluluğunu gerektirecek kararlara karşı yönetim kurulu üyelerinden her birinin dava açabilmesine olanak

¹¹⁴³ "Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre; asıl davadaki ibra edilmeme kararının iptali yönünden, davalılar ..., ... ve ... hakkındaki davanın HMK 114/1-d, 115/2 maddesi gereğince usulden reddine, alınan bilirkişi raporuna göre şirketin kötü yönetilmediği ispat edilemediğinden aynı durumdaki 2012 yılı için ibra kararı verilirken 2013 yılı ibra kararı verilmemesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle davalı C... Yapı Malz. San. ve Tic. A.Ş. hakkındaki davanın kabulüne, davalı şirketin 27/12/2014 tarihli genel kurulunda alınan 4 numaralı "yönetim kurulu üyelerinin 2013 yılı için ibra edilmemelerine ilişkin" kararının iptaline, birleşen yöneticilerin sorumluluğu nedeniyle şirkete tazminat ödenmesi istemine ilişkin dava yönünden ise, alınan bilirkişi raporuna göre şirketin kötü yönetildiği ve zarara uğratıldığı ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmiştir. onanmasına ..." (bkz. Yarg. 11. HD'nin 20.05.2019 T., 2018/2563 E. ve 2019/3905 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultudaki başka bir karar için bkz. Yarg. 11. HD'nin 14.12.1999 T. ve 9471/10358 sayılı kararı (Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 615d).

¹¹⁴⁴ Nitekim, Arslanlı, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra eTTK m. 342'ye göre atanan ve yönetim yetkisine sahip olmayıp, yönetim kurulunun emri altında e sadece icra aşaması ile ilgili olarak görevlendirilen müdürlerin dahi dava yoluyla ibrayı talep edebileceklerini belirtmiştir; bkz. s. 210. Aynı doğrultuda, Aytaç da, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra müdürlerin de bu davayı açabileceklerini ifade etmiştir; bkz. s. 177.

¹¹⁴⁵ Müteselsil borçlulardan biri tarafından alacaklıya karşı açılan dava sonucunda verilen hükmün diğer müteselsil borçluları sorumluluktan kurtarmayacağı yönünde bkz. von Tuhr, s. 802.

¹¹⁴⁶ Üçışık/Çelik, s. 565; aksi yönde, diğer bir deyişle ibra etmeme kararına karşı genel kurul kararının iptali davası açılmayacağı yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 397; aksi yöndeki bir içtihat için ayrıca bkz. "Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; ... tarihinde yapılan genel kurulda davacının ibra edilmemesine yönelik oybirliğiyle karar alındığı ancak hakkında sorumluluk davası açılması yönünde herhangi bir karar alınmadığı, tek başına icra kabiliyeti olmayan yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmeme kararının dava edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. ... onanmasına ..." (bkz. Yarg. 11. HD'nin 15.06.2016 T., 2015/11361 E. ve 2016/6617 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tanıyan TTK m. 446/1, d hükmünün kapsamında mümkün olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴⁷. Aynı şekilde, bu hükmün geniş yorumlanarak, sadece yönetim kurulu üyelerine değil, hakkında ibra kararı verilmeyen yöneticilere de bu imkân tanınması gerekir¹¹⁴⁸.

İbra etmeme yönündeki genel kurul kararının mahkemece iptal edilmesi hâlinde yönetim kurulu üyeleri ibra edilmiş sayılmayacaklardır¹¹⁴⁹. Bununla birlikte, eTTK döneminde, ortaklığın dava açması için genel kurul kararına ihtiyaç olduğu eTTK’da açıkça düzenlenmiş olduğundan genel kurul kararı iptal edilirse bu dava şartı sağlanmamış oluyor ve bu nedenle ortaklığın açtığı sorumluluk davasının da reddi gerekiyordu. TTK döneminde de bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda genel kurul kararına ihtiyaç olduğu kabul edilirse, iptal davasının kabulü, ibra yönünde bir karar mevcut olmamasına rağmen ortaklığın dava açmasına engel olur ve açılmış sorumluluk davasının dava şartı eksikliğinden dolayı reddi gerekir¹¹⁵⁰. Ancak, ibra etmeme kararının iptali üzerine, ortaklık genel kurulu tarafından yeni bir ibra etmeme ve dava açma kararı alınmasına da hukuken bir engel yoktur¹¹⁵¹. Şüphesiz, somut olaya göre, bu kararın da iptale tâbi olduğu ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı bulunduğu ileri sürülebilecektir.

Menfi tespit davasının konusu, davacı yönetim kurulu üyesinin kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle ortaklığa bir zarar verip vermediğinin tespitidir¹¹⁵². İptal davasının konusu ise, ibra etmeme kararının, kanuna,

¹¹⁴⁷ İbra etmeme yönündeki genel kurul kararına karşı yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri tarafından iptal davası açılabilmesi yönünde bkz. Postacıoğlu, s. 1005; yazar, ayrıca, Yargıtay’ın 1972 ve 1973 yılında verdiği, bu davanın azlığı karşı açılması gerektiği yolundaki kararları eleştirmiş ve husumetin şirkete yöneltilmesi gerektiğini savunmuştur; bkz. s. 1008; iptal davası açılabilmesi yönünde ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, “İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin, İptal Davası Açıp Açamayacakları Sorunu”, **İktisat ve Maliye**, C. XXIII, S. 4, s. 166 vd.; Çelik, s. 238; buna karşılık, Moroğlu, ibra etmeme kararının uygulanmasının söz konusu olmadığını, oysa TTK m. 446’da uygulanması hâlinde sorumluluğa yol açacak bir kararın varlığının öngörüldüğünü, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin ibra etmeme yönündeki genel kurul kararının iptalini talep edemeyeceklerini savunmaktadır; bkz. **Hükümsüzlük**, s. 299 ve dn. 522; aynı yönde bkz. Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 75-76; aynı yönde ve ayrıca ibra davası açma imkânı karşısında buna ihtiyaç da bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Canöz, s. 339; yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararının iptali davası açabilmesi konusunda ayrıca bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 299-301.

¹¹⁴⁸ İbra davasını açmaya münferit olarak yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve müdürlerin yetkili olduğu konusunda bkz. Aytaç, s. 177-178.

¹¹⁴⁹ Aytaç, s. 171, 174.

¹¹⁵⁰ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, A, 5.

¹¹⁵¹ Bu yönde bkz. Aytaç, s. 174.

¹¹⁵² Davacıların ibra edilmeleri için gerekli tüm şartların mevcut olduğunu, bu bağlamda kusursuz bir yönetim gösterdiklerini, hesapların usulüne uygun olduğunu ve ibranın reddini haklı gösterecek somut

esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğu yolundaki iddiadır. Söz konusu davaların içeriği, özellikle iptal davasında dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık sebebine dayanılması hâlinde farklılık gösterecektir. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinden bir kısmının hiçbir gerekçe gösterilmeden ibra edilip, diğer bir kısmının ise ibra edilmemesine karar verilmesi hâlinde durum böyledir. Bu husus, esasen TTK m. 557/3'ün gerekçesinde, *“uygulamada sorumluluk davası açılırken, çeşitli sebeplerle bazı üyelerin, dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlanmaktadır”* denilmek suretiyle vurgulanmıştır. Diğer sebepler bakımından ise, davaların içeriği, özellikle menfi tespite yönelik kısım bakımından örtüşecektir. Bununla birlikte, genel kurul kararının iptali davası sonucunda verilecek hüküm, ibra etmeme kararının iptali şeklinde olacağı için, bu karar davacı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun bulunmadığı konusunda maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek, sadece genel kurulun söz konusu kararı iptal edilmiş olacaktır¹¹⁵³. Buna karşılık, ibra davası sonucunda verilen hüküm, bir menfi tespit ilâmı olacak ve davacının dava konusu dönem, iş ve işlemler bakımından kanuna ve esas sözleşmeye aykırı bir fiilin bulunmadığı veya bundan dolayı tazmin etmesi gereken bir zararın olmadığı hükümle tespit edilmiş olacaktır¹¹⁵⁴.

İbra davası sadece ortaklığa karşı açılacak olup¹¹⁵⁵, ibra etmeme kararına oy veren pay sahiplerinin davada taraf olarak gösterilmesine hukuken gerek ve olanak yoktur. Bu bağlamda dava sonucunda verilecek karar da, ibra kararından farklı olarak sadece davalı ortaklığı bağlayacak ve ortaklığın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldıracaktır. Bu karardan sonra, ortaklığın kararın kapsamına giren konularda ibra etmeme ve dava açılmasına yönelik yeni genel kurul kararı alması da mümkün değildir¹¹⁵⁶. Bununla birlikte, pay sahipleri, söz konusu kararla bağlı olmaksızın sorumluluk davası açma hakkına yine sahip olacaklardır.

nedenlerin bulunmadığını ispat etmeleri gerektiği yönünde bkz. Aytaç, s. 178; ibra talebi veya ibra davası için kusursuzluğun ispatının yeterli olduğu yönünde bkz. Canöz, s. 315.

¹¹⁵³ Bu davanın aslında bir tespit davası olduğu yönünde bkz. Postacıoğlu, s. 1005.

¹¹⁵⁴ Aytaç, s. 179-180; ibra davasıyla genel kurulun ibra kararı vermesi ile aynı sonucun amaçlandığı yönünde bkz. Şener, s. 435; ibra davası sonucunda verilecek ilâmın ibra ile aynı anlama geleceği yolunda ayrıca bkz. Canöz, s. 345.

¹¹⁵⁵ Aytaç, s. 178.

¹¹⁵⁶ Mahkemenin, yönetim kurulunun ibra edilmesine yönelik bir zorlama kararı veremeyeceği, bununla birlikte, verilen tespit kararının *“kesin delil”* olarak herkese karşı ileri sürülebileceği yönünde bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 150a; bu konuda ayrıca bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 145.

Bu konuda ayrıca ifade etmek gerekir ki, ibra etmemeye ilişkin genel kurul kararının iptali davası TTK m. 445'e göre üç (3) aylık hak düşürücü süre içinde açılmak gerekirken, ibra davasının açılması konusunda herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Hatta, sorumluluk davasına ilişkin zamanaşımı süresi geçmiş olsa dahi ibra davası açılabilir. Süre bakımından buna bir engel yoktur. Bununla birlikte, bu olasılıkta, yöneticinin kendisine karşı açılacak sorumluluk davasında zamanaşımı def'inde bulunabileceği ve ayrıca zamanaşımı dolana kadar da bir dava açmadığı dikkate alındığında kendisinin artık ibra davası açmakta hukukî yararının bulunmadığı kanımızca savunulabilecektir.

9- İbra Yasağı

TTK m. 559'da, ibra yasağı düzenlenmiş olup; buna göre, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört (4) yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz¹¹⁵⁷. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz. Buna göre, ibra kararı ile sorumluluğun kaldırılabilmesi için, ortaklığın tescilinden itibaren dört (4) yıl geçmesi zorunludur. Bu hüküm sadece açık ibra kararları için değil, TTK m. 424'te yer alan örtülü ibra için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, dört (4) yıl içerisinde alınan bilançonun onaylanmasına ilişkin kararları ibra anlamına gelmez¹¹⁵⁸.

Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan buna aykırılık hâlinde kararın butlanı söz konusu olacaktır¹¹⁵⁹. Pay sahipleri, butlanı mahkeme kararı ile ayrıca tespit ettirmek zorunda olmaksızın ve ayrıca TTK m. 558'de öngörülen altı (6) aylık hak

¹¹⁵⁷ Yasağın getiriliş sebepleri ve bu bağlamda kurucular ile ilk yönetim kurulu üyelerinin kuruluştan sonraki ilk zamanlarda şirket üzerinde hâkim ve etkin role sahip olmaları nedeniyle yasağın düzenlendiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Domaniç, **Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet**, s. 81; Aytaç, s. 106.

¹¹⁵⁸ Aytaç, s. 106.

¹¹⁵⁹ Sakatlığın yokluk mu butlan mı olduğu konusunun tartışmalı olduğu yönünde bkz. Aytaç, s. 106, dn. 5; bu süre içinde gerçekleşen sulh ve ibra işlemlerinin kural olarak ortaklığı bağlamayacağı yönünde bkz. Domaniç, **Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet**, s. 83 vd.; yasağa rağmen ibra kararı verilmesinin yaptırım hakkındaki tartışmalar ile yasağın geçerli olduğu dört yıllık süre içinde zamanaşımının işlememesi gerektiği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 580, 582; butlan görüşü için ayrıca bkz. Canözü, s. 169.

düşürücü süreyle bağlı bulunmaksızın dava açabileceklerdir. Açılan sorumluluk davasında yöneticilerin, ibra kararına dayanmaları hukuken mümkün değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, butlan mahkemece re'sen dikkate alınacak bir olgudur¹¹⁶⁰.

D- Hak Düşürücü ve Zamanaşımı Süreleri

1- TTK'da Düzenlenen Süreler

TTK m. 560'da, sorumluluk davasının tâbi olduğu zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre, iki (2) ve beş (5) yıllık zamanaşımı süreleri söz konusu olup, tazminat talebi davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki (2) ve herhâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş (5) yıl geçmekle zamanaşımına uğrar¹¹⁶¹. Bununla birlikte, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.

Bu hüküm, sorumluluk davaları için öngörülmüş özel bir hüküm olduğundan, TBK m. 147/1-b-4'te yer alan ve anonim ortaklığın açacağı sorumluluk davaları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı akla gelebilecek olan genel zamanaşımı hükmü burada uygulanmaz¹¹⁶². Diğer yandan, söz konusu hüküm, her ne kadar

¹¹⁶⁰ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, C, 6, a.

¹¹⁶¹ Zamanaşımı sürelerinin daha uzun olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Haluk Tandoğan, "Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Düşünceler", **BATİDER**, Cilt III, Sayı 1, 1965, s. 123 vd.; Atan, s. 75; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 464; eTTK dönemindeki zamanaşımı hükümlerinin eleştirisi ve değişiklik önerileri için ayrıca bkz. Ersin Çamoğlu, "Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı", **BATİDER**, C. III, Sayı 2, 1965, s. 276-279.

¹¹⁶² Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 612b; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-145a; Altay, **Yetki Devri**, s. 347-348; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 457; Üçışık/Çelik, s. 582; eTTK döneminde, eTTK m. 309/4'te öngörülen zamanaşımı süresinin (özellikle, zararın ve sorumluların öğrenilmesinden itibaren başlayan iki yıllık sürenin) ortaklığın dava hakkı bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı idi. Azınlıkta kalan bir görüş, söz konusu süre pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkı bakımından uygulanacağı, buna karşılık ortaklığın dava hakkının eTTK m. 309'a tâbi olmadığı ve zamanaşımı konusunda beş yıllık tek bir süre öngören BK. m. 126/4 (TBK m. 147/1-b.4) hükmünün uygulanması gerektiği yönündeydi (Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 365, 386-387); aynı yönde olmak üzere, sorumluluk davası açılmasının BK. m. 126/4 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu yönünde bkz. Ansay, **İbra**, s. 423, dn. 77; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 76-77, 218. Diğer yandan, ağırlıklı görüş TTK'da yer alan hükmün (iki yıllık zamanaşımı süresinin) ortaklığı da kapsadığı şeklindeydi, bu yönde bkz. Mimaroglu, s. 123; Atan, s. 72; Tandoğan, **Müruruzaman**, s. 124; Çamoğlu, **ETTK'ya Göre Zamanaşımı**, s. 268; Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 54; Akdağ Güney, **Hukukî Sorumluluk**, s. 341. İsviçre hukuku bakımından da, sorumluluk davalarının tâbi olduğu zamanaşımı süreleri konusunda sadece İsviçre Borçlar Kanunu m. 760'ta yer alan 5 ve 10 yıllık sürelerle

“Şirketin zararı” bölümü altında düzenlenmiş ise de sadece şirket zararı için açılacak davalara ilişkin olmayıp, doğrudan zarara ilişkin açılacak sorumluluk davaları ile TTK m. 549 vd.’de düzenlenen özel sorumluluk hâllerine de uygulanması gereken zamanaşımı sürelerini düzenlenmektedir¹¹⁶³.

İki (2) yıllık sürenin başlaması için, zararın ve sorumlunun öğrenilmesi gerekir, bunlardan sadece birinin öğrenilmiş olması yeterli değildir¹¹⁶⁴. Bu bağlamda, zarardan sorumlu olan bütün kimselerin öğrenilmesi şart değildir¹¹⁶⁵. Zarar ve zarardan sorumlu olanlardan bir veya birkaçı öğrenilmişse, bu kişiler yönünden iki (2) yıllık süre işlemeye başlayacaktır¹¹⁶⁶. Diğer bir deyişle, zamanaşımı süresi her bir sorumlu (davalı) bakımından ayrı ayrı işleyecek, süre biri için dolmuşken, ötekiler için yeni başlıyor olabilecektir.

Zararın öğrenilmesi ile kastedilen, kapsam ve miktarının açıkça bilinmesi olmayıp, bir zararın varlığının bilinmesidir¹¹⁶⁷. Bu bağlamda, zararın varlığını bilebilecek durumda olmak da yeterli değildir, bunu fiilen bilmek gereklidir¹¹⁶⁸. Zarar bütün olarak doğmakla birlikte, hepsi aynı anda öğrenilmemişse, zararın öğrenilen kısmı için zamanaşımının işlemeye başlar; diğer yandan zararın bir bütün olarak değil de, süreç içinde nedensellik bağı kesilmeyecek şekilde kısım kısım ortaya çıkması hâlinde de, her kısım bakımından zamanaşımı süresi ayrı ayrı hesaplanır¹¹⁶⁹.

ilişkin hükmün uygulanacağı, buna karşılık haksız fiil zamanaşımının uygulanmayacağı yolunda ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 1.

¹¹⁶³ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-145a; Zekeriya Arı, “Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açabilecekleri Davalarda Zamanaşımı”, **EÜHFD**, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 195.

¹¹⁶⁴ Bu konuda bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 172 vd.

¹¹⁶⁵ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 458-459; Üçışık/Çelik, s. 583; Kortunay, s. 304.

¹¹⁶⁶ Mimaroglu, s. 122; Domaniç, s. 421; Çamoğlu, **ETTK’ya Göre Zamanaşımı**, s. 269; Atan, s. 74; bununla birlikte son yazar, davacıların öğrendikleri sorumlular hakkında dava açmamaların hâlinde, daha sonra yeni öğrendikleri sorumlulardan zararın tamamının tazmin edilmesini isteyemeyeceklerini, sadece bu kimselerin hisselerine düşen miktar nisbetinde talepte bulunabileceklerini savunmaktadır.

¹¹⁶⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 718; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 356; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 175-176; “... zararın kapsamı ve tutarının belli olmaması zamanaşımın başlamasına engel oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır” (bkz. Yarg. HGK’nın, 01.03.2017 T., 2014/21-2372 E. ve 2017/379 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. HGK’nın, 07.06.2017 T., 2016/21-2265 E. ve 2017/1081 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Buna karşılık, Atan, zarar bir bütün olarak doğmuş olmakla birlikte zararın tamamı öğrenilmemişse, zamanaşımının sadece öğrenilen kısım bakımından işleyeceğini ifade etmektedir; bkz. s. 74. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Mimaroglu, s. 122.

¹¹⁶⁸ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 176; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-145a.

¹¹⁶⁹ Çamoğlu, **ETTK’ya Göre Zamanaşımı**, s. 269; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 181.

Anonim ortaklık bakımından zararın ve sorumlunun tüm yönetim kurulu üyeleri tarafından öğrenilmiş olması şart değildir, yönetim kurulu üyelerinden birinin dahi öğrenmiş olması zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için yeterlidir¹¹⁷⁰. Zîra bu durumda, yönetim kurulu üyesinin dava açılmasına karar verilmek üzere genel kurulun toplantıya davet edilmesi için yönetim kurulunu harekete geçirmesi onun görevinin ve özellikle bağlılık borcunun (TTK m. 369) kapsamına girer. Bununla birlikte, hâlen görevdeki yönetim kurulu üyelerinin tamamına veya çoğunluğuna karşı dava açılması söz konusu ise, bu durumda genel kurulun zararı ve sorumluyu öğrenmesi gereklidir¹¹⁷¹. Bu durumda, yönetim kurulunun genel kurulu bu konuda toplantıya davet edip bilgilendirmesi ve kendi aleyhine dava açması söz konusu değildir. Bu açıklamalarımız, öğrenmeden başlayan iki (2) yıllık süre ile ilgili olup, zarara sebebiyet veren fiilden itibaren beş (5) yıllık sürenin işlemesine etkili değildir. Buna karşılık, öğretide savunulan diğer bir görüşe göre, görevdeki üyelere veya tek kişilik yönetim kurulunun üyesine karşı sorumluluk davası açılmasının gerekmesi hâlinde, pay sahipleri mahkemeden TMK m. 426/3 uyarınca bir temsil kayyımı atanmasını talep edebilirler ve bu hâllerde, iki (2) yıllık süre yeni seçilen yönetim kurulunun veya atanan temsil kayyımının göreve başladığı ve zarar ile sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹¹⁷². İki (2) yıllık sürenin yeni seçilen yönetim kurulunun öğrenmesinden itibaren başlamasını öngören bu görüşün, dava açmaya karar verme yetkisinin yönetim kurulunda olduğu fikrine dayanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Oysa kanımızca, dava açmaya karar verme yetkisi genel kurulda olup, bu nedenle genel kurulun öğrenmesi yeterlidir. Şüphesiz, yeni yönetim kurulunu seçen genel kurulun zarara sebebiyet veren ihlâlleri ve sorumluları öğrenmemiş olması ve yeni seçilen yönetim kurulunun sonraki bir tarihte bunları öğrenmiş bulunması hâlinde bu öğrenme tarihi esas alınacaktır.

¹¹⁷⁰ Üçışık/Çelik, s. 583; zarar ve faili öğrenecek olan organın genel kurul dışında kalan organlar olduğu yönünde ayrıca bkz. Domaniç, s. 705; buna karşılık, şirket adına açılacak dava bakımından zamanaşımının genel kurulun dava açılmasına ilişkin kararından itibaren başlayacağı yönündeki bir Yargıtay kararı için bkz. “TTK’nın 560. maddesine göre uygulanması gereken zamanaşımı süresinin 2 yıl olduğu ve kooperatif adına yetkili genel kurulca işbu davanın açılmasına dair kararın alındığı 18.08.2012 tarihli genel kurul toplantısı ile sürenin başladığı, yani dava tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmamış olduğu gerekçesiyle, hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekirken, ...” (bkz. Yarg. 23. HD’nin 16.11.2017 T., 2016/2547 E. ve 2017/3294 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁷¹ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 459; Atan, s. 74; Kortunay, s. 303.

¹¹⁷² Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 612c, yazar, ayrıca sorumluluk davası açılması gereken hâllerde, dava açılmasına karar verme yetkisinin yönetim kurulunun diğer üyelerine ait olduğunu ifade etmektedir.

Zarara sebebiyet veren eylem ve zarar devam devam etmekte ise, süreler işlemeye başlamaz, eylemin tamamlanmasından ve zararın tamamen gerçekleşmesinden itibaren süreler işler¹¹⁷³.

Zamanaşımı süresinin kesilmesi ve durması hakkında, TBK'nın genel hükümleri uygulanır. Buna göre, zamanaşımının müteselsil borçlulardan biri hakkında kesilmesi, diğer borçlular hakkında da kesilmesi sonucunu doğurur¹¹⁷⁴ (TBK m. 155). Örneğin, müteselsil borçlulardan biri hakkında dava açılması, kendisine dava açılmayan diğer sorumlular hakkındaki zamanaşımı süresini de kesmiş olacaktır (TBK m. 154/2, m. 155). Ancak, sorumlulardan biri hakkında davadan önce iki (2) yıllık zamanaşımı süresi dolmuşsa, dava açılmasının o kişi bakımından sonuç doğurması mümkün olmayacak ve zamanaşımı def'inde bulunulabilecektir. Diğer yandan, dava açma hakkına sahip bir kişi lehine zamanaşımının bu hükme istinaden tüm sorumlular bakımından kesilmesinden, dava hakkına sahip diğer kişiler yararlanmazlar, her biri için ayrı ayrı değerlendirme yapılır. Ayrıca, bu hüküm, sadece müteselsilen sorumlu olunan miktar bakımından zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğuracak, müteselsil sorumluluk miktarının dışında kalan bireysel sorumluluk miktarı varsa, bu kısım bakımından zamanaşımın kesilmesi sonucu gerçekleşmeyecektir. Bu bağlamda, zamanaşımının kesilmesine ilişkin TBK m. 155/1 hükmü, TTK m. 558/2'de düzenlenen altı (6) aylık hak düşürücü süre bakımından uygulanmayacaktır. Zîra söz konusu hüküm, sadece zamanaşımı sürelerine ilişkin olup, hak düşürücü sürelerle uygulanmaz. Buna göre, pay sahibinin önce, sorumlulardan sadece bir veya birkaçına karşı altı (6) aylık hak düşürücü süre içinde dava açıp, daha sonra (bu süre geçtikten sonra) diğer sorumlulara karşı yeni bir dava açması hukuken mümkün değildir. Ancak, ibra kararı olmayıp, zamanaşımı süresinin uygulanması söz konusu olsaydı, bir sorumluya karşı açılan dava tüm sorumlular bakımından zamanaşımını kesmiş olacağından (TBK m. 155/1) bu yola başvurulabilirdi.

¹¹⁷³ “Zararlandırıcı eylem devam ettikçe öğrenilmiş bir zarar söz konusu olamayacağı gibi, zamanaşımının başlamasından da söz edilemeyeceğinden mahkemece bu yön araştırılmadan zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 30.09.2004 T., 2004/1 E. ve 2004/9872 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); ayrıca aynı doğrultuda bkz. Mimaroglu, s. 122; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 458, 460; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 179.

¹¹⁷⁴ Bu konuda bkz. Canyürek, s. 102; Doğrusöz, s. 80. Ayrıca, eski BK. döneminde tam teselsül-eksik teselsül ayırımına bağlı olarak söz konusu hükmün uygulanması bakımından yaşanan tartışmalar için bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 338 vd.; Karayalçın, s. 661-662; Kırca, **Değişiklikler**, s. 648-649. Son yazar, bu hükmün yeni TBK'da muhafaza edilmesini eleştirmektedir; bkz. **Değişiklikler**, s. 652-654).

Beş (5) yıllık zamanaşımı süresi, zararı meydana getiren fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacaktır¹¹⁷⁵. Sorumlular birlikte gerçekleştirdikleri bir fiil, örneğin aldıkları bir yönetim kurulu kararı dolayısıyla sorumlu tutuluyorlarsa, bu süre hepsi bakımından aynı anda başlayacaktır. Buna karşılık, sorumlular farklı zamanlarda ayrı ayrı gerçekleştirdikleri fiillerle bir zararın doğmasına sebebiyet vermiş veya zarara katkıda bulunmuşlarsa, her bir sorumlu bakımından zamanaşımı süresi kendi fiilinden itibaren başlayacaktır.

Sorumluluk davasına konu vâkıanın (ihlâlin) aynı zamanda cezaî yaptırıma bağlanan bir suç teşkil etmesi hâlinde¹¹⁷⁶, ceza dava zamanaşımı daha uzunsa, sorumluluk davasına da bu zamanaşımı süresi uygulanır (TTK m. 560, son cümle). Burada kastedilen süre, öğrenmeden itibaren başlayan iki (2) yıllık süre değil, fiilin meydana geldiği tarihten itibaren başlayacak olan beş (5) yıllık süredir¹¹⁷⁷. Buna göre, iki (2) yıllık süre sâbit kalacak, beş (5) yıllık süre yerine daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu süre, mahkemece re'sen dikkate alınamayacak olup, davalı tarafın zamanaşımı def'inde bulunması üzerine davacı tarafça ileri sürülmelidir¹¹⁷⁸. Bu bağlamda, “*fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğinin*” nasıl ve kimin tarafından tayin edileceği sorusu akla gelmektedir. Diğer bir deyişle, sorumluluk davasına bakan hukuk hâkimi mi bunu tayin edecektir, yoksa ceza soruşturmasının açılmış olması şartı aranıp, bunun sonucu bekletici sorun (HMK m. 165) mu yapılacaktır? Öğretide savunulan bir görüşe göre, ceza soruşturması, kovuşturması veya davası açılmamış olsa dahi, hukuk hâkiminin bunu bekletici sorun yapması gerekir¹¹⁷⁹. Borçlar hukuku öğretisinde TBK m. 72 (BK. m. 60) bağlamında ortaya konulan diğer bir görüş ise, ceza zamanaşımının dikkate alınması için ceza soruşturmasının açılmasına dahi gerek görmemekte ve hukuk hâkiminin bunu

¹¹⁷⁵ Sorumluluğa yol açan olgu, bir eylemin gerçekleştirilmemesi ise, durumda zamanaşımının özen yükümlülüğü çerçevesinde o eylem ne zaman gerçekleştirilmeli idiye, zamanaşımı da o zaman başlayacaktır; bu konuda bkz. Kortunay, s. 304.

¹¹⁷⁶ Fransa'da yöneticilerin görevlerini ihlal etmeleri ile ilgili olarak ceza hukuku kapsamında sıkı bir incelemeye tabi oldukları ve cezaî yaptırımların hem caydırıcılık hem de zararların telafi edilmesini sağlama açısından yöneticileri görevlerini yerine getirmeye yönelttiği, yargılama giderleri veya dava riski içermediği için pay sahipleri bakımından cezaî şikâyetlerin daha cazip görüldüğü yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 887-889; Fransa'da, cezaî soruşturmalar şeklindeki kamu yaptırımının teşvik sorunlarını ve hissedarların bilgi dezavantajlarını hafiflettiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 239.

¹¹⁷⁷ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613; buna karşılık, ceza zamanaşımının hem kısa ve hem de uzun sürenin yerine geçeceği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. N. 231; Eren, **Genel Hükümler**, N. 2601; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 725; Altay, **Yetki Devri**, s. 348.

¹¹⁷⁸ Hâkimin ceza zamanaşımı süresini re'sen dikkate alamayacağı yönünde bkz. Atan, s. 76.

¹¹⁷⁹ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613.

değerlendireceğini savunmaktadır¹¹⁸⁰. Buna göre, hukuk hâkimi, ceza soruşturması açılmış olsa bile bunu bekletici sorun yapmak zorunda olmayıp, fiilin cezaî sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini bizzat kendisi incelemeli ve zamanaşımı süresi hakkında sonucuna göre bir karar vermelidir¹¹⁸¹. Bununla birlikte, fiilin cezayı gerektirmediği konusunda ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir karar varsa, bu karar şüphesiz sorumluluk davasına bakan mahkeme tarafından yapılacak değerlendirmede dikkate alınacaktır. Diğer yandan, ceza mahkemesinin kararı, iddia edilen fiilin gerçekleşmediği yönündeyse, bu karar hukuk hâkimini bağlar¹¹⁸² (TBK m. 74). Savcılık tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya bu karara itiraz üzerine sulh ceza mahkemesi tarafından verilen kararın hukuk hâkimini bağlayıcı bir etkisi yoktur; hâkim, bu kararları dikkate alıp almamakta serbesttir.

Ceza dava zamanaşımının sorumluluk davaları bakımından uygulanması konusunda, zarara sebebiyet verdiği iddia edilen her bir maddî vâkıa bakımından ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Daha açık bir anlatımla, birbirinden bağımsız çok sayıdaki maddî vakiyaya dayalı farklı zarar iddiaları objektif dava yığılması şeklinde (HMK m. 110) aynı dava dilekçesi ile talep edilmişse, bu vâkıalardan bir veya birkaçının suç teşkil etmesi hâlinde, ceza zamanaşımı tüm zarar iddiaları hakkında uygulanmayacak ve suçun tanımına girmeyen iddialar bakımından TTK'da öngörülen zamanaşımı süreleri dolmuşsa zamanaşımı def'ine istinâden bu iddialar bakımından davanın reddi gerekecektir.

TTK m. 560'ta öngörülen zamanaşımı süreleri, gerek anonim ortaklık gerek pay sahipleri için öngörülmüş bulunan sürelerdir. Beş (5) yıllık uzun zamanaşımı süresi, tüm davacılar için aynı anda (fiilin gerçekleştiği anda) işlemeye başlarsa da, öğrenmeden itibaren başlayan iki (2) yıllık süre her bir davacı bakımından ayrı ayrı hesaplanır¹¹⁸³. Örneğin, anonim ortaklık bakımından zamanaşımı dolmuşken, pay

¹¹⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 723; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, N. 232; Eren, **Genel Hükümler**, N. 2598-2599; bir fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğine ticaret mahkemesi hâkiminin karar vereceği yönünde ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-145a.

¹¹⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 723.

¹¹⁸² Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, N. 232; Eren, **Genel Hükümler**, N. 2599; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 723.

¹¹⁸³ Arslanlı, s. 194; Çamoğlu, s. 263; Pekcanıtez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 55; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 463; Kortunay, s. 304. Buna karşılık, öğretide, özellikle eTTK döneminde, ortaklar ve alacaklılar tarafından açılacak davalar bakımından da zamanaşımı süresinin şirketin öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği, aksi takdirde sorumluluk davalarının zamanaşımı sürelerinin her bir kimse için ayrı ayrı başlaması nedeniyle uzun bir süre devam edeceği,

sahibi zarar verici fiili ve sorumluyu henüz öğrenmediği için kendisi yönünden iki (2) yıllık süre daha işlemeye başlamamış dahi olabilir.

TTK'da, TTK m. 560'daki zamanaşımı süreleri dışında, yönetim kurulu üyelerinin tâbi olduğu yasakları düzenleyen hükümler bağlamında bazı özel zamanaşımı süreleri de öngörülmüştür. Bu bağlamda, rekabet yasağına aykırılık hâlinde, anonim ortaklığın sahip olduğu hakları kullanması için üç (3) ay ve bir (1) yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüş olup (TTK m. 396/3), bu sürelerin uygulanması gerekecektir¹¹⁸⁴. Yasa, hangi hakkın kullanılacağına seçiminin, rekabet yasağına aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere ait olacağını düzenlemiş ve bu bağlamda üç (3) aylık sürenin başlangıcı bakımından da, hakları kullanacak olan (diğer) üyelerin hukuka aykırı davranışı öğrenmesini esas almıştır (TTK m. 396/3). Burada, sürenin başlaması için diğer üyelerin tümünün hukuka aykırı davranışı öğrenmesi zorunlu olmayıp, diğer üyelere birinin veya birkaçının öğrenmesi yeterlidir¹¹⁸⁵. Aynı hükümde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin saklı bulunduğu ifade edilmiş olup (TTK m. 396/4), bu hüküm karşısında, anonim ortaklığın özel zamanaşımı sürelerinin geçmesinden sonra, TTK m. 560'ta düzenlenen süreler içinde zararının tazmini için genel hükümlere göre sorumluluk davası açıp açamayacağı sorusu akla gelmektedir. TTK m. 396/4'te genel hükümler saklı tutulmuş olmasa idi, bu soruya kolaylıkla olumsuz cevap verilebilirdi. Ancak, söz konusu açık hüküm karşısında, özel zamanaşımı sürelerini, sadece ortaklığın seçim hakkını kullanması ve şirket zararı yerine elde edilen menfaatlerin talep edilmesine yönelik dava açılması hâli ile sınırlı görmek, buna karşılık şirket zararının talep

ayrıca bu yolla şirketin zamanaşımına uğrayan dava hakkının ortaklar ve alacaklılar tarafından kullanılmasına olanak tanınmış olacağı, ortaklar ile alacaklıların zaten elde edecekleri tazminatı şirkete verecekleri, dolayısıyla ortaklar ile alacaklıların ancak şirket tazminat talep edebildiği sürece sorumluluk davası açabileceklerinin kabulünün daha doğal bir sonuç olduğu, ancak ortak ve alacaklıların şirketten önce zararı ve sorumluyu öğrenmeleri hâlinde kendileri bakımından sürenin bu tarihte işlemeye başlaması gerektiği yönünde savunulan görüş için bkz. Domaniç, s. 420.; Çamoğlu, **ETTK'ya Göre Zamanaşımı**, s. 270-271; Atan, s. 73; İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 276; eTTK döneminde yaşanan tartışma için ayrıca bkz. Arı, s. 187 vd.

¹¹⁸⁴ Dava için, üç ay içinde, genel kurulun toplantıya çağırılıp karar alınması gerektiği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 583 ve dn. 265.

¹¹⁸⁵ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 106-107; bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Çamoğlu, **Rekabet Yasağı**, s. 360. Buna karşılık, aynı yazar, başka bir eserinde, diğer üyelerin tümün öğrenmesinin şart olduğunu, bir üyenin öğrenmesi hâlinde durumu derhal yönetim kuruluna bildirmesi gerektiğini, aksi takdirde sorumluluğunun söz konusu olacağını, diğer üyelerin bulunmaması durumunda (örneğin, tek kişilik yönetim kurulu varsa) sürenin yeni seçilecek üyenin veya mahkemece TMK m. 426/3 uyarınca bu konuda atanacak kayyımın göreve başlayacağı tarihten itibaren işleyeceğini ifade etmiştir; bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613b. Tüm üyelerin öğrenmesi gerektiği ve sürenin başlangıcı bakımından son üyenin öğrenme tarihinin esas alınacağı yönünde bkz. Kortunay, 210. Bir üyenin öğrenmesinin yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz. Dinç, s. 97.

edileceği durumlarda TTK m. 560'da öngörülen genel zamanaşımı sürelerini uygulamak gerekecektir.

Öğretide, özel sorumluluk hâllerinde yukarıda belirttiğimiz rekabet yasağına aykırılıkta olduğu gibi özel bir zamanaşımı süresi öngörülemediği, zamanaşımının sorumluluğun hukukî niteliğine (örneğin, sözleşme veya haksız fiil zamanaşımı süreleri gibi) göre belirleneceği, zira TTK m. 560'ın genel hüküm olmadığı savunulmaktadır¹¹⁸⁶. Kanımızca, sorumluluk davası çerçevesinde ileri sürülecek tüm talepler, aksine özel bir düzenleme bulunmadıkça TTK m. 560'ta öngörülen zamanaşımı sürelerine tâbidir.

Zamanaşımının ileri sürülmesi, bir def'î olup, mahkemece re'sen dikkate alınmaz (TBK m. 161). Her bir davalı bakımından ayrı ayrı ve usûlüne uygun bir şekilde ileri sürülmesi gerekir. Bu nedenle, sadece ileri süren davalılar bu def'iden yararlanabilirler. Buna karşılık, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil etmesi hâlinde, mahkemece zamanaşımı dikkate alınmaz¹¹⁸⁷.

TTK m. 558/2'de, ibra kararı verilmesi hâlinde, ibraya olumlu oy verenler dışında kalan pay sahipleri bakımından dava hakkının altı (6) aylık sürenin geçmesiyle düşeceği düzenlenmiş olup¹¹⁸⁸, öğretide bu sürenin hak düşürücü¹¹⁸⁹ nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹⁰. Bu süre, zamanaşımı süreleri ile bir arada uygulanır, diğer bir deyişle, zamanaşımı süresi dolmamış olsa bile bu hükümdeki koşullar gerçekleşmişse pay sahibinin dava hakkı ortadan kalkar¹¹⁹¹. Hak düşürücü süre, TTK m. 558/2'de

¹¹⁸⁶ Üçışık/Çelik, s. 585.

¹¹⁸⁷ “Davadaki zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde bu olguların göz önünde bulundurulması gerekeceği tabiidir. ... davalı taraf davada bir yandan davacının organik bağ içinde olduğu ve davalı F. A.'ün yöneticisi ve tek ortağı bulunduğu şirketin ortağı olduğunu ve hakkın o şirkete karşı kullanılması gerektiğini savunurken ve diğer yandan imzaladığı sözleşmeyle 60 aylık sürede bir hak ileri sürmesinin mümkün bulunmadığına inandırılıp, güven telkin edilen ve yurt dışında yatırdığı parasını alamayacağını anlaşılmaması üzerine işbu davayı açtığı ileri sürülen davacıya karşı paranın yatırılış tarihine göre zamanaşımı süresinin dolduğunu belirterek zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşır bir tutum olmadığının kabulü gerekir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 03.04.2014 T., 2013/17933 E. ve 2014/6603 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁸⁸ Bu sürenin son derece kısa olduğu ve sorumluluk davalarını güçleştirip davaların etkisini azaltacak mâhiyette bulunduğu yolundaki eleştiri için bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 435.

¹¹⁸⁹ Zamanaşımı ve hak düşürücü süre arasındaki farklar için bkz. Kocayusufoğlu, s. 50-53; hak düşürücü süre konusunda ayrıca bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 25 vd.

¹¹⁹⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-143.

¹¹⁹¹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-147.

belirtilen koşullarla sınırlı olarak söz konusu olur, diğer bir deyişle, ibranın kapsamına girmeyen konular bakımından bu süre uygulanmaz. Ayrıca, TTK m. 424 uyarınca yıllık bilançonun onaylanması suretiyle örtülü ibranın gerçekleştiği durumlarda da ibra kararının tüm sonuçları gerçekleştiğinden, TTK m. 558/2 hükmünün bu hâlde de uygulanması ve yıllık bilançonun onaylanmasına olumsuz oy verenler bakımından altı (6) aylık hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiği kanısındayız.

Kısmî dava açılması hâlinde, yalnızca dava konusu kısım bakımından zamanaşımı kesileceğinden, dava dışındaki kısım için zamanaşımı süreleri işlemeye devam eder. Bununla birlikte, belirsiz alacak davası açılmışsa, zarar iddiasının tümü yönünden zamanaşımı kesilmiş olur¹¹⁹².

Sorumluluk davasının dava şartı eksikliğinden veya başka bir sebepten dolayı usûlden reddi hâlinde, davanın açılması ile birlikte ortaya çıkan zamanaşımı süresinin kesilmiş olması sonucu da ortadan kalkacaktır. Bu süre içinde zamanaşımı veya hak düşürücü süreler geçmişse, TBK m. 158'den yararlanılması söz konusu olacaktır. Bu hükme göre, bir dava veya def'i, mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış (60) günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir. Kanun, görev ve yetkinin yanı sıra, düzeltilebilecek bir yanlışlığın bulunması ve davanın süresinden önce açılmış olması hâllerini de ek süre verilebilecek hâller arasında saymıştır. Bu hâllerin kapsamına, kanımızca arabuluculuğa başvurulmadan veya genel kurul kararı alınmadan dava açılmış olması girmekte olup, bu nedenlerle davanın reddedildiği ve arada zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçtiği durumlarda davacının altmış (60) günlük ek süre içinde davasını ikâme etme imkânı vardır.

2- Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Süreler

BankK m. 141'de, Fon alacakları bakımından 20 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş ve aynı Kanun'un geçici 16. maddesinde bu hükmün “*makable şâmil*”

¹¹⁹² Pekcanıtez, **Belirsiz Alacak Davası**, s. 59; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1020; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 488; Türk hukukundaki ağırlıklı görüşün, belirsiz alacak davası açılmasının zamanaşımını alacağın tümü için keseceği yönünde olduğu, Alman Hukukunda da aynı görüşün geçerli bulunduğu konusunda bkz. Simil, s. 347 vd.

(geçmişe etkili) olduğu hukuka aykırı bir şekilde düzenlenmişti¹¹⁹³. Ancak, Anayasa Mahkemesi, 12.09.2014 tarih ve 29117 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 04.06.2014 tarih ve 2014/85-103 sayılı iptal kararı ile, zamanaşımı konusunda Fon lehine getirilen hükümlerin geriye etkili uygulanacağı yolundaki geçici 16. maddeyi iptal etmiştir¹¹⁹⁴. BankK m. 133'te ise, sorumluluk davaları bakımından beş (5) yıllık özel ve tek bir zamanaşımı süresi öngörülmüş¹¹⁹⁵, ancak bu sürenin başlangıcı onlarca yıl sürebilecek belirsiz bir noktaya taşınmıştır. Gerçekten, söz konusu hükmün birinci fıkrasında, iflâs ve tasfiyeye karar verilmesi hâlinde, *“tasfiyenin tamamlanması”*ndan itibaren beş (5) yıllık sürenin başlayacağı düzenlenmiş; ikinci fıkrada da bu sürenin *“bu bankaların başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir banka ile birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi hâlinde bu işlemlerin tamamlanmasını müteakip”* sürenin başlayacağı öngörülmüştür¹¹⁹⁶.

Bir zararın bulunup bulunmadığının ancak bu süreden sonra anlaşılabileceği düşünülebilir ise de, kanımızca böyle bir yaklaşım vârit olmayacaktır. Zîra, banka yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl edip etmedikleri ve bundan bir zararın doğup doğmadığının anlaşılması, tasfiyenin yapılmasına bağlı değildir. Tasfiye sonucunda tüm borçlar ödenmiş olsa dahi, diğer bir deyişle bir açık kalmasa bile, yönetim kurulu üyeleri kanuna ve esas sözleşmeye aykırı eylemlerinden yine sorumludurlar. Diğer bir deyişle, üyelerin sorumluluğunun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, tasfiyenin yapılmasından ve alacaklıların tüm alacaklarının alıp almadığından bağımsızdır. Ancak, kanun koyucu, bir yandan tasfiyenin tamamlanmış olmasını bir özel bir dava şartı olarak öngörmüş ve diğer yandan da, âdeta tasfiye sonucunda genel bir banka zararı varsa, bunun sebebi ne olursa olsun yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmak eğilimini benimsemiş görünmektedir. Oysa, tasfiye açığının veya genel olarak banka zararının sorumluluk davasının konusunu teşkil etmesi hukuken mümkün olmayıp, yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinin ve bundan doğan zararların her bir üye bakımından ayrı

¹¹⁹³ Benzer bir hükme, daha önceki 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 sayılı Kanun'la eklenen Ek 3. maddede yer verilmiş ve 20 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştü.

¹¹⁹⁴ İptal kararından önceki dönemde, bu hükmün geriye dönük uygulanmaması gerektiği ve geriye yürüme hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki eleştiri için bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613a.

¹¹⁹⁵ Beş yıllık sürenin, tazminat istemi yönünden zamanaşımı, iptal istemi bakımından ise hak düşümü süresi niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 47.

¹¹⁹⁶ Bankacılık Kanunu'nun 133. maddesinde yer alan bu özel düzenlemenin, zarar doğurucu işlemin meydana gelmesinden itibaren başlayan sorumluluk davasına ilişkin genel zamanaşımı hükmünü değiştirdiği yolunda bkz. Kırca, **İbra Kararlarının Geri Alınması**, s. 48-49.

ayrı, somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Diğer yandan, BankK m. 133/2’de öngörülen, “*bu bankaların başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir banka ile birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi*” olasılığında Fon’un sorumluluk davası açabilmesi de, başlı başına hukuka ve sorumluluk sistemine aykırıdır. Zîra, sorumluluk davasının konusu, anonim ortaklık (banka) malvarlığında gerçekleşen zararın tazmini olup, Fon esasen banka adına (nitekim, daha önce açılmış davalara da yasanın deyişiyle bankanın kanunî halefi sıfatıyla devam ederek) bu dava hakkını kullanmaktadır.

Bankanın devredilmesi, başka bir banka ile birleşmesi, hisselerinin devredilmesi durumlarında Fon’un anonim ortaklık ile bir bağı kalmamaktadır. Fon’un bir yandan zararın ilişkin bulunduğu payları devredip, diğer yandan paylarını devrettiği ve yasal anlamda pay sahipliği sıfatını yitirdiği banka malvarlığıyla ilgili zararın tazmini talebini uhdesinde tutmaya devam etmesi, kanımızca maddî hak kavramı ile bağdaşmamaktadır. Nitekim, kanun koyucu da getirdiği bu düzenlemelerin sisteme aykırılığının bilinciyle, BankK. m. 133’ün kenar başlığını “*Sorumluluk Davalarına İlişkin İstisnâî Yetkiler*” olarak düzenlenmiştir. Açıkladığımız nedenlerle, bu düzenlemelerin yerinde olmadığı ve hukuk güvenliği ile de bağdaşmadığı kanısındayız¹¹⁹⁷.

E- Yönetim Yetkilerinin Devri

Yukarıda açıkladığımız üzere¹¹⁹⁸, TTK m. 367’ye uygun olarak yapılan geçerli bir yetki devri, asli sorumluluğun da devri anlamına geldiğinden, davalı yönetim kurulu üyeleri bakımından esasa ilişkin önemli bir savunma sebebi teşkil eder. Zîra, yetkiyi devredenler, devralanların eylem ve kararlarından dolayı sorumlu tutulmazlar; sadece gözetim görevini yüklenirler. Gerçekten, geçerli bir yetki devri ile birlikte, yetki devri yapan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gözetim sorumluluğuna

¹¹⁹⁷ Bu hükmün hukuk güvenliğini ortadan kaldırdığı ve ayrıca TTK m. 560’ta eylemin bir suç teşkil etmesi hâlinde ceza zamanaşımı sürelerinin uygulanacağının belirtilmesi suretiyle zamanaşımının bazı durumlarda kısa süreye dönüşmesinin telâfi edildiği, bu nedenle Bankacılık Kanunu’ndaki aşırı zamanaşımı sürelerine ihtiyaç bulunmadığı yönünde bkz. Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 231.

¹¹⁹⁸ Yönetim yetkilerinin devrinin sorumluluğa etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, G.

indirgenir¹¹⁹⁹. Bu durumda, aslî - gözetim sorumluluğu ayrımı söz konusu olur. Yetkiyi devralanlar aslî sorumluluğa, devredenler de gözetim sorumluluğuna tâbi olurlar¹²⁰⁰.

Gözetim sorumluluğunun unsurları, TTK m. 553/2-3 ve m. 375/1-a, e hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, seçimde, talimat vermede ve gözetimde makul derecede özen gösterilmesidir¹²⁰¹. Seçimde makul özen gösterilmesi, bizim de katıldığımız görüşe göre¹²⁰², diğer unsurlardan farklı bir anlam ve öneme sahip olup, seçimde makul özen gösterilmemiş olması TTK m. 553/2'de yönetim kurulu üyelerinin aslî sorumluluğa tâbi olacakları bir hâl olarak düzenlenmiştir. Zîra, seçimde mâkul özen yoksa, artık talimat verme ve gözetimde özen gösterilip gösterilmediğinin bir önemi kalmamaktadır¹²⁰³. Buna karşılık, talimat ve gözetimde makul derecede özen gösterilmemesi, devredenlerin sorumluluğunu gerektirmekle birlikte, bu sorumluluk, yetkiyi devralanlarla aynı kapsamda ve aslî sorumluluk düzeyinde olmayacaktır. Nitekim farklılaştırılmış teselsül ilkesi dikkate alındığında, yetkiyi devredenler devralıp işi bizzat yapanlar, diğer bir deyişle aslî sorumluluğa tâbi olanlar ile sadece gözetim sorumluluğuna tâbi olanlar, kural olarak (seçimde makul özen gösterilmemiş olması hâli hariç olmak üzere), eşit sorumluluğa tâbi tutulmamalıdır¹²⁰⁴. Buna karşılık, seçimde, talimat ve vermede ve gözetimde gerekli özenin gösterildiğinin ispatlanması¹²⁰⁵ hâlinde ise, yönetim kurulu üyelerinin gözetim sorumluluğu da söz konusu olmaz.

Yönetim kurulu üyelerinin aslî sorumluluktan kurtulabilmeleri için, devrin geçerli bir devir olması, diğer bir deyişle TTK m. 367'de öngörülen koşulların yerine

¹¹⁹⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-67; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 81; ayrıca, yetki devrinin sorumluluğu sınırlayıcı (daraltıcı, sorumluluktan kurtarıcı) ve hafifletici olmak üzere iki ayrı etkisinin olduğu yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 95 vd.

¹²⁰⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 286; Doğan, s. 247 vd.; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 40; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 42; Kortunay, s. 97 vd.; Koç, s. 131 vd.

¹²⁰¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 296-297, 138; Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 11, 13; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 612-613; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 99; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 11 ve § 63, N. 19; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 40; Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 132; Kortunay, s. 100; Ay Kaplan, s. 68-73; Battal, s. 37.

¹²⁰² Altay, **Yetki Devri**, s. 295, 302-303; Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 8, 9, 11, 15-16.

¹²⁰³ Bu konuda bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 11.

¹²⁰⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 305, ayrıca bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 17-18. Şüphesiz ki, gözetim yükümlülüğünün seçim dışındaki diğer unsurlarının (talimat verme ve gözetim) kasten veya ağır kusurla ihlal edilmesi hâlinde, gözetim yükümlüsü olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu aslî sorumluluğa yaklaşabilecek ve hatta somut olaya göre eşit olabilecektir.

¹²⁰⁵ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 1, c ve 4.

getirilmiş olması gerekir¹²⁰⁶; aksi takdirde üyeler, seçimde, talimat vermede ve gözetimde makul derecede özen göstermiş olsalar dahi sorumluluktan kurtulamazlar ve geçersiz bir şekilde yetkiyi devralanların karar ve işlemlerinden dolayı aslî sorumluluğa tâbi olmaya devam ederler. Bu nedenle, her somut olayda, TTK m. 367'deki koşulların yerine getirilip getirilmediği incelenmelidir.

Bu bağlamda, yetki devrine rağmen, yönetim kurulu üyelerinin başta TTK m. 375 olmak üzere kanunda düzenlenen vazgeçilmez ve devredilemez görev ve yetkilerin yerine getirilmesine ilişkin sorumluluğu devam eder ve bu sorumluluk aslî ve sürekli bir sorumluluktur¹²⁰⁷. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin bu tür görev ve yetkileri ile ilgili olarak yetki devri gerçekleştirildiğinden bahisle yapacakları bir savunma dinlenmez; bilâkis, bu şekilde hareket etmiş olmaları hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, diğer unsurların da varlığı hâlinde sorumluluklarını gerektirir. Bu bağlamda, yetki devri yapılmayan hâllerde, kanun gereği yönetim ve temsil yetkisine sahip bulunan (TTK m. 365, 370) yönetim kurulu üyeleri bir yönetim kurulu kararı almadan bazı işlemler gerçekleştirmişler ve bundan da bir zarar doğmuşsa, bu durumda da sadece işlemi yapanların sorumlu tutulması, diğer üyelerin ise sorumluluğuna

¹²⁰⁶ Altay, geçerli yetki devrinin aslî sorumluluktan kurtarıcı etkisinin bulunduğunu, ancak bu durumda gözetim sorumluluğunun doğacağını, aksi takdirde yönetim kurulu üyelerinin aslî sorumluluğunun devam edeceğini belirtmektedir; bkz. **Yetki Devri**, s. 286; aynı yönde bkz. Doğan, s. 268 vd. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) da, TTK m. 553/2 hükmünün söz konusu olabilmesi için, mutlaka TTK m. 367'deki koşullara uygun bir şekilde yönetim yetkilerinin devredilmesinin zorunlu bulunduğunu (s. 612), aynı şekilde temsil yetkisinin devrinde de TTK m. 367'deki koşullara uygun hareket edilmiş olmasının TTK m. 553/2'nin uygulanması için şart olduğunu ifade etmektedir (s. 616-621). Akdağ Güney, geçerli bir delegasyon yoksa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam edeceğini (**Yönetim Kurulu**, s. 93-94) belirttikten sonra, eserinin ilerleyen bölümlerinde, TTK m. 553/2 hükmünün uygulanmasının geçerli bir yetki devri olmasa dahi söz konusu olabileceğini, buna göre fiilî organın varlığı halinde yönetim kurulunun şekli organ olmayan kimsenin seçiminde, talimat verilmesinde ve gözetiminde gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabileceğini savunmaktadır; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 105-106. Kanımızca, bu görüşe katılma olanağı yoktur. Zira her şeyden önce, TTK m. 553/2'de "*kanuna dayanarak*" devri yapılması açıkça öngörülmüş olup, bunun yok sayılması mümkün değildir. Ayrıca, geçerli bir devir olmamasına rağmen, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulacağını kabul etmek, onların hukuka aykırı davranışlarının bir anlamda ödüllendirilmesi anlamına gelecektir ki, sorumluluk hukuku bağlamında buna cevaz verilmesine olanak yoktur. Diğer yandan, fiilî organın varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyelerinin fiilî organı seçmesi, ona talimat vermeleri veya onun faaliyetinin gözetimini gerçekleştirmeleri de söz konusu değildir, hatta, çoğu zaman yönetim kurulu üyeleri fiilî organın kontrolünde olan inancılı üye konumundadırlar.

¹²⁰⁷ Kayıhan, 35 vd., 64-66, 129; Altay, **Yetki Devri**, s. 287; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-70; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 564; Doğan, s. 194 vd.; Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 190; gözetim görevi konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ay Kaplan, s. 67 vd., 131 vd.; üst gözetim-dar anlamda gözetim ayırımı konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 115, s. 200 vd.; gözetim görevinin devredilebileceği, ancak üst gözetimin devredilemeyeceği yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 267.

başvurulamaması gerekir. Zîra, bu konuda bir yönetim kurulu kararı olmadığı gibi, diğer üyelere atfedilebilecek bir eylem ve işlem de yoktur¹²⁰⁸.

Diğer yandan, Tekinalp, TTK m. 553/2’de, devrin sadece yönetim kuruluna özgülenmediğini, bu nedenle esas sözleşmede hüküm olması kaydıyla yöneticilerin de görev ve sorumluluk devri yapmalarının mümkün olduğunu ifade etmektedir¹²⁰⁹. Bu görüşün sonucu ve gereği, yetki devri yapan yöneticilerin de yetki devrinden bahisle sorumluluktan kurtulabilmeleridir. Kanımızca, TTK m. 367 sadece yönetim kuruluna devri yetkisi verdiğinden ve TTK m. 553/2’nin söz konusu olabilmesi için TTK m. 367’ye uygun bir devir yapılması şart olduğundan, yöneticilerin yetki devrinde bulunmaları mümkün olmayıp, bu halde ancak fiili organın varlığından bahsedilebilir ve bu durumda da TTK m. 553/2 söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle, bu hâlde, yetki devri yapan yöneticiler, yetki devrinin sorumluluktan kurtarıcı etkisinden yararlanamazlar, hem geçersiz yetki devri yapan yönetici aslen sorumlu kalmaya devam eder, hem de geçerli bir şekilde kendisine yetki devri yapıldığı düşüncesiyle hareket eden yönetici fiili organ olarak sorumlu olur.

Yetki devrinin sorumluluğa etkisi, sadece devrin kapsamına giren konularla sınırlıdır. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyeleri yetki devri yaptıkları konularda kural olarak sorumlu olmazlar, buna karşılık diğer konularda aslî sorumluluğa tâbi olmaya devam ederler. Aynı şekilde, kendisine yetki devredilenler de, sadece devrin kapsamına giren konular bakımından sorumluluğa tâbidirler¹²¹⁰. Bu noktada, gerek yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin gerek devralanların sorumluluğunun

¹²⁰⁸ Buna karşılık, Yargıtay, aksi görüşte olup, sözleşmede imzası bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin de kanun gereği sözleşmeyi imzalayanlarla birlikte müteselsilen sorumlu olduklarına karar vermiştir: “Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK’nın 336. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiş, ancak son fıkrasında bu durumun aynı Kanun’un 319. maddesindeki koşulların varlığı halinde geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Davalı yönetim kurulu üyelerinden sorumlu tutulanların kooperatiflerin inşaatı veya asansör işiyle özel olarak görevlendirildiğine dair alınmış iş bölümüne ilişkin bir kararın bulunmaması karşısında, salt sözleşmeyi imzalamış olmaları, sözleşmede imzası olmayan diğer yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip değildir. Bu durumda, sözleşmede imzası olmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin de yasadaki kaynaklanan müteselsil sorumlulukları gereği ortaya çıkan zarardan sözleşmede imzası olan davalı yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu tutulmalarına karar verilmesi gerekirken, müteselsil sorumluluğa engel olan ayırık yasal duruma ilişkin koşulların somut olayda gerçekleşmediği nazara alınmadan, yazılı şekilde sözleşmede imzası bulunmayan yönetim kurulu üyeleri hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 17.12.2007 T., 13253/15908 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁰⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-68.

¹²¹⁰ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 95; Altay, **Yetki Devri**, s. 262, 370; Doğan, s. 275.

tespitinde TTK m. 367 uyarınca hazırlanan iç yönerge büyük bir önemi hâiz olup, iç yönergede yer alan görev dağılımı ve tanımları belirleyici olacaktır¹²¹¹. Zîra davalı, meydana gelen zararın kendi yetki ve görev alanını ilgilendirmediyi ve gözetim borcunu yerine getirdiyi ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu nedenle, iç yönergenin, şekli, genel ve yüzeysel ifadeler içermemesi, yöneticilerin görev tanımlarını ve sınırlarını, kimin kime bağlı ve kime bilgi sunmakla yükümlü olduğunu açık bir şekilde içermesi, ayrıntılı, somut, gerçekçi ve uygulanabilir bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. İç yönergenin TTK m. 367’de öngörülen aslî içeriğe sahip olmaması hâlinde, geçerli bir yetki devrinin bulunmadığı ileri sürülebilecektir¹²¹².

Yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına yetki devri yapılmışsa, bu kişiler (yetkiyi devralanlar) hem devredilemez görev ve yetkiler ve hem de kendilerine devredilen görevler bakımından aslî sorumluluğa tâbi olurlar¹²¹³. Bu bağlamda, murahhas üyenin, dar anlamda gözetim yükümlülüğünün varlığından bahsedilemez; diğer bir deyişle, murahhas üyenin başka yöneticilerin varlığı hâlinde onların üzerinde sadece TTK m. 375/1-e uyarınca üst gözetim ödevi vardır; TTK m. 553/2-3 anlamında (dar anlamda) gözetim yükümlülüğü yoktur, zira kendisi de yetkiyi devralanlar arasında bulunmaktadır¹²¹⁴.

Gözetim sorumluluğu bağlamında, yönetim kurulu üyelerinin seçimde, talimat vermede ve gözetimde göstermeleri gereken özen konusunda uygulanacak kriter, TTK m. 369’da yer alan özen ve bağlılık borcudur¹²¹⁵. Bu konuda, TTK m. 553/2’de

¹²¹¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 258, 280, 286, dn. 18; ayrıca iç yönergenin, gözetim sorumluluğu bakımından ölçü teşkil ettiği hakkında bkz. s. 193-194, 270 ve özellikle 137 vd.; aynı doğrultuda bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 606; Kayar/Özatlan, s. 24; iç yönergenin sorumlulukla ilgili ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesinde önem arz ettiği yönünde ayrıca bkz. Kortunay, s. 89.

¹²¹² Doğan, s. 272; Altay, **Yetki Devri**, s. 194; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 86; bu konuda ayrıca bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 606.

¹²¹³ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, 282-283; yetki devrinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olması veya yönetim kurulunun yetkisini aşması hâlinde yönetim kurulu üyelerinin murahhas azanın sebebiyet vereceği zararlardan dolayı sorumlu olacakları yönünde bkz. Arslanlı, s. 191; devredilemez görev ve yetkilerin devri hâlinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olacağı konusunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 51; Doğan, s. 272-273; vazgeçilemez ve devredilemez yetkiler bakımından yönetim kurulunun aslî sorumluluğa tâbi bulunduğu yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 17.

¹²¹⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 285; buna karşılık Doğan, yönetim kurulu üyelerinin kendi faaliyetlerinin gözetimini yürütemeyeceklerini, zira bir kimsenin hem icra eden hem de kontrol eden konumunda olamayacağını, yönetim kurulunun bir denetim komitesi oluşturmak suretiyle gözetim işlevini büyük ölçüde yerine getirmiş olduğunun kabul edilebileceğini savunmaktadır, bkz. s. 284-285.

¹²¹⁵ Altay, **Yetki Devri**, s. 289-290; seçimde makul özen gösterme sorumluluğunun ilk dayanağının TTK m. 369 olduğu yönünde ayrıca bkz. Doğan, s. 279; buna karşılık, TTK m. 553/2’de özel ve TTK

seçimde “*makul derecede özen*” gösterilmesinden bahsedilmiş ise de, bu hükmün TTK m. 369 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zîra TTK m. 369, yönetim kurulu üyelerinin tüm görevlerinde dikkate alınacak temel bir borç ve kriter getirmektedir. Ancak, yetki devri hâlinde, özen ve bağlılık borcunun konusu, seçim, gözetim ve talimat konuları ile vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkilerin yerine getirilmesi ile sınırlı olacaktır¹²¹⁶. Buna göre gerek seçimde gösterilecek makul özen gerek talimat verme ve gözetim bakımından gösterilecek özenin ölçüsü “*tedbirli bir yöneticinin özeni*”dir. Böylece, anonim ortaklığın büyüklüğü, faaliyet alanı, pazardaki konumu, hedefleri, devredilen yetkinin niteliği ve kapsamı, devredilen yetkinin uzmanlık gerektirip gerektirmediği ve devralan kişinin de kişisel nitelikleri ve uzmanlığı, yönetim kurulunun gerekli raporlama, bilgi akışı ve kontrol mekanizmalarını oluşturup oluşturmadığı ve bunları etkin bir şekilde işletip işletmediği gibi hususlar da dikkate alınarak yönetim kurulu üyelerinin tedbirli bir yönetici gibi hareket edip etmedikleri belirlenecektir. Burada, belirttiğimiz kriterlere göre “*olması gereken bir tedbir yönetici*” çerçevesi çizilecek ve somut olayın buna uyup uymadığı değerlendirilecektir.

Şüphesiz, yetki devrine konu alanın teknik ve meslekî bir uzmanlık gerektirmesi hâlinde, yönetim kurulu üyelerinin özellikle talimat verme ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmeleri de bir hayli güçlük arz edebilecektir. Ancak, konunun uzmanlık gerektirmesi ve yetkiyi devralanın uzman olması, yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtaran bir savunma olamaz. Bu durumda, gerekli bilgi akışı ve raporlama düzeninin oluşturulup oluşturulmadığı, raporların yönetim kurulunda görüşülüp gerektiğinde yöneticilere sorular sorularak bilgi alınıp alınmadığı, önemli konularda ortaklık dışındaki uzman kuruluşlardan danışmanlık alınıp alınmadığı, denetim mekanizmalarının kurulup kurulmadığı gibi, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak belirlenecek hususlar, gerekli özenin gösterilip gösterilmediği konusunda belirleyici olabilecektir¹²¹⁷. Bu bağlamda vurgulanması gereken bir husus,

m. 369’a nazaran hafif bir özen yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-59.

¹²¹⁶ Buna karşılık, yetki devrinin sadakat yükümlülüğünü sınırlandırdığı, buna göre, devreden kimsenin sorumluluğunun, yetkiyi devredeceği kişiyi seçmekle sınırlı olduğu, devir yapıldıktan sonra, sadakat yükümlülüğünün ve ihlâli hâlinde sorumluluğun devralana ait bulunduğu yönünde bkz. Ayan, s. 118.

¹²¹⁷ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 288-289; Doğan, s. 282-283; yönetim kurulu üyelerinin gerekli uzman bilgisine sahip olmamaları hâlinde, uzmanlardan, örneğin hesap (malî uzmanlardan ve hukukçulardan tavsiye alması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 4..

mahkemenin gözetim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda yapacağı araştırmanın, hiçbir zaman yerindelik incelemesi olmadığıdır¹²¹⁸.

Gözetim yükümlülüğü, bütün yönetim kurulu üyelerinin üzerine düşen bir sorumluluk doğurur. Yukarıda belirttiğimiz gibi, herhangi bir yönetim kurulu üyesinin kendisine yetki devri yapıldığından bahisle bu sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir. Zîra, kendisi diğer yöneticilerin seçimine ilişkin yönetim kurulu kararına katılacak ve TTK m. 375/1-a, e hükümleri uyarınca talimat verme ve üst gözetim yükümlülüklerine tâbi olmaya devam edecektir. Bununla birlikte, her bir yönetim kurulu üyesinin münferiden yöneticilere talimat vermesi mümkün olmayıp, yönetim kurulunun bir organ (kurul) olarak talimat vermesi ve gereğinde yöneticiyi azletmesi söz konusudur¹²¹⁹. Bu nedenle, bir sorunu, zarar verici bir durumu veya talimat verilmesi gereğini tespit eden üye, yönetim kurulunun gündemine getirerek bunun müzakeresini sağlamalı ve yöneticiye talimat verilmesi veya onun azli için gereken açıklama ve çalışmayı yapmalıdır¹²²⁰. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesi, bilgi edinme ve inceleme hakkını da¹²²¹ (TTK m. 392) etkin bir şekilde kullanmalı, gereğinde yönetimle görevlendirilen kişilerden ve mevcutsa komitelerden (TTK m. 366/2) yönetim kurulunda bilgi almalı ve onlara sorular sormalı, ilgili belge, kayıt, yazışma ve raporları incelemeli, yöneticilerin yönetim kuruluna davet edilerek konunun tartışılmasını sağlamalıdır. Zîra, bilgi alma ve inceleme, hak olmanın yanı sıra bir yükümlülüktür. Tüm bu hususlar, farklılaştırılmış teselsül bağlamında her bir kişinin ayrı ayrı sorumluluğu belirlenirken dikkate alınacaktır.

Yönetim kurulu tarafından verilen talimatların yerine getirilmesi, yetki devri yapılan yöneticiler bakımından bir yükümlülüktür¹²²². Diğer bir deyişle, yetkiyi

¹²¹⁸ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, G ve ayrıca aşağıda Dördüncü Bölüm, I, B, 5.

¹²¹⁹ Talimatın sözlü veya yazılı olabileceği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 138.

¹²²⁰ Gözetim yükümlülüğünün, birçok durumda zararın gerçekleşmesini önlemeyeceği, olsa olsa zararın artmasına veya yeni zararların ortaya çıkmasına engel olacağı yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 300-301.

¹²²¹ Bu konuda ve özellikle bu hakkın yöneldiği amacın ağır sorumluluk hükümlerine tâbi yönetim kurulu üyelerinin konumlarını güçlendirmek olduğu, bu hakkın aynı zamanda devredilemez ve vazgeçilmez nitelikteki üst gözetim görevinin de bir gereği olduğu, bu bağlamda bunun aynı zamanda bir yükümlülük teşkil ettiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Kortunay, s. 307 vd., özellikle 311-313; yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmeleri için kendilerine tanınan en önemli olanağın bilgi alma ve inceleme hakkı olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Kayıhan, s. 130.

¹²²² Yönetim kurulunun bir yandan yetkilerini devredip daha sonra yetkiyi devralanlara talimat vermesinin çelişki arz edeceği, zira yetki devri ile birlikte devredilen yetkiler bakımından yönetim kurulunun yönetme yetkisinin sona ereceği yönündeki görüş için bkz. Arslanlı, s. 123-125; aynı yönde

devralanlar, yönetim kurulunun vereceği talimatlara uymalıdır. Nitekim, talimatlara uyulmaması durumunda yönetim kurulunun yöneticiyi azletmesi (yetkiyi geri alması) mümkündür, hatta yönetim kurulu herhangi bir sebep göstermeden de her zaman azil yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun verdiği talimatın, ortaklık menfaatine aykırı olması hâlinde yöneticilerin, tâbi oldukları TTK m. 369'da düzenlenen bağlılık ve özen borcu da dikkate alınarak, söz konusu talimatın şirket menfaatlerine aykırılığı ve bundan dolayı bir zararın doğabileceği konusunda yönetim kurulunu uyarması gerektiği kanısındayız. Talimatta ısrar edilmesi hâlinde ise, söz konusu talimat bir işlemin yapılması veya kararın alınması şeklinde yöneticiye hareket alanı bırakmayacak nitelikte ise, yönetici bu işlemi yapabilmeli ve sorumluluğa tâbi olmamalıdır. Zîra bu varsayımda, yöneticinin iradesi rol oynamamakta, zarar doğrudan yönetim kurulunun verdiği bir talimat dolayısıyla doğmaktadır. Hatta, burada TTK m. 553/3 bağlamında yöneticinin kontrol alanı dışında kalan bir durumun varlığından söz edilmesi de mümkündür. Bununla birlikte, talimatın kanuna ve esas sözleşmeye açıkça aykırı bulunması ve şirketi açıkça zarara uğratabilecek nitelikte olması gibi hâllerde, somut olaya göre yöneticilerin istifa etmesi gerektiği de söylenebilecektir. Buna karşılık, talimata rağmen yetkiyi devralan yönetici karar verme yetkisini sürdürüyorsa, diğer bir deyişle yöneticinin talimata rağmen karar verme konusunda bir hareket alanı kalmışsa, bu durumda yetkiyi devralan yöneticilerin asli sorumluluğu ve talimat veren yönetim kurulu üyelerinin ise gözetim sorumluluğu söz konusu olacak ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumluluk miktarları belirlenecektir¹²²³. Şüphesiz, somut olayın özellikleri bu konuda belirleyici olacaktır.

Yönetim yetkilerinin etkin ve verimli bir şekilde kullanılabilmesi için, yönetim teşkilatının da ortaklığın ihtiyaçlarına ve somut olayın gereklerine uygun olarak belirlenmesi ve yetki devrine esas olan iç yönergenin de aynı doğrultuda, gerçekçi, somut ve fiilen uygulanabilir nitelikte bulunması ve hatta bunun da ötesinde fiilen de uygulanıyor olması gerekir. Bu, yetkiyi devredenler bakımından gözetim yükümlülüğünün amaca uygun bir şekilde yerine getirilmesi için zorunlu olduğu gibi,

bkz. Atan, s. 34; Ünal, s. 87; aynı doğrultuda olmak üzere, bazı yetkilerin kullanılmasının yönetim kurulunun onayına tâbi tutulmasının mümkün olmadığı, bunun Murahhaslık ve sorumluluk kurumları ile bağdaşmayacağı, buna rağmen esas sözleşmede veya iç yönergede onaya tâbi bazı yetkilerin düzenlenmiş olması hâlinde bu yetkilerin devredildiği kişilerin Murahhas niteliğini kazanmayacağı ve bunun yönetim kuruluna bağlı çalışma anlamına geleceği yönünde bkz. Doğan, s. 285-286; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, G.

¹²²³ Bu yönde bkz. Doğan, s. 287; Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 191.

yetkiyi devralanlar bakımından da devir konusu yetkilerin herhangi bir aksama yaşanmadan sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi için önemlidir¹²²⁴. Bu bağlamda, yönetim teşkilatı ile iç yönergedeki eksiklikler ve iç yönergenin fiilen uygulanmaması, yetkiyi devralanlar bakımından somut olaya göre ileri sürülebilecek birer savunma niteliğindedir.

Diğer yandan, uygulamada, parasal ve konusal sınırlar öngörülerek temsil yetkisi bağlamında “*A, B, C... grubu imza yetkilileri*” gibi çeşitli imza grupları oluşturulduğu görülmektedir¹²²⁵. Böyle bir sınıflandırma, yönetim ve temsil yetkisinin geçerli bir şekilde devri (TTK m. 367, 370) anlamına gelmemekte ve esasen, TTK sistemine (m. 371/3) aykırı bulunmaktadır. 6552 sayılı Kanun’la TTK m. 371’e eklenen 7. fıkra hükmü ile bu şekildeki düzenlemeler yasal bir temele kavuşturulmuş olmakla birlikte, buna göre yapılan atamalar yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarmayacaktır, zira yukarıda belirttiğimiz üzere bu atamalar yönetim yetkisinin devri mâhiyetinde değildir¹²²⁶.

F- İhlâlin Kontrol Dışında Kaldığı Savunması (TTK m. 553/3)

TTK m. 553/3’te, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağı ve bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hüküm, eTTK’da yer almayan yeni bir düzenleme olup, uygun nedensellik bağına ve kusura özel bir vurgu yapmaktadır¹²²⁷. Esasen, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi¹²²⁸, bu hüküm olmasa idi dahi, genel prensipler uyarınca aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir.

Öğretide “*kontrol kuralı*” olarak da ifade edilen¹²²⁹ bu hüküm, davalıya söz konusu hukuka aykırılığın kontrolü dışında kaldığını ileri sürerek sorumluluktan

¹²²⁴ Gözetimin amaca uygun bir şekilde yerine getirilmesinin yetkin bir yönetim örgütlenmesinin varlığına bağlı olduğu konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 130-131.

¹²²⁵ Bu konuda bkz. Yanlı-/Okutan Nilson, s. 16.

¹²²⁶ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1, b, ee.

¹²²⁷ TTK m. 553/3’teki kontrol hükmünün illiyet bağına özel vurgu içerdiği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-12; hükmün eleştirisi ile İsviçre’de bulunmadığı ve problem doğuran mâhiyetinde olduğu görüşü için bkz. Üçışık/Çelik, s. 517; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 9 ve 12, § 63, N. 20.

¹²²⁸ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, D.

¹²²⁹ Altay, **Yetki Devri**, s. 307-308.

kurtulma olanağı tanımaktadır. Buna göre, hukuka aykırı bir karar veya eylem ve bundan doğan zarar mevcut olmasına rağmen, davalının kontrol alanı dışında kalması nedeniyle nedensellik bağı gerçekleşmemekte ve ayrıca kusurun varlığından da bahsedilememektedir. Gerek nedensellik bağı gerek kusur, sorumluluğun zorunlu unsurları olduklarından, bu hüküm olmasa idi dahi, aynı sonuca ulaşılması gerekirdi. Bu nedenle, öğretide, kontrol kuralının, sorumluluğun bir sınırını teşkil ettiği ifade edilmekte¹²³⁰ ise de, kanımızca, bu kural sorumluluğun nedensellik bağı ve kusur unsurlarına vurgu içerdiğinden, ayrıca yeni bir sınır içermemekte, aslında mevcut olan ancak uygulamada ihmal edilen sınıra sadece vurgu yapmaktadır.

Söz konusu düzenleme, müteselsil sorumluluk ilkesinin çok katı bir şekilde uygulanarak, zarardan sorumlu olmayanlara sorumluluk yüklenmesine engel olmayı amaçlamaktadır. Nitekim, gerekçede de, uygulamada yönetim kurulu üyelerinden insan takatinin üstünde bir çalışmanın beklendiği ifade edilerek katı uygulamaya bir tepki olarak bu hükmün getirildiği açıkça ifade edilmiştir. Böylece, bir kimse, sadece sorumlular çevresine dâhil olduğu ve müteselsil sorumluluk ilkesi geçerli bulunduğu için, ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu tutulamaz. Mahkemece, hukuka aykırılığın davalının kontrol alanı dışında kalıp kalmadığının özellikle incelenmesi gerekir.

Bu kural (TTK m. 553/3), sorumluluğun hiç doğmadığı ve tazminat borcunun bulunmadığı yolundaki savunmayı içerdiğinden, bir itiraz sebebi teşkil etmekte olup, bizim de katıldığımız görüşe göre hem aslî sorumlulukta hem de gözetim sorumluluğunda uygulanacak temel bir hükümdür¹²³¹. Buna göre, yetki devrinin yapılmadığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin, yetki devri olduğu hâllerde ise hem yönetim kurulu üyelerinin hem de yetkiyi devralan yöneticilerin sorumluluğunun belirlenmesinde, gerek yükümlülüklerin ihlâlini teşkil eden maddî vâkıalar gerek zararın oluşumu bakımından “*kontrolü dışında kalan*” kriteri dikkate alınacaktır. Hatta

¹²³⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 293, 370; söz konusu hükmün özen ve gözetim yükümünün sınırlarını çizdiği yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 583, 590.

¹²³¹ Bu kuralın, gözetim sorumluluğu ile sınırlı olmadığı ve aslî sorumluluğu da kapsadığı konusunda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-72; Altay, **Yetki Devri**, s. 270, 293, 370; ayrıca bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 6; bu hükmün getiriliş amacı ve düzenlendiği yer bakımından tartışmalı olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 162 vd.; TTK m. 553/2 ve 3 hükümlerinin birlikte ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Battal, s. 38; madde gerekçesindeki açıklamalar karşısında, TTK m. 553/2 ve 3’ün birbirine tamamlayan bir içeriğe sahip olduğu sonucunun çıktığı, ancak kanunun lafzının bununla uyumlu bulunmadığı yolunda bkz. Göktürk, **Gözetim Sorumluluğu**, s. 189-190.

fiilî organ da, TTK m. 553 bağlamında “yönetici” sıfatını haiz olup sorumluluğa tâbi olduğundan, kendisi bakımından da bu hükmün uygulanacağı kanısındayız.

Bu bağlamda belirtelim ki, söz konusu düzenlemede şu durum ele alınmaktadır: Ortada bir kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık ya da yolsuzluk mevcuttur ve bundan da bir zarar doğmuştur; ancak, bu aykırılık ve zarar davalının kontrolü dışında meydana gelmiştir. Hukuka aykırılık, bizzat davalının bir işlem veya davranışı ile ilgili olabileceği gibi, başka bir kimse tarafından da buna sebebiyet verilmiş olabilir. Dolayısıyla, bu hükmün uygulanması farklı şekillerde ortaya çıkabilir¹²³². Örneğin, gözetim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmalarına rağmen bir zarar doğmuşsa yönetim kurulu üyeleri, yetkiyi devralanların faaliyetlerinin kendi kontrolleri dışında kaldığını ileri sürerek somut olaya göre sorumluluktan kurtulabilirler. Bu hâlde, yönetim yetkilerinin devredildiği yolundaki savunma ile TTK m. 553/3’e dayalı savunma birbiriyle kesişmektedir. Diğer yandan, yönetim kurulunun yetkiyi devralanlara kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir talimat vererek bunda ısrar etmesi hâlinde, bir zarar ortaya çıkmışsa, bu hâlde de yetkiyi devralanların kontrolü dışında kalan bir hukuka aykırılık ve zarar söz konusu olacaktır. Benzer şekilde, yetkiyi devralanın söz konusu hukuka aykırılığın ve zararın kendi görev alanını ilgilendirmedeği yolundaki savunması da kontrolü dışında kalan bir duruma ilişkin olduğundan, TTK m. 553/3 hükmünün uygulanması sonucunu doğurur¹²³³.

G- Özen Borcunun (Ölçüsünün) Yerine Getirildiği Def’i - İş Adamı Kararı Savunması (Business Judgement Rule)

Yukarıda açıkladığımız üzere, TTK m. 369’da düzenlenen özen borcu hem aslî bir borçtur ve hem de kusurun bir ölçüsünü teşkil etmektedir¹²³⁴. Bu bakımdan, özen borcu, bir yandan hukuka aykırılık ve diğer yandan da kusur unsurunun varlığı ile ilgilidir. Buna göre, özen borcunu yerine getirdiğini ortaya koyan bir davalı, gerek özen borcunun yerine getirilmesi bağlamında hukuka aykırılığın bulunmadığını gerek kusurunun olmadığını ve dolayısıyla ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu

¹²³² Kontrol kuralının hukukî olgular ve bu bağlamda zararın oluşumunun kontrol dışında olması ile ilgili bulunduğu yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 14.

¹²³³ Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 414-415; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 193; ayrıca, gözerim yetkilisinin kontrol alanının, gözetim faaliyetine özgü görevleri kapsadığı yönünde bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 14.

¹²³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

tutulamayacağını da ispatlamış olacaktır¹²³⁵. Bu itibarla, özen borcunun yerine getirildiğine ilişkin savunma, önemli bir itiraz sebebi teşkil etmektedir.

Ancak, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenecek olmakla birlikte¹²³⁶ burada kısaca belirtmemiz gerekir ki gerek hukuka aykırılık gerek kusur yönünden ispat yükü, davalı yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler üzerinde değil, davacının üzerindedir. Bununla birlikte, davalılar, ispat yükü üzerlerinde olmamasına rağmen, karşı ispat faaliyeti bağlamında¹²³⁷ (HMK m. 191), sorumluluklarının bulunmadığını kanıtlamak için özen borcunu yerine getirdiklerini ortaya koyan delilleri mahkemeye sunabilirler¹²³⁸. Ayrıca, somut olayda delil ikâme yükünün yer değiştirmesi¹²³⁹ nedeniyle davalılardan delil sunmalarının beklendiği durumlarda da davalıların bu konudaki ispat faaliyetini gerçekleştirmeleri gerekecektir.

Özen borcu gerek yönetim kurulu üyeleri gerek TTK m. 367 uyarınca kendilerine yetki devri yapılmış olan kimseler için geçerli olan bir borç ve sorumluluk kriteridir. Nitekim, TTK m. 369’da da, “*yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler*” denilmek suretiyle bu husus açıkça öngörülmüştür. Buna karşılık, öğretide Akdağ Güney, devrin yapıldığı kimseler ile şirket arasında hizmet sözleşmesinin bulunmasının, devralanlarının sorumluluğunu ağırlaştıracağını, zira bu durumda “*tedbirli yönetici*” kıstasının değil, işçinin göstermesi gereken özen kıstasının dikkate alınacağını ileri sürmüştür¹²⁴⁰. Kanımızca, yetkiyi devralanlar ile ortaklık arasında bir hizmet sözleşmesi bulunsa dahi, sorumluluk bakımından uygulanacak özen ölçüsü, TTK m. 369’un yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra açıkça tüm yöneticiler için de öngördüğü “*tedbirli yönetici*” kriteridir.

¹²³⁵ Bu konuda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 5, 259; Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s.411; Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 57; Yüksel, **Sorumluluk**, s. 369; özen borcuna uygun hareket edilmesi hâlinde sorumluluğun söz konusu olmayacağı yolunda ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 74. Buna karşılık, özen borcunun çifte karaktere sahip olmadığı, sadece hukuka aykırılığı veya kusuru ilgilendirdiği yolunda bir görüş benimsenirse, sadece bu unsurun olmadığı ispat edilmiş olur ki, bu da (tek bir unsurun eksikliği dahi) sorumluluğun doğmaması için yeterlidir.

¹²³⁶ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 1, b.

¹²³⁷ Karşı ispat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1616-1618; Kuru, **Usûl El Kitabı**, Cilt 1, s. 633; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 551; Tanrıöver, s. 782-783; Atalay, s. 6; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 458; Bolayır, s. 58-59.

¹²³⁸ Savunma sebeplerinin davalılar tarafından ispatlanması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 103.

¹²³⁹ Delil ikâme yükü ve bu yükün yer değiştirmesi konusunda bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1707 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 166-167; Tanrıöver, s. 805-808; Bolayır, s. 51-53.

¹²⁴⁰ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 94.

Diğer yandan, fiilî organların da TTK m. 369'e göre tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket ettiklerini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacaklarının belirlenmesinde fayda vardır. Zîra, fiilî organlar da TTK m. 553/1 bağlamında yönetici sıfatını hâiz olup, kanun ve esas sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlalden dolayı sorumluluğa tâbi bulunmaktadır¹²⁴¹. Esasen, kanunun ve esas sözleşmenin fiilî organlara yüklediği bir yükümlülük bulunmamakta, tam aksine fiilî organların varlığı aslında kanuna aykırı bir hâl teşkil etmektedir. Bununla birlikte, fiilî organların sorumluluğu belirlenirken, şeklî organın tâbi oldukları borç ve yükümlülüklerin esas alınması gerektiği kanısındayız. Gerçekten, sorumluluğun hukuka aykırılık unsuru, bütün sorumlular çevresi için, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali olup, kanun koyucu, TTK m. 553'te, üyeler ve yöneticiler bakımından bir ayırım yapmamıştır. Madde gerekçesinde, mehzaz kanunda yer alan ve fiilî organları kastetmek için kullanılan “*yönetim ile uğraşan kişiler*” ifadesinin, uygulamada amacı aşan bir şekilde yorumlanacağı ve mehzazda sahip olduğu anlamı kazanmayacağı konusundaki endişe nedeniyle kullanılmadığı, bunun yerine “*yönetici*” ifadesinin tercih edildiği ve bunun içeriğinin belirlenmesinin uygulama ve öğretiye bırakıldığı belirtilmiştir. Öğretide ise, madde gerekçesinde belirtilen doğrultuda, yöneticiler kavramının kapsamına fiilî organın da gireceği ifade edilmiştir¹²⁴². Bu bağlamda, TTK m. 553'te ifade edilen “*yöneticiler*” ile TTK m. 369'da yer alan “*yönetimle görevli üçüncü kişiler*” aynı kimselerdir¹²⁴³. Hemen belirtelim ki, TTK m. 369'da “*yönetimle görevli*” ifadesi yer almakta ise de, bu ifadenin fiilî organları dışlamak ve sadece şeklî organlara vurgu yapmak için kullanılmadığı kanısındayız. Nitekim, TTK m. 369'a ilişkin madde gerekçesinde, “*Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır*” denilmiştir. Ayrıca, TTK m. 553/1 uyarınca, yönetici olduğu kabul edilen fiilî organlar için de uygulanacak olan “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler*”in kapsamına TTK m. 369'un da girdiği konusunda hiçbir şüphe

¹²⁴¹ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

¹²⁴² Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-03, 11-04 vd., 11-12; Yanlı, **Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği**, s. 52; Altay, **Yetki Devri**, s. 40; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 60, N. 39, 49-51, 60; Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 583, 587; Şener, s. 419; Kortunay, s. 252, 276-277.

¹²⁴³ TTK m. 553'te ifade edilen “*yöneticiler*” ile, TTK m. 369'te yer verilen “*yönetimle görevli üçüncü kişiler*”in aynı olduğu ve iki hükmün kişi bakımından kapsamını tayinde bu hususun dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 655; iş adamı kararı ilkesinin kişi bakımından uygulama alanının tespitinde TTK m. 553'ün esas alınması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 36.

yoktur. Buna göre, sorumluluğun kusur unsuru bakımından fiilî organlar için farklı bir değerlendirme yapılmasına olanak sağlayan bir düzenleme ve ayırım söz konusu değildir. Bu nedenle, TTK m. 369’da belirlenen özen borcunun ve ölçüsünün, fiilî organ bakımından da geçerli olduğu ve kendilerinin önemli bir savunma aracı olarak buna dayanabilecekleri kanısındayız. Aynı şekilde, ticarî temsilci ve ticarî vekiller de TTK m. 369’da düzenlenen özen borcu altındadırlar¹²⁴⁴.

Yeni hükümle, özen borcu ve ölçüsü objektifleştirilmiş ve bu bağlamda, tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket edilmesi kriteri getirilmiştir. Madde gerekçesinde, bu kriteri somutlaştırmaya yönelik olarak, benzer bir işletmede işin gerektirdiği davranışın esas alınacağı ifade edilmiştir. Buna göre, olması gereken soyut bir davranış kalıbı belirlenecek ve somut olayda buna uygun davranılıp davranılmadığı denetlenecektir. Bu belirleme yapılırken, gerek ortaklıkla aralarında vekâlet ilişkisi bulunduğu kabul edilen yönetim kurulu üyelerinin gerek diğer yöneticilerin, bir sonuç meydana getirme taahhütlerinin bulunmadığı, sadece özenli iş görme yükümlülüğü altında olduklarının dikkate alınması ve işlemin yapıldığı sıradaki somut koşulların da değerlendirilmesi gerekecektir. Bu konuda hâkimin yapacağı inceleme, yerindelik incelemesi olmayacaktır¹²⁴⁵.

Madde metninde yer verilmemekle birlikte, tedbirli yönetici ölçüsü ile ilgili olarak gerekçede, “*business judgement rule*” (iş adamı kararı) kavramına değinilmiş ve tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı verebileceğini kabul ettiği ve riskin bundan doğduğu hâllerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayandığı ifade edilmiştir.

İş adamı kararı savunması hakkında yukarıda ayrıntılı açıklamalarımız yer almakta olup¹²⁴⁶, burada sadece kısaca vurgulamak isteriz ki, tedbirli yönetici kriterini somutlaştıran iş adamı kararı savunması, esasen davanın en başında incelenmesi gereken, tâbiri câizse bir testtir¹²⁴⁷. Zîra, iş adamı kararı için gerekli koşullar somut

¹²⁴⁴ Gerek fiilî organın gerek ticarî temsilciler ile ticarî vekillerin özen borcu konusunda ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹²⁴⁵ Bu konuda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, B, 5.

¹²⁴⁶ Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹²⁴⁷ İş adamı kararı savunmasının mahkemenin yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan ticari kararlarla ilgili yapacağı denetime belirli bir kısıtlama getirebileceği için sorumluluk davalarına karşı bir savunma aracı olarak davalılara yardımcı olabileceği yönünde bkz. Kunz, s. 274; bu savunmanın koşulları ve yönetim kurulu kararı veya eylemsizlik anında bu koşullar mevcutsa takdir yetkisinin doğru kullanıldığı

olayda gerçekleşmişse davanın başka bir incelemeye gerek olmaksızın reddi gerekecek, buna karşılık bu koşullardan biri dahi eksikse, bu durumda iddia ve savunmalar ve bu bağlamda sorumluluğun unsurları incelenip karar verilecektir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, öğretide, iş adamı kararı için gerekli koşullar olarak, ticarî bir kararın bulunması, bu karar alınırken şirket menfaatlerinin üstün tutulması, kararın doğru bir karar alma sürecine ve uygun bir bilgi temeline dayanması, kararın savunulabilir bir karar olması ve emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴⁸. Somut olayda bu koşullar sağlanmışsa yöneticilerin kendilerinin özen borcuna aykırı davrandıklarından ve kusurlu olduklarından bahsedilememesi gerekir. Kusur unsurunun gerçekleşmediğinin tespiti de sorumluluk davasının reddi sonucunu doğurur. Bu bağlamda, yanlış bir kararın verilmiş ve bir zararın ortaya çıkmış olması, sorumluluğu doğurmayacaktır; zira önemli olan husus, belirttiğimiz kriterlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğidir¹²⁴⁹.

İş adamı kararı savunması, kusurun varlığının tespitinin yanı sıra kusurun derecesinin belirlenmesinde de önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle, belirttiğimiz kriterlerin eksiksiz bir şekilde gerçekleşmemiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmeyen hâllerde, bu koşulların hangi ölçüde yerine getirildiği, örneğin yönetim kurulu üyelerinin karar alırken kullanmaları gereken bilgi toplama ve analiz etme mekanizmalarını yeterli bir şekilde işletip işletmedikleri, kararın makul sebep ve verilere dayanıp dayanmadığı gibi hususlar kusurun derecesinin belirlenmesinde önem taşıyacaktır¹²⁵⁰.

sonucuna ulaşılacağı yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 5; mahkemelerin, bu ilkenin uygulanması için gerekli şartların varlığı hâlinde, sadece karar alma sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini değerlendirmekle yetineceği yolunda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 6; iş adamı ilkesinin, menfaat çatışmasının olmaması, yeterince bilgilendirilmesi ve kararın şirket menfaatine olduğunun mâkul surette kabul olunması şartlarıyla yönetim kurulu üyeleri lehine bir karine yarattığı görüşü için bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 369; İsviçre Federal Mahkemesi'nin, hâkim görüşüne uygun olarak, mahkemelerin, yeterli bilgiye dayalı ve çıkar çatışmalarından arınmış kusursuz bir karar alma sürecinde ortaya çıkan ticari kararların geriye dönük değerlendirilmesinde kısıtlama getirmesi gerektiğini kabul ettiği BGE 139 III 24, E. 3.2 (BGer 4A_74/2012 vom) kararı için bkz. Gerhard, s. 256-257, 260 vd.

¹²⁴⁸ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹²⁴⁹ Ayan, s. 76; Kortunay, s. 200; yöneticilerinin garanti işlevinin bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Kunz, s. 274-275.

¹²⁵⁰ Özen derecesinin karar alma sürecinde somutlaştırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 170 vd.; kararın “savunulabilir bir karar” olması gerektiği yönünde bkz. Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 660; hâkim tarafından yapılacak incelemenin, karar verme sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği ile sınırlı olacağı yönünde bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88; ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin karar alırken gerekli objektif bilgi kaynaklarını kullanmak ve uzmanlığı gerektiren hususlarda uzman görüşüne başvurmak zorunda olduğu konusunda

H- Zarar Görenin Rızası ve Bu Bağlamda Hakkın Kötüye Kullanıldığı Savunması

Zarar görenin (mağdurun) rızası, borçlar hukukunda kabul edilen ve TBK'da da bir yandan hukuka aykırılığı kaldıran bir hâl (TBK m. 63), diğer yandan da tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması sonucunu doğuran bir sebep (TBK m. 52) olarak açıkça düzenlenen bir olgudur. Öğretide, rızanın hukuken geçerli olduğu durumlarda rızanın hukuka uygunluk sebebi olacağı, buna karşılık rıza gösterilmesinin geçersiz olduğu durumlarda ise bunun eylemi hukuka uygun hâle getirmeyeceği, bununla birlikte tazminattan indirim yapılmasını gerektireceği ifade edilmektedir¹²⁵¹.

Ayrıca, bazı durumlarda, davacının dava hakkı bulunmakla birlikte bunu ileri sürmesi, TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Bu durumda, davalı bu hususu esasa ilişkin diğer savunmaları ile birlikte ileri sürmek suretiyle davanın reddini talep edebilir. Bu husus, esasen bir yönüyle dava şartı olan ve hakkın bir unsurunu teşkil eden hukukî yararı da ilgilendirdiğinden, mahkemece de bu hususun re'sen dikkate alınması gerekir¹²⁵². Kimi durumlarda, zarar görenin rızası ile hakkın kötüye kullanılması hâlleri kesişebilir, iç içe geçebilir. Somut olayın özelliklerine göre, rıza, bazı hâllerde sadece bir indirim sebebi olacak, bazen de dava açılmasına hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle engel olacaktır. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle davanın reddinin gerekmesi, bir hukuka uygunluk sebebi olarak zarar görenin rızasından da farklıdır.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz üzere, sorumluluk davaları bakımından zarar görenin rızası esasen hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecek, ancak TBK m. 52 bağlamında bir tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmak gerekecektir¹²⁵³. Zîra, şirket zararının varlığı hâlinde zarar gören tek bir şahıs olmadığından ve alacak hakkı sadece ortaklığa ait olmakla birlikte talep hakkı birden fazla kimseye (ortaklığın

bkz. Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 253; yönetim kurulunun, karar vermek için gerekli belirleyici kriterleri tanıması ve bilmesi, ayrıca gerekli bilgileri alarak (sağlayarak) alternatifleri tartışması gerektiği yönünde bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 2; kasıtlı olarak gerçekleştirilen ihlallerin iş adamı kararı savunmasının korumasına girmeyeceği yönünde bkz. Gerhard, s. 260.

¹²⁵¹ Eren, **Genel Hükümler**, N. 2393; Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 373.

¹²⁵² Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, A, 3.

¹²⁵³ Zarar görenin kusurlu olmasının sadece indirime değil, tamamen sorumluluktan kurtulmaya neden olabileceği, bu bağlamda pay sahipleri ile alacaklıların zarar veren işleme müsamaha göstermelerinin buna örnek verilebileceği yolunda bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 49.

yanı sıra pay sahiplerine ve iflâstan sonra alacaklılara) ait olduğundan, bu kişilerden sadece birinin zarara rıza göstermesi eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkarmayacağı gibi, burada zarara kimin rıza gösterdiği ve sorumluluk davasını kimin açtığı, rızaya bağlanacak hukukî sonucun belirlenmesi bakımından önem taşıyacaktır.

TBK m. 52 uyarınca zarar görenin rızasının dikkate alınması, TTK m. 557’de farklılaştırılmış teselsül ilkesinin düzenlenmiş olması nedeniyle açıkça zorunlu hâle gelmiş olup, hatta, hâkim bu emredici düzenleme dolayısıyla rızanın varlığının tazminata etkisini re’sen dikkate alacaktır. Bu nedenle, zarar görenin rızası, bir davalı tarafından ileri sürülmekle diğer tüm davalıların yararlanabileceği ve hatta dosyadaki maddî vâkıalardan anlaşılmak kaydıyla mahkemece re’sen dikkate alınacak olan, tüm sorumlular bakımından geçerli ortak bir savunma ve tazminattan indirim sebebidir.

Ancak, şu hususu ifade etmek gerekir ki, böyle bir savunma, her davacıya karşı değil, sadece zarara rıza gösteren kimseye karşı ileri sürülebilir¹²⁵⁴, diğer bir deyişle, ortaklığın rızasının varlığı kabul edilirse, aynen ibradaki gibi¹²⁵⁵ bu sonuç sadece anonim ortaklığın açtığı davaya karşı ileri sürülebilecek, buna karşılık pay sahiplerinin açtığı dava kural olarak bundan etkilenmeyecektir. Bununla birlikte, anonim ortaklığın rızasının oluşmasına katılan kişilerin (genel kurul kararına olumlu oy veren veya talimat veren - inanan pay sahibinin) dava açmasının hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil edebileceğini kaydetmek gerekir¹²⁵⁶.

Bununla birlikte, doğrudan zarara uğrayan kişi ortaklık olmasına rağmen, pay sahiplerinin zarara rıza gösterip göstermedikleri, kendilerine ait bulunan dava hakkını kullanmalarının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edip etmediğinin incelenmesi bakımından önem taşıyacaktır. Diğer bir deyişle, zarar görenin rızası bağlamında “zarar gören”, sadece doğrudan zarara uğrayan ortaklık olmayıp, yansıma yoluyla zarara uğrayan pay sahipleri de bu kapsamda değerlendirilecek, ancak

¹²⁵⁴ İsviçre hukukunda, davacı pay sahibinin zarar verici olaya rızasının dava açmasına engel olup olmayacağının tartışmalı olduğu yönünde ve bu bağlamda, dava takip yetkisi sistemi kapsamında, davacı pay sahibinin rızasının, geçerli bir ibra kararı olmadıkça veya tüm pay sahipleri zarar verici fiile rıza göstermedikçe dava açmasına engel olmayacağı yolundaki görüş için bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 11.

¹²⁵⁵ Genel kurulun ibra kararının, mağdurun rızasının anonim şirketler hukukundaki bir görünüm biçimi olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 69.

¹²⁵⁶ Zarar görenin rızası olarak nitelendirilen genel kurul kararına olumlu oy veren pay sahibinin dava hakkının bulunmadığı, buna karşılık genel kurul kararının alacaklının dava hakkını etkilemeyeceği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 344.

bu kapsamda TBK m. 63 uyarınca hukuka uygunluk sebebi veya TBK m. 52 uyarınca tazminattan indirimi teşkil edip etmediği değil, hakkın kötüye kullanılması yasağını oluşturup oluşturmadığı incelenecektir. Zîra tazmini talep edilen zarar şirket zararı olduğu ve mahkemece hükmedilecek tazminat şirkete verileceği için, pay sahibinin rızası, bir hukuka uygunluk veya tazminattan indirim sebebi teşkil etmeyecek, sadece somut olaya göre TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığı gündeme getirebilecektir.

Zarar görenin rıza göstermesi, sorumluluk davasına konu kanuna ve esas sözleşmeye aykırılığın genel kurul kararına dayanması gibi anonim ortaklığa izafe edilebilecek şekillerde ortaya çıkabilir¹²⁵⁷. Bu hâller, özellikle anonim ortaklık ve bu kararlara olumlu oy veren pay sahipleri tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından büyük önem arz etmektedir. Anonim ortaklığın organları olan genel kurul ile yönetim kurulu arasında bir hiyerarşi bulunmadığından genel kurulun yönetim kuruluna talimat vermesi mümkün olmamakla birlikte¹²⁵⁸, dava konusu işlemin bir genel kurul kararına dayanması, hatta yönetim kurulunun bunun ortaklık menfaatlerine aykırı olduğunu açıklamasına rağmen genel kurulun bunda ısrar etmesi, zararın genel kurul kararının icrası nedeniyle doğması mümkündür. Zîra icra organı olan yönetim kurulu, genel kurulun kararlarını icra etmekle yükümlüdür¹²⁵⁹. Tüm bu hâllerde, zarar ve zarara sebebiyet veren kanuna ve esas sözleşmeye aykırılığın doğmasında genel kurul kararı etkili bulunmaktadır. Genel kurul, aynı zamanda ibraya ve dava

¹²⁵⁷ Resmi bir ibra kararı olmaksızın da sorumluluğun göz ardı edilebileceği, örneğin, tek bir pay sahibinin görevlendirdiği bir yönetim kurulunun davranışına isteyerek hoşgörüyü bakması ve hatta görevinin gereğine aykırı hareket etmeleri için talimat vermesi hâlinde, zımnî (örtülü) bir ibranın söz konusu olacağı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 70.

¹²⁵⁸ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 16; Hacımahmutoglu, **Yönetim Kurulu**, s. 165; organlar arasında altlık üstlük ilişkisi bulunmadığı, TTK'da işlevler ayrılığı esasını kabul edildiği ve hatta emredici nitelikteki TTK m. 374 ile yönetim kurulu lehine bir karine getirildiği yönünde bkz. Doğan, s. 20-21; yönetim kurulunun diğer organlarla ilişkisi konusundaki teoriler ile TTK'da yer alan düzenlemelere göre, genel kurulun üst organ olarak nitelendirilemeyeceği ve organlar arasında işlevler ayrılığı sisteminin benimsendiği yönünde bkz. Kortunay, s. 12 vd., s. 18, 20; ayrıca, genel kurulun İsviçre hukukunda açıkça (İsv.BK. m. 698/1) bir üst organ olarak kabul edildiği, bununla birlikte, yönetim kurulunun ait devredilemez görev ve yetkilerinin bulunması (düzenlenmiş olması) karşısında yönetim kurulunun genel kuruldaki bağımsız bir organ olduğu ve buna göre genel kurul ile yönetim kurulu arasında “iş bölümü” ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 263, 264, 271, 274. Buna karşılık, eTTK döneminde, genel kurulun üst organ vasfında olduğunu savunan görüş için bkz. Arslanlı, s. 115; Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, **BATİDER**, C. III, S. 3, 1966, s. 523; Mimaroglu, s. 61.

¹²⁵⁹ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 54; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 598; Doğan, s. 209; Kortunay, s. 123; yönetim kurulunun genel kurul kararlarını yerine getirmekle yükümlü olduğu, buna karşılık bu konudaki kararların yönetim kurulunun vazgeçilemez ve devredilemez görev ve yetkilerine giren bir hususa ilişkin bulunmaması gerektiği, aksi takdirde “zarar görenin rızası”nın varlığından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 443, 449-450.

açılmasına karar vermeye yetkili organdır. Genel kurulun bir yandan belli bir işlem doğrultusunda karar alıp, daha sonra bu kararla ilgili olarak ortaya çıkan zarar için yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması yönünde karar alması çelişki arz edecektir. Burada esasen geçerli bir genel kurul kararı bulunmakla birlikte, ortaklık menfaatleri bakımından aleyhe bir durum söz konusudur.

ETTK döneminde, genel kurul kararlarının sebepsiz olarak yerine getirilmemesi, açık bir sorumluluk sebebi¹²⁶⁰ olarak düzenlenmiş iken (eTTK m. 336/b. 4), TTK'da bu yönde bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, yönetim kurulu, kendisinin vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkilerinin kapsamına girmeyen konularda¹²⁶¹, genel kurulun vermiş olduğu ve şeklen geçerli olduğu açık olan kararları gecikmeksizin ve gereği gibi yerine getirmelidir; aksi takdirde, yönetim kurulu üyeleri bundan doğan zararlardan dolayı sorumlu olurlar¹²⁶². Bununla birlikte, genel kurul kararının, yokluk, butlan veya iptal edilebilirlik derecesinde sakat olması veya sakat olmasa dahi ortaklık menfaatlerine aykırı bulunması hâlinde, yönetim kurulunun bunun yerine getirmesinin gerekip gerekmediği, diğer bir deyişle yönetim kurulunun genel kurul kararlarını denetleme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda öğretide farklı görüşler vardır:

Bir görüşe göre, gerek yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında bulunan ve vekâlet olarak nitelendirilen ilişki uyarınca gerek bağlılık ve özen borcu (TTK m. 369) gereğince, yönetim kurulu, genel kurul kararlarını hem geçerlilik yönünden hem de ortaklık menfaatine aykırılık bakımından denetlemeli, yokluk ve butlan derecesinde sakat olan kararları icra etmekten kesin olarak kaçınmalı, özen ölçüsü bağlamında yapacağı inceleme ve değerlendirmede şirket menfaatlerine aykırılık görürse bunu genel kurula bildirmeli, genel kurul eski kararında ısrar ederse o zaman yönetim kurulu kararı yerine getirmeli veya genel kurula bildirme imkânı yoksa genel kurulun bu konudaki mefruz (olası) cevap ve kararını dikkate alarak hareket etmelidir¹²⁶³. Diğer

¹²⁶⁰ Bu konuda bkz. Mimaroglu, s. 61 vd.; Atan, s. 111 vd.

¹²⁶¹ Genel kurulun yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetki alanına giren bir konuda bir talep olmadan karar almasının, yönetim kurulunun görev ve yetki alanına doğrudan müdahale teşkil ettiği ve ortaklığın temel yapısına aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 274.

¹²⁶² Çamoğlu, **Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet**, s. 524.

¹²⁶³ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 54 vd.; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 598-599; Çamoğlu, **Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet**, s. 525-531; yazar, genel kurul kararlarının geçerliliğinin incelenmesinin sadakat ve özen borcunun bir gereği olduğunu, sakatlık derecesi yokluk veya mutlak butlan boyutunda olan bir kararın icra edilmesi hâlinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun mutlak olduğunu, sakatlığı iptal edilebilirlik seviyesinde kalan kararlar bakımından ise, yönetim kurulu

bir görüş ise, yönetim kurulunun genel kurul kararlarını bir anlamda denetleme hakkının bulunduğunu ilk görüş gibi kabul etmekte, buna karşılık, genel kurulun ikinci (ısrar) kararının da yönetim kurulunun sorumluluğuna engel olmayacağı ve mutlaka ortaklık menfaatine uygun hareket edilmesi gerektiği yönünden ilk görüşten ayrılmaktadır¹²⁶⁴. Bu konuda savunulan başka bir görüş de, şirket menfaatlerine aykırı olsa bile genel kurul tarafından alınmış bir kararın uygulanması nedeniyle ortaklık veya karara olumlu oy kullanan pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açılmasının, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceği ve hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği (TMK m. 2), pay sahiplerinin kendilerinin de onayladıkları bir genel kurul kararına karşı iptal davası açmamalarından dolayı yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açamamaları gerektiği, zira burada “zarar görenin rızası” durumunun söz konusu olacağı yönündedir¹²⁶⁵.

Yürütme ve temsil yetkisine sahip organ sıfatıyla genel kurul kararını icra edecek olan yönetim kurulu olduğundan¹²⁶⁶, yönetim kurulunun genel kurul kararının ortaklık menfaatine uygun olup olmadığını denetleme hakkı ve hatta yükümlülüğü bulunmaktadır¹²⁶⁷ (TTK m. 369). Ancak, bu denetleme hakkının sorumluluk hukukuna yansması bakımından, konunun iptal davası boyutunun da ele alınması gerekmektedir. Şöyle ki; genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı, bir kurul olarak yönetim kuruluna ait olup¹²⁶⁸, her bir üyenin bireysel olarak dava açma

üyelerinin ilke olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini, zira yönetim kuruluna iptal davası açma hakkı tanındığı gibi, şahsî sorumluluk doğuracak kararlara karşı iptal davası açma hakkının her bir üyeye münferiden tanındığını, “kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık” hâlinde sakatlık açık olduğundan bu kararların icrasından kaçınılıp iptal davası açılması gerektiğini, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptali söz konusu olabilecek kararlar ile şirket menfaatlerine aykırı olduğu düşünülen kararlar hakkında genel kurulun yeniden toplantıya çağırılması veya iptal davası açıp açılmaması konusunda özen borcu kriter alınarak sorumluluk konusunda bir sonuca gidilmesi gerekeceğini, bir yandan iptal davası açılıp bir yandan da iptal edilinceye kadar geçerli olduğundan bahisle kararın icra edilmesinin haklı görülemeyeceğini, hakkında iptal davası açılmış bir kararın icrasından öncelikle kaçınılması gerektiğini, özen borcunun bunu gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu görüşle aynı çerçevede ayrıca bkz. Mimaroglu, s. 67-68; Arslanlı, s. 180.

¹²⁶⁴ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 58 vd.; yazar, ayrıca, yönetim kurulu üyeleri bakımından istifa yolu açık ise de, istifanın sorumluluğu ortadan kaldıracak bir neden oluşturmayacağını da ifade etmektedir; s. 65.

¹²⁶⁵ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 445-448; Kortunay, s. 297-298.

¹²⁶⁶ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), yönetim kurulunun kararı icra etmekle yükümlü olduğunu ifade ederken (s. 393); Yanlı, genel kurul kararının sadece tavsiye mâhiyetinde bulunduğunu, yönetim kurulunu bağlamayacağını ve sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir (**İş Bölümü İlkesi**, s. 273). Pulaşlı, genel kurulun aldığı kararların yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu, buna karşılık genel kurulun yönetim kurulunun münhasır yetkisi içinde olan şirketin sevk ve yönetimine ilişkin kararlar hakkında talimat veremeyeceğini ifade etmektedir; bkz. **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 64, N. 21, dn. 171.

¹²⁶⁷ Genel kurul kararlarının icrasında bağlılık borcu konusunda bkz. Ayan, s. 59 vd.

¹²⁶⁸ Yönetim kurulunun bütün iptal sebepleri bakımından iptal davası açma yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. **Helvacı, Sorumluluk**, s. 64.

hakkı, kararının yerine getirilmesinin kişisel sorumluluğu gerektirecek olması hâli ile sınırlıdır (TTK m. 446/1-d). Genel kurul, kanuna veya esas sözleşmeye yahut ortaklık menfaatine aykırı olarak yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi gereken belli bir işlemin yapılması yönünde karar almışsa, yönetim kurulu üyelerinden her biri bu karara karşı iptal davası açma yükümlülüğü altındadır¹²⁶⁹. Dava açılması tek başına kararın icrasını durdurmayaacağından, mahkemeden kararın icrasının durdurulması yönünde ihtiyatî tedbir kararı alınmalı (TTK m. 449) ve davanın sonucuna göre hareket edilmelidir¹²⁷⁰. Yönetim kurulu üyeleri dava açmadan, kendi değerlendirmelerine göre genel kurul kararını icra etmekten kaçınmışlarsa, bu durumda kararın sakat bulunup bulunmadığı kararın icra edilmediğinden bahisle açılacak bir sorumluluk davasında tartışma konusu yapılabilecektir. Buna karşılık, yönetim kurulu üyesinin, böyle bir dava açmayıp, genel kurul kararının varlığından bahisle ortaklık menfaatlerine aykırı bulunan işlemi gerçekleştirmesi hâlinde, kişisel sorumluluğu söz konusu olur. Ancak, bu sorumluluk özellikle karara katılmayan pay sahiplerine karşıdır¹²⁷¹. Bu bağlamda, iptal davasının reddine karar verilip, genel kurul kararının kanuna ve esas sözleşmeye aykırı bulunmadığı tespit edilmiş olsa dahi, bu karar pay sahiplerini bağlamayacak, ancak sorumluluk davasında davalılar buna bir delil olarak dayanabileceklerdir.

Ortaklığın organları arasında bir hiyerarşi bulunmamakla birlikte yönetim kurulu üyelerini ibra yetkisi genel kuruldadır. Bu yetki, genel kurulun devredilmez ve vazgeçilmez yetkileri arasındadır (TTK m. 408/2-b). Geçmişe dönük olarak yönetim kurulu üyelerinin işlemlerine bu şekilde (ibra yoluyla) onay verebilen genel kurulun, bir işlemin yapılması yönünde karar tesis etmesi hâlinde, bu karara da sorumluluk hukuku bağlamında bir değer atfedilmesi ve TTK m. 557 ve TBK m. 52 uyarınca bunun bir tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği kanısındayız¹²⁷². Bu bağlamda, iptal edilebilir bir kararın icra edilmesi hâlinde, anonim

¹²⁶⁹ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), kişisel sorumluluğu doğuracak kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle yönetim kurulu üyesinin iptal davası açması gerektiğini, ortaklık menfaatlerine aykırılık hâlinde dava açılması gerekip gerekmediğine somut olaya göre TTK m. 369'daki özen borcu da dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir; bkz. s. 394; yönetim kurulunun, genel kurul kararının iptali veya mutlak hükümsüzlüğünün tespiti davasının açılması ve sonuçlandırılmasında kusurlu olması hâlinde TTK m. 553 vd. hükümlerine göre sorumlu olacağı, diğer yandan şirketin menfaatinin bu davaların açılmasını gerektirmesine karşın bu davaların açılmaması hâlinde de sorumluluğun söz konusu olacağı yönünde bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 297-298.

¹²⁷⁰ Bu konuda bkz. Mimaroglu, s. 72.

¹²⁷¹ Genel kurulun talimatlarına uyulduğu yolundaki savunmanın alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 449.

¹²⁷² Genel kurul kararının varlığı hâlinde, ibra kararına ilişkin koşulların varlığının ölçü olarak alınması gerektiği yolunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 343-344.

ortaklığın veya söz konusu karara katılan (olumlu oy veren) pay sahiplerinin bu kararın icrasını gerekçe göstererek sorumluluk davası açması TMK m. 2'ye aykırılık teşkil edecektir. Zîra, pay sahiplerinin bir yandan zarara sebebiyet veren genel kurul kararının ortaya çıkmasına olumlu oy vermek suretiyle katkıda bulunmaları, diğer yandan bu kararın icrasının kanuna ve esas sözleşmeye, ortaklık menfaatine aykırı olduğunu ve zarara sebebiyet verdiğini ileri sürmeleri TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırıdır; buna karşılık, böyle bir savunma alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir¹²⁷³. Bu bağlamda, genel kurul kararının hukuka aykırı olmayıp, kararın icrası aşamasındaki kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar dolayısıyla zararın ortaya çıkmış olması hâlinin belirttiğimiz varsayımın kapsamına girmediği tabiidir. Buna karşılık, içeriği itibarıyla genel kurulun yetkisine giren ve icra edilmesi gereken bir genel kurul kararının sakatlığı nedeniyle icra edilmediği yolundaki savunma, sadece anonim ortaklığa karşı değil, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılan sorumluluk davalarına karşı da ileri sürülebilecek olup, bu savunma, sorumluluğun hiç doğmadığına ilişkin olduğundan, bir itiraz sebebi teşkil eder¹²⁷⁴.

Diğer yandan, yönetim kurulunun, yapacağı bir işlemten önce genel kurulun görüşünü sorması veya onun onayını (iznini) istemesi, üyeleri sorumluluktan kurtarmaz; zira belirttiğimiz gibi bu organlar arasında bir hiyerarşi yoktur¹²⁷⁵. Ayrıca, yönetim kurulundan beklenen, genel kurultan görüş sorması değil, yönetim ve yürütme fonksiyonunu yerine getirmesidir¹²⁷⁶. Hâl böyle iken, yönetim kurulu

¹²⁷³ Buna karşılık, Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin sadakat ve özen borcunun genel kurula değil, ortaklığa karşı olduğunu belirterek, kararı icra eden üyelerin ortaklığa, ortaklara ve alacaklılara karşı böyle bir def'i ileri süremeyeceklerini, sadece icra edilen kararın bütün sonuçlarını görerek karara olumlu oy veren ortakların dava açmasının dürüstlük kuralına aykırı görülmesi gerektiğini savunmaktadır; bkz. **Sorumluluk**, s. 63-64.

¹²⁷⁴ Genel kurul kararının icra edilmemesi nedeniyle açılan bir sorumluluk davasında genel kurul kararına ilişkin yokluğun bir def'i olarak ileri sürülebileceğini yolunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 62.

¹²⁷⁵ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 61, N. 20-21; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 449-450; işlevler ayrılığı ilkesi gereğince olağan işlere ilişkin sözleşmelerin yapılması yetkisinin genel kurulan devredilemeyeceği, genel kurulun onayına tâbi tutulamayacağı veya onayına sunulamayacağı yönünde bkz. Doğan, s. 23; aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 145; buna karşılık, eTTK döneminde savunulan ve idare haklarının genel kurula tevdi edilmesinin vaiz olduğu gibi genel kurulun da yönetim kuruluna her zaman talimat verme hakkını hâiz olduğu yönündeki görüş için bkz. Arslanlı, s. 114-115.

¹²⁷⁶ Buna karşılık, İsviçre'de özellikle büyük şirketler bakımından karşılaşıldığı üzere, yatırım yapılması, kredi alınması veya verilmesi, bir işletmenin devralınması ve kefalet gibi konuların yetkiyi devralanlara tarafından yönetim kurulunun onayına sunulması şartı öngörülebileceği, hatta bunun özen yükümlülüğünün bir gereği olabileceği, yönetim kurulunun kendi görev ve yetki alanına girmekle beraber önem taşıyan olağan dışı kararların alınmasında genel kurula danışma ihtiyacı duyabileceği, hatta bunun özen yükümlülüğünün bir gereği olabileceği, ancak bu durumda genel kurul kararının sadece tavsiye niteliğinde olacağı ve yönetim kurulunu bağlamayacağı gibi, sorumluluğunu da ortadan kaldırmayacağı yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 269, 273.

üyelerine genel kuruldaki görüş sorulması suretiyle sorumluluktan kurtulma yolunun açılması mümkün değildir¹²⁷⁷. Bununla birlikte, söz konusu durum, sorumluluktan tümüyle kurtulma sebebi teşkil etmemekle birlikte, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak TBK m. 51-52 uyarınca tazminattan indirim sebebi sayılabilmelidir. Nitekim, genel kuruldaki onay (aslında izin) istenmesi konusunda, limited şirketler bakımından TTK m. 625/2’de açık bir hüküm öngörülmüş ve şirket sözleşmesinde, müdürün veya müdürlerin, aldıkları belirli kararları ve münferit sorunları, genel kurulun onayına sunmaları gereğinin öngörülebileceği, ancak genel kurulun onayının müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, bununla birlikte TBK’nın tazminatın belirlenmesine ve indirim sebeplerine ilişkin 51 ve 52. madde hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir¹²⁷⁸. Buna göre, limited şirketlerde, genel kurulun onayı, sorumluluğu tümüyle ortadan kaldırmamakta, ancak tazminatta bir indirim sebebi olabilmektedir. Anonim ortaklıklar bakımından aynı yönde bir hüküm yer almamakla birlikte, kanımızca benzer bir çözümün benimsenmesine engel yoktur. Zîra, rızanın geçersiz olduğu hâllerde dahi rızanın varlığı TBK 52’ye göre bir tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmekte olup¹²⁷⁹, TTK m. 557 dolayısıyla sorumluluk davalarında da uygulanacağında hiçbir tereddüt olmayan bu hüküm uyarınca, genel kurulun verdiği izin kararlarının bir indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Ayrıca, davalıların ortaklık veya karara olumlu oy veren pay sahibi tarafından açılacak bir sorumluluk davasında bu karara dayanabilmeleri ve kendilerine dava açılmasının TMK m. 2’ye aykırı olduğunu savunabilmeleri gerekir¹²⁸⁰.

Buna karşılık, yönetim kurulunun yaptığı bir işleme veya aldığı bir karara genel kurul tarafından sonradan onay verilmiş olması, genel kurulun bu işlemi onayladığı,

¹²⁷⁷ Genel kurulun tavsiye kararı almasının da mümkün bulunmadığı, bu nedenle böyle bir kararın bağlayıcı olmayacağı ve hukukî sonuç doğurmayacağı ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam edeceği, bununla birlikte karara olumlu oy veren pay sahiplerinin sorumluluk davası açmasının somut olaya göre dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık teşkil edebileceği yönünde bkz. Kortunay, s. 145-147.

¹²⁷⁸ Bu konuda bkz. madde gerekçesi.

¹²⁷⁹ Eren, **Genel Hükümler**, N. 2393.

¹²⁸⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-121; aynı doğrultuda bkz. Kortunay, s. 145. İsviçre’de, ortaklığın tavsiye kararına olumlu oy verenlerin söz konusu tavsiye doğrultusunda işlem yapılması hâlinde, rızanın hukuka aykırılığı kaldırması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidemeyeceklerinin, ancak bu durumun sadece karara olumlu oy veren pay sahipleri için geçerli olup, yönetim kurulunun devredilemez görevlerinin kanunda açıkça ve emredici bir hükümle düzenlenmiş olması nedeniyle ortaklığın açacağı davalar bakımından geçerli olmadığını, aksi takdirde yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri konusunda sorumluluktan kurtulmasına olanak tanınmış olacağının savunulduğu yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 273-274; bu yönde ayrıca bkz. Kortunay, s. 145, 147, 256.

işlemin sonuçlarını kabul ettiği ve bu işlemten dolayı yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmadığı anlamına geleceğinden, aslında bir anlamda ibra niteliğinde olacaktır¹²⁸¹. Buna göre, ortaklığın işlemten sonra onay yönünde bir karar vermesi hâlinde, ibra hükümlerinin uygulanması, ortaklığın ve olumlu oy veren pay sahiplerinin dava hakkının düştüğü ve diğer pay sahiplerinin ise altı (6) aylık hak düşürücü süre içinde dava açmaları gerektiği sonucuna ulaşılması gerektiği kanısındayız.

İnançlı yönetim kurulu üyesi, tek pay sahibinin talimatı ile hareket etmişse, bu hâlde de ortaklığın dava hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir¹²⁸². Zîra zarara bizzat kendisi sebep olduğundan ve ayrıca bu varsayımda fiilî organ sıfatını da taşıyıp zarardan kendisi de sorumlu bulunduğundan, yönetim kurulu üyesine karşı sorumluluk davası açması hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil edecektir. Tek pay sahibinin bir yandan yönetim kurulu üyesine talimat vererek zararın oluşmasına sebebiyet vermesi, diğer yandan da bundan dolayı genel kurulda karar alınarak ortaklık adına dava açılmasını sağlaması, TMK m. 2 karşısında kabul edilemez¹²⁸³. Esasen, tek pay sahibi, fiilî organ konumunda bulunmasa dahi, söz konusu eyleme veya karara rıza göstermişse, daha sonra bu konuda bir sorumluluk davası açamayacaktır¹²⁸⁴. Bu varsayımda gerek tek pay sahibinin gerek anonim ortaklığın zarara rıza gösterdiği kabul edilmelidir. Aynı sonuçlara, somut olaya göre, sadece tek pay sahibinin değil, hâkim pay sahibinin talimat verdiği hâller bakımından da ulaşılması kanımızca

¹²⁸¹ Nitekim, genel kurulun ibra kararının da esasen mağdurun rızasının bir görünüm biçimi olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 69.

¹²⁸² Tekinalp, bu durumu “*haksızlığa rıza gösteren haksızlıktan söz edemez*” şeklinde ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-04. Pulaşlı ise, İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 4C.397/1998 sayılı kararını ayrıntılı bir şekilde aktarıp incelemekte ve kararda hukuka aykırılığın tespit edilmesine rağmen, tek pay sahibinin talimatına istinâden hareket edilmesinin ortaklığın dava hakkını düşüreceğinin ifade edildiğini, tek pay sahibinin bu durumda fiilî organ sıfatını taşıdığını ve onun sorumlu bulunduğunu, bu nedenle kararın eleştirilebileceğini, genel kurul üst organ olmadığından onay kararı da veremeyeceğini, ancak tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmiş olması ve pay sahiplerinin feragat emesi ve alacaklıların çıkarının ihlal edilmemesi kaydıyla genel kurul kararına bir değer yüklenebileceğini ve kesin talimata uyan üyelere karşı ortaklık adına dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini, bu nedenlerle genel kurulun çıkar çatışmaları altında aldığı onay hakkındaki Federal Mahkeme görüşünün yerinde olmadığını savunmaktadır; bkz. **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 64, N. 5 vd. Korkut da aynı karara atıf yaparak, böyle bir durumda TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanılmasının da mümkün olduğunu ifade etmektedir; bkz. s. 174-175.

¹²⁸³ Buna karşılık, Korkut, bu hâlde, hukuka aykırılığın ortadan kalkacağını ve tek pay sahibinin de dava hakkının düşeceğini ifade etmektedir; bkz. s. 175. Kanımızca, hukuka aykırılık sadece zarara uğrayan anonim ortaklığın açacağı dava bakımından zarar görenin rızası sebebine istinaden ortadan kalkmakta, bununla birlikte talimat veren tek pay sahibinin açacağı dava ise hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

¹²⁸⁴ Tek pay sahipli ortaklıklarda, pay sahibinin zarar verme eylemine rıza göstermesi hâlinde dava açma hakkına sahip olmayacağı yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 9.

mümkündür¹²⁸⁵. Buna karşılık, belirttiğimiz durum sadece anonim ortaklığın ve talimat veren pay sahibinin dava hakkını etkiler; alacaklılar ise, anonim ortaklığın uğradığı zarar için dava açabilirler¹²⁸⁶.

Diğer yandan, şirketler topluluğu bağlamında tam hakimiyette, hâkim şirketin bağlı şirketin yönetim kuruluna talimat verdiği hâllerde de, bu talimatların TTK m. 203 ve 204'e uygun olması koşuluyla, bağlı şirketin uğradığı zarar için yönetim kurulu üyelerinin gerek şirkete gerek pay sahiplerine, gerekse alacaklılara karşı sorumluluğu yoktur (TTK m. 205).

Sorumluluk davası açılmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2) aykırılık teşkil etmesi ile ilgili olarak ayrıca aşağıdaki hâller gösterilebilir:

TTK m. 206, topluluk şirketleriyle hukuki ilişkiye giren taraflar açısından bir düzenleme getirmektedir. TTK m. 206/2'de davalıların krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliğine göre bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecekleri düzenlenmiştir. Bu olanak da, hakkın kötüye kullanılması itirazının özel bir görünüm biçimidir.

Genel kurulda yapılan oylama sonucunda ibra etmeme yönünde karar çıkmış olmasına rağmen, ibraya olumlu oy veren pay sahibinin sorumluluk davası açmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini de ifade etmek gerekir. Zîra, ibraya olumlu oy veren kimse, bu davranışıyla yönetim kurulunun faaliyetlerine, karar ve işlemlerine onay verdiğini ve onlara karşı sorumluluk davası açılmasına gerek olmadığını beyan etmiş olmaktadır. Pay sahibinin bundan sonra dava açmasının kanımızca hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği kabul edilmelidir. Aynı sonucun örtülü ibra (TTK m. 424) için de geçerli olacağı kanısındayız.

¹²⁸⁵ Tek ortaklı şirketlerde tek pay sahibinin, çok ortaklı şirketlerde ise bütün pay sahiplerinin yapılan işlemi baştan onayladıklarının ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. Korkut, s. 174.

¹²⁸⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-04; Korkut, s. 175.

Şirkete zarar verici işlemlerden yararlanan (kötüniyetli olan) kimselerin veya sorumlular arasında bulunan bir kimsenin dava açması, somut olaya göre hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Gerçekten örneğin, yönetici sıfatıyla işlemlere katılan bir pay sahibinin, bu işlemlerden dolayı ortaklığın zarara uğradığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyacaktır. Zîra davacı da, dava konusu işlemlere katılmış ve varsa bir zararın doğmasına kendisi de sebebiyet vermiştir. Hâl böyle iken, şimdi bunları sorumluluk davasına konu etmesi, TMK m. 2 uyarınca korunmamalıdır. Şüphesiz, davacının kötüniyetinin ve zarar verici işleme katılmış olmasının, TMK m. 2'nin uygulanmasına vücut verecek düzeyde olup olmadığı her somut olayda dikkatlice incelenmelidir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1994 tarihli bir kararda, genel kurulun tüm yönetim kurulu üyelerine dava açılmasına karar vermiş olmasına rağmen tek bir üyeye karşı sorumluluk davası açılmışsa, davanın reddi gerektiğine karar vermiştir¹²⁸⁷. Müteselsil sorumluluk ilkesi karşısında kararın eleştirilmesi mümkün ise de kanımızca konuya hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) bağlamında yaklaşılması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım kabul edilmediği takdirde dahi, genel kurulun dava açılmasına karar verdiği diğer üyeler hakkında neden dava açılmadığı hususunun, diğer bir deyişle, bu kimselerin böylece sorumluluktan kurtarılıp kurtarılmadığının TBK m. 166/3 bağlamında incelenmesi ve davalı üyenin sorumluluk miktarının buna göre belirlenmesi gerekecektir¹²⁸⁸. Ayrıca, tek bir sorumlu aleyhine dava açılması olasılığında, eTTK'da geçerli olan mutlak müteselsil sorumluluk ilkesine göre, davalı sorumlu tek başına zararın tamamından sorumlu olacak iken, TTK m. 557 ile getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, hakkında dava açılmayan sorumluların zarara sebebiyet veren karar ve işleme katkıları ile kusurları, davalı sorumlunun sorumluluk miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹²⁸⁹.

I- Zarar Birlikte Sebebiyet Verme (Birlikte Kusur)

Alınan genel kurul kararı zarara rıza gösterilmesi anlamına gelmeyip, sadece birlikte kusur veya zarar verici işleme katılma olarak nitelendirilebilecek nitelikte ve

¹²⁸⁷ Yarg. 11. HD'nin 07.10.1994 T. ve 5009-7236 sayılı kararı; kararın tam teselsül ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirisi için bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 359.

¹²⁸⁸ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, II.

¹²⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, B, 3.

boyutta ise, ortaklığın açacağı davaya karşı bu husus bir def'î olarak ileri sürülüp bundan dolayı tazminatta indirim talep edilebilir¹²⁹⁰. Öğretide, zarar görenin kusuru olarak ortaklığın kusurlu olduğunu ileri sürmenin pek mümkün gözükmediği, zira zarar görenin iradesini zarar verdiği iddia edilen yönetim kurulu üyelerinin oluşturduğu ve bu hâlde de zarar gören ile zarar veren iradenin örtüştüğü, bunun kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹²⁹¹. Kanımızca, anonim ortaklık iradesinin yönetim kurulu tarafından oluşturulması nedeniyle, çoğu zaman zarar veren ile zarara rıza göstermesi söz konusu olan kişiler örtüşecek ise de, zarar görenin rızasının istisnaî hâllerde genel kurulun bir kararıyla ortaya çıkması mümkün olabileceği gibi¹²⁹², kendisine yetki devri yapılmış bir kimsenin (yöneticinin) yetki devrini yapan yönetim kurulunun rızasına ve hatta talimatına istinaden gerçekleştirmiş olması hâlinde, somut olayın özelliklerine göre zarar görenin rızası veya birlikte kusuru gündeme gelebilir. Örneğin, genel kurul, önemli miktardaki malvarlığı unsurunun satışı için TTK m. 408/2, f uyarınca bir karar almışsa veya belli bir konuda yatırım yapılması konusunda yönetim kuruluna pek bir takdir hakkı bırakmayan veya takdir hakkını sınırlandıran bir karar almışsa, bu kararı yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından somut olaya göre zarar görenin rızası veya kusuru gündeme gelebilmelidir. Benzer şekilde, yönetim yetkileri, TTK m. 367 uyarınca yöneticilere devredilmişse, eylemi gerçekleştiren yöneticilerin eylemlerine yönetim kurulu üyeleri tarafından rıza gösterilmesi veya işlemin birlikte gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir. Şüphesiz, bu durum yetkiyi devreden ve zarar verici eyleme rıza gösteren yönetim kurulu üyelerinin yöneticilerle müteselsil sorumluluğunu gerektirmekle birlikte, aynı zamanda bu durumun yönetim kurulunun talimatları ile bağlı olan yöneticilerin sorumluluk miktarının belirlenmesinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öğretide, pay sahiplerinin zarara katılması söz konusu ise, bu kişilerin açtıkları davada da, birlikte kusurun bir def'î olarak ileri sürülebileceği savunulmaktadır¹²⁹³. Kanımızca, pay sahiplerinin birlikte kusur teşkil edebilecek davranışlarının, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında da olsa sorumluluğun belirlenmesinde

¹²⁹⁰ Bu yönde bkz. Doğan, s. 261.

¹²⁹¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 339; Çamurcu, s. 142-143.

¹²⁹² Nitekim, Altay da, zarar görenin rızasının bir genel kurul kararıyla ortaya çıkabileceğini ayrıntılı bir şekilde açıklamaktadır; **Yetki Devri**, s. 344.

¹²⁹³ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 149; zarar görenin kusurunun, indirime, hatta sorumluluktan kurtulmaya yol açabileceği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 523.

dikkate alınmasına hukuken imkân yoktur. Zîra zarar gören ortaklık olduğundan ve davanın konusu da ortaklığın uğradığı bu zarar olduğundan, pay sahiplerinin birlikte kusurları sorumluluk miktarının belirlenmesinde dikkate alınamaz. Buna karşılık, ortaklığa özgü bir itiraz veya def'inin pay sahiplerine karşı ileri sürülmesi de (örneğin, ibra kararında olduğu gibi) hukuken mümkün değildir. Aynı şekilde, ortaklığa ilişkin bir sebep (örneğin, ortaklığın birlikte kusurun) indirim sebebi de yapılamaz. Bu kişilerin dava açması, ancak hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil ettiği takdirde, bu husus ileri sürülüp davanın reddi gerektiği savunulabilir; buna karşılık pay sahibinin açtığı davada birlikte kusurdan bahisle tazminat miktarının indirilmesi kural olarak¹²⁹⁴ talep edilemez. Sonuç olarak, sorumluluğun belirlenmesinde, doğrudan zarara uğrayanın (anonim ortaklığın) birlikte kusuru dikkate alınır, yansıma yoluyla zarar uğrayanın birlikte kusuru dikkate alınmaz. Anonim ortaklığın birlikte kusuru da sadece kendisinin açtığı sorumluluk davasına karşı ileri sürülebilir; pay sahiplerinin açtığı davada ise, ortaklığın birlikte kusuru önem taşımaz ve bu yöndeki savunmalar dinlenmez.

J- Dava Açılmasına İlişkin Genel Kurul Kararının Geçersizliği

Anonim ortaklık tarafından açılacak sorumluluk davaları bakımından dava şartı teşkil eden¹²⁹⁵ dava açılmasına ilişkin genel kurul kurul kararının sakat olması hâlinde, sakatlığın türüne göre bunun ortaklık tarafından açılan davaya etkisi farklı olacaktır. Şöyle ki, sakatlığın yokluk veya butlan olması durumunda, bu husus taraflarca ileri sürülme dahi mahkemece re'sen göz önünde bulundurulacaktır. Diğer yandan, söz konusu genel kurul kararı ile ilgili olarak iptal sebeplerinden birinin varlığı hâlinde, yönetim kurulu üyelerinin bireysel olarak iptal davası (TTK m. 445 vd) açıp açamayacakları öğretide tartışmalıdır. Öğretideki görüşler, genellikle dava açma kararının iptalinden ziyâde, bu kararla birlikte alınan ibra etmeme kararına karşı üyelerin iptal davası açıp açamayacakları sorusunun cevaplandırılmasına yöneliktir¹²⁹⁶. Kanımızca, sorumluluk davası açılmasına ilişkin karar, TTK m. 446/1,

¹²⁹⁴ Bununla birlikte, pay sahibinin kusurunun üçüncü kişinin kusuru bağlamında ve buna ilişkin koşullar altında bir indirim sebebi olması mümkündür; üçüncü kişinin kusuru konusunda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, E.

¹²⁹⁵ Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, A, 5.

¹²⁹⁶ Her genel kurul kararı gibi, dava açılmasına ilişkin kararın da kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı bulunması hâlinde iptalinin talep edilmesi mümkün olduğu yönünde bkz. İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 270, dn. 24 ve s. 271; Üçışık/Çelik, s. 549; ibra etmeme yönündeki genel kurul kararına karşı yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri tarafından iptal davası açılabileceği

d) öngördüğü kişisel sorumluluklarını doğuracak nitelikteki karar niteliğini karşılamaktadır ve bu nedenle söz konusu karara karşı iptal davası açılmasına olanak tanınmalıdır. Bu konuda, davalılar tarafından ayrı bir iptal davası açılmışsa, bu davanın sonucunun sorumluluk davası bakımından bekletici mesele yapılması gerekecektir¹²⁹⁷. Zîra, dava şartı teşkil eden genel kurulun iptal edilip edilmeyeceği bu dava sonucunda belirlenecektir. Buna karşılık, sorumluluk davası açıldığı sırada, genel kurul kararının iptaline yönelik bir iptal davası mevcut değilse, davalının sadece bu konuda yapacağı bir savunma dinlenmez, diğer bir deyişle dava açılmasına yönelik genel kurul kararının iptali gerektiği, bir savunma vasıtası olarak ileri sürülemez¹²⁹⁸. Söz konusu karar mahkemece iptaline karar verilmediği sürece hukuken varlığını ve geçerliliğini korumakta (TTK m. 450) ve bu yönden yokluk ve butlandan farklı bir özellik arz etmektedir. Sorumluluk davasının konusu ise, genel kurul kararının iptalinin gerekip gerekmediği ile ilgili değildir. Bu nedenle, davalılar tarafından söz konusu kararın iptaline ilişkin bir mahkeme kararı getirilmedikçe, iptal sebepleri gerçekten mevcut olsa bile sorumluluk davasına bakan mahkemece dikkate alınmaz. Diğer bir deyişle, sorumluluk davasına bakan mahkeme, iptal sebeplerinin mevcut olup olmadığını, ön sorun olarak da inceleyemez. Bununla birlikte, iptal sebeplerinin davalı yönetim kurulu üyeleri tarafından açılacak karşı dava şeklinde açılacak iptal davası bağlamında da ileri sürülmesi mümkündür. Ancak, belirttiğimiz hâl, sadece davanın ortaklık tarafından açıldığı hâllerde söz konusu olabilecektir.

yönünde bkz. Postacioğlu, s. 1005; yazar, ayrıca, Yargıtay'ın 1972 ve 1973 yılında verdiği, bu davanın azlığa karşı açılması gerektiği yolundaki kararları eleştirmiş ve husumetin şirkete yöneltilmesi gerektiğini savunmuştur; bkz. s. 1008; iptal davası açılabilmesi yönünde ayrıca bkz. Tekinalp, **İptal Davası**, s. 166 vd.; Çelik, s. 238; buna karşılık, Moroğlu, ibra etmeme kararının uygulanmasının söz konusu olmadığını, oysa TTK m. 446'da uygulanması hâlinde sorumluluğa yol açacak bir kararın varlığının öngörüldüğünü, bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin ibra etmeme yönündeki genel kurul kararının iptalini talep edemeyeceklerini savunmaktadır; bkz. Hükümsüzlük, s. 299 ve dn. 522; aynı yönde bkz. Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 75-76; yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararının iptali davası açabilmesi konusunda ayrıca bkz. Moroğlu, **Hükümsüzlük**, s. 299-301.

¹²⁹⁷ Buna karşılık, Helvacı, iptal davasının sonucunun beklenmesine gerek olmadığını savunmaktadır (Sorumluluk, s. 136); aynı şekilde İmregün de iptal davasına bakan mahkemece dava açılmasına ilişkin kararın yürütmesinin ertelenmesine karar verilmedikçe kararın uygulanmasını ertelemeyeceğini savunmaktadır; bkz. **Hukukî Sorumluluk**, s. 272. Kanımızca, genel kurul kararının varlığı ve geçerliliği bir dava şartı olduğundan, iptal davasında tedbir kararı verilmemiş olsa bile sorumluluk davasına bakan mahkemenin bu hususu dikkate alması ve somut olayın özelliklerini de dikkate alarak iptal davasının sonucunu bekletici sorun yapabileceğinin kabulü gerekir.

¹²⁹⁸ Buna karşılık, Postacioğlu, genel kurul kararının iptali gerektiğinin, şirketin açacağı sorumluluk davasında, dava ehliyetinin tartışılması bağlamında ileri sürülebileceği görüşünü savunmaktadır; bkz. s. 1018-1019.

K-Aşırı Yararlanma (Gabin) ve İrade Sakatlığı

Zarara sebebiyet verdiği iddia edilen işlemi gerçekleştiren yöneticiler, irade sakatlığına uğramış veya işlemi gabin koşulları altında yapmış olabilirler. İrade sakatlığı halleri (TBK m. 30-39), yöneticilerin şahsında gerçekleşmekte ise de bu kişiler organ olduklarından anonim ortaklığa atfedilir. Gerçekten, tacirler bakımından da irade sakatlığının gerçekleşebileceği kabul edilmekte olup¹²⁹⁹, bu hâller yöneticilerin iradenin sakatlanması şeklinde ortaya çıkacaktır.

Sorumluluk davasında, tüm bu hususların incelenmesi ve özellikle tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınması gerekecektir. Şüphesiz, burada da TTK m. 369 uyarınca özen borcu ve tedbirli bir yöneticinin özeni kriteri uygulama alanı bulacak ve tedbirli bir yöneticinin aynı durumda aynı sözleşmeyi yapıp yapmayacağı, diğer bir deyişle yanılıp yanılmayacağı, aldatma ve korkutmaya maruz kalıp kalmayacağı değerlendirilecektir. Ayrıca, aldatma ve korkutma sonucunda sözleşme yapılması olasılığında, TTK m. 553/3 bağlamında kontrol dışında kalan bir durumun varlığından da söz edilmesi mümkündür. Zîra bu hâllerde, yöneticilerin iradesi, onların kontrolü dışındaki kalan dış etkenler nedeniyle sakatlanmakta ve zarar ortaya çıkmaktadır. Sorumluluk bağlamında incelenecek diğer bir husus da TBK m. 39 uyarınca, sözleşme ile bağlı olmama iradesinin (1) bir yıllık süre içinde açıklanıp açıklanmadığıdır. Böyle bir bildirimin yapılmaması da başlı başına bir sorumluluk sebebi teşkil edecektir. Bu bağlamda, sözleşmenin yapıldığı sıradaki yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile bildirimin yapılabileceği andaki üye ve yöneticilerin farklı kimseler olması hâlinin de sorumluluk ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında ayrıca dikkate alınması gerekecektir. İrade sakatlığı sonucunda zarara sebebiyet veren sözleşmeyi yapan kimseler, TBK m. 39 uyarınca sözleşme ile bağlı olmama bildiriminin yapılabileceği anda görevde bulunmadıklarından zararın ortadan kaldırılması veya azaltılması olanağından mahrum bulunmakta ve bu konudaki sorumluluk o sırada görevde bulunan üye ve yöneticilere ait olmaktadır. Görüldüğü üzere, TBK m. 30-39, TTK m. 369'da düzenlenen tedbirli yönetici kriteri, TTK m. 553'te yer alan kontrol kuralı ve TTK m. 557'de öngörülen farklılaştırılmış teselsül ilkesinin birlikte değerlendirilmesi ve uygulanması gerekmektedir.

¹²⁹⁹ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticarî İşletme Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 145.

Anonim ortaklığın zarara uğramasına sebebiyet veren sözleşmenin aşırı yararlanma (gabin, TBK m. 28) koşulları içinde gerçekleştirilmiş olması da mümkündür. Bu hâlde, basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken (TTK m. 18/2) anonim ortaklık, sadece “zor durumda kalma” hâlinin varlığını ileri sürebilir, düşüncesizlik veya deneyimsizliğine dayanamaz¹³⁰⁰. Aşırı yararlanmanın koşulları somut olayda mevcutsa ve TTK m. 369 uyarınca tedbirli bir yöneticinin de aynı işlemi yapacağı sonucuna ulaşılabilirse, bu durumda sorumluluğa gidilemez. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, zor durumun ortadan kalkmasından itibaren bir (1) ve beş (5) yıllık süreler içerisinde TBK m. 28’de öngörülen hakların kullanılmaması da ayrıca bir sorumluluk sebebidir ve söz konusu tarihlerde farklı kişiler yönetim yetkisine sahipse, işlemi gerçekleştirilenler ile yasal hakları kullanmayanların müteselsil sorumluluğu söz konusu olur. Şüphesiz, bu varsayımda de farklılaştırılmış teselsül ilkesinin (TTK m. 557) uygulanması gerekecektir.

L- Yönetim Kurulu Toplantısına Katılmamak, Karara Olumsuz Oy Vermek, Çekimser Oy Kullanmak

Yönetim kurulu toplantısına katılmayan veya katılıp da karara olumsuz oy veren yahut çekimser oy kullanan üyenin sorumluluğu konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bu konuda genel sorumluluk hükümlerine ve ilkelerine göre bir sonuca ulaşılması gerekir.

Öncelikle, toplantıya katılmayan üyenin geçerli bir mazeretinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Toplantılara katılıp müzakerelerde bulunmak, soru sormak, bilgi almak, inceleme yapmak, görüş beyan etmek ve oy kullanmak üyelerin hakkı olduğu gibi aynı zamanda kendileri için birer yükümlülük de teşkil eder (TTK m. 390, 392). Bu nedenle, geçerli bir mazeret olmaksızın toplantıya katılmayan üyenin,

¹³⁰⁰ “Tacir olan banka BK.nun 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanmazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunan hallerde akdi feshedilebilir” (bkz. Yarg. 19. HD’nin 08.07.2004 T., 2003/11956 E. ve 2004/8150 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); tüzel kişilerin ve hatta tacirlerin dahi, zor durumda kalabileceği ve aşırı yararlanma hükümlerine dayanabilecekleri yönünde ayrıca bkz. von Tuhr, s. 312 dn. 9; Eren, **Genel Hükümler**, N. 1295; buna karşılık, aşırı yararlanmaya maruz kalan kişinin her üç hâl için de tüzel kişi olabileceği, bu bağlamda düşüncesizlik ve deneyimsizliğin (tecrübesizliğin) ortaklık adına işlemi yapan organ kişinin şahsında aranacağı, zor durumda kalma (müzayaka) hâlinin ise ortaklık bakımından da organ kişi bakımından da söz konusu olabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 432 ve dn. 476.

toplantıda alınan kararlardan dolayı ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağına kuşku yoktur¹³⁰¹. Ancak, bu durumdaki üyenin sorumluluğu ile toplantıya katılıp da olumlu oy veren üyenin sorumluluğunun da aynı olmaması ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında bu hususun dikkate alınması gerekir. Ayrıca, karara olumlu oy veren üye sayısı dikkate alındığında, toplantıya katılmayan üye toplantıya katılıp olumsuz oy vermiş olsaydı da bu kararın alınacağı söylenebiliyorsa, bu hususun da özellikle nedensellik bağı ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bakımından değerlendirilmesi gerekir. Ancak, hemen belirtelim ki, bu hâlde, üyenin sorumsuzluğu değil, sadece sorumlu olduğu tazminat miktarının azalması söz konusu olmalıdır¹³⁰². Zira, üyenin yükümlülüğü sadece toplantıya katılıp oy kullanmaktan ibâret olmayıp, soru sormak, görüş beyan etmek, müzakerede bulunmak ve kararın sakınca ve sonuçları hakkında diğer üyeleri bilgilendirmek ve uyarmak da üyenin yükümlülükleri arasındadır ve üye toplantıya katılmayarak bu yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaktadır¹³⁰³.

Geçerli bir mazeretin varlığı hâlinde ise, üyenin sorumlu tutulmaması gerekir¹³⁰⁴. Zîra, kendisine atfedilebilecek hukuka aykırı bir fiil olmadığı gibi, kusur unsurunun varlığından da bahsedilemeyecektir. Nitekim, eTTK m. 338’de de mazeretli olarak müzakereye (toplantıya) katılmayan üyenin işleminden dolayı sorumlu olmayacağı açık bir hükümle düzenlenmişti¹³⁰⁵. Ayrıca, bu olasılıkta, TTK m. 553/3 anlamında yönetim kurulu üyesinin kontrolü dışında kalan bir durum söz konusu olacaktır. Bu konuda ileri sürülebilecek geçerli mazerete örnek olarak, toplantıya

¹³⁰¹ Mimaroğlu, s. 42; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 73; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 324; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 42; Ayan, s. 253; Kortunay, s. 260; Demirkan, s. 16. Buna karşılık, Çamoğlu, toplantıya katılmayana üyenin gündem dışında alınan bir karardan dolayı daha sonra bu kararın gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi için gereken girişimlerde bulunması (örneğin, yönetim kurulunu bu konuda toplantıya davet etmek) koşuluyla sorumlu tutulamayacağını, kanımızca isâbetli olarak ifade etmektedir; bkz. **Sorumluluk**, s. 78. Avrupa Birliği’ne üye devletlerde, kararın alındığı toplantıya katılmama hâlinde de üyenin sorumlulukla karşılaşabileceği, bazı üye devletlerde (örneğin, Finlandiya ve İsveç’te), yöneticilerin kurulun karar alma sürecine katılma yükümlülüğü olduğu ve defalarca devamsızlığın, üyenin izleme görevi açısından ihmal anlamına gelebileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 171.

¹³⁰² Yönetim kurulu üyesinin bu gerekçeye dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağı yönünde bkz. Kortunay, s. 260. Esasen, biz de sorumsuzluğu değil, sadece somut olayın özelliklerine göre sorumluluk miktarından indirim yapılmasını savunmaktayız.

¹³⁰³ Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 213.

¹³⁰⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-84; Şener, s. 421; geçerli mazeretine istinaden toplantıya ve karara katılmamış olan yönetim kurulu üyesinin, bu karara katıldığını açıkça beyan edip bunu tutanağa geçirtmedikçe sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz. Mimaroğlu, s. 43. TTK

¹³⁰⁵ Bu konuda ayrıca bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 77 vd.; Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 357.

katılmaya engel hastalık, iş için seyahatte bulunmak gibi hâller gösterilebilir¹³⁰⁶. Geçerli mazeretin varlığı ve ispatı yeterli olup, önceden yönetim kuruluna bildirilmiş olması şart değildir¹³⁰⁷. Geçerli bir mazeretin varlığını ispat yükü, bunu ileri süren davalıya aittir. Ayrıca şu hususu eklemek gerekir ki, bu durumdaki üye, yokluğunda alınan karar şirket zararına sebebiyet verecek mâhiyette ise, özen ve bağlılık borcu (TTK m. 369) gereğince, kararın geri alınması, uygulanmaması ve olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi için gerekli çabayı göstermelidir¹³⁰⁸.

Toplantıya katılıp karara olumsuz oy kullanan ve diğer üyeleri kararın olumsuz sonuçları hakkında uyarıp zarar verici kararın alınmasını engellemeye çalışan üyenin ise sorumluluğundan bahsedilemez; zîra, bu üyenin zarara sebebiyet veren yönetim kurulu kararının alınmasında hiçbir katkısı ve kusuru yoktur¹³⁰⁹. Buna karşılık, toplantıya katılıp da çekimser oy kullanmanın sorumluluktan kurtulmayı sağlamayıp, zira çekimser oyun bir değerinin olmadığı öğretide kabul edilmektedir¹³¹⁰. Kanımızca, çekimser oy kullanma sorumsuzluğu sağlamaz ise de bunun dayandığı sebeplere bağlı olarak¹³¹¹ farklılaştırılmış teselsül bağlamında bu hususun dikkate alınması ve olumlu oy verip kararın alınmasını sağlayan üye ile çekimser kalmak suretiyle pasif kalan üyenin sorumluluğunun aynı olmaması gerekir.

¹³⁰⁶ Atan, s. 57; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 61, N. 68; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 322; yazar, uzun süredir hasta olmasına rağmen istifa etmeyen üyenin kusurlu sayılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Aynı yönde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 214.

¹³⁰⁷ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-84

¹³⁰⁸ Arslanlı, geçerli mazeretine binâen toplantıda hazır bulunmayan üyenin, yolsuz bulduğu bir kararı denetçilere bildirmeye mecbur olduğunu, aksi takdirde sorumluluğa iştirak edeceğini belirtmektedir, s. 176, 179. Aynı doğrultuda olmak üzere, Akdağ Güney de, mazeretli üyenin karardan sonra kararı engellemek için elinden geleni yapmış olmak kaydıyla sorumluluktan kurtulabileceğini, üst gözetim yükümlülüğünün bunu gerektirdiğini, sorumlu bir üyenin katılmadığı bir toplantıda alınan kararları kontrol etmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiğini savunmaktadır; bkz. **Yönetim Kurulu**, s. 324; aynı doğrultuda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 215.

¹³⁰⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-83; Şener, s. 421; Ayan, s. 252; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 213; Demirkan, s. 16; Arslanlı, olumsuz oy kullanan üyenin, yolsuz bulduğu bir kararı derhal denetçilere bildirmeye ve gereken tedbirlere başvurmaya mecbur olduğunu, aksi takdirde eTTK m. 337'ye kıyasen kararı alan üyelerin sorumluluğuna iştirak edeceğini belirtmektedir; bkz. s. 191. Ayrıca, karara olumsuz oy veren üyenin kural olarak sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte Avrupa Birliği'ne dâhil bir çok ülkede, olumsuz oy vermenin yeterli sayılmayıp, bu üyenin kararın alınmaması ve değişmesi için girişimde (etkinlikte) bulunması, muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi ve hatta denetçileri bilgilendirmesi gerektiği, ayrıca, yönetim kurulu kararın uygulanmasına devam ederse ve yönetim kurulu tarafından uygulamayı engellemek için mâkul adımlar atılmazsa da sorumluluğun doğabileceği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 171; zarara neden olan sürece nesnel argümanlarla karşı çıkan herkesin, somut eylem ve zarar azaltıcı önerilerle bu tutumunu desteklemesi hâlinde görevini yerine getirmiş olacağı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 60.

¹³¹⁰ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 83; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 325; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 73; Ayan, s. 252; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 214.

¹³¹¹ Bu bağlamda, çekimser kalmanın haklı bir nedene dayanması hâlinde kusurun varlığından söz edilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Kortunay, s. 261

M- Ortaklık ile Yapılan Sorumluluğu Azaltan Sözleşmeler

Tarafların aralarında yapacakları sözleşmede kusur konusunda sorumluluğu azaltan özel bazı düzenlemelere yer vermeleri mümkündür¹³¹². Ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında bir sözleşmesel ilişkinin bulunduğundan uygulanması gereken TBK'nın sözleşmelerin ifasına ilişkin genel hükümleri arasında, bu konuda bazı düzenlemeler yer almaktadır. “*Sorumsuzluk anlaşması*” kenar başlığını taşıyan TBK m. 115'in birinci fıkrasında, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenerek bu konudaki temel kural ortaya konulmuştur. Bu hükmün karşıt anlamından (mefhumu muhâlifinden), hafif kusurdan dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmaların yapılabileceği anlaşılmaktadır¹³¹³. Buna göre, ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasında yapılan sözleşmeye üyenin hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler konulabilecek¹³¹⁴, ancak ağır kusur (kasıt veya ağır ihmal) ile ilgili olarak bir düzenleme yapılamayacaktır¹³¹⁵.

Bu bağlamda, söz konusu hükümde, hafif kusur için dahi sorumsuzluk anlaşması yapılmasının yasak olduğu hâller ayrıca düzenlenmiş ise de bunların yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler bakımından uygulanması kanımızca mümkün değildir. Şöyle ki; TBK m. 115/2'de, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu öngörülmüştür. Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki sözleşme hizmet olarak nitelendirilse dahi, bu hüküm, uygulama alanı bulamayacaktır. Zîra, öğretide de ifade edildiği üzere bu hüküm, sadece hizmet

¹³¹² Bununla birlikte, sorumsuzluk anlaşmaları ile borçlunun sözleşmeden doğan aslı edim yükümünün hiçbir şekilde azaltılmış, hafifletilmiş veya değiştirilmiş olmayacağı, ayrıca, bu tür anlaşmaların borçlunun edimin gereği gibi ifası konusunda göstermesi gereken özen yükümüne de bir etkisinin bulunmadığı yolunda bkz. Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 9.

¹³¹³ Bu tür anlaşmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, 1349 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1365-1366a.

¹³¹⁴ Sorumluların TBK m. 115/2, 3 çerçevesinde hafif kusurdan sorumlu tutulmayacaklarının sözleşmede öngörülebileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-132; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹³¹⁵ Bu bağlamda, sorumluluk davasının malî sonuçlarının şirket tarafından üstlenilmesine ilişkin olarak şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında yapılacak sözleşmelerin şirkete karşı yasal yükümlülüğü dolaylı olarak geçersiz kıldığı ve bu nedenle bu tür sözleşmelere izin verilip verilmediğine ve hatta ne dereceye kadar izin verildiğine dair yasal olarak kesin bir bilginin bulunmadığı, öğretideki bazı görüşlerin en azından hafif ihmal durumlarında bu tür sözleşmelere izin verdikleri yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 149.

akdi ile bağılı olarak çalışan kimseyi korumaya yönelik bulunan ve kendisine hizmet verilen kişinin hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olduğunu öngörmekte olup, bu bakımdan ifade tarzı hatalıdır¹³¹⁶. Buna göre, hizmet sözleşmesi nitelendirmesinde, yönetim kurulu üyesi ortaklığın hizmetinde olup, sorumsuzluk anlaşmasında ortaklığın değil, hizmet veren üyenin sorumsuzluğunun düzenlenmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle, ortaklık aleyhine sorumsuzluk anlaşması yapıldığından, hükmün kapsamına giren bir durum yoktur.

Diğer yandan, aynı hükmün üçüncü fıkrasında da (TBK m. 115/3), uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Bu hükmün kapsamı bakımından, iki şart söz konusu olup; buna göre, yapılan işin hem uzmanlık gerektiren bir iş olması ve hem de icrasının kanun veya yetkili makam iznine tâbi olması gerekir. İşin yapılmasının tecrübe ve bilgi ve hatta uzmanlık gerektirmesi, bu hükmün uygulanması için tek başına yeterli değildir¹³¹⁷. Bu nedenle, yönetim kurulu üyeliği için TTK'da kural olarak¹³¹⁸ herhangi bir uzmanlık ve ayrıca kanunun ve yetkili makamın izni aranmadığından, bu hüküm de yönetim kurulu üyeleri bakımından uygulanmayacaktır.

Sorumsuzluk anlaşması, ancak bu anlaşmanın taraflarına karşı ileri sürülebilir. Bu nedenle, böyle bir savunma, sorumsuzluk anlaşması büyük çoğunlukla ortaklıkla yapılacağından sadece ortaklığa karşı ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda, pay sahiplerinin yansıma yoluyla zarar gören kişi sıfatıyla şirket zararının tazmini için dava açmış olmaları, söz konusu anlaşmanın pay sahiplerine karşı ileri sürülebilmesine olanak tanımaz. Bununla birlikte, pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında sorumsuzluk anlaşması yapılmasının mümkün olduğuna değinmek gerekir.

Ortaklık adına yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının, temsil ve icra organı yönetim kurulu olsa dahi (TTK m. 365), kanımızca genel kurul tarafından kabul edilip onaylanması gerekir. Zira ibra konusundaki münhasır yetkinin genel kurula ait olması

¹³¹⁶ Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1354.

¹³¹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1357.

¹³¹⁸ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan özel düzenlemeler (m. 23, m. 8/a-b-c-d) bu konuda istisna teşkil edecektir.

(TTK m. 408/2-b), sorumluluğun sınırlanması ve hafif kusurlu eylemlerin hukuka aykırı görülmemesi anlamına gelen bu sözleşmenin de genel kurul tarafından karara bağlanmasını gerektirir. Kaldı ki, yönetim kurulunun kendi üyeleriyle anlaşma yapması da kabul edilemez. Aynı durum, kanımızca yöneticiler için de geçerlidir.

Vekâlet veya hizmet sözleşmesinin geçerliliği şekil şartına bağlı bulunmadığından¹³¹⁹, sorumsuzluk anlaşması da herhangi bir şekle tâbi değildir. Açıkça yazılı yapılabileceği gibi, örtülü olarak da yapılabilir¹³²⁰. Burada, sadece ispat sorunu ile karşılaşılır. Böyle bir anlaşmanın varlığını iddia eden kimse bunu ispat ile yükümlü olacaktır. Sorumsuzluk anlaşması, bir hukukî işlem niteliğinde bulunduğu ve hafif kusur hâlinde sorumluluğun doğup doğmayacağına, diğer bir deyişle hakkın doğumuna ilişkin olduğundan, HMK m. 200 uyarınca yazılı delille ispat edilmelidir¹³²¹.

Bu hüküm, sadece sorumluluğun doğmasından önceki anlaşmaları kapsamakla birlikte, sonradan (sorumluluğun doğmasından sonra) yönetim kurulu üyesinin ağır kusur ve hatta kasıt dâhil hiçbir kusurdan dolayı sorumlu olmamasına yönelik olarak ortaklıkla üye arasında bir anlaşma yapılması da mümkündür. Ancak, böyle bir anlaşma, niteliği itibarıyla bu sorumsuzluk anlaşması değil, sulh ve ibra anlaşması niteliğini taşıyacaktır¹³²². Bunun için de genel kurulda bir ibra kararının alınması gerektiği kanısındayız (TTK m. 558).

Bu bağlamda, inançlı yönetim kurulu üyesi ile inanan arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmaları, kural olarak ortaklığı bağlamayacak, sadece inananın pay sahibi olması hâlinde, onun tarafından açılacak sorumluluk davalarında bir savunma

¹³¹⁹ Vekâlet sözleşmesinin kural olarak şekle tâbi olmadığı yolunda bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 649.

¹³²⁰ Oğuzman/Öz, *Cilt 1*, N. 1349, dn. 1492.

¹³²¹ HMK m. 200'de yazılı delille (senetle) ispat bakımından bir parasal sınır öngörülmüş olup, bu miktar HMK Ek Madde 1'de öngörülen şekilde Maliye Bakanlığı'nca tespit ve ilân olunan yeniden değerlendirme oranına göre 2022 yılı için 6.640 TL olarak güncellenmiştir. Buna göre yazılı delille ispatın gerekip gerekmediğinin tespitinde, o sözleşmeden dolayı bir sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı belirleneceğinden sorumsuzluk anlaşmasının ilişkin bulunduğu vekâlet veya hizmet sözleşmesinin değeri dikkate alınacaktır. Bu itibarla, sözleşmede bir değer yoksa, diğer bir deyişle yönetim kurulu üyesine bir ücret ödenmesi söz konusu değilse, bu durumda sorumsuzluk sözleşmesinin de yazılı delille ispatı zorunluluğundan bahsedilmeyecektir. Ancak, bu varsayım, sadece vekâlet ilişkisi bakımından gerçekleşebilecek olup, ücretin zorunlu bir unsur olduğu (Yavuz/Acar/Özen, s. 482) hizmet sözleşmesi için böyle bir ihtimalden bahsedilmeyecektir.

¹³²² Sorumluluğun doğmasından sonra yapılan anlaşmaların sulh veya ibra niteliğini taşıyacağı ve bu tür anlaşmaların sadece hafif kusur için değil, kasıt dâhil her türlü kusuru kapsayacak şekilde yapılabileceği yolunda bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt 1*, N. 1349.

sebebi olarak kullanılabilecektir. Bununla birlikte, inananın tek veya hâkim pay sahibi olduğu hâllerde ise, inananın oyuyla ortaklık adına yönetim kurulu üyesine karşı dava açılmasına karar verilmesi durumunda, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) dikkate alınarak, davalı inançlı yönetim kurulu üyesine inananla yaptığı sorumsuzluk sözleşmesine dayanma hakkı tanınmalıdır.

R- Takas Beyanı

Davalı yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler, sorumluluk davası ister ortaklık ister pay sahipleri tarafından açılmış olsun, kendilerine karşı ileri sürülen tazminat talebine karşılık olarak, kendilerinin şirketten olan alacaklarını takas ettikleri (TBK m. 139 vd.) beyanında bulunabilirler¹³²³. Örneğin, TTK m. 394 uyarınca, esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla tutarı belirlenen huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenmesi gibi düzenlemeler nedeniyle yönetim kurulu üyeleri şirketten alacaklı olabilirler. Ayrıca, şirket ile aralarında olan sözleşmeden kaynaklanan ücret veya tazminat alacaklarının bulunması ve bu alacakların takas beyanına konu teşkil etmesi mümkündür. Hatta, esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararıyla verilen izin doğrultusunda (TTK m. 395) şirketle işlem yapan yönetim kurulu üyesinin bu işlemlerden dolayı da şirketten alacaklı bulunması söz konusu olabilir. Bu bağlamda, çekişmeli (ihtilaflı) alacakların da takasa konu edilmesi mümkündür¹³²⁴ (TBK m. 139/2).

Takas beyanı, maddî hukuk bakımından borcu sona erdiren bir tasarruf işlemi ve tek taraflı, bozucu yenilik doğuran bir beyan olup¹³²⁵, dava dışında yapılan takas

¹³²³ Müteselsil borçlulardan birinin takas ileri sürmesi hâlinde, borç kısmen veya tamamen sona ereceğinden diğer borçluların da bundan yararlanacağı, bununla birlikte takas imkânına sahip olan borçlunun bunu ileri sürmek zorunda bulunmadığı yönünde bkz. Canyürek, s. 69, 70, 73. Tekinalp, iflâstan sonra alacaklılar tarafından açılan sorumluluk davasına ilişkin def'ileri belirtirken, davalıların ortaklığa karşı sahip oldukları alacaklarını tazminat borçları ile takas edebileceklerini ifade etmektedir; bkz. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 16-121, 123.

¹³²⁴ von Tuhr, s. 672; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1868; Eren, **Genel Hükümler**, N. 4026; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1019; Aral, s. 97 vd.; Murat Develioğlu, **Takas Kavram -Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması – Takasın Hukukî Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 16; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1637.

¹³²⁵ von Tuhr, s. 665, 679; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1845, 1878, 1882, 1890; Eren, **Genel Hükümler**, N. 4011-4013; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1013, 1019-1020; Develioğlu, s. 12 vd.; takasın hukukî niteliği ile takas beyanının hukukî niteliğinin farklı olduğu, takas beyanının bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmekle birlikte takasın hukukî niteliğinin tartışmalı bulunduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 33 vd.

beyanının davada ileri sürülmesi bir itiraz sebebi teşkil eder¹³²⁶. Bununla birlikte, takasın ilk defa dava sırasında ileri sürülmesi hâlinde¹³²⁷ bunun niteliği ve sonuçları konusunda öğretide farklı fikirler vardır¹³²⁸. Yenilik doğuran hakların kullanılması esasen hiçbir şarta bağlanamamakla birlikte, dava bağlamında terditli takas beyanında bulunulması mümkündür¹³²⁹. Buna göre, davalı, herhangi bir tazminat borcunun bulunmadığını, mahkemece bir tazminat hesaplansa dahi bunu ortaklıktan olan alacağını takas ettiğini ileri sürebilir. Böyle bir savunmada bulunan alacaklı karşı alacağına ilişkin delilleri de mahkemeye sunmalı ve mahkemece de yapılacak incelemede bu alacak iddiasının varlığı ve miktarı araştırılarak hükümde dikkate alınmalıdır¹³³⁰. Bu bağlamda, mahkeme, öncelikle davaya konu alacağı ve buna karşı davalının ileri sürdüğü başta itiraz ve def'iler olmak üzere tüm savunma sebeplerini inceleyecek, bu inceleme sonucunda bir alacağın bulunmadığına kanaat getirdiği takdirde davayı reddedecek ve bu hâlde takas beyanı hüküm doğurmayacak, buna karşılık, mahkemece alacağın bulunduğu tespit edilirse bu defa takas beyanına konu

¹³²⁶ von Tuhr, s. 680; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1878; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1021, 1026; Aral, s. 204; Develioğlu, s. 222; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1211. Üstündağ da, mahkeme dışında gerçekleşen takasın ileri sürülmesin maddî hukuk anlamında bir itiraz sebebi teşkil etmekle beraber, usûl hukukuna ilişkin geniş anlamda bir def'î olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Usûl**, s. 350.

¹³²⁷ Davalının başka bir davaya konu alacak hakkını da takas beyanına konu yapabileceği, bu durumda mahkemenin bu davanın sonucunu beklemekle yükümlü olduğu yönünde bkz. von Tuhr, s. 671; buna karşılık, başka bir davaya konu alacak iddiasının takasa konu yapılması hâlinde mahkemenin söz konusu davayı bekletici sorun yapabileceği gibi, söz konusu alacak iddiasını ön sorun mâhiyetinde görerek çözümleyebileceği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 450.

¹³²⁸ Bu bağlamda bu konudaki görüşler ve dava sırasında ileri sürülen takas beyanının bir def'î olduğu, mahkemece takas beyanının davanın reddi veya geri alınması nedeniyle dikkate alınmaması hâlinde takas beyanının maddî hukuk bakımından sonuç doğurmayacağı yolundaki görüş için bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 514 vd.; Üstündağ'ın bu görüşünün eleştirisi ve takas bildiriminin davadan önce veya davadan sonra yapılmış olmasının farklı sonuçlar meydana getirmeyeceği, mahkemenin kararında takasa yer vermesinin takasın hükümlerini doğurması için kurucu bir şart olarak aranmayacağı, takasın ister davadan önce ister davadan sonra ileri sürülmüş olsun hakkı sona erdirici etkisi dolayısıyla itiraz niteliğinde olacağı yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1026-1030; dava sırasında ileri sürülen takas beyanının bir itiraz mı, def'î mi yahut yoksa usulî bir işlem mi olduğunun tartışılabilirliği, bu beyanın ileri sürülmesi ve şekli bakımından usûl hukukuna tâbi olduğu, bununla birlikte maddî hukuk anlamında sonuç doğuran bir itiraz sebebi teşkil ettiği, buna göre davada ileri sürülen takasın hem usûl hukukuna ve hem de maddî hukuka ilişkin sonuçlarının bulunduğu konusunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1211, 1213; ilk defa mahkeme nezdinde ileri sürülen takasın geniş anlamda def'î teşkil ettiği, buna karşılık davadan önce söz konusu olan takasın bir itiraz sebebi olduğu yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 449; davada ileri sürülen takas beyanının maddî hukuk anlamında itiraz, usûl hukuku anlamındaysa bir def'î teşkil ettiği yönünde bkz. Tanrıöver, s. 687 dn. 12; dava sırasında ileri sürülen takasın hukukî niteliği konusundaki görüşler ve bu bağlamda Üstündağ'ın görüşünün eleştirisi ile dava sırasında ileri sürülen takasın da bir itiraz teşkil ettiği yolundaki görüş için ayrıca bkz. Aral, s. 211 vd.; aynı doğrultuda bkz. Develioğlu, s. 238-241; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1878.

¹³²⁹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1214; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 450; Üstündağ, **Usûl**, s. 518; Aral, s. 219; Develioğlu, s. 244. von Tuhr, dava sırasındaki takas beyanı için “*tali takas*” ifadesini kullanmaktadır, bkz. s. 671-672, 680-681.

¹³³⁰ Terditli takas beyanına konu alacakların mahkemece incelenmesi ve bu konuda izlenebilecek yöntemler (ihtimaller) konusunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1216; Develioğlu, s. 238-239; terditli takas beyanının gerçekleştirilen yargılamada nasıl ele alınacağı konusundaki görüşler için bkz. Aral, s. 221-222.

karşı alacağın ve buna ilişkin delillerin incelenmesi gerekecek ve ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilecektir¹³³¹. Ancak hemen belirtelim ki, davalının davanın basit yargılama usulüne tâbi bulunduğu dikkate alındığında, davalının takas beyanını ve delillerini cevap dilekçesinde (HMK m. 129) veya daha sonra ıslahla¹³³² (HMK m. 176) mahkemeye sunması gereklidir; aksi takdirde savunmanın genişletilmesi yasağına tâbi olur¹³³³(HMK m. 141).

Takas karşı tarafa ulaşmakla alacağı sona erdiren bir sebep (tasarrufî işlem) olmakla birlikte, davada ileri sürülen takasın hüküm ve sonuçlarını doğurması, hâkimin davaya konu asıl alacağın varlığını tespit edip karara bağlaması koşuluna, diğer bir deyişle takasın karşılıklı alacakların bulunması şeklindeki koşulunun gerçekleştiğinin mahkemece saptanmasına bağlıdır¹³³⁴. Davadan önceki takas bir itiraz sebebi etmesine karşılık, davada ileri sürülen takas beyanı bir medeni yargılama hukuku bakımından bir def'î teşkil eder, zira davalı takas beyanında bulunmadıkça mahkeme takas edilebilecek karşılıklı iki alacağın bulunduğunu dosyadan tespit etse dahi bunu re'sen dikkate alamaz, bunun incelenip dikkate alınması için davalı tarafça ileri sürülmesi zorunludur. Buna göre, davada ileri sürülen takas, maddî hukuk anlamında bir itiraz sebebi teşkil etmekle birlikte, yargılama hukuku bakımından bir itiraz değil, def'î niteliğini taşır.

Bu bağlamda tekrar vurgulanması gereken nokta, sorumluluk davasının konusu anonim ortaklığın uğradığı zarar ve ortaklığa verilmesi gereken tazminat olduğundan, davalının varsa pay sahiplerinden olan karşı alacağı değil, anonim ortaklıktan olan karşı alacağı takas savunmasına esas teşkil edebilecektir. Diğer bir deyişle, davalı yönetim kurulu üyesi, davacı pay sahibinden olan karşı alacağı ile şirket zararı nedeniyle doğan tazminat borcunu takas edemez. Zîra takasın en önemli unsuru karşılıklı alacakların bulunmasıdır¹³³⁵.

¹³³¹ Bu konuda bkz. von Tuhr, s. 681; ayrıca bkz. Aral, s. 222.

¹³³² Islah konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, **Şerh**, s. 2227 vd.

¹³³³ Bu konuda bkz. Develioğlu, s. 236-237.

¹³³⁴ Tali takasın (terditli takasın), münhasıran hâkimin diğer tarafa muaccel bir alacak tanınması ve davalının ileri sürdüğü def'îlerle birlikte takas zımındaki iddialarını reddetmesi hâli için yapılan tek taraflı bir takas beyanı olduğu yönünde bkz. von Tuhr, s. 681

¹³³⁵ Aral, s. 42 vd.; Develioğlu, s. 79 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1851 vd.; Eren, **Genel Hükümler**, N. 4017; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1014 vd.

Ayrıca, davalının takas beyanında bulunabilmesi için, davacının ortaklık olması da zorunlu değildir. Davanın konusu, davacının sıfatından bağımsız olarak şirket zararı olduğundan ve mahkemece şirket zararının tazminine ilişkin hüküm tesis edileceğinden, ortaklık davacı olmasa dahi davalı takas beyanında bulunabilir. Bu bağlamda, takas beyanı dava dışında doğrudan ortaklığa yöneltip bu beyan bir maddî vâkıa olarak usulüne uygun şekilde (savunmanın genişletilmesi yasağına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde) mahkemeye bir maddî vâkıa olarak sunulabileceği gibi, bir usulî işlem bağlamında cevap dilekçesinde terditli takas beyanında bulunulması suretiyle de ileri sürülebilir. Takasın yenilik doğuran bir beyan olması nedeniyle karşı tarafa (ortaklığa) ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuracak olması¹³³⁶, bu beyanın ortaklığın taraf olmadığı sorumluluk davasında terditli olarak ileri sürülmesine kanımızca engel değildir. Ancak, hemen belirtelim ki, bu hâlde de takas beyanını içeren söz konusu dilekçenin karşı borçlu dava dışı ortaklığa tebliğinin (ulaşmasının) sağlanması bu beyanın hüküm doğurması için gereklidir. Bu bağlamda, davalıyı dava dışında bir takas beyanında bulunmaya zorlamak da mümkün olmamalı, kendisine terditli takas beyanında bulunma imkânı tanınmalıdır. Zîra, dava dışında yapılan takas beyanı borcu kesin bir şekilde sona erdiren bir işlem olmasına karşılık, davadaki takas beyanı terditli olduğundan bunun sonuç doğurması ancak dava konusu asıl alacağın varlığının tespitine bağlıdır. Diğer bir deyişle, davacının asıl davaya konu bir alacağı yoksa, karşılıklı alacakların bulunması koşulu sağlanamayacağından takas da gerçekleşmeyecektir. Bu bakımdan, dava dışında ve davada ileri sürülen terditli takas beyanlarının hüküm ve sonuçları birbirinden farklıdır¹³³⁷.

Diğer yandan ifade etmek gerekir ki, takasın ortaklık veya davacılar tarafından yahut mahkemece kabulüne ihtiyaç yoktur¹³³⁸. Mahkeme, sadece takasın koşullarının mevcut olup olmadığını inceler.

Davalının, sorumluluk davasına konu zarar iddiasından daha yüksek miktardaki bir alacak iddiasına dayanarak olası borcu ölçüsünde terditli takas beyanında bulunup,

¹³³⁶ Von Tuhr, s. 679; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1878; Eren, **Genel Hükümler**, N. 4011; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1013, 1019-1020.

¹³³⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1878; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, S. 1211, 1216; aksi görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1029.

¹³³⁸ Takasın tek taraflı bir beyan olduğu, etkinlik ve geçerliliğinin karşı tarafın kabul ve onayına bağlı olmadığı yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 4011; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1845, 1883; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1019-1020; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1180; Develioğlu, s. 18-19.

fazla kısmın da tahsilini talep edebilmesi için, ya ortaklığa karşı ayrı bir dava açarak davaların birleştirilmesini talep etmesi veya davacının ortaklık olması koşuluyla karşı dava açması gereklidir¹³³⁹. Zîra takas beyanı, fazla kısım için beyanda bulunan lehine hüküm verilmesi sonucunu doğurmayıp, sadece dava konusu talebi sonlandıran bir itiraz mâhiyetindedir. Davalı, daha yüksek miktarda bir alacağının bulunduğunu iddia edip bunun tahsilini istiyorsa, bu alacağını dava konusu etmelidir.

Uygulamada çok karşılaşılan bir durum da şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketin borçlarına, özellikle bankalarla yapılan kredi sözleşmelerine müteselsil kefil olmasıdır. Bu kimseler (kefiller), ödeme yapmaları hâlinde şirkete rücu edebilmekte (TBK m. 596), ancak öncesinde şirkete karşı bir alacak hakkına sahip olmamaktadırlar. Bu nedenle, yönetim kurulu üyeleri, müteselsil kefaletlerini gerekçe göstererek takas beyanında bulunamazlar. Zira ödeme yapmadıkça kefillerin henüz bir rücu alacağı doğmamıştır. İşte böyle bir durumdaki yönetim kurulu üyelerinin, karşılaştıkları sorumluluk davası bağlamında müteselsil kefalet vâkiasına nasıl dayanabileceklerini değerlendirmek gerekir. Öncelikle, kefilin rücu alacağının ancak ödeme anında doğacak olması, bu tarihe kadar şarta bağlı bir alacak niteliğinde bulunması, takasta ise sadece muaccel olmuş karşılıklı alacakların takasa konu edilebilmesi (TBK m. 139) nedeniyle¹³⁴⁰, davalı kefilin rücu alacağı doğmadan takasa beyanında bulunamayacağını tespit etmek gerekir. Diğer bir deyişle, davalı, dava konusu zarar tutarının veya mahkemece hükmedilen tazminat tutarının çok üstünde bir tutar için şirkete müteselsilen kefil olmuş olsa dahi, kendisi ödeme yapmadıkça bir karşı alacağa (rücu alacağına) sahip olmayacağından, takas beyanında bulunamaz¹³⁴¹. Bu konuda akla TBK m. 595 uyarınca kefilin asıl borçludan güvence talep etmesi imkânı gelmektedir. Ancak, bu hak da mutlak olmayıp, maddede öngörülen asıl borçlunun temerrüde düşmesi, mali durumunun kötüleşmesi gibi koşullara bağlıdır. Ancak, bu

¹³³⁹ Takasa konu alacağın karşı davaya konu edilmesi hakkında bkz. Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1217; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 443-444; Üstündağ, **Usûl**, s. 519; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1180-1181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1021; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 407; Aral, s. 219; Develioğlu, s. 230-233; Tuğçe Arslanpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 30 vd., 37; takas edilmek istenen alacağın dava konusu alacağa eşit miktarda veya ondan daha düşük olması hâlinde karşı dava açılmasında hukukî yarar bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Tanrıöver, s. 686-687.

¹³⁴⁰ Muaccel olmayan, henüz doğmamış olan ve bu bağlamda ilişkin bulunduğu şart gerçekleşmemiş olan şarta bağlı alacakların takasa konu edilemeyecekleri yönünde bkz. von Tuhr, s. 670; Eren, **Genel Hükümler**, N. 4028-4029, 4020; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 1852 ve dn. 2188; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1017; Aral, s. 68; Develioğlu, s. 140 vd.

¹³⁴¹ Müteselsil borçlulukta ödeme yapılmadıkça rücu hakkının söz konusu olamayacağı yönünde bkz. von Tuhr, s. 805.

koşullar gerçekleşse dahi, kefil asıl borçluya karşı sadece bir güvence alacağı elde etmiş olacak, bu ise takasın şartları olan para veya özdeş edimlerin takas konusu yapılabileceği yolundaki şartı (TBK m. 139) karşılamayacak ve dolayısıyla takas beyanında bulunması yine mümkün olmayacaktır. Buna göre, aynı zamanda kefil olan davalı, ancak şirketin borcu nedeniyle ödeme yaptıktan sonra, sorumluluk davasında henüz karar verilmemişse dava sırasında veya karar verilmiş, ancak tazminat daha tahsil edilmemişse icra takibi bağlamında takas beyanında bulunabilecektir.

III- Karşı Dava

Kendisine dava açılan bir kimsenin başvurabileceği yollardan biri de cevap dilekçesi verme süresi içinde cevap dilekçesiyle birlikte veya ayrı bir dilekçe ile karşı dava açmaktır¹³⁴² (HMK m. 133). Ancak bunun için, davalar arasında bağlantı bulunması veya asıl davaya konu taleple karşı davada ileri sürülecek talep arasında takas mahsup ilişkisinin bulunması gereklidir (HMK m. 132/1). Bu şartlar gerçekleşmeden karşı dava açılacak olursa, mahkeme karşı davanın asıl davadan ayrılmasına karar verir (HMK m. 132/2). Karşı dava, esasen müstakil bir dava olup (HMK m. 134), davalı karşı dava açmakla sadece savunma yapmış olmakla kalmamış, davacıdan bir karşı talepte bulunarak mahkemeden bunun hüküm altına alınmasını da talep etmiş olur; aksi takdirde davalının ileri sürdüğü hakkın hüküm altına alınması mümkün değildir¹³⁴³.

Bu bağlamda, sorumluluk davasına muhatap olan yönetim kurulu üyelerinin çeşitli konularda karşı dava açıp açamayacakları sorusu akla gelebilir. Aşağıda, buna ilişkin başlıca olasılıklar kısaca incelenip değerlendirilecektir.

Davacı ortaklığın açtığı sorumluluk davasına muhatap olan davalı yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda pay sahibi olması hâlinde, karşı dava olarak ortaklığın haklı sebeple feshini (TTK m. 531) talep etmesi düşünülebilir. Gerek usûl hukuku gerek ticaret hukuku bakımından buna engel bir durum görünmemekle birlikte, sorumluluk davası ile fesih davası arasında bir bağlantının (HMK m. 132, 166/4)

¹³⁴² Karşı dava konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1228 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1177 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 512 vd.; Tanrıöver, s. 685 vd.; Arslanpınar, s. 17 vd.

¹³⁴³ Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1229; karşı davanın bağımsız ayrı bir dava olduğu yönünde ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1190; Tanrıöver, s. 689; Arslanpınar, s. 135.

bulunmadığı söylenebilir. Ancak, somut olayın özellikleri, bağlantı koşulunu yerine getirebilir. Örneğin, aile şirketlerinde ve az ortaklı şirketlerde, sorumluluk davasının ortaklar arasındaki çekişme ve çatışmada bir silah olarak kullanılmak istendiği durumlarda bağlantı koşulunun gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, kanımızca somut olayın özelliklerine göre davalar arasında bağlantı koşulunun bulunduğu sonucuna ulaşılabılır¹³⁴⁴. Ancak hemen belirtelim ki, sadece ortaklığın açtığı sorumluluk davasına karşı haklı sebeple fesih davasının açılması söz konusu olabilir. Zîra fesih davasının davalısı, asıl davanın (sorumluluk davasının) davacısı olan anonim ortaklıktır. Buna karşılık, pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarına karşı fesih davasının açılması en başta taraflardaki bu farklılık sebebiyle mümkün görülmemelidir¹³⁴⁵. Bu olasılıkta, sorumluluk davası eda davası, fesih davasının ise yenilik doğuran (inşaî) dava niteliğinde olmasının, diğer bir deyişle, davalar arasındaki nitelik farklılığının belirttiğimiz sonuca bir etkisi yoktur¹³⁴⁶. Buna rağmen, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.04.2016 tarihli kararına konu bir olayda, pay sahibinin açtığı sorumluluk ve şirketin fesih ve tasfiyesi talepli davaya karşı, davalı tarafından karşı dava olarak aynı şekilde sorumluluk ve şirketin feshi ve tasfiyesi konusunda dava açılmış, mahkemece yargılama yapılarak asıl davada şirketin fesih ve tasfiyesine, karşı davada ise asıl davada bu konuda bir karar verildiğinden ayrıca karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ve Yargıtay tarafından fesih ve tasfiye talepleri hakkında oluşturulan bu kararlar onanarak sadece sorumluluğa ilişkin talepler bakımından yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹³⁴⁷.

¹³⁴⁴ Şirketlerin bir hissedar veya hissedar koalisyonu tarafından fiilen kontrol edildiği durumlarda, şirket aleyhine açılan fesih davalarının, azınlık hissedarların çoğunluğun eylemlerini frenlemelerinin fiili bir yolunu oluşturduğu, türev davalarının bazı Avrupa ülkelerinde karşılaştığı engeller göz önüne alındığında bu tür bir davanın genellikle hissedarları kontrol altında tutan ana mekanizma olduğu, benzer şekilde ABD'de bazı eyaletlerde, açık bir şekilde yasayı ihlal etmeyen, ancak şirketin temelini oluşturan kanun veya sözleşmenin ruhunu ihlal eden "baskıcı" davranışları ele alan dava mekanizmalarının bulunduğu, buna göre mahkemelerin "şirketin kontrolünü elinde tutanlar" (yani yöneticiler veya hâkim hissedarlar) "yasadışı, baskıcı ve dolandırıcı bir şekilde" hareket ettiyse, şirketi feshetme yetkisine sahip oldukları ve bunun ayrıntıları konusunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 12, 13, 17-18.

¹³⁴⁵ Karşı davanın, asıl davanın davalısı tarafından asıl davacıya karşı açılan bir dava olduğu yönünde bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1228.

¹³⁴⁶ Nitekim öğretilde, karşı dava açılabilmesi için davaların niteliğinin de aynı olması gerektiği yönünde bir şarta yer verilmemiş, bununla birlikte, karşı davanın asıl (ilk) davanın yargılama usulüne tâbi olması gerektiği ifade edilmiştir; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1231-1232.

¹³⁴⁷ "Davacı/karşı davalı vekili, ..., şirketin haklı sebeplerle fesih ve tasfiyesini, davalı ...'ın haksız olarak hesabına aktardığı 150.000 TL'nin şirkete iadesini veya tasfiye payından düşülmesini talep ve dava etmiş, ... Davalı/karşı davacı ... asıl davanın reddini istemiş, karşı davada ise ... şirketin haklı sebeplerle fesih ve tasfiyesini, davacı/karşı davalının şahsi hesabına aktardığı kazançlar için şimdilik 10.000 TL'nin şirkete iadesini veya tasfiye payından düşülmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, ... asıl dava yönünden, davalı/karşı davacının dava tarihi itibarıyla 99.204,23 TL borcu belirlendiğinden ve borç yargılama sırasında ödendiğinden konusuz kalan talep hakkında karar verilmesine yer

Diğer bir olasılık olarak, ortaklığın açtığı sorumluluk davasına karşı ibra davası açılması kanımızca hukuken mümkün değildir. Gerçekten, davalı üye, sorumluluk davasından önce bizim de katıldığımız görüşe göre ibra davası açabilir ise de¹³⁴⁸, kendisine karşı dava açılması durumunda, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmediğini, zarara sebebiyet vermediğini ve dolayısıyla bir sorumluluğunun bulunmadığını savunma olarak ileri sürebilir. Bir davada, itiraz veya def'i olarak incelenebilecek hususlar ise, kural olarak ayrı bir davaya konu teşkil edemezler¹³⁴⁹.

Diğer yandan, davalı yönetim kurulu üyesinin iddia edilen şirket zararını aşan miktarda ortaklıktan bir alacağı varsa, örneğin yönetim kurulu üyelerine sağlanan huzur hakkı, ücret, prim veya ikramiye gibi haklara ilişkin bir alacak (TTK m. 394) veya şirket ile aralarında olan hizmet sözleşmesinden kaynaklanan ücret veya tazminat alacağı bulunuyorsa, bu kısmın tahsili karşı dava yoluyla talep edilebilir. Ancak, bunun için sorumluluk davasının yine ortaklık tarafından ikâme edilmiş olması gerekir. Zîra davalı karşı davasında ortaklıktan olan karşı alacağının tahsilini talep ettiğinden, karşı davalı olacak asıl davacının ortaklık olması gerekir. Buna göre, pay sahipleri tarafından açılacak davalara karşı, davalı ortaklıktan olan alacağı için karşı dava açamaz. Aynı şekilde, pay sahipleri tarafından açılan davalarda, davalı bu kimselerden alacaklı olsa dahi bu konuda karşı dava açmaz, zîra davanın konusu davacı pay sahipleri veya alacaklıların değil, şirket zararının tazminidir. Belirtmek gerekir ki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere¹³⁵⁰, davalının alacak miktarı iddia edilen zarardan daha düşükse, bu durumda davalı terditli takas beyanında bulunabilir.

olmadığına, davalı şirketin fesih ve tasfiyesine, ... karşı dava yönünden, davacı/karşı davalı hakkındaki talep kanıtlanamadığından reddine, fesih ve tasfiyeye yönelik olarak asıl davada karar verildiğinden yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. ... davalı/karşı davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. ... Dava, iddia ve savunmanın ileri sürülüş biçimine göre, yöneticinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davalının aynı zamanda şirket müdürü olması, defter ve kayıtların tutulmasından sorumlu bulunması nedeniyle, şirket kayıtlarına göre yargılama sırasında anılan bedelin ödendiğinden bahisle, tazminat talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması isabetli olmamıştır. ... şirketin zarara uğrayıp uğramadığı incelenip değerlendirilerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır” (bkz. Yarg. 11. HD’nin, 19.04.2016 T., 2015/9198 E. ve 2016/4339 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁴⁸ İbra davası konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, C, 8.

¹³⁴⁹ Bu konuda ve ayrıca hukukî yarar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Budak, s. 87 vd. ve 114 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 402 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 332-333; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 973, 980 vd.; Tanrıver, s. 583; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 276.

¹³⁵⁰ Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, R.

Ayrıca, özellikle aile şirketleri gibi az ortaklı şirketlerde, aynı zamanda yönetim yetkisine de sahip bulunan pay sahipleri arasında ortaya çıkan ihtilaflar nedeniyle bir pay sahibinin yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip diğer ortağa karşı açtığı sorumluluk davasına, davalının aynı yolla cevap vermek istemesi uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Örneğin, bir üye, diğer üyenin şirket adına tahsil ettiği şirket alacaklarını şirkete aktarmadığı gerekçesiyle sorumluluk davası açarken, diğer üye de davacı üyenin şahsen kullanmak için aldığı taşınmazın veya aracın bedelini şirkete ödetmek suretiyle şirketi zarara uğrattığı iddiasıyla karşı sorumluluk davası açabilir. Somut olayda bağlantı unsurunun gerçekleşmesi koşuluyla buna bir engel bulunmadığı kanısındayız. Zîra, bu olasılıkta gerek asıl dava gerek karşı dava bakımından taraf unsuru bakımından karşılıklılık unsuru gerçekleşmekte olup, önemli olan bağlantının bulunmasıdır. Bununla birlikte ifade edelim ki, ileri sürülen zarar iddialarının birlikte gerçekleştirilen bir karar veya işlemde doğması hâlinde, mahkemece hem asıl ve hem de karşı dava yönünden TMK m. 2 bağlamında da ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Ayrıca, sorumluluk davalarından birinin şirket zararının tazminine, diğerinin de doğrudan zararın tazminine ilişkin bulunduğu hâllerde bağlantı koşulu incelenirken bu hususun da göz önünde bulundurulması gerektiği kanısındayız. Diğer yandan, sorumluluk davası ortaklık tarafından açılmışsa, bu durumda davalı yönetim kurulu üyeleri, pay sahipliği sıfatına dayanarak karşı dava olarak başka bir yönetim kurulu üyesi veya yöneticiye karşı sorumluluk davası açamayacaklardır.

IV- İspat

A- Genel Olarak

Sorumluluk davaları bakımından medenî usûl hukukun ispat ve deliller konusundaki ilke ve kuralları sorumluluk davasında uygulama alanı bulacak, ancak bu bağlamda TTK hükümleri ve sorumluluk davasının özgün yapısı da dikkate alınacaktır. Bu nedenle, öncelikle ispata ilişkin genel bilgilerin kısaca ortaya konulmasında fayda vardır:

İspat, iddia edilen maddî vâkıaların gerçekleştiği konusunda hâkimde bir kanaat uyandırılması, diğer bir deyişle hâkimin ikna edilmesi faaliyetidir¹³⁵¹. Deliller de, bu ispat faaliyetinde kullanılan araçlardır¹³⁵². Kanunda öngörülen ve davacının talep sonucunu teşkil eden yaptırım (hukukî sonuç) unsurunun uygulanabilmesi, yani hükme dönüşebilmesi için, normda soyut olarak öngörülen koşul vâkıalara (soyut hukuk kalıbına) uygun mâhiyetteki maddî vâkıaların somut olayda gerçekleştiğinin ispat edilmesi gerekir¹³⁵³. Buna göre, ispatın konusu, çekişmeli maddî vâkıalar olup (HMK m. 187/1), sübjektif hak da bu vâkıalardan doğar¹³⁵⁴. Taraflar, kanunda belirtilen sürelerle ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptirler (HMK m. 189/1). İspat konusu maddî vâkıaların müspet (olumlu) veya menfi (olumsuz) olması mümkündür. Bununla birlikte, ispat konusu vâkıanın menfi olması, ispat yükü ve delil ikâme yükü kurallarında kural olarak bir değişiklik yaratmaz¹³⁵⁵; ancak, menfi vâkıaların ispatının müspet vâkıalara nazaran daha güç olduğu, hatta kimi zaman imkânsız bulunduğu da bir vâkıadır¹³⁵⁶. Nitekim, bu nedenle, öğretide, bu ispat güçlüğüne aşabilmek bakımından, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak delil ikâme yükünün yer değiştirmesine varıncaya kadar çeşitli hukukî yollar ve bu bağlamda dolaylı ispat araçlarına başvurulması önerilmekte ve uygulama da bu doğrultuda ortaya çıkmaktadır¹³⁵⁷. İspat doğrudan olabileceği gibi, takdirî delillerle ispata elverişli bulunan, diğer bir deyişle kesin delille (senetle) ispat zorunluluğuna tâbi olmayan vâkıaların, dolaylı ispat edilmesi de mümkündür¹³⁵⁸.

¹³⁵¹ Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 543; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1585; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 612; Tanrıöver, s. 755; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 450.

¹³⁵² Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 544, 591; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 613; Tanrıöver, s. 812.

¹³⁵³ Bu konuda bkz. Atalay, s. 58-60.

¹³⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1626 vd.; Umar, s. 545; Yılmaz, **Şerh**, s. 2306; Tanrıöver, s. 758; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 463; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 226-227, 543, 591; ispatın konusunu maddî hukukun belirlediği yönünde ayrıca bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 613.

¹³⁵⁵ Menfi vâkıaların ispat yöntemleri için bkz. Atalay, s. 91 vd. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1722 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 575-578; Üstündağ, **Usûl**, s. 619-620; bu konuda ayrıca bkz. Tanrıöver, s. 762.

¹³⁵⁶ Bu nedenle, Roma hukukunda menfi bir vakıanın ispatına gerek olmadığının savunulduğu, bununla günümüzde bu görüşün terkedildiği ve menfi vâkıaların da ispatının gerektiği yönünde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1724; Atalay, s. 102 vd.

¹³⁵⁷ Menfi vâkıaların ispatı konusunda yaşanabilecek ispat imkânsızlığı ve bunun aşılması için başvurulabilecek çözüm yolları için bkz. Atalay, s. 123 vd.; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1722 vd.; menfi vâkıaların ispat edilme yöntemleri (sebepten hareketle, sonuçtan hareketle ve aksi durumun imkânsızlığından hareketle) konusunda ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 464-465.

¹³⁵⁸ Dolaylı ispatın türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s.1619 vd.; Tanrıöver, s. 784 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 459; dolaylı ispat araçlarından biri olan “ilk görünüş ispatı”nın özellikle kusur ve illiyet bağının ispatında uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 622; öğreti ve yargı organları tarafından adi vekâlet sözleşmesi uygulamasında da, ispatın kolaylaştırılması aracı olarak ilk görünüş ispatından yoğun bir şekilde yararlanıldığı yönünde bkz. ilk görünüş ispatının vekilin sözleşme ihlâlinin ispatını kolaylaştırıcı bir araç olarak

İspata ilişkin genel bilgiler bu şekilde ortaya konulduktan sonra, sorumluluk davası bağlamında ispat yükü, ispatın konusu, ispat ölçüsü ve deliller aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

B- İspat yükü ve ispatın konusu

1- İspat yükü

a- Kavram

Bir davada ispat yükünün kime ait olduğu, diğer bir deyişle kimin üzerinde bulunduğu davanın sonucu bakımından belirleyici öneme sahiptir. Zîra ispat yükü, iddia edilen maddî vâkıaların ispat edilememesinin sonucuna kimin katlanması gerektiği, diğer bir deyişle, böyle bir durumda kimin aleyhine karar verileceğini belirler¹³⁵⁹. HMK’da, ispat yükünün, özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vâkıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu düzenlenmekle birlikte (HMK m. 190/1, TMK m. 6), delillerin ibrazı bakımından bir sıralama öngörülmemiş, her iki tarafın da delillerini sunmasını gerektiği hüküm altına alınmıştır¹³⁶⁰ (davacı bakımından HMK m. 119, 121; davalı bakımından ise HMK m. 129/1-e). Hâkim sunulan bu delillerden bir kanaat elde edemediği takdirde, işte o zaman ispat yüküne bakacak ve ispat yükü kimin üzerinde ise onun aleyhinde karar verecektir¹³⁶¹.

dikkate alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş. s. 384; doğrudan - dolaylı ispat ayırımı için ayrıca bkz. Atalay, s. 7-8.

¹³⁵⁹ İspat yükü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1692 vd.; Kuru, **Usûl El Kitâbı**, s. 615 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 555 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 613 vd.; Tanrıöver, s. 790 vd.; Atalay, s. 8 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 475 vd.

¹³⁶⁰ Delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda ayrıntılı bilgi ve ayrıca kanun koyucunun delillerin mümkün olduğunca davanın başında gösterilmesini ve toplanmasını amaçladığı yönünde bkz. Güray Erdönmez, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi”, **İBD**, Cilt: 87, Sayı: 5, Yıl: 2013, s. 15 vd.; ayrıca bkz. Umar, s. 547; Tanrıöver, s. 875-828; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 490-493; delillerin taraflarca getirilmesi ve bu bağlamda delillerin gösterilmesi ve ibrazı için ayrıca bkz. Özçelik, s. 263 vd.

¹³⁶¹ Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1698 vd.; Atalay, s. 9; her iki tarafça sunulan delillerden hâkimin bir kanaat edinmesi hâlinde ispat yükü kurumuna başvurmaya gerek bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitâbı**, s. 615; Tanrıöver, s. 792; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 460; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 475.

İspat yükü, maddî hukuk kuralları tarafından belirlenmekte olup¹³⁶², sorumluluk davası bakımından da ispat yükünü TTK m. 553 vd. hükümleri tayin etmektedir.

Bu bağlamda, ispat yükü (objektif ispat yükü) ile delil ikâme yükü (sübjektif ispat yükü) birbirinden farklı kavramlardır¹³⁶³. İspat yükü, davanın ispat edilememesi hâlinde bu ispatsızlığın sonucuna kimin katlanması gerektiği anlamına gelmekte iken, delil ikâme yükü, esasen ispat yükünün bir unsuru (görünümü) olmakla birlikte ispat konusunda kimin delil göstermesi gerektiği ile ilgilidir. Öğretide ifade edildiği üzere, delil ikâme yükü dinamik olup, tarafların ispat faaliyetine göre yer değiştirebileceği gibi¹³⁶⁴, bazı özel hâllerde de delil ikâme yükünün yer değiştirmesi söz konusu olabilir¹³⁶⁵. Buna göre, ispat yükünün yer değiştirmesi kural olarak söz konusu olmayıp, çeşitli durumlarda sadece delil ikâme yükünün yer değiştirmesi mümkündür. Çalışmamızın sınırlarını dikkate alarak bu konuda daha fazla ayrıntıya girmiyoruz.

Aşağıda sorumluluğun unsurları olan ve ispatın konusunu teşkil eden unsurlar (hukuka aykırı fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve kusur) bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğunu ayrı ayrı ele alacağız.

¹³⁶² İspat yüküne ilişkin kuralların niteliği konusunda tartışma ile maddî hukuk görüşü için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1702 vd.; Atalay, s. 9, 14-16, 17; Tanrıöver, s. 792-793; ispat yükü konusunda sözleşme yapılmasının hukuken mümkün olup olmadığı konusunda bkz. Umar, s. 582 vd.

¹³⁶³ Bu ayırım ve iki kavram arasındaki farklar için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1707 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 552; Umar, s. 584; ayrıca bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 467-468; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 475 vd.; objektif ispat yükü – sübjektif ispat yükü (delil ikâme yükü) ayırımı için bkz. Atalay, s. 8 vd.; Börü, s. 32 vd.

¹³⁶⁴ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1711; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 552; Atalay, s. 15, 18-20; Tanrıöver, s. 792; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 467; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 479; Börü, s. 41-42, 46; buna karşılık, ispat yükünün yer değiştireceği yönünde bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 619, 624-625; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 633.

¹³⁶⁵ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1713; Tanrıöver, s. 808. Örneğin, ispat yükü altında bulunan bir kimsenin bir vâkıyı ispat etmesinin ondan beklenmesinin dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı olduğu hâllerde, artık bu konuda diğer tarafın delil göstermesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bir menfi vâkıyanın, diğer bir deyişle bir olgunun gerçekleşmediğinin ispatı bazı hâllerde büyük güçlük ve hatta imkânsızlık arz edebilir, bu hâlde artık ispat yükü altında bulunan kişinin delil göstermek zorunda olmayıp, diğer tarafın menfi vâkıyanın aksi durumun gerçekleştiği konusunda delil göstermesi gerekir. Ancak, dikkate edilmelidir ki, bu durum tüm menfi vâkıyalar için söz konusu olmayıp, delil sunulmasının beklenmesinin dürüstlük kuralı uyarınca mümkün olmadığı hâllerle sınırlıdır. Menfi vâkıyaların ispatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **ATALAY**, s. 91 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 619-620; buna karşılık, Üstündağ, menfi vâkıyaların ispatı bakımından ispat yükünün yer değiştirmesinden söz etmektedir, bkz. **Usûl**, s. 619.

b- Sorumluluğun Unsurları Bakımından İspat Yüğü

aa- Hukuka Aykırı Fiil, Zarar ve Uygun Nedensellik Bağı Unsurları Yönünden İspat Yüğü

Hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağının varlığını ispat yükünün davacıda bulunduğu konusunda öğretide ve yargı içtihatlarında hiçbir tereddüt bulunmamaktadır¹³⁶⁶. Buna göre, sorumluluk davasının davacısı, bu unsurların somut olayda gerçekleştiğini kanıtlayan delilleri ibraz etmekle yükümlü olup, bu unsurlardan herhangi birini ispat edemediği takdirde davanın reddine karar verilir. Hâkim tarafından hukukî sebebin belirlenmesi ve hukukun uygulanması kapsamında söz konusu unsurların varlığı araştırılacak olmakla birlikte, bu unsurları gerçekleştiren maddî vâkıalar ile bunların delilleri taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) uyarınca iddia ve ispat yükü (HMK m. 190) altında bulunan taraflarca sunulmalıdır.

bb- Kusur ve Bu Bağlamda Özen Borcu Bakımından İspat Yüğü

Kusur karinesinin bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla ispat yükünün kimin üzerinde olduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır¹³⁶⁷. Bir görüşe göre, eTTK döneminde olan kusur karinesi TTK döneminde de varlığını sürdürmekte ve buna göre davalı kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlüdür¹³⁶⁸. Buna göre, davalı

¹³⁶⁶ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 18; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 56, 87; Altay, **Yetki Devri**, 248, 276; İsviçre hukukunda da zarar, görev ihlali ve nedensellik bağı ispat yükünün davacıya ait olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 50, 64, 102. Ayrıca, Alman, Fransız ve İngiliz hukuklarında da, zararın kimin davranışı sonucunda meydana geldiğini (dolayısıyla, ihlâl, zarar ve nedensellik bağı) davacının ispat etmesi gerektiği, bununla birlikte Alman hukukunda özellikle sermayenin korunması ilkesi hakkındaki kuralların ihlâline ilişkin zarar ve zararlar ilgili nedensellik bağı konusunda ispat yükünün davalıya kayacağı (AktG 93/3) yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 164, 165, 170.

¹³⁶⁷ İş adamı kararı savunmasının koşullarının (gerekliliklerinin) yerine getirildiği konusundaki delil ikame yükünün bu savunmaya dayanarak sorumluluktan kurtulmak isteyen davalılarda olduğu, bu bakımdan, ispat yükünün kısmen tersine çevrilmesinin söz konusu bulunduğu yolunda bkz. Kunz, s. 281; iş adamı kararı konusunda ve ayrıca yöneticilerin etkili bir şekilde risk almasını engellemekten kaçınmak için, ABD mahkemelerinin, bilgili bir temelde, iyi niyetle ve eylemin şirketin çıkarına olduğu yolundaki bir inançla verilen ticarî kararların incelenememelerini sağlamak üzere “*business judgement rule*”u geliştirdikleri, bu kural uyarınca, davacı, yöneticilerin bilgi temeline dayanmadan, kötü niyetle veya sadakat yükümlülüğünü ihlal ederek hareket ettiğini ispat edemezse, mahkemelerin herhangi bir rasyonel iş amacı dışında olmadıkça yöneticilerin karar ve eylemlerine saygı duyacakları, buna karşılık, bu karine çürütülürse, ispat yükünün, işlemin şirket için “*tamamen makul*” olduğunu kanıtlaması gereken yöneticilere geçeceği yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 203-204.

¹³⁶⁸ Çamoğlu, **Yeni TTK’da Hukukî Sorumluluk**, s. 412; Şener, s. 421; Dinç, s. 62; Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 247-248. Hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı unsurlarının davacı tarafından, kusurun ise sorumluluğun sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı hâllerde davalı tarafından (kusursuzluğun ispatı), haksız fiile dayanan davalarda ise davacı tarafından ispatlanması gerektiği

kusursuz olduğunu ispat edemediği takdirde, davacının diğer unsurların varlığını ispat etmiş olması kaydıyla, davanın kabulüne ve sorumluluğa karar verilir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, kusur karinesi TTK'da terkedilmiş olup, kusuru ispat yükü diğer unsurlarla birlikte davacının üzerindedir¹³⁶⁹. Buna ilişkin gerekçelerimizi yukarıda belirtmiştik¹³⁷⁰. Bu konuda benimsenecek görüşe göre kusuru ispat yükünün kime ait olduğu belirlenecektir¹³⁷¹.

Yukarıda açıkladığımız üzere, özen borcu (TTK m. 369), bir yandan hukuka aykırılık unsuruna ilişkin aslî bir borç olmakla birlikte, diğer yandan da kusur bakımından bir objektif bir ölçüdür¹³⁷². Bu nedenle, özen borcuna uygun davranılıp davranılmadığının tespiti kusurun varlığı bakımından da belirleyici olacaktır. Özellikle ihmalin bulunup bulunmadığı, özen borcunun yerine getirilip getirilmediğinin tespitine bağlı olup, özen kavramının temel işlevi, ihmal kavramının belirlenmesinde ortaya çıkar¹³⁷³.

Aslî bir borç olarak özen borcuna aykırı davranıldığı yolundaki iddiayı (hukuka aykırılık) ispat yükü davacının üzerindedir; bu konuda hiçbir tereddüt yoktur¹³⁷⁴. Nitekim, kusur karinesinin varlığını savunan Altay'a göre de, özen borcunun kusura ilişkin kısmını davalı, hukuka aykırılık kısmını ise davacı ispat etmelidir¹³⁷⁵.

Bununla birlikte, kanımızca, kusur karinesinin varlığı kabul edilse dahi, özen borcuna aykırı davranıldığına, bu borcun aynı zamanda aslî bir borç olup hukuka

yönünde bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 88. Fransız Yüksek Mahkemesi'ne göre, kendi eylemi veya çekimser tavrı ile yönetim kurulunun haksız bir kararına katılan her bir yönetim kurulu üyesinin ihtiyatlı ve dikkatli bir yönetici olarak, özellikle bu karara karşı çıktığı tespit edilmedikçe sorumlu olacağı, direktörün yanlış karardan sorumlu olduğuna dair çürütülebilir karinenin bulunduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 164.

¹³⁶⁹ Tekinalp de, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda kusuru ispat yükünün davacıya verildiğini ifade etmektedir; **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 15-42, 16-77). Aynı yönde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 590; Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 140; Battal, s. 36, 37; Demirkan, s. 15.

¹³⁷⁰ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, C.

¹³⁷¹ Kusurun objektifleştirilmesi nedeniyle bu konudaki ispat yükünün çok fazla önem taşımayacağı yolundaki görüş için bkz. Kortunay, s. 264. Bu konuda ayrıca, ispatın konusu olarak kusur bağlamında yaptığımız açıklamalar için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 3, d.

¹³⁷² Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹³⁷³ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 87.

¹³⁷⁴ Ayrıca, vekâlet sözleşmesi bağlamında da, vekâlet verenin vekilin özen borcunu yerine getirmediğini ispat yükü altında olduğu yönünde bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 663.

¹³⁷⁵ Altay, **Yetki Devri**, s. 207.

aykırılık unsurunu ilgilendirmesi nedeniyle¹³⁷⁶ davacı tarafça ispat edilmesi gerekmekte olup, hukuka aykırılık unsuru bağlamında özen borcuna aykırılığın ispatı hâlinde kusur da (özen ölçüsünün yerine gelmediği) kendiliğinden ispatlanmış olacağından, ispat konusunda özen borcunun hukuka aykırılık ve kusur yönlerinden ayrılması mümkün görünmemektedir¹³⁷⁷. Gerçekten, özen borcuna ilişkin olarak hukuka aykırılığın mevcut olup da kusurun mevcut olmayacağı yahut kusurun bulunup hukuka aykırılığın gerçekleşmeyeceği hiçbir varsayımın söz konusu olmayacağı, diğer bir deyişle özen borcunun madalyonun iki yüzü gibi birbirinden ayrılmaz iki cepheye sahip bulunduğu, bu nedenle kusur karinesinin varlığı kabul edilse dahi hukuka aykırılık unsuru bakımından aslî bir borç olması nedeniyle özen borcunun ihlâl edildiğini davacının ispatlaması gerektiği, bu ispat faaliyeti gerçekleştirilmekle kusur unsurunun da ispat edilmiş olacağı, diğer bir deyişle özen borcunun ihlâl edildiğinin ispatının her iki unsurun ispatını sağlayacağı, buna göre kusur karinesi görüşünün özen borcu bakımından uygulanmasına imkân bulunmadığı kanısındayız¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶ Kusur-hukuka aykırılık ayırımının güçleştiği konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 267; iş adamı kararı ilkesinin sorumluluk şartları bakımından maddî hukuka yönelik bir düzenleme olarak da dikkate alındığı yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 53 vd., 56.

¹³⁷⁷ İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre, kusurun temelde sınırlı bir öneme sahip olduğu, çünkü kusurun zaten hukuka aykırılık veya görev ihlali ile belirtildiği, ispat yükünün dağıtılması sorununun bu nedenle pratik olarak önemsiz bulunduğu, kusurun öneminin esasen sadece tazminatın hesaplanması ve indirim sebeplerinin uygulanmasına indirildiği, kusurun nesnelleştirilmesi sonucunda görev ihlali ve kusur koşullarının yakın ilişkili hâle geldikleri ve aralarındaki çizimin büyük ölçüde ortadan kalktığı ve bir görev ihlali tespit edilirse, kusurun genellikle hafife alınacağı, zira, kusurun, tâbiri câizse, özen yükümlülüğünün ihlali ile gösterileceği, sorumluluk uygulanmasında, görev ihlalleri ile kusurun genellikle neredeyse hiç birbirinden ayrı tutulamayacağı, bu nedenle koruyucu düzenlemeleri ihlâl eden herkesin kural olarak kusurlu kabul edilip sorumlu tutulması gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 73-74; İsviçre’de, kusurun objektifleştirilmesi karşısında ispat yükü bakımından doğrudan zarara dayalı sorumluluk davalarının hukukî niteliğine göre ispat yükünün kime ait olduğu konusunda yapılan ayırımın artık bir anlamının kalmadığı savunulmaktadır; bu konuda bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 115, dn. 311.

¹³⁷⁸ Özen borcuna ilişkin ispat yükü ve iş adamı kararı kuralının bu konudaki işlevi konusunda; business judgement rule kavramının doğduğu Amerikan hukukunda iki fonksiyonu bulunduğu, bunlardan birincisinin yöneticinin verdiği kararların yargı denetimi dışında kalması ve diğerinin de ispat yükünün davacıya yüklenmesi olduğu; buna karşılık Alman hukukunda ispat yükünün davalı yönetim kurulu üyesine düştüğü yönünde bkz. Kervankıran, **Business Judgement Rule**, s. 262-263; Amerika’da iş adamı kararı konusunda kabul edilen anlayışta, uygun bir karar verme sürecinin varlığının "karine" olarak kabul edildiği, diğer yandan İsviçre’de iş adamı kararı, yönetim organının uygun şekilde yürütülmesi için bir varsayım kuralı olarak yorumlanmasa da, özen borcunun ihlaline ilişkin kanıtlama yükümlülüğü davacıda olduğu, hâkim görüşe göre -öğretide aksi yönde görüşler mevcut olmakla birlikte- davacının aynı zamanda iş adamı kararı kuralının somut olayda uygulanamaz olduğunu da kanıtlamak zorunda olduğu, buna karşılık Alman hukukunda davalının, bu kuralın uygulanması için kanıt sunması gerektiği yolunda bkz. Gerhard, s. 257; Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde, yöneticinin gereken özenle hareket edip etmediğini ispat yükünü kimin (davacının mı, yoka yöneticinin mi) taşıdığı konusunda farklı kurallar öngörüldüğü, ispat yükünün tahsisinin sonuç olarak özel bir önem taşıdığı, bununla birlikte Fransa ve İngiltere’de bu konudaki ispat yükünün davacıya yükletildiği, birçok ülkede prensip olarak ispat yükünün bir tarafa yükletilmekle birlikte buna bazı istisnalar getirildiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 98-99; Almanya, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Slovenya ve Portekiz’de ispat yükünün davalıların (yöneticilerin) üzerinde olduğu, ancak ispat yükü konusundaki bu kuralın bir kararın çıkar çatışmasına konu olup olmadığı ile ilgili konuları kapsamadığı ve sadece

Akdağ Güney ise, sözleşmesel ilişki dikkate alınarak, kusursuzluğu ispat yükünün davalı yönetim kurulu üyesinde olduğunun söylenebileceğini, davacının özensizliği ispat etmesinin çok güç olduğunu ve bu nedenle davacıdan beklenemeyeceğini, olması gereken davranış ile dava konusu eylemin karşılaştırılması sonucunda yükümlülük ihlâlinin tespit edilmesi halinde ise, artık kusurun da aksi kanıtlanamaz bir şekilde var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁷⁹.

Hemen belirtelim ki, menfî (olumsuz) vâkıaların ispatında yaşanabilecek güçlük, medenî usûl hukukunda dikkate alınan, ancak ispat yükünün değil, belirli koşullarla delil ikâme yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurabilen bir durumdur¹³⁸⁰. Fakat bu, kesin bir sonuç olmayıp, her somut olayda yapılacak değerlendirmede ispatın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılması (ispatın imkânsızlaşması) hâlinde söz konusu olan bir durumdur. Diğer bir deyişle, her ispat güçlüğü veya menfî vâkıanın varlığı delil ikâme yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmamakta, bunun için ispatın ispat yükü üzerine düşen kimse tarafından yerine getirilmesinin beklenememesi, yani bir anlamda imkânsızlaşması aranmaktadır¹³⁸¹. Ancak tekrar vurgulayalım ki, bu durumda da ispat yükü aynı kişide kalmakta, sadece delil ikâme yükü yer değiştirmektedir. Nitekim öğretide de, menfî vâkıaların ispatındaki ispat güçlüğü

yöneticilerin gerekli özenle hareket ettiklerini ispat etmeleri ile sınırlı olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 31; Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hukuk sistemlerinde özen borcu konusundaki ispat yükünün kimin üzerinde bulunduğu konusunda, söz konusu borcun düzenlenmesine nazaran daha az tutarlılık olduğu, bu bağlamda bazı üye devletler (örneğin Birleşik Krallık, İrlanda, Fransa, İspanya, Hollanda, Danimarka ve İsveç gibi), davacının gerekli özenin gösterilmediğini ispat etmesini şart koşarken, diğer üye devletlerde (örneğin Almanya, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Slovenya ve Portekiz) ispat yükünün davalıya yükletildiği, diğer yandan bazı üye devletlerin (özellikle Fransa, Belçika ve Lüksemburg), “*araç yükümlülükleri (obligations de moyens)*” ve “*sonuç yükümlülükleri (obligations de résultat)*” arasında ayırım yaptıkları, ilk durumda, yöneticinin belirli bir sonuca ulaşma sorumluluğunu üstlenmeksizin, bir görevi yerine getirmek için en iyi çabayı göstermeyi taahhüt ettiği, yöneticiyi sorumlu tutmak için, davacının, müdürün gerekli özeni göstermeden hareket ettiğini göstermesi gerektiği, ikinci durumda ise sonuca ulaşamamasının sözleşmeye bağlı veya yasal bir yükümlülüğün ihlali anlamına geldiği ve ispat yükünü değiştirdiği, yöneticilerin şirketi yönetme ve şirketin çıkarına en iyi şekilde hareket etme görevinin genellikle bir araç yükümlülüğü olarak yorumlandığı, diğer yandan mevzuata veya esas sözleşmeye aykırılıkların, örneğin müdürün yönetim kurulu toplantılarına katılmamasının ve şirket yönetiminde aktif rol almamasının, sonuç yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği, bu durumda, ispat yükünün söz konusu örnekte geçerli mazeretini ve mümkün olan en erken zamanda yanlış yönetim kurulu kararına itiraz ettiğini göstermek zorunda olan yöneticiye geçtiği konusunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 203. Alman şirketler hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin görevlerine sadık bir şekilde uyan ihtiyatlı bir yönetici gibi gereken özeni gösterip göstermedikleri konusunda ihtilaf söz konusu olduğunda, ispat yükümlülüğünün üyelere ait olduğu açık bir hükümlerle (AktG 93/2, ikinci cümle) düzenlenmiştir.

¹³⁷⁹ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 201.

¹³⁸⁰ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 1, a.

¹³⁸¹ Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1724; Üstündağ, **Usûl**, s. 619-620.

aşılabilmesi için, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak uygulanması, delil ikâme yükünün yer değiştirmesi, karşı tarafın isticvaba daveti veya açıklama ödevi bağlamında savunmasını somutlaştırma yükü yüklenerek menfi vâkıanın belirli hâle getirilmesi imkânlarından yararlanılabileceği de ifade edilmektedir¹³⁸². Diğer yandan, medenî usûl hukuku öğretisinde, bir dolaylı ispat aracı olan “*ilk görünüş ispatı*”nın kusurun ispatında kullanılacağı da ifade edilmiş olmakla¹³⁸³, kusurun ispatı konusunda yaşanabilecek zorluklar da hassasiyetle dikkate alınmış bulunmaktadır. Bu nedenle, Akdağ Güney’in, ispat yükü ve delil ikâme yükü ayırımını dikkate almayan ve ayrıca somut olaylardan bağımsız olarak bir kural şeklinde peşinen ispat yükünü davalıya yükleyen görüşüne katılma olanağı bulamıyoruz¹³⁸⁴.

Hacımahmutoğlu da, özen borcunun yerine getirilmediğini ispat etmenin, bunu iddia edenler (özellikle pay sahipleri) bakımından çok güç olduğunu, özen borcunun ispat yükünün paylaştırılmasına ilişkin TTK’da genel bir hüküm mevcut olmayıp, sadece TTK m. 553/2’de yönetim yetkilerinin devri ile ilgili olarak ispat yüküne ilişkin bir hükme yer verildiğini, ancak, bu ispat kuralının da sadece seçimle sınırlı olup (davacıya düşen ispat yükü), yetkilerin kullanılmasının sürekli denetimini içeren gözetim yükümlülüğü bakımından bir ispat kuralına yer verilmediğini, buna göre genel ispat kuralları (TMK m. 6, HMK 190) uyarınca, özen borcunun yerine getirilmediğini

¹³⁸² Menfi vâkıaların ispatı konusunda yaşanabilecek ispat imkânsızlığının aşılması için başvurulabilecek çözüm yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, s. 123 vd.; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1722 vd.; menfi vâkıaların ispat edilme yöntemleri için ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 464-465; iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafın, dava sebebi ile ilgili bilgiyi edinme imkânsızlığı içerisinde olması hâlinde, medenî usûl hukukunun bilginin ortaya çıkarılmasına ilişkin imkânlarının uygulanmasının söz konusu olabileceği, buna göre, iddia, ispat ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın dava sebebinin objektif dayanak noktalarını ortaya koymakla yetinebileceği, buna karşılık diğer tarafın silahların eşitliği ve dürüstlük kuralı gereğince, savunmasını somutlaştırması gerektiği, ancak bunun için vakıanın somutlaştırma yükü altında bulunan tarafça ortaya konulmasının beklenememesi, buna karşılık diğer tarafça vâkıanın ortaya konulabilecek olması ve menfaatler dengesinin de bu şekilde sağlanması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Börü, s. 226-234; ispat güçlüğüne yoğun olarak yaşandığı hâllerde, ispat yükü yer değiştirmeksizin ilk görünüş ispatından yararlanılabileceği yolunda bkz. Ahmet Başözen, **Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 102.

¹³⁸³ Üstündağ, **Usûl**, s. 622; ilk görünüş ispatının vekilin sözleşme ihlâlinin ispatını kolaylaştırıcı bir araç olarak dikkate alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s. 383 vd.

¹³⁸⁴ Kayar/Özatlan, kusuru ispat yükünün davacıya yüklendiğini, ancak bu kuralın katı bir şekilde uygulanmaması gerektiğini ve somut olaya göre gerektiğinde delil ikâme yükünün davalılara yüklenebileceğini, ayrıca davacı bakımından ispat ölçüsünün düşük tutulabileceğini ve yaklaşık ispat ile yetinilebileceğini, dolaylı ispat araçlarından yararlanılabileceğini, ayrıca HMK m. 194 uyarınca somutlaştırma yükünden, HMK m. 219, 220 ve 221’de düzenlenen delillerin toplanmasına ilişkin hükümlerden yararlanılabileceğini kanımızca isâbetli olarak ve medenî usûl hukuk öğretisine uygun bir şekilde ifade etmektedirler; bkz. Kayar/Özatlan, s. 29.

ispat yükünün, bunu iddia eden davacılara ait olduğunu savunmaktadır¹³⁸⁵. Yazar, ayrıca “*business judgement rule*”un doğduğu Amerikan hukukundan esinlenerek, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından “*prosedürden (usûlden) – sonuçtan doğan sorumluluk*” ayırımı yapılması gerektiğini savunmaktadır¹³⁸⁶. Yazara göre, “*prosedürden doğan sorumluluk*”ta, sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, sonuca ulaşmak için yöneticilerin ellerinden gelenin en iyisini yapmalarının, mevzuata ve prosedüre uymalarının yeterli olduğu yükümlülükler bakımından özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü, bu ileri süren tarafa (davacılara) ait olmalıdır. Yine yazara göre, diğer yandan, “*sonuçtan doğan sorumluluk*”ta ise, bazı görev ve yükümlülüklerin yerine getirildiğini kabul etmek için istenen sonucun gerçekleşmiş olması gerekir. Bu durumda ispat yükü, davalı yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerdedir. Örneğin, mevzuata, ana sözleşmeye, iç yönergeye, talimatlara aykırı işlemler, kötüniyetli işlemler, ortaklığın konusu veya yöneticinin yetki alanı dışında kalan işlemler, sonuçtan sorumluluğun örneklerini oluşturmaktadır. İş adamı kararı ilkesini kabul eden hukuk düzenlerinde de sonuçtan doğan sorumluluk bağlamında ispat yükü davalı yöneticilere düşmektedir. Yazar, bu durumda da genel ispat kurallarının uygulanmaması için bizim hukukumuzda (TTK’da) bu yönde bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Bu son görüşün, ayrı bir borç niteliğinde olmasının yanı sıra, yöneticilerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm yükümlülükleri bakımından kusura ilişkin bir kriter de getiren özen borcunun mâhiyetine aykırı düştüğü kanısındayız. Yükümlülüklerin kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması, özellikle hukuka aykırılığın ispatı bakımından davacıya büyük bir kolaylık sağlayabilecek ve ayrıca kusurun varlığı konusunda da ihlâl edilen yükümlülüğün mâhiyetine ve somut olaya göre aksi kanıtlanabilir fiilî bir karine dahi ortaya çıkabilecektir¹³⁸⁷. Ancak, bunun “*sonuçtan doğan sorumluluk*” şeklinde nitelendirilmesine olanak bulunmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, yazar tarafından örnek olarak verilen işlemlerin hepsi, sonucu

¹³⁸⁵ Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 50-51; özen yükümlülüğünün ihlâli bakımından yönetim kurulu üyelerinin karar alma sürecinde makul (rasyonel) davranışlar sergilemediklerini ispat yükünün davacıya ait olduğu yönünde bkz. Kortunay, s. 200, dn. 664.

¹³⁸⁶ Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 54-55; Avrupa Birliği’ne üye bazı devletlerin (özellikle Fransa, Belçika ve Lüksemburg), “*araç yükümlülükleri (obligations de moyens)*” ve “*sonuç yükümlülükleri (obligations de résultat)*” arasında ayırım yaptıkları ve bunun ayrıntıları konusunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 203.

¹³⁸⁷ Bu konuda bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, B, 2.

gerçekleştirme borcu içermemekte olup, bunların bazılarında ancak somut olaya göre delil ikâme yükünün yer değiştirmesi söz konusu olabilecektir.

Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz üzere, işlemin yapıldığı zamanın somut ve özgün koşullarının değerlendirilmesi ve ayrıca her bir davalı bakımından ayrı ayrı inceleme yapılması suretiyle sorumluluğun unsurlarının ve bu bağlamda özellikle kusurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve derecesinin belirlenmesi gerekir¹³⁸⁸. Esasen, bu zorunluluk, aynı zamanda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin de bir gereğidir.

c- Gözetim Yükümlülüğü Bakımından İspat Yükü

Yetki devrinin sorumluluğa etkisini düzenleyen TTK m. 553/2 hükmü, yönetim yetkilerinin devri ile birlikte aslî – gözetim sorumluluğu ayırımının doğması sonucunu doğurmakta ve bizim de katıldığımız görüşe göre yetki devri ile birlikte gözetim sorumluluğuna tâbi olan devredenlerin hangi hâlde aslî sorumluluğa tâbi olacaklarını göstermektedir¹³⁸⁹. Buna göre, devredenler, yetkiyi devralanların seçiminde mâkul özeni göstermemişlerse, bu durumda devralanların fiil ve kararlarından dolayı aslî olarak sorumludurlar.

TTK m. 553/2’de, “*devreden organlar veya kişilerin, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli*” ifadesi kullanılmıştır. Bu hüküm bakımından önemli olan, diğer bir deyişle devredenlerin aslî sorumluluğa tâbi olup olmayacakları bakımından belirleyici unsur, seçimde mâkul özen gösterilip gösterilmediğidir. Hükümde, gözetim sorumluluğunun diğer unsurları olan gözetim ve talimat vermede özen bakımından hiçbir ifadeye yer verilmemiştir. Bir görüşe göre, bu konudaki ispat yükü, davalılara aittir¹³⁹⁰. Diğer bir

¹³⁸⁸ Bu konuda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, B, 4.

¹³⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, G.

¹³⁹⁰ Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), seçimde makul özen gösterildiğini davalı yönetim kurulu üyelerinin ispat etmesi gerektiğini (s. 615-616); Akdağ Güney de, mehzadan farklı olarak TTK m. 553/2’de ispat yükü davacıya verilmiş ise de, davacıların seçimde ve gözetimde gerekli özenin gösterilmediğini ispat etmelerinin neredeyse imkânsız olması nedeniyle, objektifleştirilmiş kusur ölçüsü kullanılarak ispat yükünün davacıya değil, davalı yönetim kurulu üyelerine yüklenmesi gerektiğini, ayrıca devreden üyelerin seçimin yanı sıra talimat vermede ve dar anlamda gözetimde de özenli davrandıklarını ispat yükü altında bulunduğunu (**Yönetim Kurulu**, s. 101, 104-105); benzer şekilde, Helvacı da, TTK m. 553/2 hükmünde ispat yükünün davacıya yüklendiği, ancak buna rağmen, doğru olanın İsviçre’de olduğu gibi ispat yükünün delillere sahip olan yönetim kurulu üyelerine yüklenmesi olduğunu ve uygulamanın da bu yönde gelişeceğini savunmaktadır (**Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 127).

görüş ise, genel ispat kuralları uyarınca, ispat yükünün iddia eden davacıların üzerinde olacağını savunmaktadır¹³⁹¹. Üçüncü bir görüş ise, TTK m. 553/2'nin temel işlevinin seçimde özen gösterilip gösterilmediğine bağlı olarak asli sorumluluğun devredilip devredilmesine ilişkin olduğu, seçimde makul özen gösterilmediğini TTK m. 553/2'deki istisnâî hüküm dolayısıyla davacının, buna karşılık talimat ve gözetimde özen gösterildiğini ise, gözetim sorumluluğunun diğer unsurları bakımından kusur karinesi geçerli olduğundan davalı gözetim yetkilisinin ispat yükü altında olduğu yönündedir¹³⁹².

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK'da yer alan düzenleme, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 754/2. maddesinden farklıdır. Mehzazda, gözetim yükümlülüğünün her üç unsuru bakımından ispat yükü açıkça yetkiyi devreden kimselere yüklenmiş, bu kimselerin seçimde, talimat vermede ve gözetimde gereken özeni gösterdiklerini kanıtlamamaları hâlinde sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Oysa kanunumuz, sadece seçimde mâkul özen gösterilmediğinin ispat edilmesinden bahsetmiş, talimat ve dar anlamda gözetim bakımından özel bir hükme yer vermemiştir. Buna göre, gerek seçimde kanunun açıkça davacıya ispat yükünü yüklemiş olması gerek talimat verme ve dar anlamda gözetim için genel hükümler uyarınca davacının ispat yükü altında bulunması nedeniyle, gözetim sorumluluğunda ispat yükünün davacıya ait olduğunu ve buna göre ispat yükü bakımından kanunumuzun mehzazdan tamamen ayrıldığını söylemek yanlış olmayacaktır¹³⁹³. Bu nedenle, kanaatimizce gerek seçim gerek talimat verme gerekse dar anlamda gözetimde özen gösterilmediğini ispat yükü davacının üzerindedir. Kanunun söylemi de seçimde makul özen gösterilmediğinin ispatını, dolayısıyla menfî vâkıanın davacı

¹³⁹¹ Battal, Doğan ve Kortunay, madde hükmü (TTK m. 553/2) gereğince, yönetim kurulu üyelerinin murahhasların seçiminde gerekli özeni gösterdiklerinin karine olarak kabul edildiğini, bu nedenle ispat yükünün davacıda olduğunu ifade etmektedirler (Battal, s. 37; Doğan, s. 280; Kortunay, s. 98); Kendigelen, bu hükümde (TTK m. 553/2) ispat yükü konusunda sözleşme hukukunda geçerli olan genel ilkenin (TBK m. 112) terk edilerek makul derecede özen gösterilmediğini ispat yükünün iddia edene yüklendiğini açıklamaktadır (**Tespitler**, s. 460); Hacımahmutoğlu da, TTK m. 553/2'de yer alan yönetim yetkilerinin devri ile ilgili olarak ispat yüküne ilişkin hükmün, sadece seçimle sınırlı olup ispat yükünün davacıya yüklenmesini konu edindiğini, yetkilerin kullanılmasının sürekli denetimini içeren gözetim yükümlülüğü bakımından bir ispat kuralına ise yer verilmediğini, buna göre genel ispat kuralları (TMK m. 6, HMK m. 190) uyarınca, özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükünün, bunu iddia eden davacılar a ait olduğunu savunmaktadır (**Gözetim Yükümlülüğü**, s. 50-51; ayrıca bkz. **Business Judgement Rule**, s. 143).

¹³⁹² Altay, **Yetki Devri**, s. 137, 138, 306; Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 18.

¹³⁹³ Kanunumuzun, sadece seçimde özen bakımından ispat yükü konusunda mehzazdan farklılaştığı yönündeki görüş için bkz. Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 18; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 197.

tarafça ispatını öngörmektedir. İspat güçlüğünden bahisle, seçim, talimat verme ve gözetimde münhasıran soyut bir iddia ve dava üzerine, davalı yönetim kurulu üyelerini ispat yükü altında bırakmak kanımızca ispat hukuku kurallarına uymadığı gibi, adalete de aykırıdır. Diğer yandan, özellikle davacının ortaklık olduğu durumlarda davacının vâkıalara yabancı olması gibi bir durum da söz konusu değildir. Diğer yandan, bu unsurlar sadece kusuru ilgilendirmeyip, aynı zamanda ve hatta öncelikle sorumluluğun hukuka aykırılık unsuruna da tekâbül etmektedir. Gerçekten, yönetim kurulu üyelerinin yetkiyi devralanların seçiminde, onlara talimat verilmesinde ve onların gözetilmesinde özen göstermeleri, kanundan doğan bir yükümlülük olup, hukuka aykırı fiil unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği ile de ilgilidir. Dolayısıyla, talimat verme ve gözetim yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin ispat yükünün davalıya yükletilmesine kanımızca hukuken olanak yoktur.

2- Karineler

TTK, eTTK'dan farklı olarak yönetim kurulu üyelerinin borçları konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Örneğin, yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görevlerinden başlıcaları TTK m. 375 hükmünde tek tek sayılmıştır. Hâl böyle olunca, gerek hukuka aykırılık gerek kusur unsurlarının tespiti kolaylaşmakta, kanunda açıkça öngörülen ve takdir hakkı da içermeyen bir borcun, örneğin şirkete borçlanma yasağının (TTK m. 395/2) veya ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağının (TTK m. 379) ihlâl edilmesi hâlinde, kanundan doğan yükümlülüğünün ihlâl edildiği ve ayrıca kusur unsurunun da somut olayda gerçekleştiği kanımızca daha kolay bir şekilde savunulabilecektir¹³⁹⁴. Bu gibi hâllerde,

¹³⁹⁴ Yöneticilerin görevlerinin, takdir yetkisini kısıtlamada ve özel çıkarlarına hareket etmede veya gerekli özeni göstermemeleri durumunda onları sorumlu tutmada önemli bir rol oynadığı, Avrupa Birliği'ne üye bazı devletlerin (özellikle Fransa, Belçika ve Lüksemburg), “*araç yükümlülükleri (obligations de moyens)*” ve “*sonuç yükümlülükleri (obligations de résultat)*” arasında ayırım yaptıkları, ilk durumda, yöneticinin belirli bir sonuca ulaşma sorumluluğunu üstlenmeksizin, bir görevi yerine getirmek için en iyi çabayı göstermeyi taahhüt ettiği, yöneticiyi sorumlu tutmak için, davacının, müdürün gerekli özeni göstermeden hareket ettiğini göstermesi gerektiği, ikinci durumda ise sonuca ulaşamamasının sözleşmeye bağlı veya yasal bir yükümlülüğün ihlali anlamına geldiği ve ispat yükünü değiştirdiği, yöneticilerin şirketi yönetme ve şirketin çıkarına en iyi şekilde hareket etme görevinin genellikle bir araç yükümlülüğü olarak yorumlandığı, diğer yandan mevzuata veya esas sözleşmeye aykırılıkların, örneğin müdürün yönetim kurulu toplantılarına katılmamasının ve şirket yönetiminde aktif rol almamasının, sonuç yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği, bu durumda, ispat yükünün söz konusu örnekte geçerli mazeretini ve mümkün olan en erken zamanda yanlış yönetim kurulu kararına itiraz ettiğini göstermek zorunda olan yöneticiye geçtiği konusunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 196, 203; kanun ve esas sözleşmede yer alan yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin somutlaştıran ve hareket alanı bırakmayan normlar bakımından takdir hakkından söz edilemeyeceği ve bu düzenlemelerin mahkemeler açısından değerlendirme avantajı sağlayacağı yönünde bkz. Bozkurt

hukuka aykırılık ile kusur unsurları bir ölçüde kesişmekte ve bunlar arasında ayırım yapılması güçleşmektedir. Ayrıca, TTK m. 369'da tedbirli bir yönetici özeni kriteri getirilerek kusurun objektifleştirilmesi de bu iki kavram arasındaki farkın tespitini zorlaştırmaktadır¹³⁹⁵. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, 17.06.2016 tarihli bir kararında, açık hukuka aykırılığın aynı zamanda kusur unsurunun varlığını da göstereceği yönünde karar vermiştir¹³⁹⁶. Ancak, tekrar vurgulayalım ki, belirttiğimiz bu sonucun doğması için söz konusu borcun kanunda açıkça düzenlenmiş olması, takdir hakkı tanımayan içeriği belli ve kesin yükümlülükler veya kesin bir yasak yahut görev içermesi, diğer bir deyişle yönetim kuruluna bir hareket serbestisinin bırakılmamış olması gerekir¹³⁹⁷. Örneğin, borca batıklık bildiriminde bulunulması yönetim kurulu üyeleri bakımından kesin bir yükümlülük olup (TTK m. 375/1, g), batıklığın tespiti hâlinde mahkemeye bildirimde bulunulması takdiri bir yetki değildir, zorunlu ve kesin bir görevdir¹³⁹⁸. Belirttiğimiz gibi, bu tür hâllerde kusurun da somut olayda gerçekleştiği kabul edilmeli, bununla birlikte, davalı yönetim kurulu üyelerine bunun aksini, yani kusursuz olduklarını ispat olanağı tanınmalıdır¹³⁹⁹.

Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 190-191; yazar ayrıca, kanun, esas sözleşme, iç yönerge ve hukuka uygun genel kurul kararına aykırılık hâlinde iş adamı kararı ilkesinin (business judgement rule) uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir; s. 59, 123 vd. Biz bu ifadeyi, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere takdir hakkı ve hareket alanı bırakmayan, âdeta kesin emir ve talimat niteliğindeki kanun ve esas sözleşme hükümleri ile genel kurul kararları olarak anlamakta ve değerlendirmekteyiz. Yoksa, sorumluluk davasının konusu zaten kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâlidir ve böyle bir ihlâl yoksa ne sorumluluk davası ve ne de iş adamı kararı ilkesinin uygulanması gündeme gelecektir.

¹³⁹⁵ Kusurun objektifleştirilmesinin hukuka aykırılık ve kusur arasındaki farkın tespitini güçleştirdiği, buna rağmen hukuka aykırılığın kusura oranla tamamen objektif bir niteliğe sahip olduğu, kusurda ise yine de davranışın gerçekleştirilmesinde zarar verenin göz önünde tutulduğu yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 1901; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹³⁹⁶ “*Dava; apel borcunun zamanında tahsil edilmemesi sebebiyle şirketin uğradığı zararın, zarar sorumlusu bulunan yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerden tahsiline dair olarak açılmıştır. ... Statüleri gereği basiretli bir tacir gibi hareket etmek durumunda olan davalıların, bunları zamanında tahsil etmemesi, bu yönde herhangi bir faaliyette bulunmaması zarar oluşturduğu gibi, davalılar yönünden de kusur teşkil eder*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin, 17.06.2016 T., 2015/7187 E., 2016/6792 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁹⁷ Nitekim, iş adamı kararı savunmasına konu olabilecek bir karardan söz edilebilmesi için, yönetim tarafından alınmış olmasının yeterli bulunmadığı, içerik açısından farklı görüşlerin ortaya çıkabileceği (farklı kararların alınabileceği) nitelikte bir dar anlamda “*ticaret olayı*” (somut iş) olması gerektiği yönünde bkz. Kunz, s. 277.

¹³⁹⁸ Yönetim kurulunun yeniden yapılandırma tedbirlerini seçerken geniş bir takdir yetkisi olsa bile, aşırı borçlanma durumunda mahkemeye bildirimde bulunulması konusunda sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu yönünde bkz. Gerhard, s. 264.

¹³⁹⁹ Fransız Yüksek Mahkemesi’ne göre, kendi eylemi veya çekimser tavrı ile yönetim kurulunun haksız bir kararına katılan her yönetim kurulu üyesinin ihtiyatlı ve dikkatli bir yönetici olarak, özellikle bu karara karşı çıktığı tespit edilmedikçe sorumlu olacağı, direktörün yanlış karardan sorumlu olduğuna dair çürütülebilir karinenin bulunduğu, zararın kimin davranışı sonucunda meydana geldiğini ispat yükümlülüğünün genel olarak davacının üzerinde olduğu, çünkü yöneticilerin sadece şirketin yönetiminde en iyi çaba yükümlülüğüne tâbi bulunduğu (obligations de moyens), ancak, şirket tüzüğünün ihlali veya yasal veya düzenleyici hükümlerin ihlali durumunda bunun farklı olabileceği, bu

Esasen, usûl hukukunda da, belli bir hukuk kuralına dayanmaksızın, hâkimin iddiaların doğruluğu hakkında belli bir kanaat elde etmesini sağlayan değer yargılarının fiilî karine olarak mahkemece dikkate alınacağı ve hayatın olağan akışı deyiminin de aslında fiilî karineyi ifade ettiği belirtilmektedir¹⁴⁰⁰. Yukarıda belirttiğimiz durum da, aslında hayatın olağan akışına ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu ihlâlin gerçekleştirilmesinde bir kusurun varlığı sonucuna ulaşılabilecek hâllere ilişkin bulunmaktadır.

Bu bağlamda, öğretide, bazı borçlara aykırılık durumunda, örneğin rekabet yasağının ihlâl edilmesi hâlinde kusursuz sorumluluk hâlinin söz konusu olacağı savunulmaktadır¹⁴⁰¹. Kanımızca, bu gibi açık hukuka aykırılıklarda da kusursuz sorumluluk değil, yukarıda belirttiğimiz gibi somut olayın özelliklerine göre ancak bir fiilî karine olarak kusurun varlığı sonucuna ulaşılabilmeli ve davalı yönetim kurulu üyelerine kusursuzluklarını ispat etme (aksini ispat) olanağı tanınmalıdır¹⁴⁰².

3- İspatın Konusu

Medenî usûl hukukunda ispatın konusu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli maddî vâkıalar olup, uyuşmazlık konusunu teşkil eden bu çekişmeli maddî vâkıaların ispatı için delil gösterilir¹⁴⁰³ (HMK m. 187/1). Sorumluluk davası bağlamında ispatın konusu ise, sorumluluğun unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar, uygun nedensellik bağı ve kusurdur:

durumlarda, yöneticilerin belirli bir sonucu garanti eden bir taahhüt altına girdikleri (obligation de résultat) yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 164.

¹⁴⁰⁰ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1655-1656.

¹⁴⁰¹ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 574; Çamoğlu, **Rekabet Yasağı**, s. 359; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 37, dn. 120; Dinç, s. 63, 96.

¹⁴⁰² Aksini ispat faaliyetinin kural olarak karinelerin çürütülmesine yönelik bir faaliyet türü olduğu (HMK m. 190/2), bağımsız bir ispat faaliyeti olan aksini ispatta, varlığı kabul edilen vâkıanın aksinin ispatlanmasının sözkonusu bulunduğu yolunda bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1618; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 625, dn. 38; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, N. 1080-1081.

¹⁴⁰³ Bu konuda bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1626 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 613; Umar, s. 545; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, s. 543; Tanrıöver, s. 758; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 451.

a- Hukuka Aykırı Fiil (Kanun ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlâli)

TTK m. 553'te kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde sorumlu olunacağı ifade edilmek suretiyle hukuka aykırılık unsuru tanımlanmıştır¹⁴⁰⁴. Böylece, hukuka aykırılık unsurunun sorumluluk davası bağlamındaki içeriği bir ölçüde somutlaştırılmıştır.

ETTK m. 336/b. 5'te, bu konuda "*kanunun ve esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair görevler*" ifadesi yer almakta iken, TTK'da "*görev*"den bahsedilmemiş, "*yükümlülüklerin ihlali*" ifadesi tercih edilmiştir¹⁴⁰⁵. Öğretide, Tekinalp, bu kavram farklılığına dikkati çekerek, TTK'da kullanılan "*yükümlülük*" kavramının, eTTK m. 336'da öngörülen "*görev*"den farklı ve dar olduğunu, bu kavramın sermayenin korunması, eşit işlem ilkesi gibi ortaklığı, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik görev ve yetkileri ifade ettiğini, yükümlülük niteliğinde olmayan, anonim ortaklığı ve pay sahiplerini korumayan, fakat kanun veya esas sözleşmeyle yönetim kuruluna verilmiş bulunan bazı görev ve yetkilerin bulunduğunu, bunların ihlâl edilmesi hâlinde pay sahiplerinin dava açmasının mümkün bulunmadığını örnekler vererek savunmaktadır¹⁴⁰⁶. Yazar, örnek olarak esas sözleşmesinin eskimiş bazı

¹⁴⁰⁴ Yükümlülük ihlalinin hukuka aykırılık unsurunu teşkil ettiği yönünde bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 5-6; borçlunun borç ilişkisini ihlâl ederek edimini yerine getirmemesinin de geniş anlamda hukuka aykırı bir fiil olduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 36; aynı doğrultuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 250 vd.; Kayar/Özatlan, s. 24; İsviçre hukukunda, "*hukuka aykırılık*" ve "*görev ihlali*" terimlerini birbirinden ayırmanın daha tavsiye edilir olduğu, çünkü hukuka aykırılık kavramı, anonim şirketler hukukuna göre sorumluluktan doğan talepler için çok dar olduğu ve bunun sadece sözleşmeye dayalı olmayan eyleme atıfta bulunurken, m 754'ten (bizdeki TTK m. 553) doğan taleplerin açıkça sınıflandırılmayacağı, şirketler hukukundan yükümlülüklerin ihlâlinin, tek başına haksız fiil hükümlerine göre bir hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği, bu nedenle şirketler hukuku yükümlülüklerinin bağımsız davranış normları olarak görülmesi gerektiği ve hukuka aykırılık yerine, görev ihlallerinden bahsetmenin daha doğru olacağı, buna karşılık sorumluluk haksız fiil hükümlerine dayanıyorsa, hukuka aykırılık ifadesinin uygun olacağı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 62-63; aynı doğrultuda olmak üzere, hukuka aykırılığın, kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık kavramından daha dar olduğu ve sözleşme dışı sorumluluğu kapsamadığı yolundaki görüş için bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 59; sözleşmeden doğan sorumlulukta, borca aykırılığın, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa karşılık geldiği yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 3293; buna karşılık, sözleşme ihlali kavramının hukuka aykırılık kavramından farklı olduğu yolundaki görüş için bkz. Gümüş, s. 75-77.

¹⁴⁰⁵ Mehazda yer alan "*yükümlerinin ihlali*" ibaresi yerine, TTK'da "*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlerinin*" ihlâli denilmek suretiyle sorumluluğu doğuran sebeplerin somutlaştırıldığı, eşit işlem ve sermayenin korunması gibi ilkelere kanunda açıkça yer verildiği, görev ve yetkilerin kanunda belirginleştirildiği ve diğer ilgili hükümlerde kesin yükümler öngörüldüğü, özen ve bağlılık yükümlerinin de şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemeler de dâhil olmak üzere duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konulduğu, böylece somutlaştırmanın sakıncalarının da bertaraf edildiği yolunda bkz. Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 573, 590.

¹⁴⁰⁶ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-59, 62.

hükümlerinin değiştirilmesinin (TTK m. 453/1) ve imtiyazlı pay çıkarılmasının (TTK m. 478/1) önerilmesi, ticarî mümessil veya vekil atanması (TTK m. 368), pay senetlerinin birden çok senedi temsil edecek şekilde bastırılması (TTK m. 374, 486/2) gibi hususların yönetim kurulunun görevi olduğunu, ancak bunların yükümlülük teşkil etmediğini, dolayısıyla bu görevlerin yapılmamasının (yetkinin kullanılmamasının) pay sahibine sorumluluk davası açma hakkı tanımayacağını ifade etmektedir. Ancak, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, esasen her iki kavram da aynıdır¹⁴⁰⁷. Kanımızca, bu konuda esas alınması gereken kriter ortaklığın zarara uğrayıp uğramadığı olup, görev ve yetkinin ihlâl edilmesi hâlinde bir zarar doğuyorsa, bu hükmün ayrıca pay sahiplerini koruyup korumadığına veya yükümlülük içerip içermediğine bakılmaksızın ortaklığın yanı sıra pay sahiplerinin dava açma hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir.

Bu bağlamda, eTTK'da sorumluluğa sebep olacak hükümler dağınık şekilde düzenlenmiş iken, bu defa TTK'da yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkileri konusunda daha toparlayıcı ve açık hükümlere yer verilmiş¹⁴⁰⁸, ayrıca sorumluluk davası konusunda TTK m. 553 vd.'de genel hükümlere topluca yer verilmiştir¹⁴⁰⁹. Buna göre, yönetim kurulunun kurul organ olarak yerine getireceği, TTK m. 375'te sayılan vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkilerin ihlâlinin hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştireceğinde hiçbir kuşku yoktur¹⁴¹⁰. Ayrıca, yukarıda da değindiğimiz gibi¹⁴¹¹, kanunda özel olarak düzenlenen yükümlülüklerin ana kaynağı olan bağlılık ve özen borcu (TTK m. 369) hukuka aykırılığın belirlenmesinde önemlidir. Bu kapsamda, kanunda özel olarak düzenlenen ve yaptırıma bağlanan

¹⁴⁰⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 252 vd.; Kayar/Özatlan, s. 24. Görev-yükümlülük ayırımından ziyade, “*normun koruma amacı*”nın dikkate alınması ve buna göre dava hakkına sahip kimselerin belirlenmesi gerektiği yolundaki görüş için de bkz. Kortunay, s. 255.

¹⁴⁰⁸ Şirket yöneticilerine yönelik davranışsal beklentiler ve yöneticilerin bu beklentileri karşılamaını sağlamak için tasarlanan yasal çerçevelerin Avrupa genelinde önemli ölçüde farklılık gösterdiği, yöneticilerin görevlerinin şirketler hukukunun diğer alanlarının aksine, Avrupa düzeyinde kapsamlı bir uyum programının konusu olmadığı ve bu nedenle, AB'deki yöneticilerin görevlerine ilişkin sistemlerin, çeşitli yaklaşımlar ve yasal stratejilerle karakterize edilmeye devam edildiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 223, 229-230.

¹⁴⁰⁹ Sorumluluk rejiminin tespiti için TTK m. 553 vd. hükümlerinin yeterli olmadığı, sorumluluğun kıstaslarının yönetim kurulunun ele alındığı TTK m. 359 vd. hükümleri ile m. 369'da düzenlendiği yolunda bkz. Battal, s. 31.

¹⁴¹⁰ Devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 102 vd.; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 147 vd.; Helvacı, **Devredilemez Görev ve Yetkiler**, s. 127 vd.; Doğan, s. 170 vd.; Kortunay, s. 102 vd.; Ay Kaplan, s. 38 vd.; ayrıca, mehz İsviçre hukuku bakımından yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri konusunda bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 266 vd.

¹⁴¹¹ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 2.

ortaklıkla işlem yapma yasağı, şirketin kendi paylarını edinme yasağı (TTK m. 379), müzakerelere katılma yasağı¹⁴¹² şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395), rekabet yasağı¹⁴¹³, (TTK m. 396) gibi yasak ve yükümlülüklerle aykırı karar ve davranışlar da hukuka aykırılık unsuru bakımından ispatın konusunu teşkil etmekte olup, bunlar için farklı yaptırımlar öngörülmüş olması sonucu değiştirmez¹⁴¹⁴. Aynı şekilde, yıllık faaliyet raporunun (TTK m. 514 vd.) doğru ve eksiksiz bir şekilde hazırlanıp ortakların bilgisine sunulması yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilmez görevleri arasında olup (TTK m. 375/1-f), yetersiz, yanlış ve yanıltıcı bir yıllık rapor yüzünden zarar gören pay sahipleri bu zararları için yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilirler¹⁴¹⁵.

TTK m. 553'te geçen, “*kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler*” ifadesinin kapsamının belirlenmesi önemlidir¹⁴¹⁶. Öncelikle, “*kanun*” sözcüğünün

¹⁴¹² Müzakereye katılma yasağına aykırılık da bir sorumluluk sebebi olup, bu yasağı aykırılığı gören ve uyarmayan yönetim kurulu üyesi de müteselsilen sorumlu bulunduğu yönünde bk. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 74. Bu yasağın tüzel kişiler bakımından da uygulanması gerektiği konusunda bkz. aynı yazar, s. 73. Müzakerelere katılma yasağına (eTTK m. 332; yeni TTK, m. 393) aykırılık hâlinde, sadece ortaklığın dava açma hakkına sahip olduğu özel bir sorumluluk hâlinin mi bulunduğu, yoksa ortaklığın yanı sıra ortak ve alacaklıların da dava açabilecekleri ve genel hükümlerin uygulanacağı somut bir görevin mi söz konusu olduğu konusunda eTTK döneminde yapılan değerlendirme için bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 90-91.

¹⁴¹³ Bağlılık borcu ile rekabet etmeme yükümlülüğü arasındaki ilişki için bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 211-213. Rekabet yasağına aykırılıkta, pay sahipleri ve alacaklılar şirket zararının tazmini için sorumluluk davası açma hakkına sahiplerse de (TTK m. 396/4), rekabet yasağını ihlâl eden kimsenin elde ettiği menfaatlerin devrini talep hakkı TTK m. 396'daki özel hüküm dolayısıyla sadece ortaklığa aittir. Bu hakkın kullanılmaması hâlinde, pay sahiplerinin başvurabileceği yol, rekabet yasağını ihlâl eden üyeler ve bu üyelerin ihlallerine karşı menfaatlerin elde edilen menfaatlerin devrini dava açarak talep etmemeleri nedeniyle diğer üyelerin aleyhine sorumluluk davası açmaktır. Şüphesiz, seçim hakkının kullanılmasında, yönetim kurulunun diğer üyelerinin takdir hakkı mevcut ise de, bu hakkın özen borcu (TTK m. 369) çerçevesinde şirket menfaatlerine uygun olarak kullanılması gerekir. 396. maddenin son fıkrasında sorumluluğa ilişkin genel hükümler saklı tutulduğundan, pay sahipleri, şirket zararının tazmini amacıyla dava açmak için, yönetim kurulu üyelerinin seçim hakkını kullanmasını veya hükümde öngörülen üç (3) aylık sürenin geçmesini beklemek zorunda değildirler, kendileri genel hükümlere (TTK m. 553 vd.) göre diledikleri zaman dava açabilirler. Bu konuda ayrıca bkz. “*Dava, haksız rekabete dayalı tazminat istemi ile limited şirket müdürünün bağlılık ve rekabet etmeme yükümlüne aykırılığı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkin olup, dava dava dışı Yat İmalat Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ortağı olan davacı tarafından açılmıştır*” (bkz. Yarg. 11. HD'nin, 23.05.2019 T., 2017/4664 E., 2019/4092 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴¹⁴ Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 378; şirketin kendi paylarını edinme yasağı hakkındaki hükümlere aykırı davranışlar nedeniyle yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması konusunda ayrıca bkz. Türk, s. 334, 380-381; bu yönde ayrıca bkz. Aydın, s. 307-308. Bir organın görev ihlâlinin çoğu zaman bağlılık borcunun ihmal edilmesine dayanacağı (bunu ihtiva edeceği) yönünde bkz. Gerhard, s. 256.

¹⁴¹⁵ Bu konuda bkz. Çamoğlu, **Yıllık Rapor**, s. 544.

¹⁴¹⁶ İsviçre'de yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin, genel ilkeler, m. 716a (TTK m. 375'e karşılık gelmektedir) ve özel hükümler olmak üzere üç kategoride toplandığı konusunda bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 361.

geniş yorumlanması gerektiğini¹⁴¹⁷ ve bunun kapsamına sadece TTK'nın değil TBK, TMK, Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu başta olmak üzere tüm kanunlar ve bu bağlamda yönetmelik, tüzük vb. mevzuatın da girdiğini belirtmek gerekir¹⁴¹⁸.

Bununla birlikte, hukuka aykırılık unsurunun belirlenmesinde, genel kurul kararları kural olarak esas alınamaz. Zîra, genel kurulun alacağı bir kararla yönetim kuruluna bir konuda talimat vermek suretiyle yükümlülük yaratması esasen hukuken mümkün değildir. Genel kurul bir üst organ olmadığından yönetim kuruluna talimat vermesi de söz konusu olamaz¹⁴¹⁹. Buna karşılık, genel kurulun kanun ve esas

¹⁴¹⁷ Birden fazla ülkede faaliyet gösteren şirketler bakımından birden fazla hukuk sistemine uyulması gereken ve bu hukuk sistemlerin çeliştiği hâllerde, yönetim kurulu üyesinin iş adamı kararı savunmasına başvurmaya gerek olmaksızın yasal çatışmayı kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabileceği, aksi takdirde bu savunma kapsamında maddi vâkıaların daha ayrıntılı olarak incelenmesinin gerekeceği yolunda bkz. Gerhard, s. 265.

¹⁴¹⁸ ETTK m. 336/b.5'te yer alan *"kanunun ve esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair görevler"* ifadesindeki kanun sözünün geniş yorumlanması gerektiği ve bunun kapsamına TTK dışındaki başka kanunların da girdiği, bu bağlamda Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdine ilişkin hükümlerine aykırılığın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 57-58; kanuna aykırılık kavramının TTK ile diğer kanunlara ve ikincil mevzuata aykırılık, esas sözleşmeye aykırılığın da, esas sözleşmenin yanı sıra, iç yönergeye ve diğer şirket içi düzenlemelere aykırılığı kapsadığı, ayrıca görev veya talimat içeren genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına aykırılığın da yükümlülük ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kayar/Özatlan, s. 24; yönetim kurulu üyelerinin sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki hukukî sorumluluğu için ayrıca bkz. Demirkan, s. 24 vd.; TTK m. 553'te yer alan kanundan doğan yükümlülüğün TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü ifade ettiği yolundaki görüş için bkz. Battal, s. 36; iş adamı kararı savunmasına ilişkin ilkelerin, yasal sıralamalarına (normaler hiyerarşisindeki yerine) bakılmaksızın tüm yasal normlar için bir sorumluluk ölçüsü olarak uygulanması gerektiği, ayrıca yöneticilerin şirketin taraf olduğu sözleşmelere uygun davranıp davranmadığının da bu savunma kapsamında incelenebileceği, bu bağlamda, örneğin, bir sözleşmeye uymanın nihâyetinde sözleşmeyi ihlâl edip tazminat ödemekten daha fazla şirkete zarar verdiği sonucuna ulaşılabileceği, buna göre iş adamı kararı denetiminin kasıtlı sözleşme ihlallerinin yanı sıra sözleşmelerin yorumlanması veya geçerliliği konusunda uyuşmazlık (belirsizlik) bulunan hâllerde de söz konusu olacağı yolunda bkz. Gerhard, s. 263, 264.

¹⁴¹⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 11-8, 16-62; Hacımahmutoğlu, **Yönetim Kurulu**, 165; Doğan, s. 20-21; yönetim kurulunun diğer organlarla ilişkisi konusundaki teoriler ile TTK'da yer alan düzenlemelere göre, genel kurulun üst organ olarak nitelendirilemeyeceği ve organlar arasında işlevler ayrılığı sisteminin benimsendiği yönünde ayrıca bkz. Kortunay, s. 12 vd., s. 18, 20; ayrıca, genel kurulun İsviçre hukukunda açıkça (İsviçre Borçlar Kanunu m. 698/1) bir üst organ olarak kabul edildiği, bununla birlikte, yönetim kurulun ait devredilemez görev ve yetkilerinin bulunması (düzenlenmiş olması) karşısında yönetim kurulunun genel kuruldan bağımsız bir organ olduğu ve buna göre genel kurul ile yönetim kurulu arasında *"iş bölümü"* ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Yanlı, **İş Bölümü İlkesi**, s. 263, 264, 271, 274; buna karşılık, genel kurulun bir üst organ olduğu yolundaki görüş için bkz. Battal, s. 32; genel kurulun yönetim kuruluna her zaman talimat vermek hakkını hâiz olduğu yönünde eTTK döneminde savunulan görüş için bkz. Arslanlı, s. 115. Buna karşılık, limited şirketler bakımından TTK m. 625/2'de, şirket sözleşmesinde, müdürün veya müdürlerin, aldıkları belirli kararları ve münferit sorunları genel kurulun onayına sunmaları gereğinin öngörülebileceği, ancak genel kurulun onayının müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, bununla birlikte TBK m. 51 ve 52'in saklı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, limited şirketlerde genel kurulun onayı, hukuka aykırılık veya kusur unsurlarının varlığına etki etmeyecek, sadece tazminatın belirlenmesinde mahkeme tarafından dikkate alınacak bir olgu olacaktır. Anonim şirketler bakımından bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır; bununla birlikte, ortaklık tarafından açılan sorumluluk davaları bakımından genel kurulun onayının somut olaya göre dava açılmasının TMK m. 2'ye aykırı olması sonucunu doğurabileceği veya tazminattan indirim sebebi olabileceği kanısındayız; bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, H-İ.

sözleşmede kendisine yetki tanınan bir konuda aldığı karara uyulmaması hâlinde, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur¹⁴²⁰. Zîra yönetim kurulunun münhasır yetkilerine girmemek ve kanun veya esas sözleşmeyle açıkça genel kurula yetki tanınmak şartıyla, genel kurulun bir kararı alması ve bu kararın uygulanması yönünde yönetim kuruluna talimat vermesi mümkündür. Örneğin, esas sözleşmede yer alan bir hükme istinaden öz kaynağın yüzde onuna tekâbül eden değerdeki bir taşınmazın satılmaması yönünde bir genel kurul kararı verilmiş olmasına rağmen yönetim kurulu satış yaparsa hukuka aykırılık bu hâlde de gerçekleşmiş olur. Burada organlar arası eşitlik ilkesine hâlel gelmez, bu talimat dikey bir emirden ziyade, genel kurulun aldığı bir kararın uygulanmasına yöneliktir¹⁴²¹. Aynı şekilde, yönetim kurulunun aldığı bir karara uyulmamış olması da, diğer yöneticiler bakımından sorumluluk doğurur. Ayrıca, “*kanun ve esas sözleşmeden ...*” ifadesinin kapsamına, TTK m. 367 uyarınca yönetim yetkilerinin devri bağlamında hazırlanacak iç yönergenin dâhil olup olmadığı sorusuna karşı, öğretide, bu konuda bir boşluk olduğu, bununla birlikte iç yönergenin de hukuka aykırılık unsurunun kapsamına dâhil sayılacağı savunulmaktadır¹⁴²².

Diğer yandan, hukuka aykırılık unsurunun içeriği (kapsamı) ve sınırları kişiden kişiye göre değişebilir. Temsil yetkisine sahip yönetim kurulu üyesi (murahhaslar) ile sahip olmayan üyenin sorumlulukları ve dolayısıyla bu kişiler bakımından hukuka aykırılık unsurunun kapsamı farklıdır¹⁴²³. Yönetim yetkilerinin devri hâlinde de (TTK m. 367), yetkiyi devredenler ile devralanlar bakımından kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler farklıdır; bu konuda özellikle iç yönerge belirleyici olacaktır. Aynı şekilde, yönetim kurulunun kurul olarak aldığı kararlardan doğan sorumluluk ile yönetim kurulu üyelerinden birinin münferiden gerçekleştirdiği işlem nedeniyle diğer üyelerin tâbi oldukları yükümlülükler ve bu bağlamda bağlılık ve özen borçlarının kapsamı da farklıdır. Bu, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir¹⁴²⁴.

¹⁴²⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 259; Kayar/Özatlan, s. 24.

¹⁴²¹ Bu konuda ve ayrıca genel kurul kararının hukuka aykırı bulunması hâline ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II, H.

¹⁴²² Altay, **Yetki Devri**, s. 258; Kayar/Özatlan, s. 24; iç yönergenin (örgüt yönergesinin uyuşmazlıkların çözümünde önemli fonksiyona sahip olduğunu belirtmektedir; bkz. Doğan, s. 125.

¹⁴²³ Altay, **Yetki Devri**, s. 261; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 613.

¹⁴²⁴ Taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin etkili bir dava sistemi için önemli olduğu ve bu bağlamda davacıların yöneticilerin güvene dayalı görevlerini ihlal ettiklerini iddia ettikleri davalarda yöneticiler tarafından yapılan yanlışları ortaya koymalarının oldukça önemli olduğu yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 30.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, usûlüne göre belirlenmiş olmamasına ve şekli organ sıfatını taşınamasına rağmen, şirketin iradesinin oluşmasında belirleyici rol oynayan fiilî organların sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da yukarıda belirttiğimiz açıklamalar geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu kimseler de şekli organ olsalardı hangi yükümlülüklerle tâbi olacaklar idiyse, fiilî organ olarak aynı yükümlülüklerle (örneğin, bağlılık ve özen borcu başta olmak üzere) tâbidirler¹⁴²⁵. Bununla birlikte, bu kimseler bakımından özellikle kusur unsurunun belirlenmesinde fiilî organ sıfatlarının dikkate alınması gerekeceği kanısındayız. Zîra bu kişiler, kanunda öngörülen seçim, atama ve yetki devri usûllerini yerine getirmeksizin şirketin iradesinin oluşmasına müdahale etmişler ve şekli organların önüne geçmişlerdir. Bu nedenle, kusur değerlendirmesi yapılırken daha katı bir ölçü uygulanması gerektiği kanısındayız.

İnançlı yönetim kurulu üyesinin bulunduğu durumlarda da kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediği denetlenecek olup, inanan kişinin talimatlarına uygun davranılıp davranılmadığının sorumluluk davası bakımından bir önemi yoktur. Aynı şekilde, yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazına (TTK m. 360) sahip kişi veya grupların seçtirdikleri yönetim kurulu üyesinin kendisini aday gösteren grubun talimatlarına aykırı hareket edip etmediği de bu bağlamda önemli değildir¹⁴²⁶.

Yükümlülüklerin ihlâli, aktif olarak gerçekleştirilen bir karar, işlem veya davranışla ortaya çıkabileceği gibi, yapılması gereken bir eylemin yapılmaması veya gerekli kararın alınmaması yahut yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi (ihmal edilmesi)¹⁴²⁷, eksik veya geç yerine getirilmesi şeklinde de gerçekleşebilir; tüm bu hâller, sorumluluğun doğmasına yol açar¹⁴²⁸. Örneğin,

¹⁴²⁵ Yönetim kurulu üyesi olmamasına rağmen, toplantılara katılan ve alınan kararlara ilişkin olarak oy kullanan kimselere “*fiilî yönetim kurulu üyesi*” veya “*gizli temsil eden yönetim kurulu üyesi*” denildiği ve bu kimselerin de, ortaklık işlerini özenle yapmak borcu altında olduğu ve aynı zamanda seçilmiş yönetim kurulu üyeleri gibi, sır saklamakla yükümlü bulunduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **Yönetim Kurulu Üyeliliğinin Temsili**, s. 174.

¹⁴²⁶ Bu şekilde seçilen üyenin şirket ve temsil ettiği zümre karşısındaki hukukî konumu hakkında bkz. Baltalı, s. 275 vd.

¹⁴²⁷ İhmallerin, yalnızca ilgili (aktif) bir eylemde bulunma yükümlülüğü varsa, zararın nedeni olarak kabul edilebileceği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 44.

¹⁴²⁸ Bu konuda bkz. Poroy/Tekinalp/Tekinalp, s. 348, 351, 379; Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 668; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 59; Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 90, dn. 25; Kortunay, s. 255; bu bağlamda, bağlılık bprcunun (TTK m. 369) yerine getirilmesinin aktif veya pasif davranış şeklinde gerçekleştirilebileceği yolunda bkz. Ayan, s. 34; görev ihlâlinin aktif (fiilî) bir eylemle gerçekleşebileceği gibi pasif bir

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin da bir olayda ifade ettiği gibi, ortaklığın uğradığı bir genel haciz yoluyla icra takibine itiraz edilmeyerek menfi tespit davası açılmak zorunda kalınması, harç ve vekâlet ücreti ödenmesini gerektirdiğinden ve bu suretle ortaklığın zararına yol açtığından bir sorumluluk sebebidir¹⁴²⁹. Ayrıca, TTK m. 375'te düzenlenen görevlerin yerine getirilmemesi, borca batıklık bildiriminde bulunulmaması (TTK m. 376), yönetim kurulu toplantılarına geçerli bir mazereti olmaksızın katılmaması, şirket aleyhine yapılan bir icra takibine itiraz edilmemesi, rekabet yasağını ihlâl eden üyeye karşı diğer üyelerin TTK m. 396'ten kaynaklanan menfaat devri veya tazminat taleplerine ilişkin yasal haklardan hiçbirini kullanmamaları sorumluluğa yol açabilecek pasif eylemlerdir. Buna karşılık, yönetim kurulunun kendisine verilen bir yetkiyi kullanmamış olması, bu yetkinin yönetim kuruluna ayrıca takdir hakkı tanınması koşuluyla sorumluluğa yol açmaz; ancak, bu yetki bir takdir hakkı içermiyorsa yetkinin kullanılması aynı zamanda bir görev niteliğini taşıyacağından bu konuda pasif kalınması sorumluluğa yol açacaktır¹⁴³⁰.

Öğretide de ifade edildiği gibi¹⁴³¹, hukuka aykırılığın tespitinde, “*olması gereken davranış*” belirleyicidir. Diğer bir deyişle, davacı, kanun ve esas sözleşmeden doğan hangi yükümlülüğün ihlâl edildiğini, somut olay ile olması gereken davranışı (izlenmesi gereken yol, yapılması gereken işlem veya alınması gereken kararı) karşılaştırmak suretiyle ispatlamakla yükümlüdür.

Kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edildiğinin ispatı, özellikle pay sahipleri bakımından zorluk teşkil edebilir¹⁴³². Örneğin, iç yönerge ilân

eylemden (ihmalinden) dolayı da ortaya çıkabileceği 2006 tarihli İngiltere Şirketler Kanunu'nda (m. 260/3) düzenlenmiş olup, bu konuda ayrıca bkz. Paul, s. 87.

¹⁴²⁹ “*davalı ...'in gerek davacı şirket yönetiminde gerekse davacı şirkete karşı yapılan takipte kusurlu bulunduğu, davacı şirketin menfi tespit davası açmak için ödediği harç masrafi ve davada kendisini temsil ettirmek için ödediği vekâlet ücretinin doğrudan doğruya davalı ...'in davacı şirketi yönetirken göstermesi gereken sadakat ve özen borcuna aykırı davranıştan kaynaklandığı, davacının maddi tazminat isteminin haklı olduğu, davacı manevi tazminat talebinde bulunmuş ise de, bu eylemlerin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmadığı gerekçesiyle, davacının maddi tazminat talebinin kabulüyle ...*” (bkz. Yarg. 11. HD'nin, 18.04.2017 T., 2015/14344 E., 2017/2240 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴³⁰ Buna karşılık, yönetim kuruluna yetki veren hükümlerden dolayı yetkinin kullanılmaması nedeniyle sorumluluğun doğmayacağı yolundaki görüş için bkz. Kayar/Özatlan, s. 24.

¹⁴³¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 251, 261; davalı kişinin davranışının o olayda ve koşullarda makul ve bilinçli bir kişiden beklenen davranışla kıyaslanacağı ve yükümlülük ihlâlinin bulunup bulunmadığının bu şekilde tespit edileceği yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 251.

¹⁴³² İspat yükünün bazı durumlarda belirli sorunlar yaratabileceği, ispat yükünü karşılayanın zor olduğu durumlarda, yargılama giderleri konusundaki teşviklerin dahi bu tür davaların açılmasını teşvik etmek için yeterli olmayabileceği, örneğin Almanya'daki kabul prosedürünün önemli zorluklar yarattığı yönünde bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 870-871.

edilmediğinden ve alacaklılarla da sadece makul bir içeriğin paylaşılması öngörüldüğünden (TTK m. 367) buna aykırı davranılıp davranılmadığını yahut yönetim kurulu karar defterini inceleme olanakları olmadığından müzakerelere katılma yasağının ihlâl edilip edilmediğini pay sahiplerinin tespit etmesi güçtür¹⁴³³. Diğer yandan, rekabet yasağı, şirketle işlem yapma yasağı gibi yasakların da ihlâl edildiğini ispat etmek güçlük arz edebilir. Ancak, bu konuda belge ibrazına ilişkin hükümlerden (HMK m. 219-221) ve bu bağlamda ortaklığın ticarî defter ve kayıtlarından yararlanılabileceği¹⁴³⁴, hukukî bir işlemin ispatı söz konusu olmadığında tanıkla ispat imkânı da kullanılabilir. Sorumluluk davası ikâme edilmesinden önceki aşamada ise pay sahiplerinin başvurabilecekleri yollar sınırlı olup¹⁴³⁵, bunlar

¹⁴³³ Sorumluluk davası ve ispat bakımından genel olarak asıl sorunun, davacının makul bir iddiada bulunmak için gereken kanıtı elde etmekteki zorluğu olduğu, bunun da tipik olarak davacının şirketin iç belgelerine erişimini gerektireceği, Kıta Avrupası'nda pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarının azlığının önemli bir sebebinin davacıların yeterli bilgi elde edememesinden kaynaklandığı yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 871, 892.

¹⁴³⁴ Üçüncü kişinin elindeki belgeler bağlamında ticarî defterleri ibraz mecburiyeti ve bunu yerine getirmekten kaçınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, Güray, **Medenî Usûl Hukukundan Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 250 vd., 301 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 4-5-6.

¹⁴³⁵ Belirli bir dava türünün sık kullanılan bir icra mekanizması haline gelmesinde ispat yükünü yerine getirebilmek için gerekli olan bilgilerin elde edilmesinin önem taşıdığı yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 23-24; pay sahiplerinin dava hakkını tam ve etkili bir şekilde kullanabilmeleri için bilgi alma haklarının önemli bir temel teşkil ettiği, tam, kapsamlı ve ön bilgiler alınmadan etkili bir dava açılmasının mümkün olmadığı, buna göre, ulusal mevzuatların, yönetim, hesaplar, raporlar vb. hakkında bilgi isteme hakkı ile ilgili olarak şirketlere ilave yükümlülükler getirerek pay sahipliği haklarının etkin kullanımını sağlamak zorunda bulundukları, bu bağlamda genel bir toplantı sırasında yönetim hakkında bilgi almanın değil, mümkün olan en kısa sürede ve detaylı bilgi almanın önemli olduğu yönünde bkz. Latella, s. 15, 16-17; kurumsal bilgilere erişim ve yargılama giderlerinin, pay sahipleri tarafından açılacak davaların teşviki yönündeki en büyük sorun olmaya devam ettiği ve pay sahiplerinin dava öncesi aşamada kurumsal bilgilere erişiminin, bir azınlık hissedar koruma aracı olarak dava açma hakkının anahtarı olarak kabul edildiği, bu bağlamda dava açma hakkının kurumsal bilgilere yeterli erişim olmadan bir azınlık hissedar koruma aracı olarak neredeyse doğal olarak başarısız olmaya mahkûm olduğu yönünde bkz. Paul, s. 111, 115; sorumluluk davası (türev dava) açmak isteyen pay sahiplerinin “bilgi boşluğunu” telafi etmek üzere, Kıta Avrupası'nda öne sürülen mekanizmanın, azınlık hissedarların başvurusu üzerine mahkeme tarafından bir “özel denetçi” atanması olduğu, tipik olarak bir muhasebe profesyoneli veya başka bir sertifikalı uzman olması öngörülen denetçinin, sorunlu veya şüpheli yönetim faaliyetlerini gözden geçirmekle görevlendirileceği ve ardından genel kurul toplantısında bir rapor sunacağı, denetçi tarafından derlenen bilgilerin bir davanın temelini oluşturabileceği, Avrupa'da öngörülen özel denetçi mekanizmasının, Amerikan hukukundaki duruşma öncesi keşfe nazaran büyük ölçüde başarısız görüldüğü, bu aracın (azınlık hakkının) Fransa'da pay sahipleri birliği tarafından kullanıldığı için nisbeten popüler olduğu, buna karşılık diğer yerlerde özel denetçilerin sık sık atanmadığı, hem Almanya'da hem de İtalya'da, “ciddi” usulsüzlükler gösterme gerekliliğinin dilekçe sahibine ağır bir ispat yükü getirdiği, özel denetçi tayini için öngörülen minimum eşiklerin dahi genel olarak büyük bir engel gibi görüldüğü, çünkü gerekli oranın genellikle bir türev dava açma için gerekli olan orandan daha yüksek olduğu, asgari bir eşik öngörmeden türev davalara izin veren Fransa ve İsviçre'de bile, özel bir denetimin başlatılması için belli bir eşik aşılmasına ihtiyaç duyulduğu, sonuç olarak denetçinin atanması için öngörülen yüksek eşiklerin, bu aracın bir türev davaya ilişkin bilgi toplamadaki etkinliğini açıkça engellediği yolundaki açıklama ve eleştiri için bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 872, 874-875; diğer yandan, hâkim pay sahiplerinin, yöneticileri izlemek ve ihlalleri önlemek için en iyi konumda bulundukları yönünde bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 495.

koşullarının bulunması kaydıyla bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması¹⁴³⁶ (TTK m. 437) ile özel denetçi tayini¹⁴³⁷ talepleridir (TTK m. 438-444). Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, davacının yaşayabileceği muhtemel ispat güçlüğü, medenî usûl hukukunun temel bir ilkesi olan “*somutlaştırma yükü*”nün ihlâl edilmesine bir gerekçe teşkil edemez¹⁴³⁸. Zîra sorumluluk davası keyfî olarak şirkete ait her türlü kaydın celbine imkân verecek ve davacının âdeti “*ya tutarsa*” mantığıyla hareket etmesine müsaade edilebilecek bir dava değildir; esasen, hiçbir dava türünde buna cevaz yoktur. Davacının, hangi yükümlülüklerin ihlâl edildiğini somut bir şekilde dava dilekçesinde açıklaması ve bunun ispatına yarayan delilleri de “*vâkıa iddiası-delil*” eşleştirmesini HMK m. 119/1-f ve 194/2 hükümlerine göre gerçekleştirerek mahkemeye sunması gerekmektedir. Bu somutlaştırmanın yapılması kaydıyla, şirket kayıtlarının, ortaklığın davacı olması hâlinde HMK m. 219, 220 ve 222/1 hükümlerine göre, davacının ortaklık olmadığı durumlarda ise HMK m. 221 uyarınca incelenebileceğinde kuşku yoktur¹⁴³⁹. Bununla birlikte dava dilekçesinde somut bir iddiada bulunulmadan genel bir yaklaşım ve soyut bir yolsuzluk iddiası ile şirkete ait tüm malvarlığı bilgilerinin celbinin ve incelemesine imkân bulunmamaktadır.

b- Zarar

Sorumluluk davasının ve bu bağlamda ispatın konusu, esasen her zaman doğrudan zarardır¹⁴⁴⁰. Şöyle ki, ister ortaklık tarafından açılsın, ister pay sahipleri tarafından tazminat şirkete ödenmek üzere yansıma zarara dayalı olarak açılsın, davada varlığı araştırılacak zarar, ortaklığın doğrudan zarara uğrayıp uğramadığıdır.

¹⁴³⁶ Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dolu, s. 3 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-70 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 251 vd.; eTTK’da yer alan düzenlemelere göre bil alma hakkı konusunda ayrıca bkz. Kaya, **Bilgi Alma Hakkı**, s. 6 vd.

¹⁴³⁷ Pay sahibi açısından azlık olma ve gerektirici sebeplerin varlığı koşuluyla özel denetim talebi ile vâkıa ve delilleri ortaya çıkarma imkânı konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 248; sorumluluk davasına hazırlık amacıyla özel denetim talebinde bulunulabileceği ve özel denetimin amaçlarından birinin de bu olduğu yönünde bkz. Yurtbaşı, s. 63 vd.; özel denetim istemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Sıtkı Anlam Altay, **Özel Denetim**, s. 55 vd.; Kaya, **Özel Denetim**, 61 vd.; Uçar Bulut, s. 28 vd.; Değirmencioğlu Aydın, s. 23 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-90 vd.

¹⁴³⁸ Somutlaştırma yükü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1681 vd.; Börü, s. 183 vd.; Atalay, s. 31 vd.; Umar, s. 596 vd.; Tanrıöver, s. 810-812; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 470-472.

¹⁴³⁹ Belgelerin ibrazı mecburiyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s. 121 vd.

¹⁴⁴⁰ Sorumluluk davasının konusunu teşkil eden zararlar ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 31 vd.

Bu kapsamda, ortaklık zararı ile yansıma zarar arasındaki ilişkinin ispatın konusu bağlamında da ele alınması gereklidir.

aa- Davacının Pay Sahiplerinin Yansıma Yoluyla Zarara Uğradıklarını İspat Etmelerinin Gerekip Gerekmediği

Yukarıda açıkladığımız üzere¹⁴⁴¹, ortaklığın zarara uğradığı tüm hâllerde, pay sahipleri de payın değerinin düşmesi ve kâr payının azalması nedeniyle yansıma yoluyla zarara uğrarlar. Diğer bir deyişle, ortaklık malvarlığının eksilip de pay sahiplerinin zarar görmediği hiçbir olasılık yoktur¹⁴⁴². Bu nedenle, pay sahiplerinin kendilerinin ayrıca bir zarara uğradığını ispat etmelerine ihtiyaç yoktur¹⁴⁴³. Buna göre, pay sahibinin, kendisinin dolayısıyla zarara uğradığını değil, şirketin zarara uğradığını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir¹⁴⁴⁴. Şüphesiz ki, bu konuda ayrıca pay sahiplerinin bu sıfatlarını kanıtlamaları gerekecektir¹⁴⁴⁵.

Buna karşılık, karşılaştırma yapmak bakımından inceleme yapmak gerekirse, alacaklılar bakımından durum biraz daha farklıdır. eTTK döneminde bu husus öğretide görüş ve tartışmalara konu olmuş, mehzaz kanunda da, bu konuda eTTK'dan farklı hükümlere yer verilmişti. Şöyle ki; Tandoğan, şirketin borçlarını ödeyemeyecek duruma gelmedikçe alacaklıların dolayısıyla zararının söz konusu olamayacağını ve bu ödememe durumunun da iflâsla sâbit olacağını, bu nedenle davanın büyük pratik önemi bulunmadığını, ancak konkordato hâlinde bu davanın pratik fayda arz edebileceğini savunmaktaydı¹⁴⁴⁶. Yazar, ayrıca, pay sahibi veya alacaklının yansıma zarara miktarını aşsa dahi şirket zararının tamamı için dava açabileceklerinin kabulünün, yansıma yoluyla hiçbir zarar görmeyen pay sahibi ve alacaklının da bu tazminat davasını açabileceği anlamına gelmediğini ifade etmişti¹⁴⁴⁷. Tandoğan'ın bu

¹⁴⁴¹ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, E.

¹⁴⁴² Ortaklığın zarara uğraması halinde; pay sahiplerinin dolayısıyla zarara uğradıkları varsayımının mutlak olarak kabul edileceği, buna karşılık alacaklıların dolaylı zarara uğradıklarının kabulü için ise, iflâs ve buna ilâveten iflâs idaresinin dava açmaması gerektiği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 246.

¹⁴⁴³ Buna karşılık, Arslanlı, şirketin zarara uğradığı hâllerde pay sahibinin dava hakkını hâiz olabilmesi için dolayısıyla zarar görmüş olmasının şart olduğunu, bu hâlde de sadece tazminat şirkete verilmek üzere eTTK m. 309'a göre şirket lehine dava açabileceğini, pay sahibi zarar görmemişse dava açmakta menfaati olmadığını ifade etmektedir; bkz. s. 183

¹⁴⁴⁴ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 135.

¹⁴⁴⁵ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 3, d.

¹⁴⁴⁶ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 104 ve dn. 106a.

¹⁴⁴⁷ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 104.

görüşünden çıkan sonuç, alacaklıların sorumluluk davası açabilmeleri için yansıma yoluyla zarara uğradıklarını ispat etmeleri gerektiği ve bu ispatın ancak şirketin iflâsı ile sağlanabileceğiydi. Mehzaz kanunda da, alacaklıların dava açması ortaklığın iflâs etme koşuluna bağlanmak suretiyle bir sınırlama öngörülmüştü. TTK'da da, alacaklıların iflâstan önce dava açamayacakları, zîra iflâs etmeyen şirketin borçlarını ödeme kâbiliyetine sahip bulunduğu, bu durumda ise alacaklıların zarara uğradığının kabul edilemeyeceği kesin bir varsayım olarak kabul edilmiş, alacaklıların yansıma zarara uğradıklarının tek ispat koşulu olarak da şekli iflâs olgusu öngörülmüştür. Buna göre, maddî iflâs sebepleri (örneğin, borca batıklık olmak üzere İİK m. 177, 178, 179, TTK m. 376/3) somut olarak gerçekleşmiş olsa veya Tandoğan'ın ifade ettiği konkordato söz konusu olsa bile, alacaklı yansıma yoluyla zarara uğramış kabul edilmeyecek, ortaklığın bir mahkeme kararıyla iflâs etmiş olması ve hatta buna ilâveten bu kararın kesinleşerek ikinci alacaklılar toplanmasının gerçekleştirilmiş ve iflâs masası adına bu davanın takibine karar verilmiş olması aranacaktır (TTK m. 556/1, 2). Alacaklı aleyhine öngörülen bu katı yaklaşımın yerinde olmadığı ve hakkaniyete de uygun bulunmadığı, olması gereken bakımından maddî iflâs sebeplerinin ve ayrıca konkordato durumunun da bu konuda dikkate alınacak kriterler olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak, açık kanun hükmü (TTK m. 556) uyarınca, alacaklıların yansıma yoluyla zarara uğradığını ispat etmesi için ortaklığın iflâs ettiğini ispat etmesi yeterli olup, buna ilâveten başka bir şart aranmayacaktır. Buna karşılık, pay sahipleri, belirttiğimiz gibi, yansıma zararlarını ayrıca ispat etmek zorunda olmadan dava açabilecekler ve sadece şirket zararını ispat etmekle yükümlü olacaklardır.

bb- Şirket Zararı

Sorumluluk davası, ister ortaklık tarafından kendi doğrudan zararlarının tazmini için, isterse pay sahipleri tarafından yansıma zarara dayalı olarak şirket zararının tazmini için açılmış olsun, bu davada ortaklığın bir zarara uğrayıp uğramadığı araştırılacaktır¹⁴⁴⁸. Zarar bulunmaması hâlinde, yapılan işlem veya alınan karar kanuna

¹⁴⁴⁸ “Ortaklığın zararı, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararlarının ön şartıdır” (bkz. İstanbul BAM. 14. HD'nin 13.07.2018 T., 2018/161 E. ve 2018/758 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); zararın tespitine ve tazminatın hesaplanması ilişkin kurallara, prensip olarak tüm sorumluluk hukukunda ve bu bağlamda şirketler hukuku kapsamında düzenlenen sorumlulukta uyulması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 30.

ve esas sözleşmeye aykırı olsa bile, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹⁴⁴⁹.

Davacının, ortaklık zararının varlığını ispat etmesi yeterli olup, ayrıca dava konusu işlem nedeniyle yönetim kurulu üyesinin kendisine bir menfaat sağlayıp sağlamadığının ispatına ihtiyaç yoktur¹⁴⁵⁰. Yönetim kurulu üyesi kendisine hiçbir menfaat sağlamamış olsa bile, zararlar birlikte diğer unsurların da varlığı hâlinde sorumlu olur. Bununla birlikte, bir menfaat de sağlanmışsa, bu husus bir yandan özen ve bağlılık borcunun da (TTK m. 369) ihlâl edilip edilmediği, diğer yandan kusurun varlığı ile farklılaştırılmış teselsül bağlamında kusurun derecesinin belirlenmesi (TTK m. 557) bakımından dikkate alınabilecektir.

İspatın konusunu teşkil eden ortaklık zararının doğmuş bir zarar olması gerekir. Zararın varlığının ve miktarının belirlenmesinde dava tarihi esas alınır¹⁴⁵¹. Buna göre, zararın ileride ortaya çıkması ihtimalinin varlığı (muhtemel zarar), diğer bir deyişle zarar tehlikesi, sorumluluk için yeterli değildir¹⁴⁵². Doğması kesin olsa bile henüz doğmamış olan zararlar zarar hesabında dikkate alınmaz¹⁴⁵³. Bu zararlar, doğdukça ayrı bir sorumluluk davasının konusunu teşkil edebilirler.

¹⁴⁴⁹ “Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için de öncelikle bir zararın doğması şarttır.” (bkz. Yarg. 23. HD’nin 06.06.2016 T. ve 3595/3434 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Buna karşılık, öğretide eTTK döneminde savunulan bir görüşe göre, şirket bakımından maddî (iktisadî) anlamda bir zarar bulunup bulunmamasından bağımsız olarak sorumluluğu gerektiren bir işlem veya fiilin gerçekleşmesi kanuna göre zarar niteliğini taşır ve dava hakkını hâiz kişiler bu zararın giderilmesini, örneğin ticarî defterler usulüne uygun tutulmamışsa bu defterlerin usulüne uygun tutulmasını ya da genel kurul kararı sebepsiz yerine getirilmemişse bu kararın icrasını isteyebilirler; mahkemenin bu hâllerde olumlu veya olumsuz bir zararın varlığını aramadan sadece ihlâlin varlığını tespitle yetinmesi ve yönetim kurulunu bu “hâlin iadesine” mahkum etmesi mümkündür; sorumluluğun bu şekilde anlaşılması kanunun ruhuna daha uygun olduğu gibi, pay sahipleri ile alacaklılara maddî bir zararın olmadığı veya tespit edilemediği hâllerde “eski hâlin iadesini” talep etme hakkı tanımakta fayda vardır; bu görüş için bkz. Arslanlı, s. 177. Diğer yandan, “faydalı görev ihlali” olarak adlandırılan durumlarda şirket kanunun ihlâli yoluyla pozitif bir değer elde edeceği ve bu nedenle yönetim kurulu üyesinden talep edilebilecek bir zararın bulunmayacağı yolundaki yaklaşımın iş adamı kararı kapsamında kabul edilemeyeceği, zira böyle bir yorumun iş adamı kararı kuralını aşırı zorlayacağı, yasal normlara uyulmasını tamamen ekonomik bir yoruma tabi tutarak yasallık ilkesini tamamen zayıflatacağı ve yasal normların potansiyel kâr beklentilerine bağlı olarak göz ardı edilebilecek olgulara indirgeneceği yönünde bkz. Gerhard, s. 265.

¹⁴⁵⁰ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 51.

¹⁴⁵¹ “Dava, limited şirket müdürü olarak görev yapan davalının, yaptığı iş ve işlemlerle şirketi zarara uğrattığı iddiası ile sorumluluk hukuki nedenine dayalı tazminat istemine ilişkindir. ... her davanın açıldığı tarihe göre değerlendirilmesi gerektiğinden, yapılacak olan zarar miktarının tespitinde dava tarihinin baz alınması, ... gerekmektedir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 18.02.2016 T., 2015/3989 E. ve 2016/1700 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁵² Çamoğlu(Poroy/Tekinlap), N. 603.

¹⁴⁵³ Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, 2009, N. 28-14; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 50.

Bu bağlamda, zararın müspet (olumlu) veya menfî (olumsuz) olmasının da bir önemi yoktur; ortaklığın uğradığı her türlü zararın tazmini talep edilebilir. Aynı şekilde, zarar fiilî zarar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yoksun kalınan kazanç (kâr mahrumiyeti) da olabilir¹⁴⁵⁴. Ayrıca, dava konusu zarar, maddî zarar olabileceği gibi, manevî zarar da olabilir; buna bir engel yoktur. Zîra, manevî hakları zedelenen diğer tüm tüzel kişiler gibi, anonim ortaklık da şartları mevcutsa manevî zararının tazminini talep edebilir¹⁴⁵⁵. Manevî zararın istenmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına¹⁴⁵⁶ ve TMK m. 25/4'te, “*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez*” hükmü yer almasına rağmen, kanımızca pay sahipleri de anonim ortaklığın uğradığı manevî zararın tazminini talep edebilirler, diğer bir deyişle manevî zarar da “*şirket zararı*” kapsamında değerlendirilmelidir.

Davacının, bir zararın doğduğunu (varlığını), davanın açıldığı sırada mevcut olduğunu ve ayrıca miktarını ispat etmesi gerekir¹⁴⁵⁷. Davacının zararın miktarını tam olarak belirleyemediği durumlarda ise, belirsiz alacak davası (HMK m. 107) kurumundan yararlanarak, davanın başında belli olan asgarî bir miktarı ileride artırılmak üzere belirleyerek, dava açması mümkündür¹⁴⁵⁸. Ancak, bu imkân, davacının zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz, davacı buna ilişkin delillerini sunarak miktarı da ispat etmelidir¹⁴⁵⁹. Diğer bir deyişle, belirsiz alacak davası, zararın miktarını ispat yükünü ortadan kaldıran veya hafifleten bir kurum değildir. Bununla birlikte, yargılama sırasında yapılacak tüm inceleme ve hesaplamalara rağmen, zarar miktarının tam ve kesin olarak tespiti mümkün olmuyorsa, bu durumda, TBK m. 50'de yararlanılarak, zararın miktarının hâkim tarafından takdir edilmesi söz konusu olacaktır¹⁴⁶⁰. Böylece, bu hâlde, zarar

¹⁴⁵⁴ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 161; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 50.

¹⁴⁵⁵ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 163; buna karşılık, Yazar gerek aynı kitabında gerek farklı bir eserinde maddî zarar olmayan hâllerde sorumluluktan bahsedilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir; bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 147; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 592; manevî zararın talep edilebileceği yönünde ayrıca bkz. Dinç, s. 162.

¹⁴⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 803; Dural/Öğüz, N. 809 vd.

¹⁴⁵⁷ Davacının, zarar konusunda iddia ve ispat yükünü taşıdığı ve bunun zarar gören tarafın genellikle hâkime bir zarar hesaplaması sunması ve bunu kanıtlaması gerektiği anlamına geldiği, bunun yerine getirilmesinin sorumluluk hukuku bakımından çok büyük önem taşıdığı yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 38.

¹⁴⁵⁸ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, IV, C.

¹⁴⁵⁹ Küçük bir pay sahibinin, zarar şirketin malvarlığında gerçekleşmesi nedeniyle, zararı kesin olarak belirleyemeyeceği ve bunu kanıtlanmış bir şekilde iddia edemeyeceği hâllerde belirsiz alacak davası açma imkânından yararlanabileceği, bununla birlikte, zararını (şirket zararını ve dolayısıyla kendi zararını) ölçmesi ve kanıtlaması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 10.

¹⁴⁶⁰ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 250; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 58

konusunda, davacıdan zararın varlığını kesin olarak ispatlaması aranacak, zararın miktarı konusunda ise hâkim takdir hakkını kullanacaktır¹⁴⁶¹.

Bu bağlamda, zararın giderilmesi için ortaklığın varsa üçüncü kişilere karşı olan haklarını kullanıp kullanmadığı da sorumluluk davası bağlamında zararın varlığının tespiti ve miktarının hesaplanması bakımından önemli olabilir. Örneğin, zarara sebebiyet veren işlem (mesela, mali durumu zayıf olan bir şirkete yapılan vadeli ve teminatsız mal satışı) nedeniyle ortaklığın bir alacak hakkı doğmuşsa, bu alacağın tahsili için gerekli yasal yollara başvurulmuş olması ve örneğin aciz vesikası alınmış olması şartı aranacak mıdır veya bu tazminatın hesaplanmasına nasıl etki edecektir? Kanımızca, zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması hâlinde hâkimin tazminatı indirebileceğini veya tamamen kaldıracabileceğini düzenleyen TBK m. 52/1 hükmü bağlamında somut olay değerlendirilmelidir¹⁴⁶². Buna göre, örneğin söz konusu alacağın yapılan tüm hukukî girişimlere rağmen tahsil edilemediği hâllerin yanı sıra, yapılan değerlendirmede tahsil edilemeyeceğinin de baştan belli olduğu durumlarda (örneğin, borçlunun çok sayıda icra takibine maruz kalmış olması, konkordatoya başvurmuş bulunması vs.) hukukî yollara başvurulmamış olsa bile tazminattan indirim yapılmamalıdır. Buna karşılık, somut olayın özelliklerine göre, tazminattan indirim yapılmasını gerektiren sebeplerin de bulunması mümkündür. Bu nedenle, bu konuda peşinen bir yargıda bulunulması mümkün olmayıp, somut olayda zararı azaltıcı yollara başvurulmamış olması, sorumluluk davası açılmasına engel teşkil etmemekle birlikte, zarar ve tazminat miktarının belirlenmesinde TBK m. 52/1 uyarınca dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.03.2020 tarihli kararında, usûlsüz işlem anında zararın gerçekleştiğini, örneğin üçüncü kişiye gönderilen paranın

¹⁴⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, F.

¹⁴⁶² İsviçre Borçlar Kanunu'nun 44/2. maddesi (TBK m. 52/1) uyarınca, zararı hafifletme (azaltma) görevi ve bu bağlamda zarar gören tarafın zararın artmasının önüne geçmek için somut olaya göre mâkul olan davranışları göstermesi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi ile bu görevin anonim şirketler hukuku kapsamındaki sorumluluk alanında da gözetilmesi gerektiği, örneğin, şirketin zarar teşkil eden bir parayı üçüncü kişiden herhangi bir sebep olmaksızın geri almayı ihmal etmesi veya şirketin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu yasal hakları kullanmaması hâlinde bu savunmaya dayanılabileceği ve bu durumda, şirketin bu hakları kullansaydı ne elde edebileceğinin araştırılması gerektiği, bu açıklamaların sorumluluk talebinin ikincilliğine (taliliğine) yol açmayacağı, zira sorumluluk davası açılmasının bu işlemlerin yapılmasına bağlı olmadığı, bunun ihlâlinin tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak bir unsurdan ibâret bulunduğu, sorumluluk hukukunda geçerli olan zenginleştirme yasağının da bunu gerektirdiği, ayrıca bu görevin zararın varlığının tespitine değil, zararın miktarının hesaplanmasına ilişkin bir unsur olduğu ve bunun ihlâlinin sadece zarar gören tarafın tazminat talebinin tamamen veya kısmen kaybına yol açabileceği, bu görevin yerine getirilmediğini davalı (zarar veren) tarafın ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 82 vd., 84, 85, 91, 92-95.

iadesi için söz konusu kişiye başvurulmasının, ona karşı tüm yasal yolların tüketilmiş ve aciz vesikası alınmış olmasının zararın gerçekleşmiş sayılması için gerekmediğini ifade etmiştir¹⁴⁶³. Diğer yandan, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi ise, 23.09.2019 tarihli kararında, kooperatif yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan sorumluluk davasına konu zarar iddiası bakımından, kooperatif tarafından dava dışı üçüncü kişiye karşı açılan tazminat davasının sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁶⁴.

Şüphesiz ki, sorumluluk davası devam ederken veya karar verildikten sonra ortaklığın zararını kısmen veya tamamen gidermesi hâlinde bu husus, davalıların sorumlu olacakları miktar bakımından dikkate alınacaktır. Bu durumun karar verilmesinden sonra gerçekleşmesi hâlinde, sorumlular sorumluluk miktarlarının zararın giderimi nedeniyle azaldığının tespiti için genel mahkemelerde menfi tespit davası açma yoluna gidebilirler.

Şirketlerin amacı kâr elde etmek olup, bu amaçla bağdaşmayan tüm harcama ve giderler şirket açısından zarar teşkil eder. Bununla birlikte, son yıllarda benimsenen “*corporate social responsibility*” (kurumsal sosyal sorumluluk) ilkesi¹⁴⁶⁵ uyarınca, anonim ortaklıkların da sosyal sorumluluk bağlamında, kâr amacı taşımaksızın özellikle sağlık, eğitim, kültür, sanat, çevre gibi sosyal konularda topluma faydalı iş ve harcamalar yapabileceği, sosyal açıdan korunmaya ihtiyacı olan kişi ve gruplara destek sağlayabileceği, hayır işleri gerçekleştirebileceği kabul edilmekte ve hatta bunlar teşvik edilmektedir¹⁴⁶⁶. Bu nedenle, bu tür işlemler, kâr amacı taşıyan şirketler bakımından zarar verici işlemler olarak değerlendirilemez. Şirketin bu konuda

¹⁴⁶³ “Üstelik zarar, usulsüz işlem anında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla zararın gerçekleşmiş sayılması için paranın gönderildiği şirkete başvurulması ve ona karşı tüm yasal yolların tüketilmiş olması gerekmez” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 05.03.2020 T., 2018/4870 E. ve 2020/2413 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...zararın gerçekleşmiş sayılması için paranın gönderildiği şirkete başvurulması, ona karşı tüm yasal yolların tüketilmiş ve aciz vesikası alınmış olmasının gerekmemesi ...” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 09.06.2016 T., 2015/1454 E. ve 2016/6359 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “... şirket zararının oluşması için, öncelikle sermaye taahhüt eden ortaklar aleyhine takipte bulunulmasına veya dava açılmasına da gerek yoktur” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.06.2016 T., 2016/2880 E. ve 2016/6868 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁶⁴ “Bunun yanında, kooperatif ile yüklenici arasında eksik ve ayıplı imalatlarla ilgili dava bulunduğu belirtilmiş olup, eğer kooperatif tarafından yüklenicinin edimleri ile ilgili eda davası açılmış ise bu davanın sonucunun beklenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus araştırılmadan hüküm kurulması da isabetli olmamıştır” (bkz. Yarg. 23. HD’nin 23.09.2019 T., 2016/4566 E. ve 2019/3779 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁶⁵ Bu konuda bkz. Paslı, **Kurumsal Yönetim**, s. 79; Ayan, s. 50. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 278; bu konuda, Türkiye’de “*Corporate Social Responsibility Association of Turkey* (www.csrturkey.org)” adı altında bir dernek de faaliyet göstermektedir.

¹⁴⁶⁶ Şirketlerin bağışlamada bulunup bulunamayacakları konusunda eTTK döneminde yapılan bir inceleme için bkz. Ansay, s. 410 vd.

yapabileceği harcamaların miktarı konusunda, pay sahiplerinin kâr payı hakkının ihlâl edilmemesine dikkate edilmelidir¹⁴⁶⁷. Bu konuda, TTK m. 523'te düzenlenen kâr payı ve yedek akçeler konusundaki hüküm ve bu bağlamda esas sözleşmede yer verilecek düzenlemeler önem taşıyacaktır. Bu hükümler, zararın yanı sıra yapılan işlemlerin geçerliliğiyle ve hukuka aykırılık unsuruyla da yakından ilgilidir. Bu kapsamda yapılacak harcamaların sınırı konusunda halka açık şirketlerle ilgili olarak SerPK m. 19/5 ve Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 1.3.11'de bazı özel düzenlemeler bulunmakla birlikte TTK'da, 523. madde dışında pozitif bir düzenleme bulunmadığından, halka açık olmayan şirketler bakımından her somut olaya göre bunun sınırlarının belirlenmesi gerektiğinde kuşku yoktur¹⁴⁶⁸.

c- Uygun Nedensellik Bağı ve Bu Bağlamda TTK m. 553/son Hükümü

Sorumluluğun unsurlarından bir diğeri de uygulamada varlığının araştırılması ihmal edilen uygun nedensellik (illiyet) bağıdır¹⁴⁶⁹. Bir davada, kanun ve esas sözleşmeye aykırılık, kusur ve zarar unsurları nasıl araştırılıyorsa ve ispata konu oluyorsa, aynı şekilde nedensellik bağının da araştırılması gerektiğinde hiçbir tereddüt yoktur. Nedensellik bağı, diğer unsurların varlığı hâlinde gerçekleştiği doğrudan kabul

¹⁴⁶⁷ Sosyal sorumluluk ilkesi bağlamında harcama yapılırken, sadakat yükümlülüğüne (TTK m. 369) uygun davranılması, kişisel menfaatlerin göz önünde tutulmaması ve ayrıca yapılan destekler ile şirketin gelirlerinin dengeli olması gerektiği yönünde bkz. Ayan, s. 50.

¹⁴⁶⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir olayda, hayırsever olarak tanınmış bir iş insanının genel müdür olduğu şirket adına Vakıflar Genel Müdürlüğü bünyesindeki bir hastaneye bağış yapmasını ve şirketin işçi ve malzemeleriyle hastanenin tadilat işlerinin gerçekleştirilmesini bir sorumluluk sebebi olarak değerlendirmiş ve zararın tazminine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir: “Şirket ana sözleşmesinde yazılı faaliyet alanına girmeyen ve şirketi zarara uğratan bağışların murahhas üye Vehbi K. tarafından gerçekleştirildiği ancak işlemin muhasebeleştirilmesinin bu davalının 01.11.1995 tarihinde istifa görevinden ayrılmasından sonra yapıldığı anlaşılmaktadır. B.K.nun 237 nci maddesi uyarınca hibe bağışlayanın bağışlanana bir şeyi teslimi ile vücut bulur, bu durumda bağışlayanın davalı Vehbi K. zamanında olduğu ve zararında bağışlama ile birlikte doğduğu tartışmasız olup, muhasebeleştirme işleminin bilahare yapılmasının davalı murahhas üyenin sorumluluğunu etkiler bir yönü bulunmamaktadır. Öte yandan yapılan bağışlamaların niteliği dikkate alındığında B.K.nun 244-245 nci maddeleri uyarınca zararın öncelikle bağışlanandan tahsiline çalışılması gerektiği yönündeki gerekçe hukuki olmaktan uzak kalmaktadır. Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, davalı Vehbi'nin genel müdürlük görevini icra ettiği esnada yapmış olduğu faaliyetlerinden sorumlu olacağı tartışmasız olduğu gibi, adı geçen bu faaliyetlerini denetlemeyen ve buna karşı çıkmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olduğu, TTK'nun 137 nci maddesi uyarınca olayda ehliyesiz işlem söz konusu olmakla, bilahare iki yönetim kurulu üyesinin yeniden göreve getirilmesinin ve bu şahısların 1996 yılı faaliyetlerinden dolayı ibra edilmiş olmalarının da sonucu etkilemeyeceği düşünülmeyen, davalıların sorumlulukları yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi yanlış olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 08.12.2003 T., 2003/4466 E. ve 2003/11543 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Sosyal sorumluluk ilkesi karşısında, kararda varılan sonuca katılma olanağı bulmuyoruz.

¹⁴⁶⁹ Uygun nedensellik bağı için ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, V.

edilip ihmal edilebilecek bir unsur değildir. Buna rağmen, Yargıtay'ın eTTK döneminde verdiği kararlarda, bu unsurun ihmal edildiği ve nedensellik bağına ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı içtihatlarla da pek rastlanamadığı bir vâkıadır. Bununla birlikte, TTK m. 557'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında, sorumluluk miktarının belirlenmesi bakımından uygun nedensellik bağının mutlaka araştırılması gerekmekte ve hatta bu incelemenin, her bir zarar iddiası ve her bir davalı (sorumlu) bakımından ayrı ayrı yapılması zorunlu bulunmaktadır¹⁴⁷⁰. Nitekim, madde gerekçesinde de bu ilke ile, uygun nedensellik bağı dikkate alınmadan bir kimsenin zararın tümünden sorumlu tutulması yolundaki hatalı uygulamanın önüne geçilmek istendiği açıkça ifade edilmiştir. Diğer yandan, TTK m. 553/3'te öngörülen hüküm ile de nedensellik bağına özel bir vurgu daha yapılmıştır. Buna göre, nedensellik bağının araştırılmasının ihmal edilmesine artık olanak yoktur¹⁴⁷¹.

Bu unsur bağlamında, davacının, ispat edilen kanuna ve esas sözleşmeye aykırı fiil ile zarar arasında hayatın olağan akışına ve tecrübe kurallarına göre mantikî bir bağ bulunduğunu, diğer bir deyişle, söz konusu yükümlülük ihlâlinin dava konusu zarara yol açabileceği sonucuna hayat tecrübelerine göre ulaşılabildiğini kanıtlaması gerekir. Yönetim kurulu üyelerinin bu bağı içermeyen hiçbir zarardan dolayı sorumlu tutulması hukuken mümkün değildir¹⁴⁷². Zîra, bir kimse ancak kendisine yükletilebilen zararlardan dolayı sorumludur. Bu bakımdan, zararın tespiti ve tazminatın

¹⁴⁷⁰ Nedensellik bağının her bir davalı için ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 41.

¹⁴⁷¹ Yargıtay'ın genelde uygun illiyet bağına hiç değinmediği, ancak artık farklılaştırılmış teselsül nedeniyle bu unsuru araştırmak zorunda olduğu yönünde ayrıca bkz. Yüksel, **Sorumluluk**, s. 377; uygun nedensellik bağının ispat açısından önemini özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesi bakımından kendisini gösterdiği yolunda ayrıca bkz. Kayar/Özatlan, s. 26; buna karşılık, fiil ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağının açık olduğu durumlarda bunun ayrıca ispatına gerek bulunmadığı, buna karşılık, durumun “*gölge ve müphem*” olduğu hallerde nedensellik bağının maddî şartının davacı tarafından ispatlanması gerektiği, hukukî şartın ise hâkim tarafından tayin edileceği ve bu nedenle ispatına gerek bulunmadığı yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 580.

¹⁴⁷² Yargıtay'ın uygun nedensellik bağına vurgu yaptığı içtihatlarla örnek olarak bkz.: “... zarar ile sorumlular arasındaki illiyet bağının da kurulması gerekirken, kasa açığının el koyma anında mevcut olduğu hususu tespit edilememiş ve davalılar ile zarar arasında illiyet bağı kurulamamış olduğundan mevcut kasa açığından davalıların sorumlu tutulamayacağı gözetilmelidir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 22.06.2016 T., 2016/2882 E. 2016/6889 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Mahkemece, ... davacının sırf tasfiye memurunun davranışı sebebiyle alacağına kavuşamamasının şart olduğu, oysa davacının alacağına kavuşamaması tasfiye memurunun ihmalinden değil, şirketin mal varlığının bulunmamasından kaynaklandığı, ... ayrıca tasfiye memurunun davranışı ile davacının alacağına kavuşamaması (zarar) arasında uygun bir illiyet bağı bulunmadığı ...” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 05.12.2014 T., 2014/11614-19099 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu son kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Altay, **Doğrudan Sorumluluk-Dolayısıyla Sorumluluk**, s. 80-81.

hesaplanmasının, nedensellik bağı ile yakın ilişki içinde olduğu görülmektedir¹⁴⁷³. Bu itibarla, yapılan değerlendirmede, söz konusu yükümlülük ihlâli nedeniyle zararın doğduğu, diğer bir deyişle ihlâl olmasaydı zararın doğmayacağı sonucuna ulaşılabiliriyorsa, bu durumda nedensellik bağının varlığı kanıtlanmış olur¹⁴⁷⁴.

Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, müteselsil sorumlulukta, sorumlulardan biri, kendi davranışı olmasaydı da zararlı sonucun yine meydana geleceğini savunarak sorumluluktan kurtulamaz¹⁴⁷⁵; ancak bunun için kendisinin zararı önleme gücünün ve imkânının bulunması gerekir¹⁴⁷⁶. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesinin eylemi zararı tek başına aynı sonucu doğurmaya elverişli ise, kendisinin gerekli her türlü işlemi yapsaydı da zararın yine meydana geleceği yönündeki bir savunması, kendisini sorumluluktan kurtarmaz¹⁴⁷⁷.

TTK m. 553/3'te, hiç kimsenin kendi kontrolü dışında kalan kanun ve esas sözleşmeye aykırılıklardan veya yolsuzluklardan dolayı sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bu kural, esasen hem kusura ve hem de uygun nedensellik bağına ilişkin bulunmaktadır. Zîra bu olasılıkta, yükümlülük ihlâli mevcut ve hatta bunun sonucunda bir zarar meydana gelmiş olmakla birlikte, bunlar davalının kontrolü dışında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bu kimseye bir kusur izafe edilemeyeceği gibi, bu kimsenin eylemleri ile zarar arasında da hayat tecrübelerine göre mantikî bir neden-sonuç ilişkisi de kurulamaz. Bu nedenle, nedensellik bağını ve bizim görüşümüze göre kusuru davacı ispat yükü altında olduğundan, bu ispat faaliyeti gerçekleştirilirken davalının kontrolünde kalan bir durum olduğunun da davacı tarafından ispat edilmesi

¹⁴⁷³ Zararın hesaplanmasının uygun nedensellik bağı ile yakından ilgili olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 36.

¹⁴⁷⁴ İngiltere'de, sadece, yöneticilerin eylemlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir sebeplerden dolayı dava açılabilirliği yolunda bkz. Keay, s. 48.

¹⁴⁷⁵ Yönetim kurulu üyesinin kanuna ve esas sözleşmeye uygun davranılmış olsa idi dahi, zarara engel olunamayacağı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağı yönünde bkz. Arslanlı, s. 178; aynı doğrultuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 570; Kırca, **Değişiklikler**, s. 645.

¹⁴⁷⁶ Zarar veren tarafın, hukuka aykırı şekilde davranmaması bile fiili zararın meydana geleceği şeklindeki itirazı anlamına gelen meşru alternatif davranış hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, iflâs etmiş bir şirketin varlıklarındaki düşüş hakkında, denetçilerin bildirimde bulunma görevlerini ihlal etmelerine rağmen, denetçilerin zamanında bildirimde bulunmuş olsalardı dahi bu konuda hiçbir şeyi değiştirmeyeceklerine ve dolayısıyla zarardan sorumlu bulunmadıklarına ilişkin 13 Kasım 2002 tarihli kararı için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 46-47. Bir kimsenin kendi davranışı veya ihmali olmasa idi dahi zararın meydana geleceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı, bununla birlikte kendisinin zarara önleme gücüne ve aynı zamanda yükümlülüğüne sahip olması gerektiği yolunda ayrıca bkz. von Tuhr, s. 83-84, 89.

¹⁴⁷⁷ Üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağını kesmesi için uygunluk yönünden zararlı sonucun tek ve münhasır sebebi olarak gözükmesi gerektiği yönünde bkz. Eren, **İllet Bağı**, s. 202.

gerekmektedir. Bununla birlikte, davalı da ileri sürülen ihlâlin kendisinin kontrolü dışında kaldığını ileri sürüp karşı ispat (HMK m. 191) bağlamında bu konuda delil gösterebilir.

d- Kusur

Sorumluluğun diğer bir unsuru ve dolayısıyla ispatın konusu kusurdur¹⁴⁷⁸. Kusurun her derecesi, bu bağlamda kastın yanında ihmal (ağır ve hafif ihmal) de sorumluluğun doğması için gerekli ve yeterlidir¹⁴⁷⁹. Tecrübesizlik ve yeterince bilgi sahibi olmama, sorumluluktan kurtulma sebebi olmayıp¹⁴⁸⁰, yönetim kurulu üyeleri tedbirsizlik veya hafif kusurlarından dahi sorumludurlar¹⁴⁸¹. Bununla birlikte, kusurun derecesi, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında sorumluluk miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle, kusurun varlığı ve derecesi her bir davalı bakımından ayrı ayrı belirlenir¹⁴⁸².

Yukarıda değindiğimiz gibi, özen borcu konusunda TTK m. 369’da objektif bir kriter öngörülmüş olup, bu ölçü kusurun varlığının tespiti bakımından belirleyicidir¹⁴⁸³. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler, “*tedbirli bir yöneticinin özeniyle*” görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Esasen, özen borcuna aykırı davranıldığının ortaya konulması hâlinde, bir yandan hukuka aykırılık

¹⁴⁷⁸ Kusura ilişkin ispat yükü konusunda yukarıda ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, C ve Üçüncü Bölüm, IV, B, 1, b, bb.

¹⁴⁷⁹ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 69; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 1; Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 136; ihlâllerin, çoğunlukla ihmal şeklinde ortaya çıktığı, bununla birlikte şirketler hukuku bakımından her türlü kusurun sorumluluğa yol açacağı yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 60, 72; İngiltere Şirketler Yasası’nın 260/3. maddesine göre, pay sahiplerinin yönetici tarafından ihmal, temerrüt, görev ihlali veya güven ihlalini içeren fiili veya önerilen bir eylem veya ihmalden kaynaklanan bir sebeple ilgili olarak dava açılacakları yönünde bkz. Keay, s. 44; İngiliz hukuku bakımında aynı yönde ve ayrıca, Alman hukukunda yöneticilerin görevlerini en ufak ve hafif şekilde ihlâl etmeleri hâlinde dahi şirkete karşı sorumlu olmalarına rağmen, pay sahiplerinin bu iddiaları AktG 148 uyarınca takip edemeyecekleri, ancak ağır ihlâllerin bulunması gerektiği yolundaki açıklamalar için bkz. Paul, s. 87, 99.

¹⁴⁸⁰ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 75.

¹⁴⁸¹ “*Tedbirsizlik ve hafif kusurlarından dahi sorumlu bulunan anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ...*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 14.09.2004 T., 2003/11546 E. ve 2004/8255 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁸² Altay, **Yetki Devri**, s. 263.

¹⁴⁸³ TTK m. 369’un kusurun ispatı bakımından çok önemli olduğu, ancak bu hükmün kusur karinesi bulunan hukuk sistemleri bakımından daha çok anlam ifade ettiği, zira yönetim kurulu üyelerine sorumluluktan kurtulma yolunu gösterdiği, ancak kusur karinesinin kaldırılmasıyla birlikte, esasen kusursuzluğun ispatına hizmet eden bir araç olan TTK m. 369’un artık davacının kusurun varlığını ispat etmesine yarayan bir olanak hâlinde dönüştüğü, davacının davalıların ideal davranış modeline uygun davranmadıklarını ispat ederek kusuru ispatlayabileceği yolunda bkz. Kayar/Özatlan, s. 28-29.

ve diğer yandan da kusur unsurlarının somut olayda gerçekleştiği kanıtlanmış olacaktır. “*Tedbirli yöneticinin özeni*” bu konuda soyut ve objektif bir kriter getirmekte olup, öncelikle somut olaya göre bu kriterin gerektirdiği davranış tarzı (işlem veya karar) belirlenecek, daha sonra bu “*olması gereken davranış*” kalıbı ile somut olay karşılaştırılacak ve buna göre bir değerlendirme yapılacaktır. Buna göre, özen borcu, bir yandan sorumluluk koşulu ve unsuru olarak hukuka aykırılığa ve kusura ilişkin bulunmakta, diğer yandan da sorumluluktan kurtulma yolu bakımından objektif bir kriter getirmektedir¹⁴⁸⁴.

Komitelerin (TTK m. 366/2) atanıp atanmaması, çalışmaları ve raporları, yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde özellikle kusur unsuru bakımından önem taşıyabilecektir¹⁴⁸⁵. Ayrıca, yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkını kullanıp kullanmadığı (toplantı içinde ve dışında, TTK m. 392) kusurun tespitinde önemlidir¹⁴⁸⁶. Diğer yandan, söz konusu işlem ile ilgili olarak bir uzman raporu almak da özenli davranıldığı konusunda bir delil sağlayabilir. Kuşkusuz ki bu olasılıkta, yöneticilerin zarara yol açtığı iddia edilen davranışlarında söz konusu rapordan ne ölçüde yararlandıkları da önem taşır.

Kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler inançlı yönetim kurulu üyesi bakımından da aynen geçerli olup, inançlı üye inananın talimatlara uygun davrandığını savunarak yükümlülük ihlâlinde bulunmadığını ve ayrıca kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz, bu bağlamda talimat verenin

¹⁴⁸⁴ Bu hükmün, yönetim kurulu üyelerinin, davacı tarafından kusur konusunda getirilen delillerin çürütülmesi için yerine getirmesi gereken ispat yükünün somut içeriğini belirlediği yönünde bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 590; iş adamı kararı ilkesinin kusurun tespitinde dikkate alınması gerektiği ve ilkenin tüm şartları varsa kusurdan bahsedilemeyeceği, özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılacağı ve zarar doğmuş olsa dahi bundan sorumlu tutulamayacakları yolunda bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 215; iş adamı kararı, işletmesel karar, tedbirli yöneticinin özeni gibi olanakların kusurun / kusursuzluğun ispatı bağlamında sorumluluktan kurtulmayı kolaylaştırdığı yönünde bkz. Kayar/Özatlan, s. 28; kasıtlı olarak gerçekleştirilen ihlallerini iş adamı kararı korumasına girmeyeceği yönünde bkz. Gerhard, s. 260; zarara neden olan sürece nesnel argümanlarla karşı çıkan herkesin, somut eylem ve zarar azaltıcı önerilerle bu tutumunu desteklemesi hâlinde görevini yerine getirmiş olacağı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 60.

¹⁴⁸⁵ Altay, **Yetki Devri**, s. 66 ve dn. 230, 69, 76; yazar, ayrıca, gerek komitelerin oluşturulmasının ve çalışmalarının değerlendirilmesinin gerek komite içerisinde yönetim kurulu üyeleri varsa bunların durumunun farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bakımından dikkate alınacağını ifade etmektedir (s. 75-76). Komite oluşturulmasının yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna etkisi konusunda ayrıca bkz. Demir, s. 83 vd.

¹⁴⁸⁶ Bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda ve ayrıca bu hakkın yöneldiği amacın ağır sorumluluk hükümlerine tâbi yönetim kurulu üyelerinin konumlarını güçlendirmek olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Kortunay, s. 307 vd., s. 311.

hâkim şirket veya hâkim pay sahibi olması da durumu değiştirmez¹⁴⁸⁷; olsa olsa sorumlular çevresinin genişlemesine yol açar. Hatta, bir kimsenin inançlı yönetim kurulu üyesi olmasının, onun kusurlu olup olmadığının tespitinde aleyhine bir durum olarak dikkate alınması da söz konusu olabilir. Zîra, yönetim kurulu üyesinin bağlılık ve özen borcu (TTK m. 369) bağlamında şirketin menfaatlerini dikkate alması ve üçüncü kişilerden talimat almaması esastır. Bu husus, tek başına kusurlu sayılmayı gerektirmemekte ise de, TTK m. 557’de düzenlenen “*durumun gerekleri*” bağlamında değerlendirilebilecek bir husustur.

Yukarıda değindiğimiz üzere, şekli organlar için kanunda ve esas sözleşmede öngörülmüş bulunan tüm yükümlülükler, fiilî organ için de söz konusudur¹⁴⁸⁸. Buna bağlı olarak da, fiilî organın sorumluluğunun belirlenmesinde aktif eylemleri kadar pasif eylemleri de dikkate alınacak, örneğin alması gereken bir önlemi almamış olması da sorumluluğuna yol açabilecek ve kusur unsurunun tespitinde ihmali de dikkate alınacaktır¹⁴⁸⁹. Buna göre, fiilî organ, ihmalden doğan zararlardan da sorumludur¹⁴⁹⁰.

4- Gözetim Yükümlülüğü Bakımından İspatın Konusu

Asli sorumluluğa tâbi olanlar ile gözetim sorumluluğuna tâbi olanlar bakımından sorumluluğun unsurları aynı olmakla birlikte bunların kapsamı birbirinden farklıdır¹⁴⁹¹. Gerçekten, yetkiyi devredenler, gözetim sorumluluğu bağlamında, devralanların gerçekleştirdikleri işlemler nedeniyle sadece seçim, talimat verme ve gözetim bakımından sorumludurlar. Bu çerçevede hukuka aykırılık ve kusur, sadece bu unsurlarla sınırlıdır. Ancak, gözetim sorumluluğunun da uygun nedensellik bağı ve zarar unsurlarının varlığını gerektirdiğinde kuşku yoktur¹⁴⁹². Diğer yandan belirtmek gerekir ki, yetki devrinden bağımsız olarak, yönetim kurulu üyeleri bakımından her zaman asli sorumluluğu gerektiren yükümlülükler de mevcut olup, bunların başında

¹⁴⁸⁷ Korkut, s. 176; inançlı yönetim kurulu üyeleri bakımından talimatlara uymanın sorumluluktan kurtulma sebebi olmadığı konusunda ayrıca bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 2; İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 71.

¹⁴⁸⁸ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1 ve İkinci Bölüm, II, B, 1, c.

¹⁴⁸⁹ Somut olayda, fiilî organ durumu âdeta kemikleşmişse veya fiilî organın belirleyici olduğu (yönetim yetkisini kullandığı) işlerde kendisinin önlem (aksiyon) alması bekleniyorsa ve buna rağmen önlem almamışsa, o zaman ihmalden sorumludur.

¹⁴⁹⁰ Pulaşlı, **Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu**, s. 583.

¹⁴⁹¹ Murahhaslar ile gözetim yetkilileri bakımından hukuka aykırılığın kapsamının farklı olduğu yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 261.

¹⁴⁹² Bu konuda bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 13.

TTK m. 375'te düzenlenen vazgeçilmez ve devredilemez görev ve yetkiler gelmektedir¹⁴⁹³.

Gözetim sorumluluğunun üç unsuru bulunmakta olup, bunlar yetkiyi devralanların seçimi, gözetimi ve onlara talimat verilmesidir. TTK m. 553/2'de, seçimde mâkul özen gösterilmemesi hâlinde, devredenlerin devralanların eylemlerinden dolayı aslî sorumluluğa tâbi olacaklarını düzenlemiştir. Buna göre, seçimde özensizlik varsa, aslî-gözetim sorumluluğu ayırımı ortaya çıkmaz, yetkiyi devreden de devralan da aslî olarak sorumlu olur¹⁴⁹⁴. Altay'a göre, yönetim yetkilerinin devrinde; birinci aşamada seçimde, ikinci aşamada ise gözetim ve talimat vermede özen gösterilip gösterilmediği incelenecektir. Seçimde özen yoksa, artık gözetime bakılmaz, yani ikinci aşamaya geçilmez ve yetkiyi devredenler devir yokmuş ve işlemi kendileri yapmış gibi aslî sorumluluğa tâbi olurlar¹⁴⁹⁵. Bununla birlikte, seçimde mâkul özen gösterilmişse, gözetim ve talimat verme yükümlülüklerine aykırılık hâlinde, yetkiyi devredenler (gözetim sorumluları) ağır kusur hariç aslî sorumlularla eşit düzeyde sorumlu tutulmamalıdır¹⁴⁹⁶.

Seçimde, talimat verme ve gözetimde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği konusunda mahkeme yerindelik incelemesi yapamaz¹⁴⁹⁷. Bu konuda, TTK m. 369'da düzenlenen özen borcu için getirilen “*tedbirli bir yönetici kriteri*” esas alınır. Buna göre, bu objektif özen ölçüsü uyarınca olması gerekenle somut olay karşılaştırılır ve buna göre bir sonuca varılır.

Bu bağlamda, gözetim sorumluluğunda ispatın konusu TTK m. 375/e'deki üst gözetim değil, yetkiyi devralanların dar anlamdaki gözetimidir¹⁴⁹⁸. Yetkiyi devredenler, devralanların faaliyetlerini takip etmeli, onlardan belirli periyotlarda

¹⁴⁹³ Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 10, 17.

¹⁴⁹⁴ Murahhas üyelerin seçiminde gösterilmesi gereken özen ile murahhas müdürlerin seçiminde gösterilmesi gereken özen arasında fark bulunduğu, zira yönetim kurul üyelerinin genel kurul tarafından seçilmekle zaten belli bir denetimden geçtikleri, bu nedenle müdürlerin seçiminde daha fazla özen gösterilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Doğan, s. 288.

¹⁴⁹⁵ Altay, **Yetki Devri**, s. 262.

¹⁴⁹⁶ Altay, **Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları**, s. 17-18; kasıt veya ağır kusur hâlinde gözetim yükümlülüğünden bahisle indirim yapılamayacağı yönünde bkz. Çamurcu, s. 137.

¹⁴⁹⁷ Altay, **Yetki Devri**, s. 135.

¹⁴⁹⁸ Gözetim sorumluluğunun unsurlarından olan dar anlamda gözetimin, TTK m. 375/e'deki üst gözetim yükümlülüğünden farklı olduğu, yetki devrinden bağımsız olarak her zaman (sürekli) yerine getirilmesi gereken bir görev olup aslî sorumluluğu gerektirdiği konusunda bkz. yukarıda Birini Bölüm, VI, G.

rapor almalı, yazılı veya sözlü bilgi istemeli, gereğinde yönetim kurulu toplantılarına davet ederek sorular sorup verilen rapor, bilgi ve cevapları tartışmalı, hatta bununla da yetinmeyip gereğinde uzman kişi veya kuruluşlardan görüş ve raporlar da almalı, işin öneminin gerektirdiği konularda özel komiteler oluşturmalı, önemli süreçlere ve işlemlere hâkim olmalıdırlar¹⁴⁹⁹. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkını (TTK m. 392) etkin ve verimli bir şekilde kullanıp kullanmadıkları, sorumluluk davası ve özellikle gözetim yükümlülüğü bakımından önemlidir¹⁵⁰⁰. Bununla birlikte, gözetim yükümlülüğü, yetkiyi devralanların yaptıkları her işlemin (günlük işlem ve faaliyetlerin) gözden geçirilip incelenmesi anlamına gelmez¹⁵⁰¹, devredilen yetkiler ile işin niteliğine ve somut olayın koşullarına göre denetimin kapsamı değişmekle birlikte, faaliyetlerin makul ölçüde takibi ve denetimi gereklidir¹⁵⁰².

Diğer yandan, gözetimin amaca uygun bir şekilde yerine getirilmesi, yetkin bir yönetim örgütlenmesinin varlığına da bağlıdır¹⁵⁰³. Böyle bir yapının kurulmuş olması, tek başına sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip olmamakla birlikte, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde dikkate alınır¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁹ Bu konuda ayrıca bkz. Doğan, s. 283.

¹⁵⁰⁰ Altay, **Yetki Devri**, s. 125, 128; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 48; bilgi edinme ve inceleme hakkının aynı zamanda devredilemez ve vazgeçilmez nitelikteki üst gözetim görevinin de bir gereği olduğu, bu bağlamda bunun aynı zamanda bir yükümlülük teşkil ettiği yönünde, bilgi edinme hakkı kısıtlanan ya da engellenen üyelerin sorumluluklarının farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince azalabileceği veya tümüyle ortadan kalkabileceği, ancak özen yükümlülüğünün bir gereği olarak TTK m. 392’de öngörülen tüm yolların tüketilmesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Kortunay, s. 311-313, 388-389.

¹⁵⁰¹ Yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen devri hâlinde, yönetim kurulunun, bu kişilerin (yetkiyi devralanların) her işlemini izlemek zorunda olmadığı, ancak onun özen görevinin, bunların doğru seçilmesi, yönlendirilmesi ve izlenmesiyle sınırlı bulunduğu yolunda bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 5; Fransa’da, icracı olmayan ve komite üyesi olmayan yönetim kurulu üyelerinin genellikle meslektaşlarını izlemelerinin gerekmediği, bir yönetici onlara yanlış bilgi verirse veya onları aldatırsa, bu açık olmadıkça sorumlu tutulmalarının pek mümkün olmadığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 104.

¹⁵⁰² Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 48-49; Kayhan, s. 129; gözetim yetkisinin makul sınırlar içinde kullanılması gerektiği, makul kapsam ve sınırının da özen yükümlülüğü ile belirlenebileceği, bu yapılırken şirketin organizasyon yapısının, faaliyetlerinin ve şirket içinde hâkim olan ilişkilerin dikkate alınması gerektiği yolunda bkz. Doğan, s. 282-283.

¹⁵⁰³ Altay, **Yetki Devri**, s. 130-131.

¹⁵⁰⁴ Gözetim yetkisinin genellikle yönetim kurulu tarafından oluşturulan denetim komitesi tarafından yerine getirildiği, yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı açısından denetim komitesinin kurulmuş olmasının önem taşıdığı, bu komitenin kurulmuş ve görevlerini yerine getirmesi için gerekli organizasyonun yapılmış olmasının yönetim kurulunun genel gözetim yükümlülüğünün büyük ölçüde gerçekleştirdiğini kabul için yeterli bulunduğu yönünde bkz. Doğan, s. 285.

Yetkiyi devredenler, yapılması gereken işlemlerle ilgili olarak devralanlara gereğinde talimat vermeli ve hatta talimatların yerine getirilmemesi yahut devralanların ağır kusuru hâlinde onları azletmelidirler. Verilecekler talimatlar yazılı olabileceği gibi, sözlü de olabilir¹⁵⁰⁵.

İspat konusunda, yetki devrine ilişkin iç yönerge, yönetim kurulu toplantı tutanakları, şirket iç yazışmaları, şirketin defter ve kayıtları delil olacaktır. Şüphesiz, davacı bu konuda menfi vâkıaların ispatı konusunda ispat güçlüğü yaşayabilecektir. Ancak, bilindiği gibi, ispatın konusunun menfi vâkıalar (özen borcunun yerine getirilmediği) olması, doğrudan ispat yükünün veya delil ikâme yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmayıp, somut olayın özelliklerine göre ispatın neredeyse imkânsız olması hâlinde delil ikâme yükünün yer değiştirmesi söz konusu olabilecektir¹⁵⁰⁶.

5- Somutlaştırma Yükü

Medenî usûl hukukunda, sübjektif hak, kanunda öngörülen soyut hukuk kalıbına (koşul olgu) uygun olarak gerçekleşen maddî vâkıalardan doğar. Bu bağlamda, dava sebebi ve ispatın konusu maddî vâkıalardır¹⁵⁰⁷. Mahkeme, soyut hukuk normunda öngörülen koşul olguların somut olayda gerçekleştiği sonucuna ulaşırsa, yaptırımın uygulanmasına karar verir. İspat faaliyeti de maddî vâkıaların gerçekleştiğini ortaya koymaktan ibâret olup, deliller de bunun araçlarıdır. Maddî vâkıaların bu önemi dolayısıyla, kanunumuz, bu vâkıaların sunulmasına ve belirli hâle getirilmesine özel

¹⁵⁰⁵ Altay, **Yetki Devri**, s. 138.

¹⁵⁰⁶ Bu konuda ve ayrıca, menfi vâkıaların ispatındaki ispat güçlüğüne aşılabilmesi için, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak uygulanması, delil ikâme yükünün yer değiştirmesi, karşı tarafın isticvaba daveti veya açıklama ödevi bağlamında savunmasını somutlaştırma yükü yüklenerek menfi vâkıanın belirli hâle getirilmesi imkânlarından yararlanılabileceği yönünde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1726-1727; iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafın, dava sebebi ile ilgili bilgiyi edinme imkânsızlığı içerisinde olması hâlinde, medenî usûl hukukunun bilginin ortaya çıkarılmasına ilişkin imkânlarının uygulanmasının söz konusu olabileceği, buna göre, iddia, ispat ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın dava sebebinin objektif dayanak noktalarını ortaya koymakla yetinebileceği, buna karşılık diğer tarafın silahların eşitliği ve dürüstlük kuralı gereğince, savunmasını somutlaştırması gerektiği, ancak bunun için vakıanın somutlaştırma yükü altında bulunan tarafça ortaya konulmasının beklenememesi, buna karşılık diğer tarafça vâkıanın ortaya konulabilecek olması ve menfaatler dengesinin de bu şekilde sağlanması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Börü, s. 226-234.

¹⁵⁰⁷ Bu konuda ve maddî vâkıaların “*davanın temeli*”nin teşkil ettiği yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 405, davalının sunacağı maddî vâkıalar bakımından bkz. s. 436-437; bu konularda ayrıca bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 455; bu konuda ve ayrıca dava sebebi ile ilgili olarak daha önceleri tartışılan “*vâkıalara dayandırma teorisi*” ile “*ferdileştirme teorisi*” hakkında bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 460 vd., 704 vd.; Tanrıöver, s. 494-500.

bir önem atfetmiş ve hem davacı ve hem de davalıyı kapsayacak şekilde somutlaştırma yükü konusunda özel düzenlemelere yer vermiştir¹⁵⁰⁸ (HMK m. 119/1-e, m. 129/1-d, m. 194/1).

Buna göre, taraflar, sorumluluk davasına ilişkin maddî vâkıaları, genel ve soyut ifadelerle sunmamalı, özellikle konu, yer, zaman ve kişi bakımından somut bir şekilde vâkıalar açıklanmalıdır. Diğer bir deyişle, kanundan ve sözleşmeden doğan hangi yükümlülüğün, ne zaman ve kim tarafından yapılan, hangi işlemle ihlâl edildiği ve bundan dolayı ortaklığın nasıl ve hangi miktarda zararının doğduğunu davacı açıklamalı; buna karşılık, davalı da, karşı ispat veya aksini ispat faaliyeti bağlamında, yükümlülüklerini ve özellikle özen borcunu nasıl yerine getirdiğine ilişkin somut açıklamalar yapmalı ve savunmalarını kanıtlamalıdır¹⁵⁰⁹.

Bu nedenle, dava açacak pay sahiplerinin, davanın basit yargılama usûlüne de tâbi olduğunu¹⁵¹⁰ dikkate alarak, maddî vâkıa ve deliller konusunda davadan önce ayrıntılı bir araştırma yapmaları ve tüm vâkıa ve delillerini somutlaştırılmış bir şekilde dava dilekçesinde sunmaları gerekir. Bu konuda, pay sahiplerinin şirket işlemleri hakkında bilgi almalarına olanak tanıyan mekanizmalar¹⁵¹¹, şirket genel kurullarına katılarak finansal tabloların görüşmesine katılmak ve şirketin kâr ve zarar durumu hakkında bilgi almak, TTK m. 437 uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak¹⁵¹², TTK m. 438 uyarınca özel denetim isteminde bulunmak¹⁵¹³

¹⁵⁰⁸ Somutlaştırma yükü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcamtez Usûl**, s. 1681 vd.; Börü, s. 183 vd.; Atalay, s. 31 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 2396 vd.; Tanrıöver, s. 810-812.

¹⁵⁰⁹ Savunma sebeplerinin davalılar tarafından ispatlanması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 103.

¹⁵¹⁰ Bu konuda bkz. ilerde

¹⁵¹¹ Hâkim pay sahiplerinin, yöneticileri izlemek ve ihlâlleri önlemek için en iyi konumda bulundukları yönünde bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 495; şirkete ait bilgilerin açıklanmasının pay sahipleri, alacaklılar ve diğer piyasa katılımcıları karşısında şirket faaliyetlerini organize etmenin en iyi ve en verimli yolları konusundaki tartışmanın tam merkezinde durduğu, Yeni Zelanda ve Avustralya'dan Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'ya, dünyanın her yerindeki kanun koyucuların, şirket çökmelerinin ortaya çıkardığı sorunlar ve çıkarımlar ışığında, bilgi açıklama kurallarının yeterince katı olup olmadığını ele alma sürecinde oldukları yolunda bkz. Merkt, s. 96 vd.

¹⁵¹² Pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dolu, s. 3 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-70 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 251 vd.; eTTK'da yer alan düzenlemelere göre bil alma hakkı konusunda ayrıca bkz. Kaya, s. 6 vd.

¹⁵¹³ Özel denetim istemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, **Özel Denetim**, s. 55 vd.; Kaya, **Özel Denetim**, 61 vd.; Uçar Bulut, s. 28 vd.; Değirmencioğlu, s. 23 vd.; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 42, N. 391 vd.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 14-90 vd.;

şeklinde¹⁵¹⁴. Pay sahiplerinin belirttiğimiz yollarla bilgi edinmeleri mümkün olmakla birlikte, bu yolla elde edilecek verilerin çok sınırlı ve yüzeysel olacağı bir gerçektir¹⁵¹⁵. Bu konuda maddî vâkıalar usûl hukuku normlarına uygun bir şekilde sunulmak kaydıyla, ortaklığın ticarî defter ve kayıtlarının gerek hukuka aykırılığın gerek zararın tespiti bakımından delil olarak önem taşıdığına işaret etmek isteriz.

TTK m. 557’de öngörülen farklılaştırılmış teselsül ilkesi ve bu ilkenin mahkeme tarafından uygulanacak olması, zararın tamamının dava edilebilmesi ve hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirlemesinin talep edilebilmesi imkânları, davacının tâbi olduğu somutlaştırma yükünde hiçbir değişiklik yaratmaz¹⁵¹⁶. TTK m. 557’de, davacı sadece her bir davalının ayrı ayrı sorumlu olduğu miktarı dava dilekçesinde göstermekten başışık tutulmaktadır; yoksa, davacının zarara sebebiyet veren eylem ve davranışlar ile zararın tamamı ve bunların delilleri hakkındaki somutlaştırma yükü ortadan kalkmamaktadır.

Somitlaştırma yükü, maddî vâkıaların ispat aracı olan delillerin de somutlaştırılmasını kapsar¹⁵¹⁷. Nitekim, bu konuda da HMK’da özel hükümler öngörülerek tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için

¹⁵¹⁴ İngiltere’nin genel anlamda pay sahipliği haklarıyla ilgili ülkeler arası ölçümlerde yüksek puan aldığı ve ABD’yi geride bıraktığı konusunda bkz. Armour/Black/Cheffins/Nolan, s. 713, 718; ABD hukukunda ileri sürülen, büyük hissedarların küçük hissedarlara göre şirket faaliyetlerini daha fazla izleme olanağına sahip oldukları, buna karşılık büyük hissedarların, yönetimin şirket varlıklarını kötüye kullanacağını ve onlara kötüye kullanım sonucunda elde edilen gelirlerin bir kısmını teklif edeceğini bildiğinden, büyük faaliyetleri izlemeyi tercih etmeyecekleri yönündeki görüş için bkz. Grecheniga/Sekyra, s. 18; pay sahiplerinin dava hakkını tam ve etkili bir şekilde kullanabilmeleri için bilgi alma haklarının önemli bir temel teşkil ettiği, tam, kapsamlı ve ön bilgiler alınmadan etkili bir dava açılmasının mümkün olmadığı, buna göre, ulusal mevzuatların, yönetim, hesaplar, raporlar vb. hakkında bilgi isteme hakkı ile ilgili olarak şirketlere ilave yükümlülükler getirerek pay sahipliği haklarının etkin kullanımını sağlamak zorunda bulundukları, bu bağlamda genel bir toplantı sırasında yönetim hakkında bilgi almanın değil, mümkün olan en kısa sürede ve detaylı bilgi almanın önemli olduğu yönünde bkz. Latella, s. 15, 16-17; İngiliz hukukuna göre pay sahiplerinin bilgi alma hakları ve ayrıca Alman hukukunda pay sahiplerinin bilgi edinme ve özel denetim talep etme olanakları konusunda bkz. Paul, s. 92-95, 102-105.

¹⁵¹⁵ Kıta Avrupası’nda pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarının azlığının önemli bir sebebinin davacıların yeterli bilgi elde edememesinden kaynaklandığı, sorumluluk davası ve ispat bakımından genel olarak asıl sorunun, davacının makul bir iddiada bulunmak için gereken kanıtı elde etmekteki zorluğu olduğu, bunun da tipik olarak davacının şirketin iç belgelerine erişimini gerektireceği yolunda bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 871, 892; pay sahibinin sorumluluk davası açması bakımından kurumsal bilgi edinme zorluğu ve bu tür bir davanın finansmanı gibi davanın doğasından kaynaklanan caydırıcı faktörlerin bulunduğu yönünde bkz. Paul, s. 83, 111, 115.

¹⁵¹⁶ Zararın tamamının dava edilebilmesinin, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini bertaraf etmediği, ayrıca ispat yükü ile ispat ölçüsünde de bir değişiklik meydana getirmediği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 249.

¹⁵¹⁷ Bu konuda bkz. **BÖRÜ**, s. 196., 206 vd.

gösterildiğini açıkça belirtmelerinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir (HMK m. 119/1-f, m. 129/1-e, m. 194/2).

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, hangi gerekçe ile olursa olsun, mahkemeye maddî vâkıa toplatılması hukuken mümkün değildir. Zîra, hukukumuzda geçerli olan teksif ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkeleri¹⁵¹⁸ (HMK m. 25) gereğince, taraflar, iddia ve savunmanın konusunu teşkil eden vâkıaları iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına¹⁵¹⁹ (HMK m. 141) aykırı olmayacak şekilde (kural olarak, davanın başında dilekçelerin verilmesi aşamasında) dosyaya sunmak zorundadırlar. Mahkemenin vâkıa ve bilgi toplaması hukuken mümkün olmayıp, mahkeme iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vâkıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı gibi, onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz¹⁵²⁰ (HMK m. 25/1). Taraflar, ancak delillerin toplanmasını ve bu bağlamda başka yerden getirilecek bir delil varsa bunların celbini talep edebilirler. Bunun için de maddî vâkıaların sunulması ve delillerle ilişkisinin de ortaya konulmuş bulunması gerekir. Ayrıca, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı da maddî vâkıaların davanın başında açıklanmasını ve somutlaştırılmasını gerektiren diğer bir yasal zorunluluktur¹⁵²¹.

Diğer yandan, belirsiz alacak davası açma imkânı da (HMK m. 107), davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesine veya teksif ve taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) aykırı davranmasına bir gerekçe teşkil edemez. Zîra bu dava türü, sadece talep sonucunun belirlenmesine yönelik tanınan özel bir imkân getirmekte olup, yoksa, davanın belirsiz olduğu anlamına gelmez¹⁵²². Bu davada belirsiz olan,

¹⁵¹⁸ Taraflarca getirilme ve teksif ilkeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 795 vd. ve 809 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 569 vd.; Özçelik, s. 145 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 625 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 156 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 243 vd.; Tanrıöver, s. 368, 375; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 339-343.

¹⁵¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 464 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 510 vd.; Umar, s. 434 vd.; Tanrıöver, s. 692 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 329 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 522 vd.

¹⁵²⁰ Hâkimin maddî vâkıalar bakımından rolü için ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 464-465; bu konuda ayrıca bkz. Özçelik, s. 213 vd.

¹⁵²¹ İddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnaları için bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 468 vd.; bu bağlamda özellikle ıslah için bkz. s. 524 vd.; ıslah için ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, **(Medenî Yargılama Hukukunda) Islah**, 4. Bası, Ankara 2013, s. 45 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 2229 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 549 vd.

¹⁵²² Belirsiz alacak davasında da davacının talep sonucunun dayandığı tüm maddî vâkıaları eksiksiz bir şekilde mahkemeye sunmak zorunda olduğu konusunda bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1049 vd.; Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinin belirsiz alacak davası bakımından özel bir önem arz ettiği,

sadece, davanın başında hesaplanamayan talep sonucudur. Bu nedenle, davacı, talebini dayandırdığı bütün maddî vâkıaları ve bunların delillerini eksiksiz bir şekilde bildirmelidir. Aksi takdirde, açılan belirsiz alacak davası bu nedenle reddedilmelidir¹⁵²³.

Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı konusunda, öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁵²⁴. Kanımızca, HMK m. 119/2’de eksikliği hâlinde giderilmesi için süre verilebilecek hâller arasında sayılmadığından, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemiş olması (iddia konusu maddî vâkıaların açık özetlerinin belirtilmemesi ve hangi vâkıanın hangi delille ispat edileceğinin açıklanmamış olması) hâlinde mahkemenin süre vermeden doğrudan davayı reddetmesi gerekir.

C- İspat Ölçüsü

Bir vâkıanın ispat edilmiş sayılması bakımından hâkimde oluşması gereken kanaat derecesi, ispat ölçüsüne tekâbül eder¹⁵²⁵. Buna göre, kanunda tam ispat aranan hâller bulunduğu gibi, yaklaşık ispatın yeterli görüldüğü durumlar da mevcuttur. Tam ispat, mutlak bir kesinliği yansıtmamakla beraber, söz konusu vâkıanın gerçekleştiği konusunda mâkul ve kabul edilebilir bir tereddüt (şüphe) kalmayacak derecede kanaat oluşmasıdır¹⁵²⁶ (örneğin, HMK m. 200). Diğer yandan, kanunun bazı hâllerde (örneğin, HMK m. 389 vd., İİK m. 257 vd.) yeterli gördüğü yaklaşık ispatta, iddia konusu vâkıanın gerçekleştiği muhtemel olmakla birlikte, aksi ihtimal de her zaman söz konusudur¹⁵²⁷. Takdiri delillerle ispatın geçerli olduğu hâllere ilişkin bulunan yaklaşık ispat istisnâ olup, kanunda aksi açıkça öngörülmedikçe tam ispatın varlığı aranır¹⁵²⁸.

bu davanın davacının daha önce sahip olmadığı vâkıaları dava ile elde etmesine imkân tanımayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, s. 141, 185.

¹⁵²³ Simil, s. 237 vd.

¹⁵²⁴ Bu konudaki tartışma ve farklı görüşler için bkz. Börü, s. 235 vd.

¹⁵²⁵ “İspat ölçüsü” kavramı ve türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, s. 37 vd.; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1714; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 550; Üstündağ, **Usûl**, s. 613; Tanrıöver, s. 788 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 472-473; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 480-481; Börü, s. 48-51.

¹⁵²⁶ Atalay, s. 43; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1718-1719; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 548-550; Tanrıöver, s. 789; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 481; Börü, s. 49.

¹⁵²⁷ “*Hakka yakınlık kanıtı / hakikate yakın gösterme ispatı*” da denilen bu ispat şekli için bkz. Atalay, s. 43; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 548; Üstündağ, **Usûl**, s. 613; Tanrıöver, s. 790; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 481; Börü, s. 50.

¹⁵²⁸ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1720; Üstündağ, **Usûl**, s. 613; ATALAY, s. 43; Tanrıöver, s. 790; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 472; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 481.

Bununla birlikte, ispat yükü altında bulunan tarafın, örneğin menfî vâkıaların ispatında olduğu gibi ispat zorluğu veya imkânsızlığı içinde bulunması hâlinde, kanunda açıkça öngörülmemiş olsa dahi, somut olayın özelliklerine göre, özellikle hakkaniyet ve silahların eşitliği ilkeleri gereğince ispat ölçüsünün düşürülebileceği ve yaklaşık ispatın yeterli görülebileceği, ancak bu imkânın sadece takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda söz konusu olabileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁵²⁹. Ayrıca, öğretide, kusur ve nedensellik bağının ispatı bakımından dolaylı ispat araçları olan hayatın olağan akışı kriteri ile ilk görünüş ispatının da uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁵³⁰.

Buna göre, sorumluluk davasında da davanın konusunu teşkil eden unsurların somut olayda gerçekleştiğinin, kural olarak tam ispat ölçüsüne göre kanıtlanması gerekir. Diğer bir deyişle gerek yükümlülüklerin ihlâl edildiği gerek bunun sonucunda uygun nedensellik bağı çerçevesinde bir zararın doğduğu, ayrıca davalıların kusurlu bulunduğu konusunda, hâkimde makul şüpheyeye yer bırakmayacak derecede bir kanaat oluşturulmalı ve tam ispat ölçüsü yerine getirilmeli¹⁵³¹, somut olayın özelliklerine göre ispat ölçüsünün düşürülmesi veya ispatı kolaylaştıran diğer unsurlardan yararlanılması mümkün olabilmelidir¹⁵³².

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir konu da, zararın varlığı tam ispat derecesinde ispat edilmekle birlikte, zararın miktarı bakımından ispat güçlüğü yaşıyorsa, bu durumda TBK m. 50/2’de hâkime tanınan takdir yetkisi uyarınca

¹⁵²⁹ Atalay, s. 44-46; menfî vâkıaların ispatındaki ispat güçlüğüne aşılabilmesi için, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak uygulanabileceği yönünde ayrıca bkz. Atalay, s. 137-138; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1726; ispat ölçüsünün düşürülmesinin ispatı kolaylaştırmaya yönelik bir imkân olduğu konusunda ve ayrıca bu yöndeki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Börü, s. 48, 50.

¹⁵³⁰ Üstündağ, **Usûl**, s. 622; Nedensellik bağının ispatı konusunda, İsviçre Federal Mahkemesi’nin hayatın olağan akışı kriterinden yararlandığı yönündeki açıklamalar için bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 56; ilk görünüş ispatının vekilin sözleşme ihlâlinin ispatını kolaylaştırıcı bir araç olarak dikkate alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gümü, s. 383 vd.

¹⁵³¹ TTK m. 557’de düzenlenen zararın tamamının dava konusu yapılabilmesi yolundaki imkânın, ispat yükü ve ispat ölçüsünde bir değişiklik yaratmadığı yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 249; buna karşılık, zararın ve miktarının ispatı konusunda pay sahipleri ve alacaklılar bakımından bu kişiler ispat güçlüğü içinde bulunduklarından yüksek ispat standartları aranmaması gerektiği ve “*yaklaşık ispat, emare ispatı*” gibi kavramlarla sorunun aşılp aşılamayacağının değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kortunay, s. 257.

¹⁵³² Nedensellik bağının ispatı bakımından, tam ispat ölçüsünün karşılanmasının zor olduğu, bu nedenle yaklaşık ispatın yeterli görülmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 50.

zararının miktarının hâkim tarafından tayin edilebileceğidir¹⁵³³. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, zararın miktarının ispatı bakımından ispat ölçüsünü hafifletmiştir.

D- Özel Kanunlarda İspat Konusunda Yer Alan Hükümler

BankK'nın 137. maddesinde, TMSF tarafından m. 110 uyarınca açılmış ve açılacak şahsî iflâs davalarında ispat yükünün davalılara ait olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, davalılar, şahsî iflâs davasına ilişkin tüm koşulların aksini, diğer bir deyişle görev yaptıkları dönemdeki tüm işlemlerin hukuka uygun bulunduğunu, hukuka aykırı bir işlem olsa dahi bunun banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet vermediğini, bir banka zararının doğmadığını, ayrıca hâkim ortaklara menfaat temin etmek amacıyla işlem yapmadıklarını, bir kusurlarının da olmadığını, hâkim ortaklar da bir menfaat temin etmediklerini ispat etmek zorundadırlar. Bu hükmün katı bir şekilde uygulanması hâlinde, yerine getirilmesi çok güç ve hatta neredeyse imkânsız olan bu ispat yükü nedeniyle, davacının hiçbir şeyi ispat etmek zorunda olmaksızın sadece hukuka aykırı işlemlerle banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına sebep olunduğunu hiçbir delile dayanmadan soyut bir şekilde iddia etmesi dahi yeterli olacaktır. Bu düzenlemenin adalete ve temel ispat kurallarına uygun düşmediği açık olup, öğretide de ifade edildiği üzere, bu hükmün sadece kusur bakımından uygulanması ve davacı Fon tarafından hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağının ispatına karşılık olarak davalının kusursuzluğunu ispat etmesinin aranması gerektiği kanısındayız¹⁵³⁴.

¹⁵³³ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, F.

¹⁵³⁴ Tüm ispat yükünü davalıya yükleyen bu hükmün oldukça ağır ve çelişkilerle dolu olduğu, bu düzenlemeyi haklı kılan herhangi bir dayanağının bulunmadığı, ispat yükünün hakkaniyet esasına göre davanın tarafları arasında dağıtılmasına ilişkin temel ilkeyi terk etmeyi gerektiren bir durum olmadığı, bankanın tüm kayıtlarına Fon hâkim olmasına ve ispat bakımından çok daha elverişli bir konumda bulunmasına rağmen bu hüküm nedeniyle davalıların menfi vâkıaları ispat etmek zorunda tutuldukları, yöneticilerin yaptıkları hiçbir işlemin hukuka aykırı olmadığını ispat etmelerinin beklenemeyeceği, bu nedenle bu hükmün sınırlı bir şekilde uygulanarak sadece Fon tarafından ispat edilen usulsüz işlemlerde bir kusurun bulunmadığının davalı tarafça ispat edilmesi gerektiği yolunda bkz. Altay, **Banka Anonim Ortaklığı**, s. 227-230; bu yönde ayrıca bkz. Doğrusöz, s. 245;

E- Deliller

1- İspata Elverişli Deliller

TTK m. 4/2'ye göre, ticarî davalarda da deliller ile bunların sunulması HMK hükümlerine tâbidir. Sorumluluk davalarında da özel bir delil sistemi bulunmayıp, HMK'ya göre her türlü delille ispat mümkündür. HMK'da geçerli olan delil sistemine¹⁵³⁵ göre, kanunda öngörülen istisnâî hâller (HMK m. 200) dışında, iddia edilen maddî vâkıaların ispatı için her türlü delil ikâme edilebilir (HMK m. 192). Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar ise, başka delillerle ispat olunamaz (HMK m. 189/3). Delillerin değerlendirilmesi bakımından ise kanunî delil sistemi öngörülmüş olup¹⁵³⁶, buna göre hâkim kanunda öngörülen bazı sınırlı delillerle (kesin deliller) bağlı olmakla birlikte (HMK m. 189/3), diğer delilleri (takdiri delilleri)¹⁵³⁷ serbestçe takdir eder¹⁵³⁸ (HMK m. 198). Ayrıca, kesin ve takdiri deliller dışında Yargıtay kararlarında ifade edilen, ancak hiçbir yasal temeli bulunmayan¹⁵³⁹ bir kavram da “*güçlü delil*”dir. Yargıtay, özellikle taraf unsuru bakımından örtüşmenin gerçekleşmemiş olması nedeniyle “*kesin hüküm*”den (HMK m. 303) bahsedilemeyen, diğer bir deyişle, dava sebebi ve talep sonucu aynı olan başka bir davada verilmiş olan bir hükmün daha sonra aynı konuda aynı sebebe istinaden başka bir kimse aleyhine açılacak bir dava bakımından “*güçlü delil*” teşkil ettiğini ifade etmektedir¹⁵⁴⁰. Yargıtay'ın güçlü delil olarak ifade ettiği durum, kesin delille ispatı

¹⁵³⁵ Serbest delil sisteminin geçerli olduğu yönünde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1733; buna karşılık, kanunî delil sisteminin geçerliliğini koruduğu yolundaki görüş için bkz. Tanrıöver, s. 813-814; HMK'da yasal delil sistemine büyük ölçüde yer verildiği yolunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 1135; karma sistemin, yani hem kanunî (kesin) delil sisteminin ve hem de serbest delil sisteminin birlikte uygulanacağı yolunda bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 487.

¹⁵³⁶ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1734; Yılmaz, **Şerh**, s. 2415.

¹⁵³⁷ Takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda, delillerin tür yönünden bir sayı sınırın olmadığı ve belli bir yerde bulunmuş bir saç telinin dahi delil olarak hükme dayanak teşkil edebileceği yönünde bkz. Umar, s. 590.

¹⁵³⁸ Kesin deliller, senet, yemin ve kesin hüküm olup; takdiri deliller ise tanık beyanları, bilirkişi incelemesi, keşif, uzman görüşü ve bunlarla sınırlı olmamakla birlikte her türlü delildir (HMK m. 192). Delil türleri için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1735-1737; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 643-644; Tanrıöver, s. 840; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 474; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 487.

¹⁵³⁹ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1737.

¹⁵⁴⁰ “... sorumluluk davasındaki bilirkişi raporları, kesin delil ve sorumluluk davasındaki karar kesin hüküm oluşturmaz ise de, rücu davası yönünden sorumluluk davasının kararı güçlü delil oluşturmaktadır” (bkz. Yarg. HGK'nın 04.11.2009 T., 2009/16-428 E. ve 2009/483 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK'nın 04.07.2019 tarih ve 2019/282-852 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gereken vâkıalar hakkında ispat aracı olmayacak, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda Mahkeme bunu da göz önünde bulundurabilecektir¹⁵⁴¹.

Sorumluluk davası bakımından, davanın konusu esasen HMK m. 200'de öngörülen bir hukukî işlem de olmadığından ve sorumluluğun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacağından, yazılı (kesin) delille ispat zorunluluğu kural olarak söz konusu değildir¹⁵⁴². Bu bağlamda, sorumluluk davasında, iddia ve savunmanın niteliğine göre tanık da dinletilebileceğinde kuşku yoktur. Örneğin, yönetim yetkilerini devralan davalı yöneticiler, dava konusu işlemi yetkiyi devreden yönetim kurulunun sözlü talimatı ile yerine getirdikleri konusunda tanık dinletebilirler. Zîra, talimatların yazılı olması yönünde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, örneğin, bir taşınmazın düşük bedelle satılarak ortaklığın zarara uğratıldığı yolundaki iddia bakımından, tanık beyanlarından ziyâde, ortaklığın tahsil ettiği satış bedeli ve buna karşılık emsal (rayiç) değerler takdiri delil niteliğini hâiz olacaktır. Diğer yandan, ihlâl teşkil ettiği iddia edilen eylemin bir hukukî işlem olması hâlinde, bunun yazılı delille ispat edilmesi somut olayın özelliklerine göre söz konusu olabilir. Örneğin, bir taşınmazın piyasa rayiçlerinin çok üzerinde bir bedelle kiralandığı veya ihtiyaç olmamasına rağmen bazı malların satın alındığı yolundaki iddialar bakımından, öncelikle bir kira sözleşmesinin veya satış sözleşmesinin varlığının yazılı delille ispat edilmesi gerekecektir. Bu konuda yaşanabilecek ispat güçlüğü, somut olaya göre şirket ticarî defterlerinin incelenmesi veya belge ibrazı hükümlerinden (HMK m. 219-222) yararlanılması suretiyle aşılmaya çalışılacaktır¹⁵⁴³.

Bu açıklamalar ışığında, ortaklığın ticarî defter kayıtları, genel kurul ve yönetim kurulu kararları ve toplantı tutanakları, üçüncü kişilerle yapılan sözleşme ve işlemler, ticaret sicili kayıtları, banka kayıtları, tapu kayıtları, trafik sicili kayıtları, dava ve icra dosyaları, vergi ve gümrük kayıtları, resmî ve özel kişi veya kuruluşlardan getirtilecek bilgi ve belgeler, üçüncü kişilerin defter ve kayıtları, piyasa araştırmaları, emsaller vs. her şey delil olabilir. Bu bağlamda yöneticilerin karar alma süreçleri, araştırmaları,

¹⁵⁴¹ Atalay, **Pekcantez Usûl**, s. 1737; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1505-1506.

¹⁵⁴² Senetle ispat zorunluluğu (HMK m. 200) ve istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 665 vd.; Tanrıöver, s. 863 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 494 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 504 vd.; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, s. 614 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 637 vd.

¹⁵⁴³ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, IV, E, 4-5-6.

aldıkları raporlar, yazışmalar, talimatlar vs. birer ispat aracına dönüşebilir¹⁵⁴⁴. Bu konuda hiçbir sınır yoktur; hâkimde kanaat uyandırabilecek her şey takdiri delil olabilir¹⁵⁴⁵.

Takdirî deliller kapsamında, mahkemece, dolaylı ispat bağlamında “*hayatın olağan akışına aykırılık*”, “*tecrübe ve mantık kuralları*” ve “*emareler*”in de dikkate alınması mümkündür¹⁵⁴⁶. Gerçekten gerek öğretide gerek Yargıtay içtihatlarında, özellikle ispat güçlüğü yaşanan ve takdirî delillerle ispatın câiz olduğu durumlarda, bu araçlara başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁴⁷. Buna göre, bir kimsenin bir vâkıanın hayatın olağan akışına aykırı olduğunu kanıtlaması ispatın yerine getirilmiş olması için yeterli sayılacak, bunun üzerine diğer tarafın aksini ispat etmesi ve hâkimde oluşan kanaati yıkması gerekecektir¹⁵⁴⁸. Hayatın olağan akışına aykırılık kriteri ile birlikte kullanılabilecek bir hukukî yol da uyuşmazlık konusu maddî vâkıalar hakkında bilgi edinilmesi ve davanın aydınlanması için hâkimin gerekirse re’sen tarafları isticvap etmesidir¹⁵⁴⁹ (HMK m. 169-175).

¹⁵⁴⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 271; Özkes/Seven/Meriç, s. 204; bu bağlamda, müzakere ve kararlar için tutulacak yönetim kurulu tutanaklarının önemli birer delil teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 102.

¹⁵⁴⁵ Bu konudaki bir Yargıtay kararı için bkz.: “... *davalı şirketin borçlu olduğu kurum ve kuruluşlardan bu borçların sebepleri, hangi yıllara ait oldukları, ana para ve faiz miktarları ayrıntılı şekilde sorulup belirlenmeli, davalı şirkete ait tapu kayıtlarında yer alan haciz şerhleri gözetilerek şirket aleyhine yürütülen icra takip dosyaları da dosya içerisine alınıp değerlendirilmeli, davalı şirketin tüm taşınır ve taşınmaz malvarlıkları tedavülleriyle birlikte araştırılmalı, davalı şirketin tüm defter ve belgeleri davalı şirketten temin edilmeli, davacılar vekilinin hükme esas alınan bilirkişi raporuna yönelik beyanları ve dosya içerisinde yer alan özel denetçi raporları ile davalının zamanaşımı definde bulunulduğu da gözetilip değerlendirilmelidir*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.06.2016 T., 2008/6871 E. ve 2016/6868 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁴⁶ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1619 vd.; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, N. 1072-1074; Üstündağ, **Usûl**, s. 616-619, 621-622.

¹⁵⁴⁷ Bu konuda bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 616 vd.; “*hayatın olağan akışı*”nın sorumluluk davasında dikkate alındığı bir Yargıtay kararı için bkz.: “*Hayatın olağan koşulları gereğince de sermaye payının zamanında tahsil edilmemesinin şirketi zarara uğratacağı tabiidir*” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 21.03.2016 T., 2015/15625 E. ve 2016/3083 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁴⁸ Hayatın olağan akışına uygun maddî vâkıalara dayanan bir kimsenin bunların doğruluğunu ayrıca ispat etmek zorunda olmadığı, buna karşılık, hayatın olağan akışına aykırı bir olaya dayanan kimsenin dayandığı bu vâkıayı ispat etmek zorunda bulunduğu yolunda bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1722; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 622; Postacioğlu/Altay, **Usûl**, N. 1096; Yargıtay’ın bu yöndeki içtihatları için bkz. “... *genel yaşam deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi de, artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Eylemli (ya da beşeri) karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında, hâkimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir.... Buna göre hâkim, iddianın doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer*” (bkz. Yarg. HGK’nın, 10.11.2004 T., 2004/14-464 E., 2004/588 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK’nın 17.09.1982 T., 1981/2-1714 E., 1982/807 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 14. HD’nin 05.06.2008 T., 2008/1867 E. ve 2008/7303 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁴⁹ İsticvap konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 601 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 757-761; Tanrıöver, s. 725 vd.; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 374 vd.; isticvabın karşılıklı

Ayrıca, tüm delillerin taraflarca dosyaya ibrazı zorunlu olmayıp, tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirtilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir; bu delillerin mahkemeye getirtilmesi mümkün değilse, bunlar bulundukları yerde incelenebilir veya dinlenebilir (HMK m. 195).

2- Delil Sözleşmesi

HMK’da, tarafların yazılı bir delil sözleşmesi¹⁵⁵⁰ yapmak suretiyle, bir tarafın ispat hakkını ortadan kaldırmamak veya çok güçleştirmemek kaydıyla, kanunda özel ispat şekline bağlanmış vâkıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi, her türlü delille ispat edilebilecek vâkıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir¹⁵⁵¹ (HMK m. 193).

Sorumluluk davaları bağlamında konuyu değerlendirecek olursak, davanın tarafları arasında bir delil sözleşmesi yapılması imkânı ancak ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasında söz konusu olabilir. Buna karşılık, pay sahipleri

ikrarların elde edilmesini sağlayan bir tahrik aracı olduğu yönünde bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 518; ikrar elde edilme ihtimali karşısında bir kimsenin sadece kendisi aleyhine olan vâkıalar hakkında isticvap edilebileceği yönünde bkz. Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1368; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 603.

¹⁵⁵⁰ Delil sözleşmesinin ispat sözleşmelerinin bir türü olduğu yönünde ve ayrıca delil sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi ve ayrıca delil sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı ve kapsamı konusunda daha önceleri yaşanan tartışmalar için bkz. Sema Taşpınar, **İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 180 vd.; bu konuda ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 603-604; delil sözleşmesinin bir usûl sözleşmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 653; Tanrıöver, s. 818.

¹⁵⁵¹ Bu bağlamda, öğretide münhasır-münhasır olmayan delil sözleşmesi ayırımı yapılmakta, belli bir vâkıanın sadece belirli delil veya delillerle ispat edilebileceğine ilişkin anlaşmalar münhasır, bir vâkıanın kanunen mümkün olan deliller yanında başka delillerle ispat edilebileceğine ilişkin anlaşmalar ise münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, örneğin yazılı delille ispatı zorunlu olan bir hukukî işlemin, tanıkla da ispat edilebileceği veya ortaklığın ticarî defter ve kayıtlarının diğer taraf tacir olmasa dahi kesin delil teşkil edeceği yahut her türlü delille ispat edilebilecek bir vâkıanın sadece senetle (yazılı delille) ispat edilebileceği delil sözleşmesi bağlamında taraflarca kararlaştırılabilir. Bu konuda bkz. Taşpınar, s. 183; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1750 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 844 vd.; Yılmaz, **Şerh**, s. 2383 vd.; Tanrıöver, s. 816-817. İspat sözleşmelerinin ve bu bağlamda delil sözleşmesinin geçerlilik koşulları için bkz. Taşpınar, s. 211 vd.; delil sözleşmesinin geçerliliği için gerek ispat konusu hukukî ilişkinin gerek söz konusu delillerin belirli olması gerektiği, belirlilik ilkesine aykırı bulunan (örneğin, tarafların aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıkların kanunda sayılan ve sayılmayan her türlü delille ispat edilebileceği şeklindeki) delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu yolunda bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1749; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 844; aynı doğrultuda bkz. Tanrıöver, s. 817-818; aksi görüşte Umar, s. 594; ayrıca, taraflar arasındaki delil sözleşmesinin mahkemece re’sen dikkate alınıp alınamayacağı konusundaki tartışmalar ve Yargıtay uygulaması için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1746; bu konudaki görüşler ve dosyadan anlaşılan sözleşmelerin mahkemece dikkate alınması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Taşpınar, s. 217 vd.

ile yöneticiler arasında bir delil sözleşmesi yapılması düşük bir ihtimaldir. Bu bağlamda, ortaklıkla yöneticiler arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde, delil sözleşmesine yer verilmesi mümkündür. Yapılacak delil sözleşmesinde, zararın tespitine yönelik olarak belli prosedürlerin öngörülmesi, zarar tespitinin önceden kararlaştırılan belli kurum veya kişiler tarafından yapılacağının ve bunların hazırlayacakları raporların delil olarak kabul edileceğinin belirlenmesi de söz konusu olabilir. Öğretide, “*hakem-bilirkişi sözleşmesi*” olarak adlandırılan bu anlaşmaların münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olduğu ve hakem-bilirkişiler tarafından hazırlanan raporların, mahkemece alınan bilirkişi raporlarından farklı olarak gerek mahkemeyi gerek tarafları bağlayıcı nitelikte olduğu, bu raporlara karşı ancak adalet duygusunu zedeleyecek derecede çok açık hataların bulunması hâlinde itiraz edilebileceği, davanın bu rapor alınmadan önce açılmış olması durumunda, mahkemenin taraflara hakem-bilirkişiden rapor almak üzere süre vereceği ifade edilmektedir¹⁵⁵².

Delil sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gereklidir¹⁵⁵³ (HMK m. 193). Buna göre, yöneticilerin seçilmesi veya görevlendirilmesi ve bunların da görevi kabul etmeleri hâlinde sözleşmesel ilişki kendiliğinden kurulmakta ise de delil sözleşmesi için ayrıca yazılı bir sözleşmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir sözleşme yapılması hâlinde, kanımızca pay sahiplerinin bundan yararlanmaları veya kendilerine karşı bu sözleşmenin ileri sürülmesi hukuken mümkün değildir; zîra bu delil sözleşmesi sadece taraflarını bağlayacak olup, diğer kimselerin ortaklıkla yöneticiler arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak dava açtıklarından bahisle de delil sözleşmesinin tarafları dışındaki kişileri bağlamasına (bağlayıcılığının kişi bakımından genişletilmesine) kanımızca olanak vermez. Kanun, sadece bu sözleşmesel ilişkiye dayalı olarak maddî hakkın ileri sürülmesi bakımından pay sahipleri ile alacaklılara istisnâ bir hak tanımış olup, bu istisnanın asıl maddî hukuk ilişkisinden bağımsız bir

¹⁵⁵² Bu konuda bkz. Taşpınar, s. 140 vd.; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1752-1753; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 847-850; Üstündağ, **Usûl**, s. 940; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 605; Yılmaz, **Şerh**, s. 2393; Tanrıöver, s. 816-817; hakem-bilirkişisi sözleşmesine ilişkin sorunlar konusunda bkz. Umar, s. 591 vd.; hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil sözleşmesi niteliğini taşımayıp karma nitelikli bir sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Taşpınar, s. 149.

¹⁵⁵³ Yazılı şekil şartının bir geçerlilik koşulu olmadığı, sadece ispat için gerekli bulunduğu yönünde bkz. Taşpınar, s. 194-196; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1744; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 605; Tanrıöver, s. 820; buna karşılık yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 850; aynı yönde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 489.

usûl sözleşmesi¹⁵⁵⁴ olan delil sözleşmesine de teşmil edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, pay sahipleri ile yöneticiler arasında bir delil sözleşmesi yapılması hâlinde, bunun geçerli olacağı ve açılacak bir sorumluluk davasında uygulanacağına kuşku yoktur.

3- Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller

Mahkemeye sunulan delillerin hukuka uygun yollarla edinilmiş olması, bunların dikkate alınması için gerekli olan ön koşuldur. Bu husus, evrensel ve temel bir hukuk ilkesidir¹⁵⁵⁵ (Anayasa, m. 38/VI, HMK m. 189/2). Sorumluluk davası bağlamında taraflarca sunulacak delillerin de hukuka uygun yollardan edinilmiş olması gerekir. Buna göre, gizli kamera kayıtları, özel elektronik posta yazışmaları, gizlice kaydedilmiş telefon görüşmelerinin kayıtları hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmadığından, sorumluluk davasında delil olarak dikkate alınamazlar. Bununla birlikte, şirkette bulunan ve gizli olmayan yahut kamuya açık yerlerde bulunan kameralarla kaydedilen görüntüler yahut şirket telefonlarından yapılan ve önceden bilgi verilmek suretiyle kaydedilen telefon görüşmeleri ya da ortaklık tarafından sağlanan elektronik posta adreslerinden yapılan yazışmalar veya özel (kişisel) elektronik posta adresi olsa dahi ortaklık bilgisayarlarından yapılan yazışmalar hukuka aykırı yollarla edinilmiş olmaz. Nitekim, Yargıtay'ın iş hukuku uyuşmazlıkları bağlamında verdiği bazı kararlarda, görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için işçiye verilen bilgisayar ve elektronik posta adresleri üzerinde işverenin denetleme hakkına her zaman sahip olduğu, zira şirket işleri ile ilgili olarak bunların işçiye sağlanmış olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁵⁶. Bu kararların, şirketler hukuku uyuşmazlıkları ve bu bağlamda sorumluluk davası için emsal olarak uygulanmasına kanımızca bir

¹⁵⁵⁴ Delil sözleşmesinin usûl hukukuna ilişkin bir sözleşme oluşu yolunda bkz. Taşpınar, s. 184-185; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 844; Tanrıöver, s. 818.

¹⁵⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve ayrıca bunun sadece delil elde etme yöntemine ilişkin bir yasaktan ibaret olmayıp daha geniş kapsamlı bir ilke olduğu yönünde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1595 vd.; bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Tanrıöver, s. 833 vd.; Anayasa'da ve HMK'da bu yönde bir düzenleme yapılmadan önceki bir değerlendirme için bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 626-627.

¹⁵⁵⁶ “Diğer taraftan, şu husus da belirtilmelidir ki; davacının görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için kendisine verilen bilgisayar üzerinde davalı şirketin inceleme yaptırdığı anlaşılmaktadır. İşverenin kendisine ait bilgisayar ve elektronik posta adresleri ile bu adreslere gelen elektronik postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır... Kaldı ki, davacı işçinin özel işleri için işverenin izni olmadan bilgisayarı kullanması kabul edilemez. Bu sebeplerle, davalı işverenin bilgisayar verilerine delil olarak dayanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (bkz. Yarg. 22. HD'nin 03.05.2016 T. ve 2016/6321-13143 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır” (bkz. Yarg. 9. HD'nin 13.12.2010 T., 2009/447 E. ve 2010/37516 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

engel yoktur. Zîra şirket bilgisayarları ile şirket elektronik posta adresleri görevleri gereği yöneticilere sağlanmakta ve yöneticilerin bunlarla şirket işlerini yerine getirmeleri beklenmektedir. Buna göre, yöneticinin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın, yöneticilerin kullandığı şirket bilgisayarları ve elektronik postalar üzerinde yapılacak incelemeler sonucunda elde edilecek delillerin, sorumluluk davasında delil olarak kullanılması mümkündür.

4- Ortaklığın Ticarî Defter ve Kayıtları

Ticarî defter ve kayıtların delil değeri konusunda, daha önce eTTK'da bazı özel hükümler (eTTK m. 82 vd.) yer almakta iken, TTK'da buna ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş, konu HMK m. 222/2-4 hükümlerinde düzenlenmiştir¹⁵⁵⁷. Buna göre, ticarî defter kayıtları, ancak her iki tarafın ticarî defter tutmakla yükümlü olduğu, diğer bir deyişle tacir sıfatını hâiz bulunduğu hâllerde ve ayrıca her iki tarafın ticarî defterlerine geçirmesi gereken konularla sınırlı olarak kesin delil değerini taşır¹⁵⁵⁸. Bunun dışında, taraflardan biri tacir değilse veya iki tarafın defterlerine geçirmesi gereken bir husus

¹⁵⁵⁷ Ticarî defterlerle ispat konusunun bilinçli bir tercih sonucunda TTK'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, HMK'ya alınmış olmasına ve ayrıca hükmün içeriğine yönelik eleştiriler için bkz. Umar, s. 726 vd.; buna karşılık, TTK'da yer verilmeyen ticarî defterlerle ispat konusunun HMK'da düzenlenmiş olmasının önemli bir boşluğu doldurduğu, senetle ispat kuralının katılığını yumuşattığı, gerekli ve yerinde bir düzenleme olduğu yolunda bkz. Yılmaz, **Şerh**, s. 2567-2568; HMK m. 222 hükmünün yetersiz olduğu ve amacı karşılamadığı yönündeki eleştiri için bkz. Sıtkı Anlam Altay, "Ticarî Defterlerle İspatta Elverişlilik ve Sınır Sorunu", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, Cilt No.: 8, Sayı No.: 31, 2019, s. 554-555; bu konuda ayrıca bkz. HMK m. 222'nin madde gerekçesi.

¹⁵⁵⁸ Kesin delil niteliği konusunda bkz. Yılmaz, **Şerh**, s. 2569; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 523; Kuru, kesin delille ispatı zorunlu olan ticarî işlemler için kesin delil gösterilememesi veya gösterilmek istenmemesi hâlinde, bu işlemin ticarî defterlerle de ispat edilebileceğini ifade etmektedir; **Usûl El Kitabı**, s. 722. Buna karşılık, Erdönmez, ticarî defterlerin delil değeri (türü) bakımından "*kesin delil-takdirî delil*" kavramlarından hiçbirini kullanmamakta, "*HMK'nın 222. maddesi anlamında delil*" ifadesini tercih etmemekle birlikte (**Pekcanitez Usûl**, s. 1826-1827), devam eden açıklamalarında, HMK m. 222'de öngörülen şartların yerine getirilmesi hâlinde artık diğer tarafın ticarî defterlerin aksini kesin delillerle ispat etmek zorunda olması nedeniyle ticarî defterlerin delil gücü konusunda yapılan tartışmalarının önemini yitirdiğinin öğretide savunulduğunu, buna karşı senedin unsurlarını taşınamaması nedeniyle ticarî defterlerin senet olarak kabul edilemeyeceğini savunmuşlar, ancak neticede ticarî defterlerin HMK m. 222 çerçevesinde "*kesin delil*" teşkil ettiğini kabul etmiştir; **Pekcanitez Usûl**, s. 1831-1832. Umar ise, hükmü ve hükmün yasalaşma sürecini ağır bir şekilde eleştirmekte, ticarî defterlerin sadece defterlerde tacirin aleyhine kayıt bulunduğu ve diğer tarafın (hasmın) buna dayandığı hâllerde kesin delil teşkil edeceğini savunmaktadır; **Şerh**, s. 729. Diğer yandan, Ülgen/Helvaci/Kaya/Ertan, ticarî defterlerle ispatın kesin delil olduğunu söylemenin güç olduğunu belirtmişler; bkz. bkz. s. 134-135. Poroy/Yasaman da, kesin delil delil-takdiri delil nitelendirmesi yapmadan defterlerin "*özel delil kuvvetinden*" söz ederek, HMK m. 222/3 hükmüne atıfla defter kayıtlarının aksinin ancak senet ve diğer kesin delillerle ispat edilebileceğini belirterek, esasen kesin delil niteliğine işaret etmişlerdir; bkz. s. 238-239. Ticarî defterlerin ispat gücüne ilişkin görüşler konusunda bilgi için ayrıca bkz. Alınur Dengiz, **Ticarî Defterlerin İspat Gücü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 86 vd.

yoksa, ticarî defterlerin HMK m. 222 bağlamında kesin delil olması hukuken mümkün değildir¹⁵⁵⁹.

Bu bağlamda belirtelim ki, HMK m. 222’de delil teşkil etmesi söz konusu olan, bizâtihi ticarî defter kayıtları olup, bu kayıtların dayanakları (müstenidatı) değildir. Gerçekten, söz konusu kayıtların dayanakları, niteliklerine göre ayrıca delil değerine sahip olabilir¹⁵⁶⁰. HMK m. 222’nin amaç ve içeriği, dayanak belgelerden bağımsız olarak ticarî defter kayıtlarının maddede öngörülen sınır ve şartlar dâhilinde kesin delil gücüne sahip olmasıdır¹⁵⁶¹.

Buna göre, sorumluluk davasının konusu ve tarafları dikkate alındığında, davacı ortaklık olsa dahi, ortaklığın ticarî defterlerinin kesin delil değerini taşıyamayacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır¹⁵⁶². Zira davalı yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler tacir sıfatını hâiz olsalar dahi onların ticarî defterlerine geçirmeleri gereken bir hususun söz konusu olmayacağı açıktır. Bununla birlikte, yukarıda değindiğimiz üzere, ticarî defterler, bu dava bakımından takdiri delil niteliğini hâizdirler¹⁵⁶³. Hâkim, diğer delillerle birlikte, gerek zarara uğradığı iddia edilen ortaklığın gerek varsa işlem

¹⁵⁵⁹ Bununla birlikte, uygulamada “*ticarî defterlerle ispat*” kurumunun kötüye kullanıldığı, taraflardan biri tacir olmasa veya dava konusu alacak iki tarafın da defterlerine geçirmesi gereken bir hukukî ilişkiden kaynaklanmazsa dahi, “*ticarî defterler*” başlığı altında her türlü kayıt ve belgeyi delil olarak yargılamaya idhâl edilmeye çalışıldığı, bunun âdeta bir “*torba*” gibi kullanıldığı, ticarî defterlerin yerinde incelenmesi bahanesiyle çoğu zaman hâkimin de olmadığı ortamlarda tarafların bilirkişiye her türlü yargılama disiplinin uzak bir şekilde iddia ve savunmalarını aktarma ve ticarî defterlerle ilgili olup olmadığına veya câiz bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tüm delillerini incelemeye kalktıkları, dolayısıyla ticarî defterlerle ispatın sınırlarının uygulamada çok iyi çizilemediğine ve çoğu zaman istismar edildiğine yönelik olarak bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 670, 672; tarafların delillerini gösterirken “*ticarî defterler ve dayanakları*” şeklinde bir ifade kullanmasının somutlaştırma yüküne aykırı olduğu yönünde bkz. Altay, **Ticarî Defterlerle İspat**, s. 576.

¹⁵⁶⁰ Örneğin, kaydın dayanağı olan bir ödeme belgesi, bir sözleşme, bir ibra yazısı, sipariş formu (mektubu), elektronik posta vs. başlı başına içerik ve unsurlarına göre belge veya senet niteliğini taşıyabilecektir.

¹⁵⁶¹ Ticarî defterlerin tek başına delil olabilecekleri ve ticarî defterlerle ispat ile müstenidatın (dayanak belgelerin) delil olarak gösterilmesi hususunun birbirinden ayrı ve farklı olduğu, bu bağlamda, ticarî defterlerle ispatta, defter kayıtlarına dayanak teşkil eden belgelerin ayrıca sunulmasına gerek bulunmadığı konusunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 671; Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1827; Yılmaz, **Şerh**, s. 2570-2571; Poroy/Yasaman, s. 238; buna karşılık, ticarî defterlerin ancak dayanakları ile birlikte delil vasfını kazanabileceği yolundaki görüş için bkz. Altay, **Ticarî Defterlerle İspat**, s. 557.

¹⁵⁶² Ticarî defterlerin sorumluluk davası bağlamında kesin delil teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Pekcanıtez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 64; ticarî defterlerle ispattan hangi durumlarda ve hangi ölçüde yararlanılabileceği konusundaki genel değerlendirme için bkz. Altay, **Ticarî Defterlerle İspat**, s. 565 vd.

¹⁵⁶³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), ortaklığın ticarî defterlerinin, davanın her iki tarafı da tacir sıfatını taşımadığından bu davada delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığını ifade etmekte ise de, kanımızca yazarın kastettiği defterlerin HMK m. 222 uyarınca kesin delil niteliğine sahip olmayacağıdır, zira yazar da bu açıklamasından sonra söz konusu hükme atıf yapmıştır (N. 611b).

yapılan üçüncü kişi tacirlerin ticarî defter ve kayıtlarını takdiri bir delil olarak inceleyebilir ve değerlendirebilir.

Ticarî defter ve kayıtlarının incelenmesi konusunda, ortaklığın davada taraf olup olmamasına bağlı olarak HMK'da çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bu bağlamda, ortaklığın dava açması hâlinde, ortaklık kendi ticarî defter ve kayıtlarını HMK m. 219-220 ve ayrıca HMK m. 222/1 uyarınca mahkemeye delil olarak sunma imkânına sahip olduğu gibi, pay sahiplerinin açtıkları sorumluluk davalarında da, gerek davacılar gerek davalılar tarafından dava dışı ortaklığın ticarî defter ve kayıtlarına dayanılması ve bunların HMK m. 221'de öngörülen usûl çerçevesinde mahkemece incelenip değerlendirilmesi mümkündür¹⁵⁶⁴. Bu konular, hemen aşağıdaki başlıklar altına incelenmektedir.

Ayrıca belirtelim ki, taraflardan biri talep etmemiş olsa dahi, mahkeme kendiliğinden de TTK. m. 222/1 ve TTK. m. 83 hükümlerine dayanarak davacı ortaklığın ticarî defterlerinin ibrazına ve ayrıca bunlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına (HMK m. 266) karar verebilir¹⁵⁶⁵.

5- Tarafların Ellerindeki Belgeleri İbraz Mecburiyeti

Sorumluluk davaları basit yargılama usulüne tâbi olduğundan (TTK m. 1521, HMK m. 316 vd.) ve basit yargılama usulünde ikinci dilekçelerin verilmesi imkânı mevcut olmayıp (HMK m. 317/3), iddia ve savunmanın genişletilmesi ve ayrıca yeni delil sunma yasağı dava ve cevap dilekçelerinin verilmesiyle birlikte başladığından (HMK m. 318-319), tarafların tüm delillerini dava ve cevap dilekçeleriyle birlikte

¹⁵⁶⁴ Avrupa ülkelerinde, ABD'den farklı olarak, hissedarların normalde şirketin defterlerine ve kayıtlarına erişiminin bulunmadığı ve genel kurul toplantısında soru sorma hakları ile sınırlı olduğu, ABD'de zayıf bir kanıt temeline sahip bulunan davacıların dahi, duruşma öncesi keşif aşamasında davalıdan elde edilebilecek bilgi ve belgelere güvenebilecekleri, buna karşılık, Avrupa'da, bir hukuk davasının tarafının genel olarak belirli belgeleri tanımlaması ve mahkemeden diğer taraftan bunları ibraz etmesini istemesinin ve ayrıca, bu belgelerin neden gerekli olduğunu ve nerede bulunduğunu açıklaması gerektiği, buna göre, geniş kapsamlı bir keşif prosedürünün yokluğunun Avrupa'da türev davaları daha zor hale getirdiği yönünde Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 871-872.

¹⁵⁶⁵ Bu konuda ve ayrıca hâkimin delillerin toplanmasındaki rolü ve bunun sınırları konusunda bkz. Erdönmez, **Delillerin Gösterilmesi**, s. 49-51.

mahkemeye sunmaları ve başka yerden getirilecek delilleri varsa bunlara ilişkin bilgiyi vermeleri gerekir (HMK m. 119/1-f, m. 121, 129/1-e, m. 129/2)¹⁵⁶⁶.

Bu bağlamda, HMK m. 219'da, tarafların, kendilerinin yanı sıra, karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri de mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Örneğin, ortaklığın ikâme ettiği bir sorumluluk davasında, davacı ortaklık kendi ticarî defter ve kayıtlarına delil olarak dayanmamış olsa bile, davalı yöneticilerin bu kayıtlara dayanmış olmaları hâlinde, mahkeme davacı tarafın elindeki kayıt ve belgelerin ibrazını emredebilir. Tarafların ellerindeki belgeleri ibraz etmemesi hâlinde izlenecek yol ve uygulanacak yaptırım HMK m. 220'de düzenlenmiş olup, bu sürecin sonunda mahkemenin, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul etmesi dahi mümkündür¹⁵⁶⁷.

Bu konuda, ayrıca HMK m. 222/1'de, mahkemenin, ticari davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebileceği düzenlenmiştir. TTK'da düzenlenen sorumluluk davasının da mutlak ticarî dava (TTK m. 4) olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle, bu tür davalarda da mahkeme ticarî defterlerin ibrazını emredebilir (TTK m. 83/1). Bununla birlikte, bu hüküm, tarafların ticarî defterlerinin ibrazına ilişkin bulunduğundan, mahkeme bu hükme dayanarak, sadece ortaklığın davacı olması hâlinde ticarî defterlerinin ibrazını emredebilir. Ortaklığın davaya taraf olmaması hâlinde defterlerin incelenmesi için izlenecek yol ise, HMK m. 221 uyarınca üçüncü kişinin elindeki belgenin ibrazına ilişkin hükmün uygulanması olacaktır.

6- Üçüncü Kişilerin Elinde Bulunan Deliller

Tarafların dayandıkları delillerin üçüncü kişiler nezdinde bulunması mümkün olup, bu husus söz konusu delillere dayanılmasına engel teşkil etmez. Bu konuda, HMK m. 121 ve 129/2 hükümlerinde gerek davacının gerek davalının başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamalara

¹⁵⁶⁶ Kanunun delillerin mümkün olduğunca davanın başında gösterilmesine ve toplanmasına önem verdiği yönünde ve ayrıca basit yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda bkz. Erdönmez, **Delillerin Gösterilmesi**, s. 15, 44 vd.

¹⁵⁶⁷ Tarafların ellerindeki belgeleri ibraz etme zorunluluğu ve buna aykırılığın yaptırımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrarı Mecburiyeti**, s. 131 vd., 269 vd.; Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1817 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 684-686.

dilekçelerinde yer vermelerinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Sorumluluk davası basit yargılama usûlüne tâbi olduğundan, bu konudaki açıklamaların dava veya cevap dilekçesinde yapılması zorunludur¹⁵⁶⁸.

Diğer yandan, zarar gören ortaklığın davaya taraf olmadığı hâllerde ortaklığın ve diğer hâllerde de üçüncü kişi veya kurumların ellerinde bulunan, çekişmeli vâkıaların ispatına ve uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak delillerin toplanması konusunda HMK m. 221 'de özel bir düzenleme de bulunmaktadır¹⁵⁶⁹. Bu hükme göre, tarafların dava dışı ortaklığın ticarî defter ve kayıtlarına dayanması hâlinde, mahkeme öncelikle bu kayıtların uyuşmazlık konusu maddî vâkıaların ispatı için zorunlu olup olmadığını değerlendirecek ve buna göre bunların ibraz edilip edilmemesine karar verecektir¹⁵⁷⁰. Bu bağlamda, ortaklık, pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasına fer'î müdahalede bulunmuş olması hâlinde de, davanın tarafı olarak kabul edilmeyecek ve üçüncü kişinin elindeki belgelerin incelenmesine ilişkin HMK m. 221 hükmü uygulanarak ortaklığın defter ve kayıtlarının incelenmesi söz konusu olacaktır¹⁵⁷¹. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm, sadece zarar gören ortaklığın ticarî

¹⁵⁶⁸ Yazılı yargılama usûlüne ilişkin HMK m. 140/5'te, mahkemenin ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verileceği, bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmalarına karar verileceği hüküm altına alınmış olup, bu hükmün, sorumluluk davalarının da tâbi bulunduğu basit yargılama usûlünde uygulanıp uygulanamayacağı konusu, öğreti ve Yargıtay içtihatlarında tartışmalıdır. Öğretide HMK m. 140/5 hükmünün basit yargılama usulünde uygulanamayacağı görüşünde iken (Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2099; Erdönmez, **Delillerin Gösterilmesi**, s. 47); Yargıtay 18. HD'nin 02.06.2016 T. ve 2016/9033-8926 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) aksi yöndedir.

¹⁵⁶⁹ Bu konuda bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 686-687; Erdönmez, **Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s. 121 vd.

¹⁵⁷⁰ “Olayda mukavele ile tespit edilen % 4 komisyonun % 12'ye çıkarılmasının nedeni olarak, şirketin satış fiatı ile ihraç fiatı arasındaki farkını dava dışı Arel firmasına intikal ettirilmesi olarak savunulmuştur. O halde bu yön üzerinde de durulması davacı defterlerinin ve gerekirse Arel firmasına ait defterlerin de incelenmesi lazımdır. Bundan başka savunmada, 1964 yılında 4.00 ton stok mal bulunduğu buna karşılık ancak 400 ton satılabildiği ve stokun eritilebilmesi için sorumlulukları iddia edilen komisyon miktarının yükseltilmesi ve satış tenzilatı yapılması gibi tedbirlere başvurdıkları ileri sürülmüştür. Şu halde davalılara atfedilen, akdin feshi ve diğer hareketleri neticesinde şirketin gerçekten bir zararının doğup doğmadığının veya bu faaliyetlerin şirket menfaatine olup olmadığının o tarihteki stok miktarı, satış durumu, piyasa ve ihraç fiatları bakımlarından incelenmesi, o yılın önceki ve sonraki yılların bilançolarının gözönünde tutulması lazımdır. Bu suretle davalıların basiretli bir iş adamı gibi mi yoksa şirket zararına ve keyfi olarak hareket eden kimseler mi oldukları tayin ve takdir edilebilir. Bütün bu hususların ve bu açıdan şirket zararı gerçekleşiyorsa miktarını yetenekli bilirkişiler aracılığı ile saptanması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken mücerret komisyon miktarının arttırılmasına ve satış tenzilatı ile vergi iadesine dayanan bilirkişi raporunun esas tutularak hüküm tesisinde isabet görülmemiştir” (bkz. Yarg. 11 HD., 17.12.1974 T., 1974/3677 E. ve 1974/3733 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁷¹ Belgelerin ibrazı mecburiyeti bağlamında fer'î müdahillerin de üçüncü kişi olarak kabul edildikleri yönünde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, s. 199.

defterlerinin incelenmesi bağlamında değil, davaya taraf olmayan diğer üçüncü kişilerin de (gerçek ve tüzel, özel ve resmî tüm kişi ve kurumların) ellerinde bulunan her türlü delilin de incelenmesi konusunda uygulama alanı bulabilecektir. Bu konudaki en önemli kriter, söz konusu delilin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olup olmamasıdır¹⁵⁷². Buna ilişkin değerlendirme mahkemece yapılacak olup, talebin davacı veya davalı tarafından yapılmasının bir önemi yoktur¹⁵⁷³.

Mahkeme, söz konusu belgenin ibrazını emrederse, üçüncü kişiler ellerindeki belgeyi ibraz etmek, ibraz edememeleri hâlinde ise, bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadırlar (HMK m. 221/2). Mahkeme, açıklamayı yeterli görmezse, üçüncü kişiyi tanık olarak dinleyebilir. Ancak, üçüncü kişiler, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümler (HMK m. 247 vd.) uyarınca belgeyi ibrazdan veya tanıklık yapmaktan kaçınabilirler; bu konularda, tanıklığa ilişkin hükümler (HMK m. 240 vd.) uygulanır¹⁵⁷⁴ (HMK m. 221/3).

Yaptığımız bu açıklamalar, esas itibarıyla gerçek veya tüzel özel hukuk kişilerinin ellerindeki belgeleri ibrazına ilişkin bulunmaktadır. Zîra resmî kurum ve kişiler, mahkemece sorulan hususlara cevap vermek ve istenen belgeleri kural olarak göndermek zorunda olup, aksine davranan kamu görevlilerinin cezaî sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁵⁷⁵. Bu konuda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257.

¹⁵⁷² Belgelerin ibrazının talep edilebilmesi için aranan şartlar ve bu bağlamda hukukî menfaat, ibrazı istenen belgenin uyumsuzluğun çözümüne elverişli bulunması ve ibrazı istenen belgenin karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde olması koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, s. 131-143.

¹⁵⁷³ Taraflardan her birinin belgelerin ibrazını talep edebileceği yönünde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, s. 145.

¹⁵⁷⁴ Belirtmek gerekir ki, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümler, üçüncü kişinin elindeki delili ibraz etmekten kaçınmasına olanak sağlayacak birtakım mazeretler üretmesine elverişli niteliktedir. Gerçekten, HMK m. 250'de menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme düzenlenmiş ve tanığın beyanı kendisine doğrudan doğruya bir maddî zarar verecekse (HMK m. 250/1-a) veya meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse (HMK m. 250/1-c), bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Uygulamada, bu sebeplerin kötüye kullanılması ihtimali kanımızca yüksektir. Şüphesiz ki, çekinmenin haklılığını Mahkeme takdir edecektir (HMK m. 252). Bununla birlikte, tanıklığa ilişkin hükümlere aykırı davranılmasının da yaptırımının caydırıcı olmadığını ifade etmek gerekir. Gerçekten, tanık, kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse, sadece beşyüz Türk Lirası'ndan beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilir. Elindeki belgeyi ibraz etmek istemeyen üçüncü kişinin bu yaptırımı kolaylıkla göze alabileceğinde kuşku yoktur. Buna karşılık, tanıklıktan çekinme hakkındaki hükümlere göre yapılan bu atfin isâbetli görülebileceği yolunda bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, s. 366.

¹⁵⁷⁵ Resmî makamların ibraz mecburiyeti ve buna ilişkin sınırlar konusunda bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, s. 385 vd.

maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğundan bahsedilebilir¹⁵⁷⁶.

Diğer yandan, elindeki belgeyi ibraz etmesi istenen kişinin Türkiye’de olması zorunlu olmayıp, mahkeme Türkiye’de yerleşik olsun olmasın veya şubesi bulunsun veya bulunmasın yabancı kişi ve kuruluşlardan ve bu bağlamda şirketlerden ve hatta yabancı devletlerden de bilgi ve belge talebinde bulunabilir¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁶ “Belediyeden istenilen bilgi ve belgelere ilişkin mahkeme yazılarına cevap verme konusundaki sorumluluğun nihaî olarak Belediye Başkanına ait olması nedeniyle Kırıkkale İdare Mahkemesince verilen ara kararların, yapılan ihtarlara rağmen Belediye Başkanlığı tarafından yerine getirilmemesi üzerine görülmekte olan davaların uzadığı ve böylece davacıların adil yargılanma haklarının ihlal edilmesi suretiyle mağduriyetlerine sebebiyet verildiğinin anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin TCK’nın 257/2. maddesine uyduğu gözetilmeksizin” (bkz. Yarg. 4. CD.’nin 28.03.2014 T., 2010/30773 E. ve 2014/9775 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵⁷⁷ Örneğin, ortaklığın yurtdışında üstlendiği inşaat ve taahhüt faaliyetleri bağlamında yapılan harcamalarda bir usulsüzlük bulunup bulunmadığının, kimlerden hangi bedelle mal veya hizmet alındığının tespiti veya ortaklığa ait yurtdışında bulunan bir gayrimenkul veya şirket hissesinin hangi bedelle satıldığının ve bunun emsallerine uygun olup olmadığının tespiti, ortaklığın yurtdışında yerleşik bulunan başka bir şirketle yaptığı hukukî işlemlerin ve ödemelerin tespiti bağlamında yabancı şirketin varsa ticarî defter ve kayıt örneklerinin incelenmesi gibi amaçlarla bilgi ve belge talebinde bulunulabilir. Bu konuda, Türkiye’nin de taraf olduğu 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi (23 Mart 1972 tarih ve 14137 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır), ile 1970 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme (15 Haziran 2004 tarih ve 25493 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır) bulunmakta olup, uluslararası hukukî yardım taleplerinde T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü aracılığıyla uluslararası istinabe yöntemi kullanılır. Hukukî konularda uluslararası istinabe taleplerine uygulanacak esaslar, T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 16.11.2011 tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/1-2 sayılı “Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar” konulu, 63/2 nu.lı Genelge’de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (bkz. <https://www.adalet.gov.tr/pdf/63-2.pdf> - çevrimiçi 30.05.2021).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA, HÜKÜM VE HÜKMÜN İCRASI

I- Mahkemece Yargılama Yapılması ve Hüküm Verilmesi

A- Yargılama Usûlü

TTK m. 1521’de, ticaret şirketlerinde, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve müdürlerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usûlünün¹⁵⁷⁸ uygulanacağı düzenlenmiş olup, buna göre sorumluluk davalarının da davacının kim olduğundan bağımsız olarak basit yargılama usulüne tâbi olduğunda kuşku yoktur¹⁵⁷⁹.

Ayrıca, TTK m. 4/2’de de, miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda, sorumluluk davalarının da TTK m. 4/1, a uyarınca mutlak ticarî bir dava olduğunu ve bu davalarda TTK m. 1 uyarınca ticarî hükümlerin uygulanacağını belirtmek gerekir.

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un¹⁵⁸⁰ 45. maddesi ile yeniden düzenlenen, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un¹⁵⁸¹ 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sorumluluk davası dava konusu değere bakılmaksızın ticaret mahkemelerinde heyet tarafından görülecek davalardandır.

¹⁵⁷⁸ Basit yargılama usûlü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, 1689 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 808 vd.

¹⁵⁷⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 611c; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 153.

¹⁵⁸⁰ RG. 28.06.2014 T., Sayı: 29044.

¹⁵⁸¹ RG. 07.10.2004 T., Sayı: 25606.

B- Yargılamanın Kapsamı ve Sınırları

1- Taraflarca Getirilme ve Teksif İlkeleri

Sorumluluk davalarında da medenî usûl hukukunun tüm kavram ve ilkeleri kural olarak uygulama alanı bulur. Buna göre, dava malzemesi olan maddî vâkıa ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi de¹⁵⁸² (HMK m. 25) sorumluluk davalarında aynen uygulanır. Bu nedenle, taraflar, dayandıkları maddî vâkıaları ve bunları ispata elverişli delilleri mahkemeye sunmak zorundadırlar. Teksif ilkesi uyarınca da taraflar, dayandıkları vâkıa ve delilleri diledikleri zaman sunma imkânına sahip olmayıp, bunları ancak kanunda öngörülen usûl kesitleri içinde mahkemeye sunabilirler¹⁵⁸³, aksi takdirde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı (HMK m. 141) ile karşılaşılır. Bu bağlamda, sorumluluk davalarında uygulanacak olan basit yargılama usûlünde, sadece dava ve cevap dilekçesi verilebilecek olup, tarafların ikinci bir dilekçe verme hakları yoktur ve iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava ve cevap dilekçelerinin verilmesiyle birlikte başlar¹⁵⁸⁴ (HMK m. 319).

Hemen belirtelim ki, belirsiz alacak davası açılması imkânı da (HMK m. 107), davacıya maddî vâkıaları mahkemeye toplatma olanağı sağlamaz veya mahkemece re'sen araştırma yapılabileceği anlamına da gelmez. Belirsiz alacak davası, sadece dava konusu miktarın (talep sonucunun) davanın başında belirlenmesi konusundaki güçlüğü aşmak amacıyla bir kolaylık sağlar; yoksa talep hakkına vücut veren maddî vâkıa ve delillerin sunulmamasına bir gerekçe teşkil etmez. Belirsiz alacak davasında da diğer tüm davalarda olduğu gibi tüm vâkıaların somutlaştırılmış bir şekilde mahkemeye açıklanması ve bunların hangi delillerle ispat edileceğinin somut olarak belirtilmesi zorunludur¹⁵⁸⁵ (HMK m. 119/1, e-f, m. 129/1, d-e, m. 194).

¹⁵⁸² Taraflarca getirilmesi ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 795 vd.; Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 569 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 156 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 239 vd.

¹⁵⁸³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 809; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 165 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 253.

¹⁵⁸⁴ Bu bakımdan teksif ilkesinin basit yargılama usûlünde ayrı bir önem taşıdığı konusunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 812-813.

¹⁵⁸⁵ Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinin, diğer davalara nazaran belirsiz alacak davasında özel bir öneme sahip olduğu, bu davanın davacının daha önce sahip olmadığı vâkıaları dava ile elde etmesine imkân tanımayacağı, bu bağlamda taraflar arasındaki hukukî ilişkinin somut bir şekilde belirtilmesi gerektiği, buna aykırı davranılması hâlinde davanın reddi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, s. 141, 185, 237 vd.

Ayrıca, TTK'da öngörülen (TTK m. 557) ve usûl hukuku bakımından istisnâ nitelik arz eden zararın tamamının dava edilebilmesi, birden fazla kişiye husumet yöneltilerek hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu miktarın tespitinin talep edilebilmesi, hâkim tarafından uygulanacak olan farklılaştırılmış teselsül ilkesi, özellikle davacının dava malzemesini getirmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran hususlar değildir¹⁵⁸⁶. Söz konusu hükümler, her bir davalının sebebiyet verdiği ve sorumlu olduğu zarar miktarını davanın başında belirlemesinin davacıdan beklenememesi nedeniyle¹⁵⁸⁷ kanunda özel olarak öngörülmüş istisnâ hükümlerdir.

2- Sorumluluğun Unsurlarının Araştırılması

Mahkemece yapılacak incelemenin konusu, sorumluluğun unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin her bir davalı bakımından ayrı ayrı tespit edilmesi ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında her bir davalının sorumlu olduğu miktarın ve davalılar arasındaki teselsül ilişkisinin belirlenmesidir. Buna göre, mahkeme, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediğini, ihlâl varsa uygun nedensellik bağına göre bundan bir zararın doğup doğmadığını ve davalıların kusurlu olup olmadığını inceleyecektir.

Bununla birlikte, TTK m. 557'de farklılaştırılmış teselsül ilkesinin açıkça düzenlenmesi nedeniyle, mahkeme artık sadece sorumluluğun unsurlarını araştırıp, toplam zarardan dolayı tüm davalıların müteselsil sorumluluğuna, diğer bir deyişle her bir davalının zararın tamamını tazmin ile yükümlü tutulmasına doğrudan karar veremeyecektir. Mahkeme, farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, sorumlular arasında da bir ayrıştırma yapmalı ve her bir sorumlunun hangi miktarda sorumluluğu bulunduğunu, kimler arasında hangi miktara kadar müteselsil sorumluluk ilişkisi olduğunu somut (rakamsal) olarak belirlemeli ve kararını buna göre tesis etmelidir. Bu inceleme ve değerlendirmeyi yaparken, mahkeme, her bir davalının bireysel indirim sebeplerini, kusurunun derecesini ve durumun gereklerini dikkate alacak, hatta bu bağlamda davada taraf olmayan kimselerin (sorumluların) durumlarını dahi göz önünde bulundurmak zorunda kalabilecektir.

¹⁵⁸⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 249.

¹⁵⁸⁷ Bkz. madde gerekçesi.

Buna göre, sorumluluk davasında her bir davalı yönünden sorumluluğun unsurlarının mevcut olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmeli¹⁵⁸⁸ ve davalıların sorumlu olduğu tespit edildikten sonra her bir sorumlunun sorumluluk miktarı ve davalılar arasında teselsül ilişkisi belirlenmelidir¹⁵⁸⁹.

Hemen belirtelim ki, gerek farklılaştırılmış teselsül ilkesinin (TTK m. 557) düzenlenmiş olması gerek kontrol dışında kalan hususlardan dolayı sorumlu olunmayacağına açıkça öngörülmüş bulunması, mahkemece sorumluluğun unsurlarının ve bu bağlamda özellikle kusur ve nedensellik bağının tespitinde daha titiz ve somut bir inceleme yapılmasını zorunlu kılmakta ve hâkime esasen zor bir görev yüklemektedir¹⁵⁹⁰. Ancak, hakkaniyetli bir sonuca ulaşılması ve tazminat yükünün gerçek sorumlular arasında âdil bir şekilde dağıtılması bunu gerektirmektedir.

3- Davalılarla Sınırlı Olarak İnceleme Yapılması ve Davalı Gösterilmeyen Yöneticilerin Durumunun Sınırlı Bir Şekilde Dikkate Alınması

Mahkeme, davanın tarafları ve taraflarca ileri sürülen maddî vâkıa ve delillerle sınırlı olarak yargılama yapar ve kararını verir. Nitekim, söz konusu karar da sadece tarafları bakımından kesin hüküm teşkil eder (HMK m. 303).

Dava konusu zarardan dolayı birden fazla yönetim kurulu üyesi ve yöneticinin müteselsilen sorumlu olmaları mümkün olup, bu hâlde sorumluların hepsinin davaya taraf olarak gösterilmeleri zorunlu değildir; zira bu kimseler arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Buna göre, mahkeme, yapacağı yargılama sırasında dava konusu zarardan dolayı davalı gösterilmeyen kimselerin de sorumlu olduğunu tespit etse bile bunların sorumluluğunun koşullarını inceleyip bu konuda bir karar veremez.

¹⁵⁸⁸ Sorumluluğun unsurlarının her bir davalı için ayrı ayrı incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 30.

¹⁵⁸⁹ Bununla birlikte, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin, davalıların sorumluluk miktarlarının mutlaka farklılaşacağı anlamına gelmediği yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 71.

¹⁵⁹⁰ Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin teorik olarak mükemmel gibi görünse de, uygulamada bir kaos yaratacağı yönündeki görüş için bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 293; bu sistemin doğru bir şekilde uygulanmasının etkin, yoğun ve hassas bir yargıçlık faaliyeti gerektirdiği ve bunun pratikte ne ölçüde hayata geçirileceğinin bazı soru işaretlerini beraberinde getirdiği, bununla birlikte sistemin uygulanmasına ilişkin zorlukların maddi hukuk ile ispat hukuku arasındaki etkileşimin doğru belirlenmesi yoluyla bir ölçüde aşılabileceği yolunda bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 68, 69, 74; ayrıca bkz. Yörtem, s. 126; Kortunay, s. 286.

Hukukumuzda kabul edilen şekli taraf teorisine¹⁵⁹¹ göre, sadece davacının davalı olarak gösterdiği kişi veya kişiler davalı sıfatını hâiz olduğu gibi, mahkemenin taleple bağlılığı ilkesi de (HMK m. 26) bunu zorunlu kılmaktadır.

Mahkeme, davalılarla sınırlı inceleme yapmakla birlikte, farklılaştırılmış teselsül ilkesi TTK m. 557) bağlamında, davaya taraf olmayan kimselerin de zararın meydana gelmesindeki rollerini ve kusurlarını, davalıların sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi amacıyla ve davanın taraflarınca ileri sürülen vâkıa ve delillerle sınırlı olarak dikkate alacaktır¹⁵⁹². Zîra farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında, her bir davalının hangi miktarda zarara sebebiyet verdiğinin, diğer bir deyişle zararın kime şahsen yükletilebileceğinin kusurun derecesine ve durumun gereklerine göre tespiti bunu gerektirmektedir. Müteselsil sorumluluğun mutlak olarak uygulanmasında, bir kimse bakımından sorumluluğun unsurlarının gerçekleştiğinin tespiti onun zararın tamamından dolayı sorumlu tutulması için yeterli görülmekte iken¹⁵⁹³, farklılaştırılmış teselsülde, çok daha ayrıntılı bir inceleme yapılarak zararın ne kadarlık kısmının davalıya yükletilebileceğinin tespiti zorunludur.

Zararın kısmen veya tamamen davalı olmayan kimselere yükletilebilecek olması, özellikle “*durumun gerekleri*” kriteri çerçevesinde davalıların sorumluluk miktarını da etkileyebilecek bir olgudur. Bununla birlikte, bu durum, mahkemece, davalılar ile dava dışı sorumluların özellikle kusurlarının derecesi bakımından bir karşılaştırma yapılacağı ve davalıların sorumlu olacakları zarar tutarının buna göre tayin edileceği anlamına gelmez¹⁵⁹⁴. Zîra farklılaştırılmış teselsül ilkesinin anlamı, her bir davalının diğer sorumlulardan bağımsız olarak, kendisinin hangi ihlâli gerçekleştirdiği ve hangi zarara sebebiyet verdiği sorularının cevaplandırılması ile ortaya çıkacaktır. Bunun için de, vâkıaların bir bütün olarak değerlendirilmesine ve varsa diğer sorumluların durumunun dikkate alınmasına ihtiyaç duyulur¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹¹ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 548 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 263-264; taraf kavramına ilişkin teoriler ve bu bağlamda şekli taraf teorisi için ayrıca bkz. Tanrıöver, s. 475 vd..

¹⁵⁹² Hâkimin davaya taraf olmayan sorumluları da dikkate alarak bütünsel bir değerlendirme yapacağı ve buna göre davalıların sorumluluğunu belirleyeceği konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 321, 332; Çamurcu, s. 114.

¹⁵⁹³ Müteselsil borçlulardan her birinin zararın (edimin) tamamından sorumlu olmasının bu borçluluk türünün en belirgin özelliği olduğu yolunda bkz. Canyürek, s. 24-26.

¹⁵⁹⁴ Davalı yöneticilerin bireysel konumunun, diğer sorumluların konumuyla kıyaslanmaksızın belirleneceği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 332 ve aynı doğrultudaki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 341, dn. 189; ayrıca bkz. Çamurcu, s. 126.

¹⁵⁹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, E.

Şüphesiz, somut olayın özelliklerine göre ve özellikle birlikte yapılan eylemler bulunması durumunda (örneğin, alınan bir yönetim kurulu kararı ile zarara sebebiyet verilmiş olması hâlinde) bu ayırıştırmanın yapılması daha zordur. Zîra çok üyeli bir yönetim kurulunda bir üyenin tek başına karar alması söz konusu olmadığından yönetim kurulu üyelerinin birlikte gerçekleştirdikleri bir eylemle karar alıp zarara sebebiyet vermiş olmaları söz konusu olacak, bu durumda da üyenin tek başına gerçekleştirdiği bir ihlâlden ve tek başına verdiği bir zarardan bahsedilemeyecektir. Diğer bir deyişle, burada zarar ancak tüm üyelerin hepsine birden yükletilebilmektedir. Ancak, bu olasılıkta da davalılar arasında kusurun derecesi bakımından bir karşılaştırma yapılamaz. Örneğin, bir üyenin kasıtlı davranması diğer üye bakımından indirim sebebi teşkil etmez, ancak diğer üye ihmal göstermişse kendisi bunu (kendi kusurunun hafifliğini) indirim sebebi olarak ileri sürebilir, yoksa diğerinin kastına dayanamaz¹⁵⁹⁶. Söz konusu karşılaştırma, sorumluluk davasının değil, sorumlular arasında görülecek rücu davasının konusudur. Rücu davasında, sorumluların eylemleri ile kusur dereceleri ve durumun bütün gerekleri ayrıntılı bir şekilde ve sorumluluk davasından daha geniş olarak incelenip karşılaştırılacak (TTK m. 557/3) ve buna göre, sorumluluk davasında yer alan ve genel değerlendirmeler sonucunda yapılan müteselsil sorumluluk tespitlerinden bağımsız olarak mahkemece her bir sorumlunun iç ilişkideki sorumluluk payı ve bu bağlamda rücu hakkının kapsamı kesin olarak belirlenecektir. Gerçekten, sorumluluk davasında her bir davalının sorumluluk durumu, sadece o kişiye sorumluluk yöneltilmiş ve ona karşı dava açılmış gibi ele alınırken, rücu davasında hâkim davaya taraf olsun veya olmasın, tüm sorumluların durumunu ve durumun bütün gereklerini taraflarca sunulan maddî vâkıalar çerçevesinde en geniş şekilde dikkate alır¹⁵⁹⁷. Esasen, sorumluluk davasında verilen

¹⁵⁹⁶ Müteselsil borçlulardan birinin kusurunun, diğer bir borçlu bakımından genellikle bir indirim sebebi teşkil etmeyeceği, bununla birlikte, örneğin bir üyelerden biri ortaklığın korunması için çabalamışsa veya bir yönetim kurulu üyesinin gerçekleştirdiği usulsüzlüğü ustalıkla gizlemiş olması hâlinde, bu usulsüzlüğe katılmayan ve bunu ortaya çıkaramadığı için ciddi bir şekilde kınanamıyorsa, diğer üyenin sorumluluğu bakımından bu ilkeye bir istisna tanınması gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 77.

¹⁵⁹⁷ Sorumluluk davasında belirlenen bireysel sorumluluk tavanı, rücu davasının hâkimi açısından bağlayıcı olmadığı, dış ilişkide ve iç ilişkide kusur oranları ve indirim sebeplerinin farklı değerlendirilebileceği, nitekim farklılaştırılmış teselsülde “*durumun gerekleri*” dikkate alınacak iken, rücu davasında “*durumun bütün gerekleri*”nin inceleneceği belirtilmek suretiyle daha geniş bir incelemeye işaret edildiği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 320, 321, 327, 329, 331; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 49; rücu ilişkisinde farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmayacağı ve hâkimin büyük bir serbestiye sahip bulunduğu yönünde ayrıca bkz. Şener s. 425.

hüküm, rücu davaları bakımından kesin hüküm teşkil etmemesi, taraflardaki farklılığın yanı sıra bu inceleme farklılığı ile de ilgili bulunmaktadır¹⁵⁹⁸.

Davada tek bir davalının gösterilmiş olması ve bu nedenle sorumlular arasındaki teselsül ilişkisinin kararda gösterilmeyecek olması dahi, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması ve bu bağlamda diğer sorumluların durumunun dikkate alınması zorunluluğunu bertaraf etmez.

Bu bağlamda belirtelim ki, dava dışı sorumluların dikkate alınacak olması, davalılarla sınırlı olarak inceleme yapıp hüküm verilmesi kuralı ile de çelişmez. Zîra mahkeme, yukarıda belirttiğimiz gibi, davalılarla sınırlı bir inceleme yapacak, dava dışı sorumluların hangi miktar için sorumlu olduklarını veya kiminle hangi miktara kadar müteselsilen sorumlu bulunduklarını incelemeyecek ve dava dışı bu kimseler hakkında hüküm de tesis etmeyecektir. Mahkeme, sadece davalıların dava konusu zarardan sorumluluk miktarlarını tespit amacıyla, diğer bir deyişle, dava konusu zararın ne kadarlık kısmından davalıların sorumlu olduğunu belirlemek için gerekiyorsa “*kusur ve durumun gerekleri*” çerçevesinde diğer sorumluların da durumunu dikkate alacaktır. Hemen belirtelim ki, bu, kolay bir iş ve ayırım olmayıp, hâkime özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında zor bir görev düşmektedir¹⁵⁹⁹.

4- Dava Konusu İş ve İşlemlerin Yapıldığı Sıradaki Somut Koşulların Değerlendirilmesi Zorunluluğu

Sorumluluğun unsurları ve özellikle kusur unsurunun varlığı konusunda hâkim tarafından yapılacak değerlendirmede, değerlendirmenin yapıldığı andaki koşulların değil, ihlâl teşkil ettiği ileri sürülen davranışın yapıldığı veya kararın alındığı sıradaki somut koşulların araştırılması ve buna göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu da, hâkimin geriye gidip o andaki koşulları incelemesini gerektirir. Zîra ihlâlin ve kusurun olup olmadığı, ortaya çıkan sonuçla (zararla) değil, işlemin yapıldığı sıradaki

¹⁵⁹⁸ Sorumluluk davalarında verilen hükümlerin rücu davaları bakımından kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği ve bu bağlamda fer’î müdahale söz konusu olmuşsa müdahalenin etkisi bağlamında sorumluluk davasında verilen hükmün etkisinin ne olacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, b.

¹⁵⁹⁹ Hâkime zor bir iş düştüğü ve hâkimin davada taraf olmasalar dahi sorumluların tümünü göz önünde bulunduracağı konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 325-326.

koşullarla, örneğin özen borcuna uygun davranılıp davranılmadığı (tedbirli bir yönetici gibi hareket edilip edilmediği) ile ilgilidir. Yapılan bir işlemten dolayı sonradan bir zararın ortaya çıkması, o işlemin hukuka aykırı sayılması ve işlemi yapan yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin de kusurlu kabul edilmesi sonucunu doğurmaz. Önemli olan, işlemi yaptıkları sırada yöneticilerin özen borcuna uygun olarak tedbirli bir yönetici gibi hareket edip etmedikleri ve bağlılık borcu (TTK m. 369) bağlamında da şirketin menfaatini dikkate alıp almadıklarıdır¹⁶⁰⁰. Gerçekten, özen borcu, özellikle karar alma sürecine ilişkindir, gerekli özen gösterilmek suretiyle alınan kararın isâbetsiz olduğunun sonradan anlaşılması, sorumluluğa başvurulmasına olanak vermez¹⁶⁰¹. Aksi takdirde, sonuçları ortaya çıktıktan ve aradan uzun bir zaman (belki yıllar) geçip koşullar değiştikten sonra bir karar veya işlemin yanlışlığının ifade edilmesi kolay olup, bu durumda sonradan yanlışlığı anlaşılan ve zarara sebebiyet veren her işlemten dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulması gerekir ki; bu, en başta özen borcunun mâhiyetine aykırıdır¹⁶⁰². Buna göre, hâkim, dava sırasındaki değil, dava konusu işlem anındaki koşulları dikkate alıp değerlendirecektir¹⁶⁰³. Bu bağlamda, aşağıda belirteceğimiz gibi, şirketin yönetim ve temsili konusunda yönetim kurulu üyelerinin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu da unutulmamalıdır. Buna göre, mahkeme, koşulların değişmesiyle takdir hakkını sorgulayıp yerindelik

¹⁶⁰⁰ İngiliz hukukunda, yöneticilerin şirketin başarısını teşvik etmede üyelerin menfaatlerinin dışındaki kişi ve konuları da dikkate alması gerekliliğinin (CA 172) bir sonucunun, yöneticilerin şirketin başarısını teşvik etmeyi amaçlayan hemen hemen her doğru kararı savunmasına izin vermesi olduğu, örneğin, yöneticilerin iyi niyetle çalışanların çıkarlarını, örneğin kısa vadeli kar elde etmek yerine tercih ettiklerinde, bu kararın sorumluluk doğurmayaacağı yönünde bkz. Lowry, s. 621.

¹⁶⁰¹ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88, 96; iş adamı kararı kuralına göre, mahkemelerin, uygun bilgilere dayalı ve çıkar çatışmalarından arındırılmış kusursuz bir karar alma sürecinde alınan iş kararlarının sonradan değerlendirmesine sınırlama getirmesi gerektiği yönünde bkz. Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**, Art. 717, N. 4; iş adamı kararı kuralının, zararın yükümlülük ihlâlinden mi yoksa, yoksa takdir hatası veya beklenmeyen gelişmelerden mi kaynaklandığı hususunun tespitini kolaylaştıra bir araç olduğu, bu ilkenin mahkemece yapılacak incelemeyi, karar alma sürecine özgülediği, verilen kararların doğruluğunun sonradan değerlendirilmesine engel olduğu, yönünde bkz. Bozkurt Yaşar, **Business Judgement Rule**, s. 194.

¹⁶⁰² Hataları geriye dönük (ex post) perspektiften tanımlamanın ileriye dönük (ex ante) perspektiften tanımlamaktan daha kolay olduğu, diğer bir deyişle hataların tanımlanmasının bu hatalar gerçekleşikten sonra daha kolay olduğu, geçmişe bakıldığında, insan yargılarının genellikle bir sürecin sonucundan etkilendiği, “geri görüş önyargısı” olarak anılan durumun, kurumsal kararların gözden geçirme konusundaki isteksizliğin bir nedeni olduğu, ayrıca, kurumsal kararların genellikle zaman baskısı altında ve bazıları güvenilir gerçeklere dayanmayan büyük miktarda bilgi dikkate alınarak verilmek zorunda olduğu, diğer yandan yöneticilerin, kendi uzmanlık alanlarında, yani yönetimde, aynı zamanda bir risk içerebilecek kararlar almalarına izin veren bir takdir yetkisi talep edebilecekleri, tüm bunlar dikkate alınarak iş adamı kararı kuralının Amerikan hukukundan İsviçre hukukuna dahil edildiği, ancak bunun normatif bir şekilde gerçekleşmeyip, bağlılık borcuna ilişkin 717. maddenin öğretide yorumlanması suretiyle gerçekleştiği yönünde bkz. Gerhard, s. 256.

¹⁶⁰³ Bu konuda bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 75; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 584; Altay, **Yetki Devri**, s. 264; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 191; Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 660; Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 90; Hacımahmutoğlu, **Özen Yükümlülüğü**, s. 30; Çamurcu, s. 79.

incelemesi yapamayacağı gibi, takdir hakkının kapsamını belirlerken de somut olayın özelliklerini (işlem anındaki koşulları) dikkate almalıdır.

Buna göre, örneğin, bir bankanın yönetim kurulu üyeleri, bir kriz anında bankanın parasının döviz, hazine bonosu, fon vs. araçlarından biri ile değerlendirilmesine karar verdikten veya ekonomik kriz koşulları altında yüksek faizle borçlandıktan sonra koşulların değişmesiyle birlikte, bu işlemlerin zarar doğurduğu ileri sürülürse, işlemin yapıldığı sıradaki ekonomik koşulların mutlaka dikkate alınması ve buna göre değerlendirme yapılması zorunludur. Bu gereklilik, iş adamı kuralının (*business judgement rule*) da bir gereğidir. Aksi takdirde, olağanüstü dönemdeki bir işlemin olağan koşullara göre değerlendirmeye tâbi tutulmasının hatalı ve hukuka aykırı sonuçlara götüreceği açıktır.

İşlemin yapıldığı sıradaki somut koşulları, ihlâlin ve kusurun varlığını iddia eden davacı ispat etmelidir. Zîra gerek hukuka aykırılığı gerek bizim de katıldığımız görüş uyarınca kusuru davacı ispat yükü altındadır. Bununla birlikte, ispat yükünün yerine getirilmesi bakımından, mahkemece takdirî deliller ve dolaylı ispat bağlamında “*hayatın olağan akışına aykırılık*”, “*tecrübe ve mantık kuralları*” ve “*emareler*”in de dikkate alınmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir¹⁶⁰⁴.

5- Yerindelik İncelemesi Yapılamaması

Yönetim kurulunun şirketin yönetim ve temsilini gerçekleştirirken geniş bir takdir hakkı söz konusu olup, hâkim, takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığı konusunda yerindelik incelemesi yapamaz. Mahkemece yapılacak inceleme, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Nitekim, öğretide de takdir yetkisinin hatalı kullanılmasının sorumluluk sebebi olamayacağı isâbetle vurgulanmaktadır¹⁶⁰⁵.

Gerçekten, genel kabul gören görüş¹⁶⁰⁶ uyarınca yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık arasında vekâlet ilişkisi bulunduğu ve vekilin sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü olmayıp sadece özenle faaliyet göstermesi gerekli ve yeterli olduğundan,

¹⁶⁰⁴ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 1.

¹⁶⁰⁵ Çamoğlu, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı**, s. 10.

¹⁶⁰⁶ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, IV.

yerindelik incelemesi ve sonuca bağı bir değerlendirme yapılamaz¹⁶⁰⁷. Özen borcunun yerine getirilip getirilmediği belirlenirken, tedbirli bir yönetici gibi hareket edip etmedikleri ve bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin karar vermeden önce konu hakkında yeterli bilgiye, diğer bir deyişle gerekli teknik altyapıya sahip olup olmadıkları, bu konuda gerekli bilgi alma, inceleme, denetleme, teknik uzman desteği, karşılaştırma ve müzakere olanaklarını kullanıp kullanmadıkları, ayrıca bağlılık borcu bağlamında şirket menfaatlerini gözetip gözetmedikleri hususlarının incelenmesi söz konusu olup, bu inceleme yerindelik incelemesi yapıldığı anlamına gelmez. Bu unsurlarda bir eksiklik varsa, hâkim ancak o zaman yerindelik incelemesi yapabilir, diğer bir deyişle, verilen kararın yerinde olup olmadığını denetleyebilir¹⁶⁰⁸.

Ayrıca, öğretide, yönetim kurulunun mantık çerçevesinin dışına çıkan, örneğin zarara sebebiyet vereceği açık olan veya yüksek risk barındırmasına rağmen hiçbir getirisi olmayan kararları hakkında da yerindelik incelemesi yapılabileceği, ancak bu istisnanın çok sınırlı ve dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁰⁹. Esasen bu değerlendirme de, doğru ölçüler dahilinde yürütüldüğü takdirde yine de bir yerindelik denetimi vasfını taşımaz. Zira, işletme ve finans bilimine ya da örneğin ortaklığın işletme konusunun ilişkili bulunduğu lojistik alanına özgü bilimsel ölçülere göre, sorumluluk davasına konu edilen işlem veya eylemin hiç yapılmaması gerekiyorsa, burada yerindeliğin karşılık geldiği takdiri bir analizden çok, nesnel ve bilimsel bir değerlendirme söz konusu olacaktır.

¹⁶⁰⁷ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 88-89; Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 75; Hacımahmutoğlu, **Business Judgement Rule**, s. 113; Kortunay, s. 203; Gözetim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda yapılacak inceleme yerindelik incelemesi olmadığı konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 135.

¹⁶⁰⁸ Bu konuda bkz. Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 93-95.

¹⁶⁰⁹ Kırca, **Takdir Yetkisi**, s. 95-96; aşırı risk almanın yol açacağı sorumluluk konusunda, Almanya'da, mahkemelerin spekülasyon yatırımların özen borcunun ihlali oluşturduğuna ve (1) başarısızlık olasılığının başarı olasılığından açıkça daha yüksek olması, (2) riskin, potansiyel kârla orantısız olması veya (3) yatırımın şirketin varlığını tehlikeye atması hâllerinde iş adamı kararının sağladığı korumadan yararlanılamayacağına karar verdiği yönünde, buna karşılık aşırı risk alma konusunda İngiltere'de sorumluluğun pek olası bulunmadığı, iş kararlarının içeriği söz konusu olduğunda, mahkemelerin kararın verildiği sırada bazı uyarı işaretleri olsa bile hissedarların çıkarları yönünden kararın rasyonel veya mâkul olarak mantıklı olup olmadığını araştırdıkları ve karar verme süreci bakımından nesnel standartların geçerli olduğu yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 97, 98; yönetim kurulunun, yatırım ve diğer kararlarında, yoğun risklerden mümkün olduğunca kaçınması gerektiği ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 113 II 57 E. 3 kararının da bu yönde olduğu konusunda bkz. Wibmer, **OFK**, Art. 717, N. 3.

C- İncelemenin Aşamaları

Yukarıda değindiğimiz gibi, sorumluluk davalarında TTK m. 1521 uyarınca basit yargılama usûlü uygulanacaktır¹⁶¹⁰. Buna göre, basit yargılama usûlüne ilişkin inceleme aşamaları bu davada da aynen uygulanacak ve mahkeme dosya üzerinden karar verilmesinin mümkün olduğu hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden bir karar verebilecektir (HMK m. 320). Bu bağlamda, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar incelenecek, daha sonra¹⁶¹¹, bu defa hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri konusundaki itiraz ve def'iler değerlendirilip, duruşma aşamasına geçilmemişse ve mümkünse bu konular hakkında da dosya üzerinden karar verilecektir¹⁶¹². Örneğin, arabuluculuk dava şartının (TTK m. 5/A) yerine getirilmediğini veya davacının pay sahibi sıfatını taşımadığını¹⁶¹³ tespit eden mahkeme, duruşma günü tayin etmeksizin dosya üzerinden davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden reddine karar vermelidir. Aynı şekilde, ileri sürülen iddialarla ilgili olarak davalının hak düşürücü süre itirazını (TTK m. 558/2) veya zamanaşımı def'ini (TTK m. 560) yerinde gören mahkeme bu konuda dosya üzerinden davanın reddine karar verebilir¹⁶¹⁴ (HMK m. 138, 320).

Belirttiğimiz bu kurallar, sorumluluk davalarında da geçerli olan basit yargılama usûlüne ilişkindir. Oysa, yazılı yargılama usûlünde, sürelere ilişkin itiraz ve def'ilerin incelenme zamanı farklı olup, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusunda dosya

¹⁶¹⁰ Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, I, A.

¹⁶¹¹ Mahkemenin önce dava şartlarını ve daha sonra ilk itirazları inceleyeceği yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1285;

¹⁶¹² Bu kural, sorumluluk davalarında da geçerli olan basit yargılama usûlüne ilişkindir. Oysa, yazılı yargılama usûlünde, sürelere ilişkin itiraz ve def'ilerin incelenme zamanı farklı olup, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusunda dosya üzerinden karar verilmesi mümkün değildir; ancak ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahkikata başlanmadan önce bu konuda bir karar verilmesi söz konusudur (HMK m. 142). Yazılı yargılama usûlünde maddî hukuk kaynaklı süreler hakkında bir karar verilebilmesi için uyuşmazlık konularının tespit edilerek ön incelemenin tamamlanması ve tahkikata geçilmesi gerektiği yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1307; buna karşılık, süreler hakkında karar vermek için yargılamanın ve tahkikatın sonucunu beklemenin kaçınılmaz olduğu durumlarda bu konuda karar verilmesinin nihaî karara kadar ertelenebileceği yolunda bkz. Postacioğlu/Altay, **Usûl**, s. 488-489; bununla birlikte, uygulamada tarafların daha davanın başında süreler konusunda ısrarla beyanda bulunmalarına rağmen, mahkemelerin uzun bir süre yargılama yaptıktan ve delilleri topladıktan sonra süreler konusunda bir karar verilip davanın sonlandırılabilirdiği, bu durumun ise, usûl ekonomisine aykırı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 328.

¹⁶¹³ Davacının dava hakkına sahip olup olmadığı hususunun mahkemece bir ön sorun olarak incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 17.

¹⁶¹⁴ Bu kuralın, işin esasına girmeye engel teşkil eden usulî sorunların ileriye taşınmasının önüne geçme amacı taşıdığı, usûl ekonomisi ve adil yargılanma hakkının da bunu gerektirdiği, ayrıca taraflarda esasa ilişkin bir karar verileceği yolunda beklenti oluşmamasına ve dolayısıyla sürpriz karar verme yasağına da hizmet ettiği yönünde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1285.

üzerinden karar verilmesi mümkün değildir; ancak ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahkikata başlanmadan önce bu konuda bir karar verilmesi söz konusudur¹⁶¹⁵ (HMK m. 142). Yargılamanın aşamaları konusunda, inceleme konumuz bakımından özellik arz eden bir durum olmadığından burada daha fazla ayrıntıya girmeye gerek görmüyoruz.

D- Sorumluluğun Unsurlarının İncelenmesi Bakımından Bir Sıralama Olup Olmadığı

Mahkemece, dava şartları, ilk itirazlar ve süreler konusunda bir değerlendirme yapıp, davacının dava açma hakkına sahip bulunduğu kanaat getirilmesinden sonra esasa girilir ve sorumluluğun unsurlarının incelenmesi aşamasına geçilir¹⁶¹⁶. Öğretide, sorumluluk davasının ön şartının, zarar¹⁶¹⁷, kusur¹⁶¹⁸, hukuka aykırılık¹⁶¹⁹ olduğu yönünde farklı görüşler mevcuttur. Bazı Yargıtay kararlarında da öncelikle zararın varlığının incelenmesi gerektiğine işaret edildiği görülmektedir¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁵ Yazılı yargılama usûlünde maddî hukuk kaynaklı süreler hakkında bir karar verilebilmesi için uyuşmazlık konularının tespit edilerek ön incelemenin tamamlanması ve tahkikata geçilmesi gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez/Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1307; buna karşılık, süreler hakkında karar vermek için yargılamanın ve tahkikatın sonucunu beklemenin kaçınılmaz olduğu durumlarda bu konuda karar verilmesinin nihai karara kadar ertelenebileceği yolunda bkz. Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 488-489; bununla birlikte, uygulamada tarafların daha davanın başında süreler konusunda ısrarla beyanda bulunmalarına rağmen, mahkemelerin uzun bir süre yargılama yaptıktan ve delilleri topladıktan sonra süreler konusunda bir karar verip davanın sonlandırılabilirdiği, bu durumun ise, usûl ekonomisine aykırı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 328.

¹⁶¹⁶ Sorumluluğun unsurlarının, dava açma hakkının varlığının tespitinden sonra incelenebileceği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 18, 29.

¹⁶¹⁷ Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 49; Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 293; yazar, bu görüşünü, sorumluluk davalarının vazgeçilmez şartının zarar olduğu, zarar olmayan yerde sorumluluğun olmayacağı, zararın varlığının onun tazmini ile ilgili talebin doğumuna neden olacağı şeklinde açıklamakta ise de, hukuka aykırı bir eylem, yani bir yükümlülük ihlali yoksa veya uygun nedensellik bağı yoksa yahut kusur yoksa yine sorumluluktan bahsedilemeyeceği, diğer bir deyişle her bir unsurun varlığının sorumluluk için olmazsa olmaz şart olduğu, diğer bir deyişle bu unsurların tümünün birlikte gerçekleşmesi gerektiği dikkate alındığında yazarın görüş ve gerekçesine katılma olanağı bulamıyoruz.

¹⁶¹⁸ Kayar/Özatlan, s. 22.

¹⁶¹⁹ Yüksel, **Sorumluluk**, s. 360.

¹⁶²⁰ “Dava, anonim şirket yöneticisi aleyhine açılmış sorumluluk davası olup; olaya uygulanması gereken 6762 Sayılı TTK’nın 336. vd. maddeleri doğrultusunda öncelikle şirket veya ortakları tarafından şirketin yapılan işlem dolayısıyla zarara uğradığı ispatlanmalı; akabinde sorumlu olduğu iddia olunan yöneticinin zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 15.04.2019 T., 2018/1173 E. ve 2019/2948 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için de öncelikle bir zararın doğması şarttır. Zarar meydana gelmiş ise, yöneticiler veya denetçilerin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir” (bkz. Yarg. 11. HD’nin 26.10.2009 T., 2008/6571 E. ve 2009/10962 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İnceleme sırası ne olursa olsun, tüm unsurların birlikte varlığının sorumluluk için zorunlu olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle, sorumluluğun unsurları bakımından esasen bir öncelik sonralık ilişkisi veya ön şart – son şart gibi bir ilişki bulunmayıp, kanımızca unsurların mâhiyetine göre sadece uygulama açısından bir inceleme sırası söz konusu olabilir. Bu bağlamda, sorumluluğun hukuka aykırılık ve zarar unsurları, kusur ve uygun nedensellik bağına göre daha somut olup, bunların tespiti daha hızlı ve kolay gerçekleştirilebilir. Gerçekten gerek kusur gerek nedensellik bağı, kusurun objektifleştirilmesi ve somutlaştırılması konusunda yeni düzenleme (TTK m. 369) yapılmış olmasına rağmen, diğer unsurlara göre daha soyut olup, bunların ispatı daha güçtür. Bu nedenle, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediğinin ve özellikle zarar unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti kimi durumlarda daha kolay ve hızlı olabilir. Buna karşılık, kusur ve nedensellik bağının tespiti ise, biraz daha derinlemesine araştırma, inceleme ve analizlerin yapılmasını gerektirebilir¹⁶²¹. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre özellikle hukuka aykırılık ve zarar unsurlarının bulunup bulunmadığının daha hızlı incelenbildiği durumlarda, öncelikle buna bakılması düşünülebilir. Nitekim, HMK m. 143/2’de de, hâkimin yargılamayı basitleştirmek veya kısaltmak için re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine tahkikatın her aşamasında iddia veya savunmalardan birinin veya bir kısmının diğerinden önce incelenmesine karar verebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, hâkim, sorumluluğun unsurlarının incelenme sırası bakımından bir takdir hakkına sahiptir. Bununla birlikte, bunun yapılması, diğer unsurların varlığının araştırılmasının ihmal edilmesi veya bu unsurların gerçekleştiğinin doğrudan (peşinen) kabulü şeklinde bir sonuca götürmemelidir¹⁶²².

Buna göre, mahkemenin sorumluluğun unsurları bağlamında yapacağı araştırma kapsamında, somut olayda farklı bir özellik yoksa, öncelikle hukuka aykırı bir fiil ve şirket zararı olup olmadığı (zararın varlığı) belirlenmeli, bundan sonra zararın miktarı, kusur ve uygun nedensellik bağı çerçevesinde gerekli inceleme yapılarak bu unsurların da mevcudiyeti hâlinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanarak sorumluluk miktarları belirlenmelidir. Kanundan ve esas sözleşmeden doğan bir yükümlülük ihlâl

¹⁶²¹ Nedensellik bağının ispatı bakımından, tam ispat ölçüsünün karşılanması zor olduğu, bu nedenle yaklaşık ispatın yeterli görülmesi gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 50.

¹⁶²² Buna karşılık, Gümüş, bir zararın varlığı durumunda genel hayat tecrübelerine göre ve olayların olağan ve düzenli akışından kolaylıkla özen yükümünün ihlâl edildiği sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir; bkz. s. 384. Bu şekilde bir genelleme yapmanın mümkün olmadığı ve ayrıca uygulamanın eğilimleri dikkate alındığında ağır sonuçlara yol açabileceği kanısındayız.

edilmemişse veya ihlâl tespit edilmesine rağmen, bundan doğan bir şirket zararı yoksa sorumluluk davasının reddi gerekecektir. Ancak, ihlâlin ve şirket zararının varlığı tespit edildikten sonra, bu zarardan dolayı kimin hangi miktar için tek başına ve hangi miktara kadar kiminle müteselsilen sorumlu olduğu, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında değerlendirilecektir. Hemen belirtelim ki, yaptığımız bu açıklamalar, sadece inceleme sırası bakımından olup, sorumluluğun unsurlarından bir veya birkaçının sorumluluğun ön şartı olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim, sadece uygulama (pratik) açıdan belirttiğimiz inceleme sırasını temellendiren bir maddî hukuk kuralının da bulunmadığı kabul etmek gerekir. Ayrıca, vâkıa ve delillerin sunulması ve bu bağlamda ispat bakımından bir sıra bulunmadığı ve yargılama hukukunda teksif ilkesinin geçerli olduğu dikkate alındığında, sorumluluğun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda uygulamada esasen mahkemece birlikte inceleme yapılması söz konusu olacağını ifade etmek gerekir.

E- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesinin Uygulanması

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, şirket zararının ne kadarının hangi sorumlu tarafından tazmin edileceği sorusunun cevabı ile ilgilidir¹⁶²³. Müteselsil sorumluluk ilkesinin mutlak ve katı olarak uygulanması hâlinde, davalıların ne ölçüde zarar verdiğinden bağımsız olarak ve zararın oluşmasına az veya çok katkısının olması yeterli görülerek, şirketin uğradığı tüm zararın tazmini amaçlanır. Buna karşılık, farklılaştırılmış teselsülde, “*şirketin uğradığı zararın tazmini*” bakış açısıyla konuya yaklaşılmayıp, uygun nedensellik bağı temelinde “*davalıya yükletilebilen zararın tazmini*” penceresinden bakılır. Buna göre, mahkemece şirketin uğradığı zarar tespit edilecek olmakla birlikte, asıl önemli olan şirketin ne kadar zarara uğradığı değil kimin ne kadar zarar verdiği ve davalılar arasındaki teselsül ilişkisidir¹⁶²⁴. Bu çerçevede inceleme ve değerlendirme yapılacaktır.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, hâkimin ileri sürülen iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde re’sen uygulayacağı emredici bir kuraldır¹⁶²⁵. Hâkim,

¹⁶²³ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, D.

¹⁶²⁴ Sorumluların, tek başına ve birlikte verdikleri zararların birbirinden ayırt edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yördem, s. 110.

¹⁶²⁵ Sorumluların dış ilişkideki sorumluluk oranlarının tespitini hâkimin re’sen yapması gerektiği yönünde bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 51; buna karşılık, temel varsayımın tam müteselsil sorumluluk olduğu, sorumluluğun daha az olduğunu ispat yükünün en azından kusur yönünden davalıya

taraflar bu ilkenin uygulanmasını açıkça talep etmemiş olsalar dahi, sorumluluğun miktarını belirlerken bu ilkeyi uygulamalı ve kusurun derecesi ile durumun gereklerini dikkate almalıdır. Şüphesiz, bu, hâkimin re’sen araştırma yapacağı anlamına gelmemekte olup, hâkimin bu konudaki inceleme ve değerlendirmesi, dosyadaki mevcut vâkıa ve delillerle sınırlı olacaktır. Davalılardan her biri farklı def’î ve itirazlara dayanma hakkına sahip olduğu için¹⁶²⁶, hâkim de her bir davalının ileri sürdüğü itiraz ve def’îleri ayrı ayrı incelemek suretiyle bir değerlendirme yapacaktır.

Müteselsil sorumluluk, kural olarak yönetim kurulunun “kurul” olarak yerine getirmesi gereken görevleri bakımından gündeme geleceğinden, farklılaştırılmış teselsül de esasen bu hâlde uygulanacaktır. Bununla birlikte, belirttiğimiz hâl dışında da farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin, kurul hâlinde yerine getirilmesi gereken bir görevin dışında, şirkete birlikte zarar verilmesi hâlinde de zarara sebebiyet verenler müteselsilen sorumlu olacaklar ve bu ilke yine uygulama alanı bulacaktır. Diğer yandan, tek kişilik yönetim kurulunun söz konusu olması hâlinde, bu ilkenin uygulanması ancak yönetim kurulu üyesi ile birlikte görevli başka yöneticilerin bulunması hâlinde gündeme gelebilecektir. Örneğin, yönetim kurulunu oluşturan tek kişi TTK m. 367’ye göre yetkilerini devretmişse (TTK m. 367, 553/2) aslî sorumluluğa tâbi olan yetkiyi devralan (örneğin, genel müdür, müdür yardımcıları vd.) ile gözetim sorumlusu konumundaki yönetim kurulu üyesi arasında müteselsil sorumluluk geçerli olacak ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanacaktır. Buna karşılık, yönetim kurulunu oluşturan tek kişiden başka bir yönetici yoksa, bu durumda müteselsil sorumluluk ve dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül ilkesi de sözkonusu olmayacak, sadece bireysel sorumluluk gündeme gelecektir¹⁶²⁷. Ancak hemen belirtelim ki, farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile uygulanması amaçlanan TBK m. 51-52’deki bireysel indirim sebepleri, bireysel sorumluluk bağlamında yine uygulanacaktır¹⁶²⁸.

düştüğü yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 341; ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında yapılacak bir sözleşme ile müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli olmasının kabul edilebileceği yönünde bkz. Çamurcu, s. 123.

¹⁶²⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 249.

¹⁶²⁷ Tek kişilik yönetim kurulunun bulunması durumunda bu ilkenin uygulanmayacağı yolundaki görüş için bkz. Şener, s. 425; tek kişilik yönetim kurulunun varlığı hâlinde farklılaştırılmış teselsül ilkelerinin değil, bireysel sorumluluğun uygulanacağı yönünde bkz. Yördem, s. 173.

¹⁶²⁸ TBK m. 51 ve 52 hükümlerinin gerek bireysel olarak gerek birlikte verilen zararlar bakımından uygulanacağı yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 70.

Ayrıca, sorumlular çevresine birden fazla sorumlunun dâhil bulunmasına rağmen sorumluluk davasının tek bir sorumluya karşı açılmış olması hâlinde de farklılaştırılmış teselsül ilkesi dikkate alınacak ve yukarıda belirttiğimiz gibi mahkeme davalının tüm sorumlular arasındaki konumunu, eylem ve kusurunu değerlendirip bir sonuca ulaşacaktır¹⁶²⁹.

Bu açıklamalar ışığında, her bir davalı, kusuruna ve durumun gereklerine göre, kendisinin sebep olduğu veya katkıda bulunduğu, diğer bir deyişle şahsen kendisine yükletilebilen zarar tutarı ile sınırlı olarak sorumlu olacak, bu şekilde belirlenecek sorumluluk tutarı bireysel olarak tek başına sorumlu olsa idi tazmin etmesi gereken tutardan daha yüksek olamayacaktır¹⁶³⁰. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de hâkimin, her bir davalının tek başına sorumlu olsa idi ne kadarlık bir zarardan sorumlu tutulacağını belirlemekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir¹⁶³¹.

Mahkeme, yapacağı incelemede, öncelikle¹⁶³², davalıların (her bir davalının) kanunda gösterilen (TTK m. 553/1) “*sorumlu kişiler*” arasında olup olmadığını tespit edecektir. Davalının sorumlu kişiler grubuna dâhil olduğunu tespit ederse, bu defa her bir davalı bakımından, o kimsenin tek başına sorumluluğu varmış gibi, sorumluluğun unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini bu kişi bakımından araştıracaktır¹⁶³³.

Bu bağlamda, mahkemenin sorumluluğa yol açtığı iddia edilen eylemin (karar, işlem veya davranışın) müteselsil sorumluluğa mı yoksa bireysel sorumluluğa mı yol

¹⁶²⁹ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 326; Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 71; Çamurcu, s. 121; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, I, B, 3.

¹⁶³⁰ Karayalçın, s. 671; Yördem, s. 99; Doğan, s. 258; Altay, **Yetki Devri**, s. 322; Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 70.

¹⁶³¹ Altay, **Yetki Devri**, s. 334 ve dn. 161’te atıf yapılan 14.12.1999 tarihli Moore &Co/Banque Cantonalefu Jura içyihadı; Yördem, s. 99, 162.

¹⁶³² Mahkemenin farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında yapacağı inceleme ve değerlendirmenin aşamaları bakımından, Altay, farklılaştırılmış teselsülün dış ilişkide (sorumluluk davasında) uygulanmasının dört aşamaya bölünerek ele alınabileceğini, bunların sorumluların belirlenmesi, sorumluluğun unsurlarının (şartlarının) sınanması ve kontrol ilkesinin uygulanması, sorumluların bireysel sorumluluk tavanlarının belirlenmesi, müteselsil sorumluluğun kapsamının belirlenmesi aşamaları olduğunu ifade etmektedir; bkz. **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 71. Akdağ Güney de, bu konuda şu sıralamayı öngörmektedir: “İlk adımda her bir sorumlunun kusuruyla yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla verdiği zarar tespit edilecektir. İkinci bir adımda ise, şahsi indirim sebeplerine dayalı olarak tazminat miktarından bir indirim söz konusu olup olmadığına bakılacaktır. Hakkında geçerli bir indirim sebebi olan kimse, bu miktara kadar diğerleriyle müteselsilen sorumludur” (**Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1224). Bu konuda ayrıca bkz. Çamurcu, s. 128.

¹⁶³³ Farklılaştırılmış teselsülün uygulanması ve inceleme sırası bakımından ayrıca bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 69 vd.; Çamurcu, s. 124 vd.

açtığını belirlemesi gerekir. Özellikle, şirketle işlem yapma, borçlanma ve rekabet yasalarına aykırılık, üyenin haksız fiili nedeniyle ortaklığın üyeye rücu etmesi gibi hâllerde üyenin bireysel (tek başına) sorumluluğu söz konusudur¹⁶³⁴. Bu nedenle, mahkemenin bireysel olarak ve kurul hâlinde yapılan işlemleri birbirinden ayırması ve buna bağlı olarak da zararların bireysel olarak mı yoksa birlikte mi verildiğini tespit etmesi gerekmektedir¹⁶³⁵.

Mahkemece, bu hususların ve ayrıca her bir davalı bakımından sorumluluğun unsurlarının varlığının tespit edilmesi hâlinde, tespit edilen şirket zararından hangi davalının hangi miktar için tek başına ve hangi miktara kadar kiminle müteselsilen sorumlu olduğu, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında değerlendirilecek ve bu bağlamda indirim sebepleri dikkate alınacaktır¹⁶³⁶. Tekrar ifade edelim ki, farklılaştırılmış teselsül ilkesi, her bir davalının şirkete karşı sorumlu olduğu tazminat tutarının, ayrıca dış ilişkide zararın davalılar arasındaki dağılımının ve teselsül ilişkisinin belirlenmesini sağlamaktadır.

Bu bağlamda, TTK m. 557/2 uyarınca şirketin uğradığı zararın tamamının tazmini talep edilmiş ise, mahkemece şirket bakımından bir inceleme yapılarak, tüm sorumlulara karşı dava açılıp açılmadığına bakılmaksızın zararın tamamının tespiti gerekecektir¹⁶³⁷. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, bu zararın ne kadarının davalılardan hangilerine izafe edileceğinin ve davalıların varsa müteselsilen sorumlu olduğu kesitlerin belirlenmesini sağlayacaktır.

Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı bir karar ve davranış ile bundan doğan bir şirket zararının varlığının tespiti hâlinde, bu defa diğer unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve içeriğinin her bir davalı bakımından ayrı ayrı belirlenmesi söz

¹⁶³⁴ İmregün, **Hukukî Sorumluluk**, s. 266-267.

¹⁶³⁵ Bir organın verdiği zararın ister müteselsil ister bireysel sorumluluğun kapsamına olsun aynı davada talep edilebileceği yönünde bkz. TTK m. 557'nin madde gerekçesi; ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, N. 16-131; Birlikte verilen zarar unsurunun farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmasının bir şartı olduğu konusunda bkz. Yörtem, s. 140; bu konuda ayrıca mahkemenin öncelikle “*aynı zarar - birlikte verilen zarar*” ve “*tek başına verilen zarar*” ayrımı yapması gerektiği yolunda bkz. Doğan, s. 256-257.

¹⁶³⁶ Sorumluların sorumlu oldukları zarar kesitinin örtüşmesinin müteselsil sorumluluğu beraberinde getireceği ve müteselsil sorumluluğun her bir bireysel sorumluluk miktarının birbirleriyle olan en küçük ortak paydası düzeyinde mevcut olduğu yönünde bkz. Altay, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 72.; ayrıca, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin çıkış noktasının esasen bireysel sorumluluk olduğu yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 324.

¹⁶³⁷ Mahkemenin bu incelemeyi re'sen yapması gerektiği yönünde bkz. Doğan, s. 262.

konusu olacaktır. Şöyle ki, mahkeme, her bir davalının gerçekleştirdiği ihlâlin hangi zarara sebebiyet verdiğini uygun illiyet bağı çerçevesinde araştıracaktır¹⁶³⁸. Bu araştırma yapılırken, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında indirim sebeplerinin (TBK m. 51-52) dikkate alınması gerekmektedir. Böylece, her bir davalı için tek başına sorumlu olsa idi ne miktar için sorumlu olacağı, diğer bir deyişle, bireysel sorumluluk tavanı belirlenmiş olacaktır. Buna göre, bireysel sorumluluk tavanı, mahkemece sorumluluğun unsurlarının varlığının tespit edip tazminatın belirlenmesi konusunda farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre indirim sebepleri uygulandıktan sonra hesaplanmakta ve bir kimsenin tek başına ve müteselsilen dış ilişkide tazmin etmekle yükümlü bulunduğu azami (en yüksek) miktarı ifade etmektedir¹⁶³⁹. Sorumlu kişi, bu tutarın bir kısmından tek başına, bir kısmından da diğer sorumlularla birlikte müteselsilen sorumlu olabilir. Ancak, önemli olan husus, ortaklık daha fazla zarara uğramış olsa dahi, kişinin sorumluluk tavanından daha yüksek miktarı ödemeye mahkûm edilememesidir. Şüphesiz, bir kimsenin dış ilişkideki sorumluluk tavanı ile iç ilişkideki sorumluluk miktarı (payı) farklılık gösterebilecektir. Diğer bir deyişle, bireysel sorumluluk tavanı, iç ilişki bakımından bağlayıcı değildir, sadece dış ilişkide (sorumluluk davasında) hüküm ifade eder.

Bununla birlikte, uygun nedensellik bağı veya sorumluluğun unsurlarından diğer unsurlarından birinin mevcut olmadığının tespit edilmesi hâlinde, sorumluluk hiç doğmayacağından farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında indirim sebeplerinin uygulanması aşamasına geçilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla, bireysel indirim sebeplerinin uygulanması, sorumluluğun tüm unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır.

Hemen belirtelim ki, kusurun derecesi ve durumun gereklerinin dış ilişkide de incelenmesi iç ilişkidekinden farklı olacak, rücu davası bakımından bağlayıcı olmayacaktır¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁸ Nedensellik bağının her bir davalı için ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 41; uygun nedensellik bağı hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, V.

¹⁶³⁹ Bireysel sorumluluk tavanının belirlenmesi konusunda bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 43 vd.; bireysel sorumluluk tavanı ile kastedilenin iç ilişkideki sorumluluk miktarı olmadığı, bu sorumluya başvurulabilecek en üst miktarı olduğu yönünde bkz. Çamurcu, s. 114, 129.

¹⁶⁴⁰ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, b, aa.

Dış ilişkide bireysel sorumluluk tavanının belirlenmesinde dikkate alınan öğelerin başında “*kusurun derecesi*” gelmekte olup, bu önemli bir farklılaşma sebebidir¹⁶⁴¹. Kusurun kasıt, ağır ihmal veya hafif ihmal olup olmamasına göre sorumluluk miktarı da değişecektir¹⁶⁴². Oysa, eTTK döneminde, kusurun derecesinin sadece rücu ilişkisinde dikkate alınacağı savunulmakta¹⁶⁴³, ancak bu fikrin kanuna aykırı olduğu ifade edilmekteydi¹⁶⁴⁴. Her bir davalının kusur derecesi ayrı ayrı değerlendirilecek olup, davalılar arasında bir karşılaştırma yapılmaz. Söz konusu karşılaştırma ileride iç ilişkinin inceleneceği rücu davasının konusunu oluşturur.

Kanunda açıkça ifade edilen diğer bir unsur olan “*durumun gerekleri*” kriteri ise, hâkime geniş bir takdir yetkisi verir¹⁶⁴⁵. Bu konuda TBK m. 51-52’de tazminatın belirlenmesine yönelik olarak düzenlenen esaslar ve indirim sebeplerinden yararlanılacaktır¹⁶⁴⁶. TBK m. 51’de, farklılaştırılmış teselsüle ilişkin hükme benzer şekilde, hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken, “*durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını*” göz önüne alacağı ifade edilmiş; TBK m. 52’de de indirim sebepleri düzenlenerek zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkimin bu hâlde de tazminatı indirebileceği öngörülmüştür¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴¹ Anonim şirketler hukuku kapsamında tazminat yükümlülüğünü azaltmanın en önemli nedenlerinin, kusurun derecesi ve zarar gören tarafın kendi ihmali olduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 75; kusurun derecesi bakımından bu yönde ayrıca bkz. Yördem, s. 130; Çamurcu, s. 131; farklılaştırılmış teselsül ilkesinin, kusurun derecesinin ve dolayısıyla şirket menfaatine uygun hareket edilmesi kriterinin önemini artırdığı yönünde bkz. Ayan, s. 31.

¹⁶⁴² Kusur oranının tespitinde, şirketin işletme ve yönetim organizasyon yapısının belirleyici rol oynayacağı yönünde bkz. Doğan, s. 287; kasıtlı olarak gerçekleştirilen ihlallerin iş adamı savunması korumasına girmeyeceği yönünde bkz. Gerhard, s. 260.

¹⁶⁴³ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 17.

¹⁶⁴⁴ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 79.

¹⁶⁴⁵ İndirim sebeplerinin tazminatın miktarına etkisi (bu faktörlerin nasıl ağırlıklandırılacağı) konusunda hâkimin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 75, 81.

¹⁶⁴⁶ Bu konuda bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 41a-41ç; Doğan, s. 261.

¹⁶⁴⁷ Doğan, s. 263; sorumluluk davasında belirlenen tazminatın, davalıyı ekonomik açıdan zor durumda bırakacak tutarda olması hâlinde indirilmesinin mümkün olduğu yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 384; Yördem, s. 165; indirim sebeplerinin varlığı hâlinde, sorumlu tarafın ödeyeceği tazminat miktarının zarar miktarından her zaman düşük olacağı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 75.

Her bir davalı, kendisi tek başına sorumluymuş ve müteselsil sorumluluk yokmuş gibi, her türlü kişisel savunmayı ve indirim sebebini ileri sürme, bu nedenle tazminattan indirim yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Her bir davalı bakımından ayrı ayrı yapılacak değerlendirmede bu savunmalar ayrı ayrı dikkate alınacaktır.

Bu bağlamda, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüğü ihlâl eden kimse (aslî fail) ile buna itiraz etmeyen ve pasif kalan kimsenin sorumluluk miktarı da aynı olmayabilir. Hâkim, aslî fail olmamayı bir indirim sebebi olarak değerlendirebilir. Belirttiğimiz olasılıkta, şirket zararının doğumuna ilişkin somut olayın özellikleri dikkate alınacaktır.

Durumun gerekleri kapsamında, zarar gören anonim ortaklığın rızası da sorumluluk miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilecek (TBK m. 52), hatta yukarıda belirttiğimiz üzere¹⁶⁴⁸, ortaklık ve pay sahipleri bakımından sorumluluk davası açılmasının TMK m. 2'ye göre dürüstlük kuralına aykırı görüldüğü hâllerde bu kimseler tarafından açılan davanın bu nedenle reddi gerekebilecektir¹⁶⁴⁹. Ancak, işaret etmek gerekir ki, ortaklık tarafından zarar verici işleme rıza gösterilmiş olması, ortaklığın rızasına katılmış olmayan pay sahiplerinin dava hakkını etkilemeyecek ve onların açtığı sorumluluk davasında zararın indirilmesini dahi gerektirmeyecektir. Buna karşılık, pay sahibi ortaklığın rızasına katılmışsa (örneğin genel kurul toplantısında işlemin yapılması yönünde oy kullanmışsa) kendisinin dava açması TMK m. 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.

TTK m. 553/3'te öngörülen ve hiç kimsenin kendi kontrolü dışındaki kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklardan dolayı sorumlu tutulamayacağı yolundaki hüküm de sorumluluğun belirlenmesinde önemli olup, bu hüküm, sorumluluğun tamamen ortadan kalkması sonucunu doğurabileceği gibi, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında sorumluluk miktarından indirim yapılmasını da gerektirebilir.

Ayrıca, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin yönetim yetkilerinin devri (TTK m. 367) hâlinde özel bir anlamı olduğunu da belirtmek gerekir. Gerçekten, yönetim

¹⁶⁴⁸ Bu konuda hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, C, ve II, H.

¹⁶⁴⁹ Zarar görenin kusurlu olmasının sadece indirime değil, tamamen sorumluluktan kurtulmaya da neden olabileceği, bu bağlamda pay sahipleri ile alacaklıların zarar veren işleme müsamaha göstermelerinin buna örnek verilebileceği yolunda bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 49.

yetkilerinin devredilip devredilmediği farklılaştırılmış teselsül bağlamında dikkate alınması gereken diğer bir önemli olgudur¹⁶⁵⁰. Zîra, yetkiyi devralan ve işlemi gerçekleştirenlerle, yetkiyi devreden ve sadece gözetim sorumluluğuna tâbi olan kimselerin sorumluluğu, seçimde mâkul özen gösterilmemiş olması ve diğer unsurların da kasten veya ağır kusur ile ihlâl edilmesi hâlleri hâriç olmak üzere, aynı olmamalı, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında bir ayırıştırma yapılmalıdır¹⁶⁵¹. Gözetim yetkilileri, yetkiyi devralanların işlem ve faaliyetlerini takip ve kontrol etmek, gerektiğinde onlara talimat vermek ve hatta talimatın faydasız olacağı anlaşılan veya zararın önlenmesi veya artmasının engellenmesi için gerekli olan hâllerde onları derhal azletmekle yükümlüdürler. Azil yapılmaması veya geç yapılması nedeniyle zarar artmışsa, gözetim yetkilisi de bundan dolayı sorumlu olur¹⁶⁵² ve bu husus da farklılaştırılmış teselsül bağlamında dikkate alınır. Bu bağlamda, görev tanımlarının, yöneticiler arasındaki ilişkilerin ve hiyerarşinin, karar alma süreçlerinin ve hesap verme ilişkilerinin düzenlendiği iç yönerge farklılaştırılmış teselsül bakımından özel bir öneme sahiptir¹⁶⁵³. Ayrıca, gerek komitelerin oluşturulması ve çalışmalarının değerlendirilmesi gerek komite içerisinde yönetim kurulu üyeleri varsa bunların durumu, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bakımından da durumun gerekleri bağlamında dikkate alınacaktır¹⁶⁵⁴.

Diğer yandan, üçüncü kişilerin zararın oluşmasına katkıda bulunmaları, kural olarak tazminatta indirim sebebi teşkil etmez; üçüncü kişinin kusuru, ancak zarar verenin kusurunun hafifletilmesini haklı gösteriyorsa tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir¹⁶⁵⁵. Ayrıca, üçüncü kişinin davranışı nedensellik bağının kesilmesi sonucunu doğruyorsa, bu durumda sorumluluğun unsurlarından biri gerçekleşmediğinden yöneticinin sorumlu tutulamaması gerekir¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁰ Buna karşılık, ortaklığa murahhas atanmışsa farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı yolundaki farklı görüş için bkz. Şener, s. 428.

¹⁶⁵¹ Altay, *Farklılaştırılmış Teselsül*, s. 72; buna karşılık, böyle bir ayırıştırma gidilmeyeceği, gözetim görevini kasten veya ağır kusuru ile ihlâl edenlerin sorumluluğunda, yetki devrinden bahisle indirime gidilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı yönünde bkz. Çamurcu, s. 137.

¹⁶⁵² Altay, **Yetki Devri**, s. 137

¹⁶⁵³ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 193-194.

¹⁶⁵⁴ Altay, **Yetki Devri**, s. 75-76; buna karşılık komitelerin oluşturulmasının bireysel indirim sebebi olarak dikkate alınamayacağı yönünde bkz. Çamurcu, s. 140.

¹⁶⁵⁵ Akdağ Güney, **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1223; Yördem, s. 133; üçüncü kişinin kusurunun çok nadir olarak indirim sebebi olabileceği yönünde ayrıca bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 49.; bu konuda ayrıca bkz. Çamurcu, s. 141.

¹⁶⁵⁶ Üçüncü kişinin ihmalinin, genel sorumluluk hukukunda yalnızca çok istisnai durumlarda indirim nedeni teşkil ettiği ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin nedensellik bağının kesilmesi konusunda

Bununla birlikte, davalının zarar verici eylem sonucunda bir menfaat elde edip etmediği, yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığı, yönetim kurulu üyeliğini bir meslek olarak yerine getirip getirmediği, ücret alıp almadığı veya ne kadar ücret aldığı, zaman ayırıp ayıramadığı gibi hususlar, farklılaştırılmış teselsül ilkesinden bahisle indirim sebebi olarak dikkate alınamaz¹⁶⁵⁷.

Yukarıda belirttiğimiz ve somut olayın özelliklerine göre genişletilebilecek durumun gerekleri konusunda hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmakta olup, hâkim indirim sebeplerini dikkate alarak tazminat miktarını ve bu bağlamda her bir davalının bireysel sorumluluk tavanını belirleyecektir. Ayrıca, hâkim, farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre, davalıların sorumlu olduğu zarar kısımlarının örtüşüp örtüşmediğini tespit ederek, örtüşen kısım bakımından bu kimselerin müteselsil sorumluluklarına hükmedecektir. Müteselsil sorumluluğun üst sınırı, bireysel sorumluluk miktarı olup, bunun aşılması mümkün değildir. Bu bağlamda, 557. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü grupların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir¹⁶⁵⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, hâkim, sorumlular çevresinin bütününe göz önünde bulundurup davalı sorumlunun bunlar içindeki yerini doğru tespit etmekle yükümlü olmakla birlikte, sadece davalılar hakkında hüküm tesis eder. Zîra, sorumluluk davasının konusu, davalıların sorumluluğu ile sınırlıdır. Bu nedenle, davalı olmayan kimselerin sorumluluk koşulları, farklılaştırılmış teselsül ilkesi gerekçesiyle dahi olsa bu davada incelenemez ve her bir davalının kusur derecesi taraf olmayan sorumluların kusur derecesi ile karşılaştırılmaz¹⁶⁵⁹. Her bir davalının tek başına sorumluymuş gibi sorumluluğunun belirlenmesi ve bu bağlamda savunmalarının dikkate alınması, diğer sorumlularla arasında bir karşılaştırma yapılmasına engeldir. Önemli olan husus, o davalının tek başına ne kadar zarara sebebiyet verdiğidir. Bu sorunun cevabı diğer sorumlulardan bağımsız olup, sadece o davalı bakımından inceleme yapılması, bunun

yüksek kriterler getirdiği ve davaların büyük çoğunluğunda bu yöndeki savunmaların reddedildiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 59, 77.

¹⁶⁵⁷ Bu yönde bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 384; Yördem, s. 162, 165; Doğan, s. 264; ücret düşüklüğünün indirim sebebi olmadığı yönünde bkz. Çamurcu, s. 133-134; ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, F, 1.

¹⁶⁵⁸ Bu yönde ayrıca bkz. Pulaşlı, **Özen Yükümlülüğü**, s. 47; Doğan, s. 260-261.

¹⁶⁵⁹ Bu konuda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 331, 332.

için yeterlidir. Şüphesiz, bu ilke, sorumluluğa yol açan ihlâlinin (vâkıanın) bir bütün olarak değerlendirilmesine engel değildir. Ancak, burada ölçülmesi hedeflenen olgu, davalının kendisinin ne kadar zarara sebebiyet verdiğinin, diğer bir deyişle, zararın ne kadarının o davalıya yükletilebileceğinin tespittir. Nitekim, her davalının ayrı ayrı bireysel indirim sebeplerini ileri sürme hakkının bulunması ve kural olarak sadece ileri süren tarafın bunlardan yararlanabilmesi de bu sonucu haklı kılmaktadır.

F- Zararın Varlığının Tespit Edilmesine Rağmen Miktarının Belirlenememesi Halinde Hakîmin Takdir Hakkı (TBK m. 50/2)

Sorumluluk davalarında, özellikle davanın pay sahipleri tarafından açıldığı durumlarda bu kimselerin sınırlı ispat araçlarına sahip olmaları nedeniyle, zararın varlığı ortaya konulmuş olmasına rağmen zarar miktarının açık ve kesin olarak kanıtlanması güçlük arz edebilir. Esasen, bu güçlük somut olayın özelliklerinden de kaynaklanabilir¹⁶⁶⁰. Bu durumda, mahkemece dava reddedilmeyip, ödenmesi gereken tazminat miktarının hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Nitekim, TBK'nın 50/2. maddesinde, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hâllerde, hâkimin, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, sorumluluğun unsurlarının ve bu bağlamda zararın gerçekleştiğini (varlığını) ispat eden davacı zarar miktarını kanıtlamamış olsa dahi, hâkim, TBK m. 50/2'ye göre tazminat miktarını hakkaniyete göre takdir edecektir¹⁶⁶¹. Şüphesiz, mahkeme yapacağı bu değerlendirmede, tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m. 51 hükmünü de dikkate alacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, TBK m. 50/2 hükmünün uygulanabilmesi için, davacının az veya çok bir zararın gerçekleştiğini, diğer bir deyişle sorumluluğun bir unsuru olarak zararın varlığını kanıtlamış olması gereklidir¹⁶⁶². Örneğin, mahkemece

¹⁶⁶⁰ Zararın saptanmasının güçlüğü konusunda bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 244; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 58.

¹⁶⁶¹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42/2 hükmü (TBK m. 50/2) uyarınca bir zarar tespitinin ön koşulları karşılanması hâlinde, davacı bunu talep etmese dahi mahkemenin bu hükmü re'sen uygulaması gerektiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 38; hâkimin sorumluluk davalarında TBK m. 50/2'yi (eski m. 42/2'yi) uygulayabileceği yönünde bkz. Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 58; Kortunay, s. 257; Çamurcu, s. 58.

¹⁶⁶² TBK m. 50/2'nin (eski BK. m. 42/2'nin) alacaklıya bir ispat kolaylığı sağladığı, yoksa ispat yükünün yer değiştirmede, alacaklının zararın miktarını ispatlayamadığını ortaya koyması gerektiği, ayrıca zararın varlığını ortaya koyacak ve zararın miktarının hesaplanmasını sağlayacak veya kolaylaştıracak

yaptırılan bilirkişi incelemeleri sonucunda, şirketin zarara uğradığı tespit edilmekle birlikte, her bir raporda kendi içinde tutarlı farklı zarar miktarları hesaplanmışsa veya zararın hesaplanması birtakım projeksiyonlara ve varsayımlara, örneğin şirketin kazanç mahrumiyetine dayanıyorsa, hâkim zarara uğradığı sâbit olan şirkete ödenmesi gereken tazminat tutarını TBK m. 50/2'nin kendisine tanıdığı takdir hakkını kullanarak belirleyecektir¹⁶⁶³.

G-Hüküm

Hukukumuzda zararın nakden tazmin edilmesi esastır¹⁶⁶⁴. Bu itibarla, sorumluluk davalarında da şirket zararının nakden tazminine hükmedilecek olup, mahkemenin kararı belli bir miktar paranın şirkete ödenmesi şeklinde olacaktır. Buna karşılık, mahkeme, taşınır bir malın şirkete verilmesine, taşınmaz tesciline, bir işlemin iptaline veya geçersizliğinin tespitine karar veremez¹⁶⁶⁵. Bu noktadan hareketle, mahkemenin hüküm verirken dikkat etmesi gereken bazı hususlar aşağıda açıklanmaktadır:

bütün bilgileri sağlaması gerektiği yolunda bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1342; zararlar ilgili olarak kesin bir hesaplamanın imkânsız olduğu durumlarda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42/2 hükmü (TBK m. 50/2) uyarınca zararın hâkim tarafından takdir edileceği, ancak bu durumlarda bile, zarar gören tarafın, tahmini mantıklı bir şekilde anlaşılır kılmak için mâkul olan her şeyi yapmış olması gerektiği, zîra bu hükmün ispat yükünün yeniden dağıtılması için serbest bir geçiş olmadığı, nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, dolaylı zarara dayanan sorumluluk davalarında davacının zararı ispat etmesi son derece güç olmakla birlikte, mahkemenin bu hüküm (m. 42/2) kapsamında sadece bir tahmine dayalı olarak gösterilecek zararı değerlendirebileceği, bu hükmün zarar gören tarafa daha fazla bilgi olmaksızın herhangi bir miktarda tazminat talebinde bulunma fırsatı vermeyi veya ispatı kolaylaştırmayı yahut genel olarak zarar gören tarafı ispat yükünden kurtarmayı amaçlamadığı, zarar gören tarafın, zararın meydana gelmesine ilişkin tüm koşulları ileri sürmesi ve ispat etmesi ve mümkün ve makul olduğu ölçüde bunların değerlendirilmesine olanak sağlaması veya kolaylaştırması gerektiği, buna göre, zarar gören tarafın zararı ispat etme temel yükümlülüğünden kurtarılmadığı yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 38-39.

¹⁶⁶³ Zararın tespitine ve tazminatın hesaplanması ilişkin kurallara, prensip olarak tüm sorumluluk hukukunda ve bu bağlamda şirketler hukuku kapsamında düzenlenen sorumlulukta uyulması gerektiği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 30.

¹⁶⁶⁴ Bununla birlikte, TTK m. 396'da bu konuda bir istisna öngörülmüş olup, rekabet yasağına aykırılık hâlinde, tazminat yerine işlemin şirket adına yapılmış sayılarak üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin (nakdi veya aynî) şirkete ait olduğunun dava edilmesine olanak tanınmıştır.

¹⁶⁶⁵ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, V.

1- Tazminat Şirkete Ödenmek Üzere Karar Verilmesi

Yukarıda açıkladığımız üzere¹⁶⁶⁶ gerek ortaklık tarafından açılan gerek pay sahipleri tarafından yansıma yoluyla zarar gören kişi sıfatıyla açılan davaların konusu şirket zararı olup, mahkemece tazminatın şirkete ödenmesine karar verilir¹⁶⁶⁷. Buna göre, davacı pay sahibi olsa bile, tazminatın davalı veya davalılardan tahsili ile şirkete ödenmesi şeklinde hüküm kurulmalıdır. Şirketin ibra kararı vermiş olması, sorumlularla sulh akdetmiş bulunması yahut ortaklığın açtığı sorumluluk davasının reddedilmiş olması dahi, hükmün bu şekilde tesis edilmesi gereğini ortadan kaldırmaz.

Bununla birlikte, hüküm şirket adına değil davacı adına tesis edilecek, diğer bir deyişle hüküm şirkete izâfeten veya şirket adına kurulmayacak, davanın tarafı olarak davacı pay sahibi gösterilecektir. Ancak, davanın tarafı davacı pay sahibi olmakla birlikte, hüküm dava dışı üçüncü kişi konumunda olan ve doğrudan zarara uğrayan ortaklık lehine kurulacak ve tazminatın ortaklığa verilmesi şekilde olacaktır. Görüldüğü üzere, burada istisnaî bir durum söz konusu olmakta, davanın tarafı olmayan bir kimse lehine hüküm verilmektedir¹⁶⁶⁸. Mahkemenin bunu dikkate almayıp tazminatın davacıya (pay sahibine) ödenmesine şeklinde karar vermesi ise, TTK m. 555/1'e açıkça aykırı olacaktır. Böyle bir hatanın yapılması hâlinde, tavzih yoluna gidilmesi (HMK m. 305) akla gelebilir ise de hükmün tavzih yoluyla değiştirilemeyeceği dikkate alındığında¹⁶⁶⁹, pay sahibinin yapması gerekenin TTK m. 555/1 hükmünü dikkate alarak hükme karşı yasal yollara başvurarak bunun düzeltilmesini sağlamaya çalışmak olduğu görülmektedir. Pay sahibinin, mahkemece yapılan hatayı fırsat bilerek hükmedilen tazminatı kendi adına tahsil etmesi hâlinde ise, bunu ortaklığa ödemesi gerekecektir. Pay sahibinin tahsil ettiği parayı ortaklığa ödememesi durumunda ise, bu davranış mahkeme kararına şeklen uygun olsa da

¹⁶⁶⁶ Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, VI, E.

¹⁶⁶⁷ Türev davaların baskın bir özelliğinin, sadece mahkeme bakımından değil davacı pay sahibi açısından da pay ile ödül arasında herhangi bir bağlantının bulunmaması olduğu, İngiltere'de pay sahiplerinin dava açmasını teşvik etmek için dava sonucunda hükmedilecek tazminatın bir kısmının davacı pay sahibine ödenmesi ve bunun miktarının belirlenmesi konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınması yolundaki öneri ile bu uygulamanın, şirketin tamamen hatalı kişiler tarafından kontrol edildiği ve mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın uygunsuz bir şekilde kullanılmasının söz konusu olabileceği durumlarda özellikle yararlı olacağı yolundaki görüş için bkz. Keay, 49-50.

¹⁶⁶⁸ Zararın şirkete ödenmesine ilişkin ilâmın, kesin hükmün sübjektif sınırlarına ilişkin bir istisna olduğu yönündeki görüş için bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 240.

¹⁶⁶⁹ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2002, 2004.

ortaklığın TTK m. 555/1'e dayanarak söz konusu tutarı pay sahibinden talep edebileceği kanısındayız.

2- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Bağlamında Her Bir Davalının Sorumlu Olduğu Miktarın Belirlenmesi (TTK m. 557/2)

TTK m. 557/2 uyarınca zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olduğu ve zararın tamamı için dava açılıp hâkimden her bir davalının sorumlu olduğunun tespit edilmesinin talep edildiği durumlarda, mahkemece farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanmak suretiyle her bir davalının sorumlu olduğu azami miktar (bireysel sorumluluk tavanı) ile kimlerin hangi miktar için müteselsilen sorumlu olduğu hükümde ayrı ayrı gösterilmelidir. Bunun için, davacının dava dilekçesinde bu konuda bir belirleme yapmış olmasına ihtiyaç olmayıp, hâkimin farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında kararında bu ayırımı yapması gereklidir. Şüphesiz, dava dilekçesinde TTK m. 557/2 uyarınca hâkimden bu belirlemeyi yapması talep edilmiş olmalıdır. Davacı tarafından bu yönde bir talepte bulunulmayıp, her bir davalı için ayrı ayrı sorumluluk miktarları gösterilerek bu tutarların tahsiline karar verilmesi talep edilmişse veya tek bir tutar üzerinden tüm davalıların müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi istenmişse, mahkeme bu durumda TTK m. 557/1 uyarınca farklılaştırılmış teselsül ilkesini uygulayarak her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirleyecek, ancak TTK m. 557/2'yi uygulayamayacak ve davacının gösterdiği tutarlardan farklı bir hesaplama yaparsa, somut olaya göre davanın kısmen kabulüne veya kısmen reddine karar verebilecektir. Örneğin, mahkeme, davacının bildirdiği bireysel sorumluluk miktarından daha yüksek bir miktarı hesaplarsa dahi, taleple bağlılık kuralı (HMK m. 26) gereği sadece bildirilen miktara hükmedecek, buna karşılık bildirilen tutardan daha aşağı miktarda bir sorumluluk tutarı tespit ederse, aradaki fark için davayı reddedecek ve bundan dolayı davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedecektir. Buna göre, TTK m. 557/2 hükmü mahkemece re'sen uygulanacak bir kural olmayıp, davacı tarafa tanınmış bir imkândır. Nitekim gerek yasanın ifadesi gerek madde gerekçesi, bunun davacıya tanınmış bir talep hakkı olduğu yönündedir.

Davacı tarafından TTK m. 557/2 hükmünün uygulanmasının talep edilmiş olması hâlinde, toplam zarar miktarının, bundan kimlerin sorumlu olduğunun, her bir davalının toplam sorumluluk miktarının, bu miktarın ne kadarının bireysel ne

kadarının müteselsil sorumluluğuna ilişkin olduğunun, kimlerin hangi zarar kalemi ve miktarı için müteselsilen sorumlu olduklarının icrada tereddüde yer bırakmayacak şekilde hükümden anlaşılması gerekir (HMK m. 297/2). Hüküm, infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır. Zîra icra aşamasında ne icra dairesi ve ne de icra hukuk mahkemesi, mahkeme kararını yorumlamaya veya açıklamaya yetkilidir¹⁶⁷⁰. Bu olasılıkta, HMK m. 305 uyarınca tavzih yoluna gitmesi düşünülebilir ise de tavzih yolu ile hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçların tavzih yolu ile sınırlandırılmayacağı, genişletilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği dikkate alındığında, tavzihın sağlayacağı katkının çok sınırlı olduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁷¹. Bu konuda başvurulabilecek diğer bir imkân, HMK m. 305/A uyarınca hükmün tamamlanmasının talep edilmesi olabilir. 22.07.2020 tarih ve 7251sayılı Kanun’la HMK’ya eklenen bu yeni hükümle, taraflardan her birine, nihai kararın tebliğinden itibaren bir (1) ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilme hakkı tanınmıştır¹⁶⁷².

3- Tahsilde Tekerrür Olmamak Kaydıyla Hüküm Kurulması

Sorumluluk davasında birden fazla davalı olup da bunların belli bir tutarda müteselsilen sorumluluklarına karar verilmişse hükümde tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla karar verildiğinin açıklanmasında fayda vardır. Zîra, müteselsil sorumlukta mükerreren tahsilat yapılamaması ve bir borçlunun yaptığı ödemenin diğer borçlunun borcunu da o oranda sona erdirmesi¹⁶⁷³ kanun gereği ise de (TBK m. 166/1), tereddüde yer bırakmamak bakımından bu hususun belirtilmesinde fayda vardır.

¹⁶⁷⁰ Hakan Pekcanitez/ Cemil Simil, **İcra – İflâs Hukukunca Şikâyet**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 187-188; ayrıca bkz. “... ilamın hüküm kısmının aynen infazı zorunlu olup, dar yetkili icra mahkemesi yorum yoluyla hüküm kısmını değiştiremez (HGK’nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararı). İcra müdürü de itirazın iptaline ilişkin ilamın hüküm fıkrası ile bağlı olup, mahkeme kararını yorumlayarak işlem tesis edemez. Aksi durum, ilama aykırılık nedeniyle İİK’nın 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyet tabiidir” (bkz. Yarg. HGK’nın 22.09.2020 T., 2017/12-270 E. ve 2020/653 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda olmak üzere bkz. Yarg. HGK’nın 28.05.2019 T., 2017/8-1916 E. ve 2019/616 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 12. HD’nin 05.10.2006 T., 2006/14618-18330 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶⁷¹ Tavzihın konusu ve işlevi konusunda bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2002, 2004.

¹⁶⁷² Bu konuda bkz. Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku, Ders Kitabı**, 9. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 442.

¹⁶⁷³ Canyürek, s. 69 vd.

Diğer yandan, yukarıda belirttiğimiz gibi, ortaklığın dava açması, pay sahiplerinin dava açmasına engel olmadığı gibi, pay sahipleri de ayrı ayrı dava açabileceklerdir¹⁶⁷⁴. Bu davaların birleştirilerek (HMK m. 166) yargılamaların birlikte sürdürülmesi ve hüküm verilmesi gerek usûl ekonomisi gerek hukuk güvenliği bakımından mâkul ve doğru yöntem olmakla birlikte, özellikle davaların açılma zamanı ve yargılama aşamalarının farklılığı gibi nedenlerle birleştirme her zaman mümkün olmayabilir. Gerek birleştirme hâlinde gerek birleştirme olmamasına rağmen başka davaların varlığının bilinmesi hâlinde, mahkemece söz konusu davalara konu zararların örtüşüp örtüşmediğinin (aynı olup olmadığının) incelenmesi ve aynı olması hâlinde tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla karar verildiğinin açıkça belirtilmesi gerekli ve faydalıdır. Aksi takdirde, kararların icrası aşamasında mükerrer tahsil talepleri gibi sorunlarla karşılaşılacak, gerek icra müdürlükleri gerek icra hukuk mahkemeleri yetki sınırlarını aştığından hükümlerin içeriğini değerlendirip bunların aynı zarara ilişkin olup olmadığına karar veremeyeceklerdir¹⁶⁷⁵. Bu da, yeni davaların açılmasına sebebiyet verecektir. Gerçekten böyle bir olasılıkta, aynı sorumlu aleyhine birden fazla hüküm verildiğinden ve bunlara istinâden birden fazla icra takibi başlatılabileceğinden, sorumlunun her iki (veya daha fazla) karara konu tazminatın kısmen veya tamamen örtüştüğü konusunda bir menfî tespit davası veya ödeme yapmak zorunda kalmış ise istirdat davası açması gerekecektir. Bu durumun önlenmesi amacıyla, belirttiğimiz şekilde karar verilmesi gereklidir.

Ayrıca ifade edelim ki, bu şekilde hüküm kurulması, sadece aynı zarar için fazladan tazminat ödenmesini engelleme amacına hizmet edecek olup, sorumlular, tazminat miktarları bakımından hükümler arasında farklılık varsa, yüksek tazminat tutarını ödemekle sorumlu olacaklardır. Diğer bir deyişle, aynı konuda farklı davacılar tarafından açılmış birden fazla sorumluluk davası mevcut olup, bunlar birleştirilmemişse ve hükmedilen tazminat miktarı farklıysa, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla karar verilmiş olsa bile, hangi tazminat miktarı daha yüksekse, sorumlular bu miktarı ödemekle yükümlü olacaklardır¹⁶⁷⁶. Esasen aynı konuda farklı

¹⁶⁷⁴ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, A, 5.

¹⁶⁷⁵ Pekcanıtez/Simil, s. 187-188.

¹⁶⁷⁶ Bu olasılıkta, aynı konuda verilmiş iki farklı kararın bulunduğu ve dolayısıyla yargılamanın iadesi gerektiği düşüncesi akla gelebilir ise de, davacılar ve dolayısıyla taraf unsuru farklı olduğundan HMK m. 303 ve HMK m. 375/1-ı uyarınca buna imkân yoktur.

hükümlerin ortaya çıkmasının önlenmesi için, açılan sorumluluk davalarının mümkün olduğunca birleştirilerek görülmesi büyük önem arz etmektedir.

4- Davaların Birleştirilmesi Hâlinde Verilecek Hüküm

Mahkemece, birleştirilip görülen her bir dava için ayrı ayrı hüküm kurulması ve ayrı ayrı gerekçe gösterilmesi gerekir¹⁶⁷⁷. Birleştirilen davalar, aynı sorumlular hakkında açılan veya aynı sebebe ilişkin olmakla birlikte farklı sorumlular hakkında açılan sorumluluk davaları olabileceği gibi, sorumluluk davası ile başka konulara ilişkin davalar da olabilir. Bu bağlamda, dava hakkına sahip kimseler tarafından ayrı ayrı açılan birden fazla sorumluluk davası birleştirilmişse, örneğin ortaklığın açtığı dava ile pay sahiplerinden bir veya birkaçının açtığı davalar birleştirilmişse¹⁶⁷⁸, sorumluluğun unsurlarının varlığını tespit edip tazminatı hesaplayan mahkeme, sorumluluk davalarının tümünün kabulüne karar verecektir. Diğer bir deyişle, davacısı ortaklık dahi olsa bir davada davanın kabulüne karar verilecek olması, diğer sorumluluk davalarının reddine karar verilmesini gerektirmeyecek, aynı sebebe dayanan ve aynı zarara ilişkin bulunan davaların tümünün kabulü gerekecektir¹⁶⁷⁹.

Zîra yukarıda açıkladığımız gibi, doğrudan zarara uğrayan ortaklık olmasına ve dava sonucunda tazminat şirkete verilecek bulunmasına rağmen, TTK'da gerek ortaklığa gerek pay sahiplerine her biri için ayrı birer subjektif hak teşkil edecek şekilde birbirinden bağımsız dava hakkı tanınmış olup¹⁶⁸⁰, bir davada verilecek hüküm diğer bir davayı etkilemeyecektir. Mahkeme, her bir dava için davanın kabulüne karar verecek ve ayrı ayrı yargılama gideri, harç ve vekâlet ücretine hükmedecektir. Ancak, burada önemli olan husus, mahkemece, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla bu hükümlerin verildiğinin açıkça belirtilmesi gerekliliğidir. Her bir davada verilen hükmü, o davanın davacısı icraya koyma yetkisine sahip olacaktır. Gerçekten, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere¹⁶⁸¹, ortaklık bir tazminat hükmü almış olsa

¹⁶⁷⁷ Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 971-972.

¹⁶⁷⁸ Bu davaların aradaki bağlantı nedeniyle çoğunlukla birleştirilmesinin (HMK m. 166) söz konusu olacağı yönünde bkz. Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 62; Helvacı, **Sorumluluk**, s. 150.

¹⁶⁷⁹ Bir sorumluluk davasının kabulüne karar verilmişse, bir görüşe göre diğer davaların da kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 151; buna karşılık, hükmedilen tazminat ölçüsünde diğer davaların konusuz kalacağı ve bu nedenle reddi gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 63.

¹⁶⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

¹⁶⁸¹ Hükmü icraya koyma yetkisi konusunda bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, III.

dahi, pay sahipleri de açtıkları dava sonucunda elde ettikleri hükmü ayrıca icraya koyma yetkisine sahiptirler. Ancak, şüphesiz, icra aşamasında aynı tazminat borcunun mükerreren tahsil edilmemesine dikkat edilmesi gerekir. Diğer yandan, sorumluluğun unsurlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi hâlinde, mahkemece birleştirilen sorumluluk davalarının reddine karar verilmesi gerekecektir.

5- Yargılama Giderleri

Sorumluluk davalarının konusu, kimin tarafından açıldığına bağlı olmaksızın şirkete verilen zararın tazmini olduğundan bu davaların değeri para ile ölçülebilmektedir ve dolayısıyla bu davalar nisbî¹⁶⁸² harç ve vekâlet ücretine tâbi bulunmaktadır¹⁶⁸³. Mahkeme, tesis edeceği hükümde harç, vekâlet ücreti ve diğer yargılama giderlerine de ayrı ayrı hükmedecektir. Davaların birleştirilmiş bulunması veya karşı davanın söz konusu olması hâllerinde her bir dava bakımından ayrı ayrı yargılama giderlerine hükmedilmesi zorunludur. Bu bağlamda, birleştirilen davalar varsa, her bir sorumlunun örtüşen zararlar bakımından tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla tazminattan sorumlu tutulmuş olması, yargılama giderlerine sadece bir defa hükmedilmesini sağlamaz. Diğer bir deyişle, bir sorumlu tek bir tazminat borcundan sorumlu olmasına rağmen, birden fazla vekâlet ücreti, nisbî harç ve diğer yargılama giderlerini ödemek zorunda kalabilir.

¹⁶⁸² Dava açılırken, giderlerin şirkete verilen zararın bir yüzdesi olarak ölçülmesinin son derece caydırıcı bir faktör olabileceği yönünde bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 28.

¹⁶⁸³ Pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarına ilişkin maliyet kurallarının, yani yargılamanın maliyetini şirketin mi yoksa davacının mı üstleneceğini ve ikinci durumda davacının şirket tarafından tazmin edilmesinin gerekip gerekmediğini belirleyen usûl kurallarının önemli olduğu, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında pay sahiplerinin açtıkları davalara ilişkin maliyet kurallarının önemli farklılıklar gösterdiği, ülkelerin çoğunda (Fransa, İtalya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Portekiz, İspanya, İsveç gibi) pay sahiplerinin dava riskini üstlendiği, çünkü gerekli ücretleri ödemek zorunda olduğu ve dava başarısız olursa şirket tarafından tazmin edilmeyeceği, bununla birlikte İngiltere'de, mahkemenin davanın şirketin çıkarına olduğu sonucuna varması ve dolayısıyla iddianın devam etmesi için izin vermesi durumunda, bunun genellikle davacının yargılama giderleri ile ilgili olarak şirkete tazminat talebinde bulunacağı anlamına geldiği, Alman hukukunda yapılan değişikliklerle benzer bir kural getirildiği, buna göre, başvurunun şirketin başvurudan önce açıklayabilecek iken açıklamadığı hususlardan dolayı reddedilmesi hâli dışında başvurunun reddedilmesi durumunda davacı pay sahibinin kabul prosedürünün masraflarını üstlenmek zorunda olacağı, buna karşılık başvuru başarılı olur, ancak talep tamamen veya kısmen reddedilirse, şirketin davacıya tazminat ödemek zorunda kalacağı, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Macaristan ve Slovenya'da, dava açan pay sahiplerine değil, şirkete davacı muamelesi yapılarak, medeni usul hukukunun genel maliyet kurallarının şirkete uygulandığı ve şirketin yargılama giderlerini karşılamasının açıkça öngörüldüğü yolunda bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 215, 219; İtalya'da yargılama giderleri konusunda geçerli kuralların davacı pay sahiplerinin aleyhine olduğu yönünde bkz. Latella, s. 13.

Mahkemece, pay sahipleri tarafından açılan davalarda tazminatın ortaklığa ödenmesine şeklinde hüküm tesis edilecek olmakla birlikte, yargılama giderleri ve bu bağlamda vekâlet ücretinin doğrudan davacı pay sahibine ödenmesine şeklinde hüküm kurulacaktır. Zîra, bu giderlerin ortaklıkla bir ilgisi bulunmamakta olup, bu alacak kalemleri bizzat davacıya ait olur.

HMK'nın 326. maddesinde, kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği, davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa mahkemenin yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaştıracağı ve aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkemenin yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebileceği düzenlenmiştir¹⁶⁸⁴. Bu hüküm, yargılama giderleri ve bu bağlamda vekâlet ücreti konusundaki genel kuralı ortaya koymakla birlikte, TTK m. 555/2'de bu konuda bir istisnaya yer verilmiştir. Gerçekten, TTK'nın yeniliklerinden biri olan m. 555/2'de, pay sahipleri tarafından açılan dava sonucunda dava giderleri ile avukatlık ücretinin davacı pay sahibi ile dava dışı şirket arasında paylaştırılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir¹⁶⁸⁵. Buna

¹⁶⁸⁴ Yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yükletilmesine ilişkin HMK m. 326 hükmünün ana kuralı teşkil ettiği, ancak feragat, kabul ile HMK m. 327. maddede bu ana kurala bazı istisnalar öngörüldüğü yolunda bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1604 vd.

¹⁶⁸⁵ İsviçre hukukunda, ZPO 107'ye ilişkin ekleme önerisine göre mahkemenin yargılama giderlerinin şirkete yüklenmesini takdir edebileceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 13. Bu öneri yasalaşarak, ZPO 107 1bis olarak 2017 yılında yürürlüğe girmiş olup, buna göre şirketler hukuku kapsamındaki tazminatın şirkete ödenmesine yönelik davaların reddedilmesi durumunda, mahkeme kendi takdirine bağlı olarak yargılama giderlerini şirket ve davacı arasında paylaştırabilir, ayrıca herhangi bir tarafa veya üçüncü kişiye atfedilemeyen mahkeme masraflarının da âdil olması halinde kantona yüklenmesine karar verebilir. İsviçre hukukunda sorumluluk davalarına ilişkin yargılama giderleri konusunda ayrıca bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 12, 13. Diğer yandan, Alman hukukunda, AktG 148/6'ya göre, davanın reddedilmesi durumunda davacının, red şirketin başvurudan önce açıklayabileceği ancak açıklamadığı şirketin menfaatine ilişkin gerçeklerden kaynaklanmadıkça, yargılama giderlerini üstlenmek zorunda olduğu, şirketin bir dava açması veya mevcut bir davaya katılması hâlinde o tarihe kadar davacının yaptığı masrafları karşılaması gerektiği, pay sahiplerinin açtığı davanın tamamen veya kısmen reddedilmesi hâlinde davacılar kasıtlı veya ağır ihmal ile bu davayı açmış olmadıkça, şirketin davacıları katlanacakları masrafları tazminat olarak geri ödeyeceği; diğer yandan İngiliz hukukunda da pay sahiplerinin dava hakkı konusunda bir kabul prosedürünün öngörüldüğü (CA 261-264) ve mahkemenin, diğerlerinin yanı sıra, iyi niyetle hareket eden bir üyenin iddiayı devam ettirip ettirmeyeceği gibi çeşitli faktörleri değerlendireceği; İngiltere'de yargılama giderleri konusunda Hukuk Usulü Kanunu'nun (UPR) 19.9E. maddesinin uygulanacağı, buna göre, mahkemenin, şirkete, izin başvurusunda veya türev talepte pay sahibin açtığı sorumluluk davası) veya her ikisinde ortaya çıkan masraflar için davacıyı tazmin etmesini emredebileceği, mahkemelerin, bir hissedarın iyi niyetle ve makul gerekçelerle bir azınlık hissedarının davasında davacı olarak dava açtığı ve bağımsız bir yönetim kurulunun şirket adına getirmesinin makul olacağı bir tazminat emri vereceği; Fransa'da ise, yargılama giderleri konusunda genel kuralların geçerli olduğu, bunun pratikte bu davanın uygulamasını azalttığı, çünkü davanın ön maliyetlerine pay sahiplerinin katlanmasını gerektirdiği yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 194, 199; hem İngiltere hem de Alman hukukunun, mahkemenin davacının masraflarını belirli koşullar altında dava davanın başarısızlıkla sonuçlanmış

göre, maddî ve hukukî sebepler pay sahibinin açtığı davayı haklı gösteriyorsa, mahkeme, bu giderlerin davalıya yükletilememesi hâlinde, diğer bir deyişle davanın kısmen veya tamamen reddine karar verilmesinin ve dolayısıyla esasen genel kurala göre bu giderleri ödemeye davacının mahkûm edilmesinin gerektiği hâllerde, dava giderleri ile vekâlet ücretini davacı pay sahibiyle dava dışı şirket arasında hakkaniyete göre bir paylaştırır¹⁶⁸⁶. Bu hüküm (TTK m. 555/2) sadece pay sahipleri tarafından açılacak davalarda uygulanabilecek olup, alacaklılar bakımından hükmün uygulanması söz konusu değildir.

Öğretide, TTK m. 555/2'nin pay sahiplerini dava açmaya teşvik amacı taşıdığı, dava sonucunda bir tazminat elde edilecek olsaydı bunun ortaklığa ödenecek olması ve pay sahibinin de ancak dolaylı bir şekilde bundan bir menfaat elde edeceği, dolayısıyla somut olay gerçeği dikkate alındığında paylaştırmanın hakkaniyet gereği olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁸⁷. Hemen belirtelim ki, bu hüküm, mahkemece hükmüle birlikte, yani davanın sonunda takdir edilecek yargılama giderlerine ilişkin olup, davacı pay sahibinin dava açarken gerekli harç ve giderler ile ayrıca davanın devamı

olmasına rağmen şirkete kaydırmasına izin verdiği yolunda ayrıca bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 29; İngiliz hukukunda, pay sahipleri tarafından açılan davalara ilişkin yargılama giderleri hakkında genel bilgi ve ayrıca mahkemenin izin başvurusu veya dava yahut her ikisi ile ilgili olarak ortaya çıkan her türlü maliyete ilişkin olarak şirketin davacı pay sahibine tazminat ödemesini emredebileceği, bu konuda hâkimin bir takdir hakkının bulunduğu, bunun ardında yatan sebebin tazminatın şirkete ödenip şirketin ve dolayısıyla tüm pay sahiplerinin bundan yararlanacak olması olduğu, ancak İngiliz yargıçların bu konuda temkinli hareket ettikleri, buna karşılık dava açama izni için iki aşamalı süreçte yer alan engelleri aşan ve davası başarıya ulaşan bir davacıya masraflarla ilgili tazminat ödenmesi konusunda olumsuz ve katı davranılmasının oldukça adaletsiz ve anlaşılması güç bir durum olduğu, bunun pay sahiplerini dava açmaktan alıkoyan bir sebep olabileceği ve şirkete zarar verenlerin sorumluluktan kurtulabilecekleri, bu nedenlerle mahkemelerin istisnâî durumlar olmadıkça kesinlikle masrafların şirket tarafından ödenmesine hükmetmesi gerektiği yolunda bkz. Keay, s. 48, 55-58; İngiliz hukukunda sorumluluk davalarındaki yargılama giderleri hakkındaki düzenlemeler ve yargılama giderlerini şirketin tazmin etmesine karar verilmesi konusunda mahkemelerin şirketin sorumluluğunu genişletmemek için çok dikkatli olması gerektiği yolundaki görüşler için bkz. Paul, s. 96-97; Alman hukukunda pay sahiplerinin sorumluluk davası açmadan önce başvurmak zorunda oldukları kabul prosedürü bağlamında hükmedilecek yargılama giderleri konusunda ayrıca bkz. Latella, s. 12; Paul, s. 102.

¹⁶⁸⁶ İsviçre hukukunda, yargılama giderleri konusundaki temel ilkedен sapmak ve şirkete dava masraflarını yüklemek için, davacının dava için haklı gerekçeye sahip olması ve özellikle şirketler hukuku tarafından sağlanan bilgi (alma) haklarını tüketmiş bulunması gerektiği (bununla birlikte özel denetçi için başvurunun gerekli olmadığı) yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 14.

¹⁶⁸⁷ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 16-109; Kendigelen, **Tespitler**, s. 463; bu konuda ayrıca bkz. madde gerekçesi. Şirketin talep hakkının yerine getirilmesinin (şirket zararının tazmin edilmesinin), tüm pay sahiplerinin paylarıyla orantılı olarak uğradığı zararın şirket tarafından tazmin edilmesini sağladığı, dava masraflarının davayı açan hissedarlar tarafından karşılanırken, pasif hissedarların davacının çabalarından yararlandıkları yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Paech/Schuster, s. 185; buna karşılık, TTK m. 555/2 hükmünün (İsv. BK. m. 759/2) anlaşılır bir düzenleme olmadığı yönündeki açıklama için bkz. Helvacı, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 230-231; bu hükmün hatalı ve yetersiz olduğu yolundaki eleştiri için bkz. Moroğlu, **Değerlendirme ve Öneriler**, 346-347.

sırasında söz konusu olacak diğer giderleri (bilirkişi ücretleri vs.) kendisinin karşılaması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu bağlamda, davacı pay sahibinin, kısmî veya belirsiz alacak davası açıp, dava devam ederken harcı tamamlamasının gerektiği hâllerde de, bu hükümden bahisle söz konusu harçların dava dışı şirkete ödettilmesi mümkün olmayacaktır. Zîra mezkûr hüküm, belirttiğimiz gibi, sadece hüküm anına yönelik olup, davanın kısmen veya tamamen reddi halinde hükümle birlikte yasal tarifelere¹⁶⁸⁸ göre belirlenecek ve karara bağlanacak olan yasal vekâlet ücretine ve diğer yargılama giderlerine ilişkindir¹⁶⁸⁹. Buna göre, söz konusu imkânın, önemli bir yenilik olmakla birlikte, yüksek miktarlara ulaşabilecek dava açma masraflarını ve avukatlık ücretlerini karşılamak zorunda olmaya devam etmesi nedeniyle sınırlı bir teşvik etkisine sahip olacağı kanısındayız¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁸ İngiliz hukukunda da davacının davanın reddi hâlinde ödemesi gereken yargılama giderlerinin, baronun resmi tarifesine göre belirlenen mahkeme masrafları ve avukatlık ücretleriyle sınırlı olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 29

¹⁶⁸⁹ Buna karşılık, Özkes/Seven/Meriç'in açıklamalarından, TTK m. 555/2 hükmünün, davacı pay sahibi ile avukatı arasındaki sözleşmesel vekâlet ücretini de kapsadığı görüşünün savunulduğu anlaşılmaktadır; bkz. s. 210.

¹⁶⁹⁰ İsviçre hukukunda da davacı pay sahibinin, sahip olduğu pay ile hiçbir ilgisi olmayan büyük bir yargılama masrafı rizikosu altında bulunduğu, dava olumlu sonuçlansa bile sadece davacının paylarının değeri dolaylı olarak etkileneceği, bu nedenle bu davaların uygulamada nadir olduğu yolunda bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 13; yargılama giderlerinin pay sahiplerinin dava açmasının önünde caydırıcı bir etkiye sahip olduğu ve bu nedenle, dava sayısının az olduğu, yargılama giderlerine katlanıp dava açan pay sahibinin, dava sonucunda elde edebileceği menfaatin, dava açmayan ve hiçbir gidere ve riske katlanmayan pay sahipleri ile eşit olmasının da dava açmanın câzibesini azalttığı yolunda bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 14; dava açma masraflarının önemli miktarda paya sahip pay sahiplerini bile dava açmaktan caydırabilecek önemli bir unsur olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Gelter, **Shareholder Derivative Suits**, s. 869-870, 891; belirli bir dava türünün sık kullanılan bir icra mekanizması haline gelmesi için gerek davanın başında gerek davanın sonunda ödenmesi söz konusu olacak yargılama giderlerinin önem taşıdığı, bu bağlamda pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davalarının uygulanabilir olması için, maliyet unsurunun davanın başı ve hem de sonu için doğru bir şekilde belirlenmesi gerektiği, dava açılırken, giderlerin şirkete verilen zararın bir yüzdesi olarak ölçülmesinin son derece caydırıcı bir faktör olabileceği, ABD'de dokuz eyalette uygulanan pay sahiplerinin açtıkları sorumluluk davaları bakımından uygulanan, şirketin veya diğer davalıların, asgari sahiplik eşiğini (genellikle yüzde 5) aşmayan davacıların dava masrafları için teminat vermesini talep etmelerine izin veren bir "*gider teminatı kuralı*"nın da caydırıcı bir etkiye sahip olduğu yolunda bkz. Gelter, **Mapping Types of Shareholder Lawsuits**, s. 23-24, 28; tazminatın şirkete verilmesi nedeniyle, dava açmanın maliyetlerine katlanan davacı pay sahibinin doğrudan herhangi bir fayda elde etmeyip dava açmayan ve pasif kalan diğer pay sahipleri ile aynı derecede yarar görmesinin dava açmanın câzibesini bırakmadığı yolunda bkz. Keay, s. 44; pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarında tazminatın bir bütün olarak şirkete gittiği, ancak, dava masraflarının, kaybetmesi durumunda davacı tarafından karşılanması gerektiği, bu asimetrik getirilerin, her bir hissedarın diğer hissedarların bir işlem yapmasını beklemesine neden olacağı ve sonunda hiç kimsenin yöneticilere dava açmayacağı yolundaki değerlendirme için ayrıca bkz. Latella, s. 14; sorumluluk davasının başarıya ulaşması hâlinde, zararları telafi edenin şirket olduğu, ödemenin pay sahiplerine payları ile orantılı olarak sadece dolaylı olarak yansıtacağı, bu nedenle yargılama giderlerinin pay sahipleri tarafından karşılanmasının istenmesi hâlinde pay sahiplerinin dava açma konusunda hiçbir teşviklerinin olmayacağı yönünde bkz. Gerner-Beuerle/Schuster, s. 216.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 555/2, medenî usûl hukuku bakımından istisnâ bir hükmüdür¹⁶⁹¹. Nasıl ki, davacının pay sahibi olduğu davada tazminatın dava dışı şirkete ödenmesi şeklinde (şirket lehine) bir hüküm tesis ediliyorsa, burada da dava dışı şirketin aleyhine bir hüküm tesis edilmekte ve şirket için bir borç doğmaktadır. Davalı, bu hükme istinaden, dava dışı şirket aleyhine ilâmlı icra takibi başlatarak söz konusu yargılama giderleri ve vekâlet ücreti alacağının tahsilini talep edebilecektir. Böylece, sorumluluk davalarında hükmün sübjektif sınırlarına ikinci bir istisna getirilmiş bulunmaktadır.

Bu özel ve istisnâ hükmün uygulanabilmesi için, TTK m. 555/2’de, “*maddî ve hukukî sebeplerin pay sahibinin açtığı davayı haklı göstermesi*” ve “*bu giderlerin davalıya yükletilememesi*” şartları öngörülmüştür. İlk şart somut olayın özelliklerine göre belirlenecek olup, bunun için pay sahibinin delile dayanmayan, genel ve soyut iddialarla dava açmamış olması, ileri sürdüğü iddiaların somut bulunması ve davanın ihlâlin varlığı ile zararın gerçekleştiği konusunda haklı bir kanaate dayanması gerektiği kanısındayız¹⁶⁹². Şirketin dava açmasına rağmen, pay sahibinin de kendi sübjektif hakkına dayanarak ayrıca bir sorumluluk davası açma yoluna gitmesi hâlinde, bu hükümden yararlanamayacağı, zira zararın tazmininin zaten ortaklık tarafından talep edildiği, dolayısıyla somut olayın pay sahibinin dava açmasını gerektirmediği düşünülebilir ise de kanımızca bu konuda kesin bir yargı ortaya konulmamalıdır. Zîra, şirketin açtığı davadan feragat etmesi, yeterli savunma yapmaması, davalılarla zarardan daha düşük bir miktar için sulh olma yoluna gitmesi, danışıklı dava açması gibi ihtimallerin gerçekleşmesi de mümkün olup¹⁶⁹³, pay sahibinin kendi dava hakkını kullanarak aynı konuda ikinci bir sorumluluk davası ikâme etmiş olması hâlinde de kanunun öngördüğü şartın gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Bu konuda somut olayın özelliklerinin önem taşıdığı ve hâkimin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu konusunda şüphe yoktur.

¹⁶⁹¹ Medenî usûl hukukunda, davada yargılama giderlerinden sadece tarafların sorumlu tutulacağı yolundaki ilke için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2405.

¹⁶⁹² Sorumluluk davasında yer almayan şirketin yargılama giderleri riskine katılımının ön koşulunun, dava açan pay sahibinin olgusal ve hukukî duruma dayalı haklı bir dava açması bulunması olduğu yönünde bkz. Luterbacher/Studer, Art. 756, N. 12.

¹⁶⁹³ Bu ihtimallerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, buna sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin de TTK m. 553’e göre sorumluluklarının gündeme geleceğini belirtmek gerekir. Ortaklığın yapacağı sulh ve feragat işlemleri konusunda ayrıca bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III.

İkinci şart olan bu giderlerin davalıya yükletilememesi hususu da, davanın kısmen veya tamamen reddine karar verilmesi hâlidir¹⁶⁹⁴. Zîra bu durumda, söz konusu giderler ve ücret, ancak bu hâllerde davacıya yükletilecektir. İşte, madde gerekçesinde de, hükmün pay sahiplerinin davanın reddi hâlinde bu giderlere mahkûm olacakları endişesiyle dava açmaktan kaçınmalarını önlemeyi amaçladığı ifade edilmektedir. Mahkemece, dava konusu tazminat miktarı bakımından kısmen veya tamamen davanın reddine karar verilebileceği gibi, bazı davalılar yönünden davanın kabulüne, diğer bazı davalılar bakımından ise davanın reddine karar verilebilir. Her iki hâlde de davacı aleyhine yargılama gideri ve vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekeceğinden, söz konusu özel hüküm (TTK m. 555/2) uygulama alanı bulacaktır.

Paylaştırmının nasıl gerçekleştirileceği konusunda, TTK'da somut bir kriter öngörülmemiş olup, sadece bunun hakkaniyete göre yapılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, paylaşırma konusunda hâkimin takdir hakkı belirleyici olacaktır¹⁶⁹⁵.

6- Hükmün Etkisi

a- Yeni Sorumluluk Davaları Bakımından

Sorumluluk davası açma hakkına sahip olan kimselerden biri tarafından açılan dava sonucunda verilen hükmün, diğer hak sahipleri tarafından açılan ve görülmekte olan davalar ile ileride açılacak davalar bakımından kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği öğretide üzerinde durulan bir konudur¹⁶⁹⁶. Bir görüş, bir sorumluluk davasında verilen hüküm diğer davalar bakımından kesin hüküm teşkil edeceğini savunurken¹⁶⁹⁷, çoğunluğu teşkil eden diğer görüş ise, kesin hükmün oluşmayacağı

¹⁶⁹⁴ Buna karşılık, davalıya yükletilememe hâlleri konusunda bir belirsizlik bulunduğu yönünde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 210.

¹⁶⁹⁵ Moroğlu, davanın tamamen reddi hâlinde, yargılama giderlerinin şirkete yükletilememesi gerektiğini, davanın kısmen veya tamamen kabulü hâlinde ve hükmedilen tazminatı aşmamak kaydıyla mahkemenin yargılama giderlerinden şirketi sorumlu tutabileceğini savunmaktadır; bkz. **Değerlendirme ve Öneriler**, s. 347.

¹⁶⁹⁶ Alman hukukunda pay sahiplerinin açtıkları sorumluluk davalarının genel medeni usûl kurallarına tâbi olmakla birlikte, kararın bağlayıcı etkisinin kapsamına ilişkin olarak AktG, 148 (5) kapsamında özel hükümler getirildiği ve bu bağlamda davalıların aynı ihlâl iddiası nedeniyle çok sayıda davaya maruz kalmalarının önüne geçmek üzere AktG, 148 (5)'in birinci cümlesinde dava sonucunda verilen herhangi bir kararın şirketi ve tüm paydaşları bağlayacağının açıkça düzenlendiği konusunda bkz. Paul, s. 100-101.

¹⁶⁹⁷ Domaniç, **Kuruluşta Doğan Sorumluluk**, s. 54; Arslanlı, şirketin daha önce dava açması hâlinde pay sahiplerinin ancak davaya katılabileceklerini, yeni bir dava açmayacaklarını, çünkü hakkın asaleten şirkete ait olduğunu ve bu davanın reddedilmesi hâlinde pay sahiplerinin dava hakkının da kalmayacağı

yönündedir¹⁶⁹⁸. Bununla birlikte, ikinci görüş taraftarlarından bir kısmı ilk davada verilen kararın diğer davalar bakımından kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte “*kesin delil*” teşkil edeceğini savunmaktadırlar¹⁶⁹⁹. Üçüncü bir görüş ise, bu konuda bir ayırım yapılması gerektiğini, sorumlunun şartlarının bulunmadığına ilişkin bir mahkeme kararının tüm tarafların taleplerini sona erdireceğini, şirketin toplam zararını tespit edilip bunu karşılayacak miktardaki bir tazminatın şirkete ödenmesine karar verilmiş olması hâlinde de aynı sonuca ulaşılması gerektiğini, ancak toplam zarar tespit edilmemişse, zarar görenlerin taleplerinin diğerlerinden bağımsız olması ve hukukî dinlenilme hakkı dikkate alınarak dava hakkının devam ettiğinin kabulü gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁰⁰.

görüşünü savunmaktadır; bkz. s. 184. Yarışan dava takip yetkisi görüşünü savunan yazarlar da kesin hüküm etkisini kabul etmektedirler; bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 193 vd.; Özekes/Seven/Meriç, s. 142, 145, 207; Dişel, dava takip yetkisi görüşünü benimseyerek kesin hükmün ve derdestliğin söz konusu olacağını savunmakla birlikte, bu görüşün hukukî gerekçesini ortaya koymanın zor olduğunu da kabul etmektedir; bkz. **Hükmün İcrası**, s. 189.

¹⁶⁹⁸ Çamoğlu, alacaklılar ve pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarının, ortaklığın temsilcisi sıfatıyla değil alacaklı veya ortak sıfatıyla açıldığını, bu nedenle burada tarafların aynı olduğundan söz edilemeyeceğini, davalardan biri hakkında verilen hükmün diğerleri açısından kesin hüküm teşkil etmeyeceğini, talep hakları arasında bir teselsülün bulunmadığını, bir talepler yarışmasının olduğunu, ortakların ve alacaklıların dava hakkının ortaklığın dava hakkından tamamen bağımsız olduğunu, ancak farklı sülheler tarafından açılan davaların birleştirilmesinin aralarındaki bağlantı nedeniyle mümkün bulunduğunu, bir davada alınan bir ilâmın daha sonra açılacak bir sorumluluk davasında delil olarak kullanılabileceğini ifade etmekte (**Sorumluluk**, s. 157-158; aynı doğruda bkz. Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 601, 603); Ayoğlu, Çamoğlu’nun pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılan davalar ile ortaklık tarafından açılan davalar arasında taraf unsurunun aynı olmaması nedeniyle kesin hükmün oluşmayacağı yolundaki görüşünün, bu kişilere tanınan dava hakkının niteliği konusunda savunduğu “*dava takip yetkisi*” şeklindeki görüşü ile çeliştiğini, zira dava takip yetkisinde hükmün asıl hak sahibi bakımından da kesin hüküm teşkil ettiğini, kanuna dayanan dava yetkisini konumundaki pay sahipleri ile alacaklılar ortaklığın yanı sıra dava açabildiklerinden, diğer bir deyişle ortaklık da bu kimselerden bağımsız olarak dava açabildiğinden, kesin hükmün etkisinden bahsedilmesinin mümkün olmadığını belirtmekte (**İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 82-84); Pekcanitez, ortaklığın, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davalarında tarafların aynı olduğundan bahsedilemeyeceğini, bu nedenle pay sahiplerinden bir tarafından açılan davanın reddine ilişkin kararın diğer pay sahipleri veya ortaklık tarafından açılacak dava bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir (**Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 63); bir davada alınan bir hükmün, diğer hak sahipleri tarafından açılan davalar bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönünde ayrıca bkz. Köprücü, s. 155-156.

¹⁶⁹⁹ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 151. Bu görüşe katılamıyoruz. Zira, kesin deliller HMK’da sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bunlar, senet, yemin ve kesin hükmüdür. Kesin hüküm niteliğini taşımayan mahkeme kararının kesin delil niteliğini taşıması da mümkün değildir.

¹⁷⁰⁰ Kortunay, s. 302. Yazarın görüşüne katılma olanağı bulamıyoruz. Zira, yazar, her bir süjenin birbirinden bağımsız dava hakkına sahip olduğu yönündeki kendi görüşüyle çeliştiği gibi, HMK m. 303’te düzenlenen kesin hükmün “*taraf*” unsurunu da açıkça göz ardı etmektedir. Diğer yandan, toplam zararın tespit edilip edilmediğine göre yaptığı ayırımın da, yine taraf unsurunun farklılığı dikkate alındığında hiçbir bağlayıcılığı ve anlamı olmamaktadır. Esasen yazarın kendisinin de işaret ettiği hukukî dinlenilme hakkı dikkate alındığında, her davacının sahip olduğu iddia ve ispat imkânlarını kullanmasına izin verilmesi gerektiği, bu nedenle bir davada sunulmayan vâkıa ve deliller nedeniyle düşük hesaplanan toplam zarar miktarının esasen daha fazla olduğu konusunda diğer davacılara imkân tanınması gerektiği, bu nedenle bir davada yapılan toplam zarar hesaplamasının diğer davalar bakımından kesin hüküm teşkil edemeyeceği kanısındayız.

Bilindiği üzere, kesin hükmün unsurları, taraflar, dava sebebi ve dava konusunun (talep sonucunun) aynı olmasıdır¹⁷⁰¹ (HMK m. 303). Buna göre, ilk davada verilen hükmün, taraf unsuru aynı olmadığından, biz de daha sonra başka kimseler tarafından aynı dava sebebine istinaden ve aynı talep sonucu ile açılan sorumluluk davaları bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği yolundaki görüşe katılıyoruz. Esasen, bu konu, pay sahiplerine tanınan dava hakkının niteliği ile doğrudan ilgilidir. Nitekim, kesin hüküm görüşünü günümüzde savunan yazarlar pay sahiplerinin dava hakkını dava takip yetkisi olarak nitelendirmekteler ve bunun bir sonucu olarak kesin hüküm görüşünü savunmaktadırlar¹⁷⁰². Oysa, kanımızca kanun ortaklığa ve pay sahiplerine ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız, asıl dava hakları tanımış olup; bu hak, görüşümüze göre bağımsız bir sübjektif hak mâhiyetindedir¹⁷⁰³. Diğer bir deyişle, davaların konusu şirket zararının tazmini olmakla ve pay sahipleri zararın kendilerine değil ortaklığa verilmesini istemekle birlikte, her bir kişi davayı kendi adına ve diğerlerinden bağımsız olarak açmaktadır. Pay sahiplerinin ortaklık adına dava açması veya bu kimseler tarafından açılan davalarda ortaklığa izâfeten hüküm kurulması söz konusu değildir. Dolayısıyla, taraf sıfatı da bu kimseye aittir. Buna bağlı olarak, farklı kimseler (ortaklık ve pay sahipleri) tarafından açılan davaların taraf unsuru da farklı olmaktadır. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, ilk davada verilen hüküm, taraf unsuru örtüşmediğinden diğer davalar bakımından kesin hüküm oluşturmayıp, sadece delil teşkil eder¹⁷⁰⁴. Hatta Yargıtay, bu gibi durumlarda, ilk kararın “*güçlü delil*” teşkil edeceğini¹⁷⁰⁵ ifade etmektedir¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰¹ Kesin hükmün unsurları (şartları) ve bu bağlamda özellikle taraf unsuru için bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1487 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 752 vd.; Üstündağ, **Usûl**, s. 693 vd.

¹⁷⁰² Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 193 vd.; Özkes/Seven/Meriç, s. 142, 145, 207.

¹⁷⁰³ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

¹⁷⁰⁴ Sorumluluk davası açma hakkına sahip olan kimseler arasındaki ilişki alacaklılar arası teselsül niteliğinde olmamakla birlikte (bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E ve II, A, 5), alacaklılar arası teselsülde, müteselsil alacaklılardan birinin dava açması hâlinde, dava sonucunda verilen hükmün diğer alacaklılara etkisi konusunda Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen sisteme göre, bir alacaklının dava açması hâlinde diğer alacaklıların dava açamayacakları, buna karşılık hükmün leh ve aleyhe olması fark etmeksizin diğer alacaklılara etki etmeyeceği, diğer bir deyişle sadece bireysel etki doğuracağı yolundaki açıklamalar ve bu doğrultuda olmak üzere bireysel etki görüşü ile usûl hukuku bakımından da taraf unsurunun aynı olmaması nedeniyle kesin hükmün varlığından bahsedilemeyeceği, bununla birlikte diğer davalarda bu hükümden “*kuvvetli bir takdiri delil*” olarak yararlanılabileceği yolunda bkz. Acar, **Teselsül**, s. 327-329.

¹⁷⁰⁵ “*Güçlü delil*” kavramının hiçbir yasal temelini bulunmadığı yönünde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1737; bu kavram için ayrıca bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 1.

¹⁷⁰⁶ Yargıtay’ın “*güçlü delil*” konusundaki değerlendirmesi için bkz. “*Medeni usul hukukunda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır... Hukukumuzda kesin deliller, ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm olarak; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak sayılmaktadır. Takdiri deliller yönünden ise delil türlerinin sınırlı olarak sayılmadığı kabul edilmektedir Bu açıdan güçlü delil takdiri bir delil türü olarak nitelendirilebilir. ... Bir davada verilen kesin hüküm, bu davanın taraflarından biri tarafından başka birine (üçüncü kişiye) karşı açılan*

Diğer yandan, bir sorumluluk davasının kabulüne karar verilmişse, bir görüşe göre diğer davaların da kabulüne karar verilmesi gerekir¹⁷⁰⁷. Ancak diğer bir görüş ise, hükmedilen tazminat ölçüsünde diğer davaların konusuz kalacağı ve bu nedenle reddi gerektiği yönündedir¹⁷⁰⁸. Kanımızca, ilk dava sonucunda verilen karar, ister davanın reddine isterse davanın kabulüne ilişkin bulunsun, bu karar ikinci dava bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi, davanın kabulüne ilişkin karar aynı konuda başka hak sahipleri tarafından aynı sorumlular aleyhine açılan sorumluluk davalarının doğrudan reddini gerektirmez veya bu davaların konusuz kalması sonucunu doğurmaz. Zîra, belirttiğimiz gibi, kanun, her bir hak sahibine dava açma konusunda ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız sübjektif haklar tanımıştır. Bir davada hüküm verilmiş olması diğer bir hak sahibinin dava açıp hüküm elde etmesine engel değildir. Ancak, şüphesiz ki, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla karar verilmesi gerekmekte olup, şirket zararının sadece bir defa tazmin edilmesi söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte, ikinci davada, zarar miktarının ilk davada hükmedilen tazminat tutarından daha yüksek olduğunun iddia ve ispat edilmesi de mümkün olup, bu imkânın sonradan sorumluluk davası açanların elinden alınmaması gerekir. Buna göre, her bir sorumluluk davasında tespit edilecek zarar ve tazminat tutarı farklılık gösterebilir. Bu olgu da, ikinci davaya devam edilmesi gerektiğini göstermektedir. Diğer yandan, ilk davada elde edilen hükmün icraya konulmaması, icra aşamasında etkin davranılmaması, özellikle ortaklığın dava açtığı durumlarda davacı ile sorumluların anlaşma yoluna gitmeleri gibi durumlar da ortaya çıkabilir. Ancak, tekrar belirtmek isteriz ki, zararın tazmin edilmesi sorumluluğun sona ermesine yol açacak olup (TBK m. 166/1), bu husus gerek ikinci sorumluluk davasında (TTK m. 553) gerek infaz (icra) aşamasında (İİK m. 33, m. 71) tüm hak sahiplerine karşı ileri sürülebilir¹⁷⁰⁹.

(veya üçüncü kişi tarafından birinci davanın taraflarından birine karşı açılan) ve konusu ile dava sebebi (vakıalar) aynı olan ikinci bir davada kesin delil teşkil etmez; çünkü iki davanın tarafları farklıdır. Fakat, birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada güçlü bir takdiri delil teşkil eder ... Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.1984 tarihli ve 1984/8-690 E., 1984/4 K.; 05.12.1990 tarihli ve 1990/8-384 E., 1990/617 K.; 12.12.1990 tarihli ve 1990/4-429 E., 1990/634 K.; 15.12.2004 tarihli ve 2004/9-727 E., 2004/716 K. sayılı kararları” (bkz. Yarg. HGK’nın 04.07.2019 tarih ve 2019/282-852 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁰⁷ Helvacı, **Sorumluluk**, s. 151.

¹⁷⁰⁸ Pekcanıtez, **Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar**, s. 63.

¹⁷⁰⁹ Zararın tazmin edilmesi, devam eden sorumluluk davaları bakımından zarar unsurunun ortadan kalkması anlamına gelecek ve mahkemece bu yönüyle dikkate alınacaktır. İcra bakımından ise, tazminat borcu (zarar) karar verildikten sonra ancak icra emri tebliğinden önce itfa edilmişse bu husus İİK m. 33 uyarınca bir icranın geri bırakılması sebebi olacak, buna karşılık ilâmlı takibin kesinleşmesinden sonra

Buna göre, ikinci (diğer) davanın kısmen veya tamamen konusuz kalıp reddine karar verilmesi, tazminata karar verilmesi ile değil, bu tazminatın tahsil edilmesi, diğer bir deyişle şirket zararının giderilmesi nedeniyle ve TBK m. 166/1 uyarınca söz konusu olur.

Ortaklığın açtığı sorumluluk davasının reddine karar verilmiş olması, ortaklığın aynı konuda aynı kişiler aleyhine bir daha dava açmasına kesin hüküm nedeniyle engel olmakla birlikte, bu karar davalı yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin ibra edildikleri anlamına gelmez¹⁷¹⁰. Ortaklık, aynı görev dönemi ile ilgili olarak başka bir dava sebebine dayanarak zamanaşımı süresi dolmadan yeni bir sorumluluk davası açabilir¹⁷¹¹. Bu bağlamda, kesin hükmün söz konusu olabilmesi için dava sebebinin (maddî vâkıaların) aynı olması gerekmekte olup, farklı maddî vâkıalar farklı sorumluluk davalarına konu edilebilir ve bu bağlamda bir kişi, birden fazla sorumluluk davası açabilir. Bu hâlde, maddî vâkıalar (dava sebebi) birbirinden farklı olduğundan kesin hükmün varlığından bahsedilemez.

Diğer yandan, kesin hükmün davalar devam ederkenki görünümü, derdestliktir¹⁷¹². Gerçekten, kesin hükmün unsurlarının davaların görülmesi sırasında gerçekleşmesi hâlinde bir dava şartı teşkil eden derdestlik durumu (HMK m. 114/1, ı) ortaya çıkmakta ve bu nedenle davanın dava şartı eksikliğinden dolayı usulden reddi gerekmektedir (HMK m. 115). Bu bağlamda, ortaklık ve pay sahipleri, dava açma konusunda birbirinden bağımsız birer sübjektif hakka sahip olup ve kendi adlarına dava açtıklarından, bunlardan birinin dava açması diğerlerinin dava açmasına engel değildir; diğer bir deyişle, ilk dava taraf unsuru aynı olmadığından diğer davalar bakımından derdestlik teşkil etmez¹⁷¹³.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, kesin hüküm ve derdestlikten söz edilebilmesi için gerekli olan taraf unsurunun aynı olması koşulu

itfa söz konusu olmuşsa, bu durumda İİK m. 71 uyarınca icra hukuk mahkemesinden takibin iptaline karar verilmesinin talep edilmesi söz konusu olacaktır.

¹⁷¹⁰ Sorumluluk davasının reddinin ibra anlamına geldiği yolundaki görüş için bkz. Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 690-691.

¹⁷¹¹ Üçışık/Çelik, s. 551.

¹⁷¹² Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 385; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, N. 451.

¹⁷¹³ Aksi yönde bkz. Dişel, **Hükmün İcrası**, s. 190; Özekes/Seven/Meriç, s. 142, 145, 207; İsviçre hukukunda, dava takip yetkisi teorisinin bir sonucu olarak, bir pay sahibinin açtığı davanın diğer pay sahiplerinin veya şirketin açacağı dava bakımından derdestlik ve neticede verilen hükmün ise kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 12.

gerçekleşmeyeceğinden (HMK m. 303), tüm sorumluların aynı davada davalı olarak gösterilmeyip, her biri (her bir müteselsil borçlu) hakkında ayrı ayrı dava açılması derdestlik teşkil etmeyeceği gibi, bunlardan biri hakkında alınan ilâm da diğerleri hakkında olumlu veya olumsuz yönde kesin hüküm teşkil etmez¹⁷¹⁴. Bu konu hakkında HMK'dan önce öğretide farklı görüşler savunulmuş ise de¹⁷¹⁵, HMK m. 303/5'te, *“Müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hüküm, diğerleri hakkında geçerli değildir”* denilmek suretiyle tartışmalara son verecek mâhiyetinde açık bir hükme yer verilmiştir. Nitekim, madde gerekçesinde, bu hükmün, kesin hükmün üçüncü kişilere etkisinin sınırlarını belirleme ve bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme amacı taşıdığı açıkça ifade edilmiştir¹⁷¹⁶.

b- Rücu Davaları Bakımından

aa- Genel Olarak

Davalılar arasında müteselsil sorumluluk bulunması nedeniyle, sorumluluk davası sonucunda bir tazminatın ödenmesine karar verilip bunun da ödenmesi hâlinde, sorumlular arasında rücu ilişkileri (rücu davası) söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, sorumluluk davasında mahkemece gerçekleştirilecek inceleme ve değerlendirmeler ile

¹⁷¹⁴ Bu yönde bkz. von Tuhr, s. 802-803.

¹⁷¹⁵ Öğretide Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop tarafından, müteselsil borçlulardan biri hakkında açılan davanın ortak bir savunma sebebiyle reddedildiği durumlarda, davanın reddine ilişkin hükmün, hakkında dava açılmayan diğer borçlular lehine de kesin hüküm teşkil edeceği, İsviçre Federal Mahkemesi'nin usûl hukuku ilkelerine göre taraf unsurunun aynı olmaması nedeniyle kesin hükmün oluşmayacağı şeklindeki görüşünün yerinde olmadığı, borçlu sayısı kadar borcun bulunduğu ve her bir borcun bağımsız olduğu yolundaki görüşün mutlak olmadığı, diğer bir deyişle borçlar arasında mutlak bir bağımsızlık olmayıp sadece nisbî anlamda bağımsızlık olduğu, Mahkemenin görüşünün açıklanması güç sorunların yanında adil olmayan sonuçlara da yol açabileceği, alacaklının borçlulardan tümüne karşı dava açma imkânı varken bu imkânı kullanmamış olmasının sonuçlarına katlanması gerektiği, diğer yandan davanın reddinin kişisel bir savunma sebebine dayanması hâlinde kesin hükmün varlığından söz edilemeyeceği savunulmuştur; bkz. s. 299-301. Deren-Yıldırım ise, müteselsil borçlulardan bir kısmı hakkında açılan dava sonucunda verilen lehe veya aleyhe hükümlerin, borçlunun ileri sürmüş olduğu def'ilerin kişisel veya ortak def'iler olup olmamasından bağımsız olarak, davada yer almayan diğer borçluları etkilemeyeceğini, bununla birlikte takas def'ine dayanılarak davanın reddi hâlinin istisnâî bir durum arz edip etmediğinin tartışmalı olduğunu belirtmiştir; bkz. s. 132-135. Canyürek ise, davanın reddi davalının kişisel bir savunma sebebi ileri sürmesi nedenine dayanıyorsa bundan diğer borçluların yararlanmayacaklarını, buna karşılık takas gibi tüm borçluların yararlanabilecekleri borcu sona erdiren bir sebebe dayanıyorsa davanın reddi kararından diğer borçluların yararlanabilecekleri ve bu durumda kesin hükmün varlığını ileri sürebileceklerini savunmuştur; bu yönde ve ayrıca müteselsil borçlulardan birine karşı açılan davanın reddine ilişkin kararın diğer borçlulara etkisi konusundaki tartışmalar, mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki görüşler için bkz. s. 92-99.

¹⁷¹⁶ Bkz. HMK m. 303/5 hükmüne ilişkin madde gerekçesi.

özellikle farklılaştırılmış teselsül bakımından yapılacak tespitlerin hukukî değeri ve rücu davasına etkisi, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Zîra esasen iç ilişkiye ait özellikler olan kusurun derecesi, durumun gerekleri, bireysel indirim sebepleri gibi hususların farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında mahkemece dikkate alınması ve her bir sorumlunun bireysel sorumluluk tavanının belirlenerek sorumluluğa karar verilmesi öngörülmektedir.

Sorumluluk davasının tarafları ile rücu davasının tarafları ve konuları aynı olmadığından, kural olarak kesin hükmün varlığından bahsedilemeyecektir (HMK m. 303/1). Aynı şekilde, ilk hükümde yer alan bireysel sorumluluk tavanı, kusurun derecesi gibi hususlara ilişkin tespitler de rücu davası bakımından bağlayıcı değildir¹⁷¹⁷. Rücu davasına bakan mahkeme, iç ilişkide daha ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme yapacak, her bir sorumlunun kusurunu karşılaştıracak, ilk davada ileri sürülmemiş olan bireysel indirim sebeplerini ve TTK m. 557/3'ün ifadesiyle durumun bütün gereklerini de dikkate alacaktır.

Bu bağlamda, sorumluluk davasının davalıları ile rücu davasının taraflarının farklı olması da mümkündür. Zîra, ödeme yapan sorumlu, sorumluluk davasının tarafı olmayan sorumlulara karşı da rücu edebilecektir. Buna göre, rücu davasının taraflarının daha önce görülen sorumluluk davasının tarafı (davalısı) olup olmadıklarının da bir önemi yoktur. Nitekim, bu konuda HMK m. 303/5'te açık bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, sorumluluk davasında verilen hüküm, davanın tarafı olmayan sorumlular (müteselsil borçlular) hakkında geçerli değildir. Ancak, aynı sonuca, yukarıda belirttiğimiz gibi, davanın tarafı olan sorumlular bakımından da ulaşılması gerekir; zira kesin hüküm davacı ile davalı (veya davalılar) arasında oluşmakta olup, davalılar arasında kesin hükmün olduğundan bahsedilemez. Bu itibarla, sorumluların sorumluluk davasının tarafı olup olmadıklarından bağımsız olarak, sorumluluk davasında verilen hüküm, rücu davasında bağlayıcı değildir.

¹⁷¹⁷ Sorumluluk davasında belirlenen bireysel sorumluluk tavanı, rücu davasının hâkimi açısından bağlayıcı olmadığı, dış ilişkide ve iç ilişkide kusur oranları ve indirim sebeplerinin farklı değerlendirilebileceği, nitekim farklılaştırılmış teselsülde “*durumun gerekleri*” dikkate alınacak iken, rücu davasında “*durumun bütün gerekleri*”nin inceleneceği belirtilmek suretiyle daha geniş bir incelemeye işaret edildiği yönünde bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 321, 327, 329, 331.

Bununla birlikte, sorumluluk davasında davalılar bakımından yapılan tespitlerin, rücu davası bakımından “*güçlü delil*” teşkil etmesi mümkündür¹⁷¹⁸. Yukarıda belirttiğimiz üzere, hiçbir yasal temeli bulunmamasına rağmen Yargıtay kararlarında ifade edilen bir kavram olan “*güçlü delil*”, özellikle taraf unsuru bakımından örtüşmenin gerçekleşmemiş nedeniyle “*kesin hüküm*”den (HMK m. 303) bahsedilemeyen, diğer bir deyişle, dava sebebi (maddî vâkıalar) ile talep sonucunun aynı olduğu davalar bakımından söz konusu olmaktadır¹⁷¹⁹. Buna göre, rücu davaları bakımından da sorumluluk davasında özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bağlamında yapılan tespitlerin daha sonra açılacak bir rücu davasında “*güçlü delil*” teşkil ettiği savunulabilecektir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04.11.2009 tarihli bir kararında, sorumluluk davasında alınan bilirkişi raporları ile verilen hükmün rücu davası bakımından güçlü delil teşkil edeceği yönünde karar vermiştir¹⁷²⁰.

bb- Davanın İhbarı Hâlinde Durum (İhbar ve Fer’î Müdahalenin Etkisi)

Sorumluluk davasında verilen hükmün, fer’î müdahiller bakımından, taraf unsurları farklı olduğu için kesin hüküm teşkil etmeyeceğinde kuşku yoktur¹⁷²¹. Bununla birlikte, davalının diğer sorumlulara davayı zamanında ihbar etmiş olması¹⁷²² hâlinde HMK m. 69 uyarınca müdahalenin etkisi söz konusu olacaktır¹⁷²³. Bu bağlamda, ilk davada verilen hükmün ikinci davada (rücu davasında) kesin hüküm teşkil etmemesi ile HMK m. 69 uyarınca ilk davada verilen hükmün yanlışıllığı iddiasının rücu davasında dinlenmemesi kuralı birbirinden farklıdır.

¹⁷¹⁸ Güçlü delil konusunda bkz. Kuru, *Usûl El Kitabı*, Cilt 2, s. 1505-1506.

¹⁷¹⁹ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 1.

¹⁷²⁰ “... sorumluluk davasındaki bilirkişi raporları, kesin delil ve sorumluluk davasındaki karar kesin hüküm oluşturmaz ise de, rücu davası yönünden sorumluluk davasının kararı güçlü delil oluşturmaktadır” (Yargıtay HGK., 04.11.2009 T., 2009/16-428 E., 2009/483 K. sayılı karar; Kazancı İçtihat bilgi Bankası).

¹⁷²¹ İlk davada verilen hükmün fer’î müdahiller bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği, zira kesin hükmün tarafların aynı olması koşulunun ikinci davada bulunmayacağı yönünde bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 354; Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 1495.

¹⁷²² Davanın ihbarı ve fer’î müdahale konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 212 vd.; Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 979 vd.; Üstündağ, *Usûl*, s. 375 vd.

¹⁷²³ Davada alacaklıya karşı mahkûm olan müteselsil borçlunun davayı diğer müteselsil borçlulara ihbar etmişse hükme (mahkeme kararına) istinaden bunlara karşı bir rücu hakkı kullanabileceği, davalının diğer borçluları ihbarı yoluyla rücu hakkının “*daha emin kılınabileceği*” yönünde bkz. von Tuhr, s. 799 dn. 78 ve s. 805; davalının ihbarının, üçüncü kişinin davaya fer’î müdahil olarak katılmasını sağlama ve ayrıca müdahalenin etkisinin doğması amacını taşıdığı yolunda bkz. Atalı, *Pekcanitez Usûl*, s. 739; Kuru, *Usûl El Kitabı*, s. 999; Üstündağ, *Usûl*, s. 384.

Sorumluluk davasında gerçekleşen fer’î müdahalenin rücu davalarına etkisini incelemeden önce, fer’î müdahalenin etkisini usûl hukuku bağlamında kısaca açıklamayı faydalı görüyoruz: Müdahalenin etkisi ilk defa HMK m. 69 ile düzenlenmiş olup, bu hükümde, müdahilin de yer aldığı asıl davada hükmün taraflar hakkında verileceği, bununla birlikte fer’î müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiasının dinlenmeyeceği öngörülmüştür¹⁷²⁴. Bu etkinin doğabilmesi için, davaya fer’î müdahalede bulunulmuş olması da zorunlu olmayıp, davanın zamanında ihbar edilmiş olması dahi, ihbar edilen kişi bakımından 69. maddedeki etkinin doğması bakımından yeterlidir¹⁷²⁵ (HMK m. 64). Bu hâlde, ilk davada verilen kararın yerinde olmadığı sadece HMK m. 69’da çizilen sınırlar çerçevesinde ileri sürülebilir¹⁷²⁶. Ancak, bu etkinin söz konusu olabilmesi için, davalar arasında bağlantı bulunmalıdır¹⁷²⁷. Müdahalenin etkisi, fer’î müdahil ile asıl taraf arasında olup, fer’î müdahilin hem lehine hem de aleyhine uygulanır¹⁷²⁸. Diğer bir deyişle, ilk hükümde yer alan, fer’î müdahil aleyhine olan tespitlerin yanı sıra fer’î müdahil lehine olan tespitler de ikinci davada geçerli olur. Müdahalenin etkisi de aynen bir dava şartı teşkil eden kesin hüküm (HMK m. 114/1-i) gibi mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulur¹⁷²⁹. Buna karşılık, fer’î müdahalenin etkisi kesin hükmün aksine mutlak olmayıp, müdahil davaya etki edebildiği ölçüde bu etki doğacaktır¹⁷³⁰. Diğer yandan, öğretide, müdahalenin etkisinin kesin hükme göre daha geniş olduğu, sadece hüküm fıkrasının değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurların da (vâkıaların) yanlışlığının ileri

¹⁷²⁴ HUMK’ta bu yönde bir hüküm bulunmamakta ve öğretide, bugün HMK’ya da aynen alınmış olan Alman Usûl Kanunu’ndaki hükmün Türk hukukunda da geçerli olması gerektiği kabul edilmekteydi; bkz. Hakan Pekcanitez, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale**, Ankara, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s. 172; Üstündağ, **Usûl**, s. 380-381.

¹⁷²⁵ Bu durumda “*ihbarın etkisi*”nin ortaya çıkacağı ve bunun müdahalenin etkisine atıf yapılarak düzenlendiği yolunda bkz. Tanrıöver, s. 575; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 271; müdahalenin etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 351 vd. Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, TMK m. 229/II ve m. 251/III hükümlerinde de, eşler arasındaki mal paylaşımına ilişkin davalarla ilgili olarak ihbarın bu etkisi açıkça ve özel olarak düzenlenmiştir.

¹⁷²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 390 vd.; Postacıoğlu/Altay, **Usûl**, s. 326 vd.; davayı ihbar etmeyen tarafın kusuru nedeniyle davayı kaybettiğini ispat yükünün üçüncü kişiye ait olduğu yönünde bkz. Kuru, **Usûl El Kitabı**, s. 1011.

¹⁷²⁷ Bağlantı koşulu bakımından, dava konularının birbirinin “*alternatif koşulu*”nu oluşturması gerektiği, diğer bir deyişle, ilk hükümdeki maddî ve hukukî tespitlerin, ikinci davanın uyuşmazlık konusunu teşkil etmesi gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 369.

¹⁷²⁸ Bu konudaki görüşler ve müdahalenin etkisinin fer’î müdahilin hem aleyhine hem de lehine uygulanması gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 373-374; aynı yönde bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 387; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 269.

¹⁷²⁹ Pekcanitez/Meriç, s. 387-390; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 737, 765.

¹⁷³⁰ Pekcanitez/Meriç, s. 392 vd.; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 736, 766; Üstündağ, **Usûl**, s. 380; Tanrıöver, s. 570.

sürülemeyeceği ifade edilmektedir¹⁷³¹. Buna göre, fer'î müdahil ve ikinci davaya bakan hâkim, sadece hüküm fıkrasıyla değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurlarla da bağlıdır, bu açıdan kesin hükümden daha geniştir¹⁷³².

Fer'î müdahalenin etkisinin sorumluluk davası bakımından uygulanması, birtakım zorlukları ve çelişkileri gündeme getirecektir. Zîra sorumluluk davasında verilen karar, davalı taraf yanında davaya fer'î müdahil olarak katılan diğer sorumlular bakımından HMK m. 69 uyarınca önemli bir etkiye sahipken, karara taraf olan davalılar arasında böyle bir etki doğurmamaktadır. Diğer bir deyişle, fer'î müdahil, dava kendisine zamanında ihbar edilmiş ve savunma olanakları kısıtlanmamışsa HMK m. 69 uyarınca kararın yanlışlığını ileri süremezken, davanın başından itibaren davalı tarafta bulunan ve kimseye bağlı olmadan serbestçe usûl hukuku normları çerçevesinde savunmada bulunma ve delil sunma hakkına sahip olan diğer davalılar kararın yanlışlığını ileri sürebilmektedirler. Böyle bir çelişkinin gerçekten ortaya çıkıp çıkmadığını değerlendirebilmek bakımından, müdahalenin etkisinin kapsamını sorumluluk davası bağlamında incelemek ve fer'î müdahilin sorumluluk davasında verilen kararın yanlışlığını hangi noktalar bakımından ileri süremeyeceğini irdelemekte fayda vardır.

Şöyle ki, sorumluluk davasında, ihlâlin varlığı ve kimin tarafından gerçekleştirildiği, toplam zarar miktarı, her bir davalının kusurunun varlığı ve kusur derecesi, davalıların bireysel sorumluluk tavanları ve müteselsil sorumluluk miktarları ve müteselsil sorumluluk ilişkileri (kimin kiminle hangi miktar için müteselsilen sorumlu olduğu) incelenip karara bağlanacaktır¹⁷³³. Bunların bir kısmı, hüküm fıkrasına, diğer bir kısmı da hükmün dayanağına ilişkin unsurlardır. Bununla birlikte, fer'î müdahil, davaya taraf olmadığı için, onunla ilgili bir müteselsil sorumluluk miktarı veya ilişkisi yahut başka bir unsur yönünden kararda (hüküm fıkrasında veya gerekçede) bir tespit yapılması hukuken mümkün olmayıp, hukuka aykırı bir şekilde böyle bir tespit yapılsa bile, bu belirleme rücu davası bakımından hiçbir etki doğurmayacaktır. İlk kararda yer alan, her bir davalının kusuru, davalılar arasında müteselsil olarak sorumlu olunan zarar miktarı, müteselsil sorumluluk oranı ve

¹⁷³¹ Pekcanıtez/Meriç, s. 355; Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 736, 765-766; Yılmaz, **Şerh**, s. 1361; Üstündağ, **Usûl**, s. 380; Tanrıöver, s. 570; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 388.

¹⁷³² Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pekcanıtez/Meriç, s. 377, 381.

¹⁷³³ Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, I, E ve G, 2.

kimlerin müteselsilen sorumlu olduğu konusundaki tespitler de fer'î müdahilin lehine veya aleyhine bir etki doğurmayacaktır. Diğer bir deyişle, sorumluluk davasında verilen hükümde yer alan, özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca yapılacak sorumluluk belirlemeleri ve teselsül ilişkileri bakımından olan tespitler, müdahalenin etkisinin (HMK m. 69) kapsamına girmez. Zîra bu olgular, ikinci davanın koşulu değildir; diğer bir deyişle, bu tespitler ile ikinci dava arasında yukarıda değindiğimiz bağlantı koşulu yoktur. Tüm bu hususlar, rücu davasında gerek davalılar gerek fer'î müdahil bakımından tartışılabilir.

Bununla birlikte, bağlantı koşulu bakımından değerlendirdiğimizde, iddia edilen eylemin (davranış, karar veya işlemin) gerçekleşip gerçekleşmediği, bunun yükümlülük ihlâli teşkil edip etmediği, zarara yol açıp açmadığı ve toplam ne kadar zararın bulunduğu hususları, ikinci davanın (rücu davasının) koşulu olan, diğer bir deyişle bağlantı noktası teşkil eden unsurlardır. Buna göre, sorumluluk davasında bir kararın yükümlülük ihlâli teşkil ettiği ve bundan belli bir miktar zararın doğduğu tespit edilmiş ise, HMK m. 69 uyarınca, rücu davasında fer'î müdahil, ihlâl bulunmadığını veya bundan bir zararın doğmadığını yahut zarar miktarının ilk davada tespit edilenden daha düşük olduğunu artık ileri süremeyecektir, zira söz konusu unsurlar müdahalenin etkisinin kapsamı içindedir.

Buna göre, örneğin, sorumluluk davasında mahkeme bir zarardan dolayı üç yöneticinin müteselsilen sorumlu olduğuna karar vermişse, bu karar rücu davası bakımından bağlayıcı değildir, ama ilk davada zarar miktarı bakımından bir belirleme yapılmışsa, bu tespit fer'î müdahiller bakımından rücu davasında tartışılmaz¹⁷³⁴; rücu davasında tartışılacak husus, bu zararın iç ilişkideki paylaşımı ve dağılımıdır. İlk davaya taraf olan diğer sorumlular bakımından ise, müdahalenin etkisi gibi bir

¹⁷³⁴ Fer'î müdahiller ve asıl tarafın daha önce verilen hükmün sadece hüküm fıkrasıyla değil, hükmün dayandığı maddî ve hukukî unsurlarıyla da bağlı oldukları, ancak ilk davada hükümde bulunması gerekmeyen hususlar hakkında karar verilmişse bunların ikinci davada bağlayıcı olmayacağı, bu bağlamda müteselsil borçluluk durumunda tarafın yanında davaya katılan üçüncü kişinin sorumluluğu ilk davada tespit edilmişse ikinci dava bakımından bu tespit bağlayıcı olmayacağı, çünkü üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğunun ilk davanın konusu olmadığı yolunda bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 376, 377-378; müteselsil borçlulardan biri tarafından yürütülen davanın diğer sorumluları zarara sokamayacağı, verilen hükmün diğer sorumlular hakkında kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve onlar aleyhine icra edilemeyeceği, alacaklının müteselsil borçluların birinden onun iç ilişkideki payından daha fazla bir şey talep etmesi (dava açması) hâlinde bu müteselsil borçlunun davayı diğer müteselsil borçlulara ihbar edebileceği ve böylece “rücu hakkını daha emin kılabilceği”, zira bu durumda ihbarın hüküm ve sonuçlarının söz konusu olacağı yönünde bkz. von Tuhr, s. 798-799 ve dn. 78 ile s. 805 ve dn. 130.

bağlayıcılık söz konusu değildir, bu kişiler söz konusu belirlemeleri de tartışmaya açabileceklerdir. Bunlara karşı sadece ilk kararın güçlü delil teşkil ettiği savunulabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, fer'î müdahiller ile ilk davaya davalı olarak taraf olan sorumluların hukukî durumu bakımından bir farklılığın ve hatta çelişkili bir durumun söz konusu olduğu dikkati çekmektedir. Bu nedenle, olası bir rücu davasında sorumluluk davasında verilecek kararın yanlışlığının ileri sürülmesini engellemek isteyen bir davalı, sorumluluk davasının davalıları arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı (HMK m. 57) bulunduğunu dikkate alarak diğer davalılara da davayı ihbar edip onlar hakkında müdahalenin etkisinin doğmasını sağlayabilir. Zîra, ihtiyarî dava arkadaşlığında davalı sayısı kadar dava mevcut olup, her bir davalı, diğer davalar ve davalılar bakımından üçüncü kişi konumundadır ve bu nedenle kendisinin fer'î müdahalede bulunması mümkündür¹⁷³⁵. Böylece, diğer davalılara karşı takdiri veya güçlü delilden çok daha güçlü bir savunma elde edilmiş olur.

Bu başlık altında, özellikle rücu davaları bakımından müdahalenin etkisini incelemiş olmakla birlikte belirtmek gerekir ki, davacı yanında fer'î müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda da müdahalenin etkisi doğacaktır.

II- Kanun Yolları

Sorumluluk davası sonucunda verilen karara karşı HMK'da öngörülen parasal sınırları aşması koşuluyla istinaf (HMK m. 341 vd.) ve istinaf mahkemesinin vereceği karara karşı da temyiz (HMK m. 361 vd.) kanun yollarına başvurulabilir. Bu konuda sorumluluk davalarına ilişkin özgün bir durum olmayıp, genel hükümler uygulanır.

Kanun yollarına taraflar gidebilir. Pay sahiplerinin açtığı davada tazminatın şirkete verilmesinin talep edilmiş olması, dava dışı şirkete kendi zararıyla ilgili olarak tesis edilmiş bulunan kararlar ilgili kanun yollarına başvurma hakkı vermez. Bununla birlikte, dava dışı şirket sadece, TTK m. 555/2 uyarınca aleyhine yargılama gideri vekâlet ücretine hükmedilmişse, bu hüküm fıkrası ile sınırlı olarak kanun yollarına başvurabilmelidir. Zîra, dava dışı şirket bu davanın tarafı olmasa da bu hüküm fıkrası ile yargılama giderleri ve vekâlet ücretiyle sınırlı olarak âdeta taraf hâline getirilmekte ve belli bir miktar ödeme borcu altına sokulmaktadır. Dolayısıyla, aleyhine hüküm

¹⁷³⁵ Bu konuda bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 141.

verilen dava dışı şirketin, TTK m. 555/2'nin koşullarının somut olayda mevcut bulunmadığı veya hâkim tarafından paylaştırmanın hakkaniyete uygun yapılmadığı konusunda, davanın taraflarından bağımsız olarak istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurabileceği kanısındayız. Bu nedenle, söz konusu hükmün uygulanması suretiyle tesis edilecek hükmün, dava dışı şirkete de tebliğ edilmesi gerekmekte olup, şirket bakımından kanun yollarına başvuru süresi bu tebliğden itibaren başlayacaktır. Bu bağlamda, kararın icraya konulması hâlinde, şirket kanun yollarına başvurup tehiri icra prosedürünü (İİK m. 36) işletme hakkına sahiptir.

Davaların birleştirilmesi veya davalı tarafından karşı dava ikâme edilmesi olasılığında, birden fazla dava söz konusu olduğundan her bir dava bakımından ayrı ayrı kanun yoluna başvurulması ve buna ilişkin harç ve giderlerin de (dava sayısı kadar) yatırılması gerekmektedir. Birden fazla davalı bulunması hâlinde, davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı bulunduğundan, bunlardan birinin kanun yoluna başvurması diğerlerine etkili değildir; her bir davalının ayrı ayrı kanun yoluna başvurması gereklidir. Fer'î müdahil ise, ancak yanında katıldığı asıl taraf başvurursa kanun yollarına gidebilir (HMK m. 68).

Kanun yollarına başvurulmuş olması, hükmün icrasını durdurmaz (HMK m. 350, 367), bunun için İİK m. 36 uyarınca tehiri icra (icranın geri bırakılması) prosedürünün işletilmesi gerekir¹⁷³⁶.

III- Hükmü İcra Koyma Yetkisi

A- Genel Olarak

Anonim ortaklık tarafından açılan sorumluluk davası sonucunda verilecek tazminat hükmünün davacı ortaklık tarafından icraya konulacağına (İİK m. 32 vd.) hiçbir tereddüt yoktur. Hatta, bu hükmün icraya konulmaması yönetim kurulu üyeleri bakımından bir sorumluluk sebebi teşkil eder ve hüküm konusu tazminatın tahsil edilmemesi nedeniyle şirketin uğradığı zarardan dolayı mevcut yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar.

¹⁷³⁶ İcra geride bırakılması prosedürü için bkz. Postacıoğlu/Altay, **İcra Hukuku Esasları**, N. 552.

Diğer yandan, şirket zararının tazmini için pay sahipleri tarafından açılan davalar sonucunda verilen hükmü icraya koyma yetkisine kimin sahip olacağı, bu kadar açık değildir. Zîra bu durumda, hüküm davacı adına tesis edilmekte ise de eda hükmü dava dışı üçüncü bir kişi olan şirket lehine kurulmaktadır. Bu durum, usûl hukuku bakımından istisnâî bir hâldir.

Kanımızca, kanun koyucu tarafından pay sahiplerine şirket zararının tazmini konusunda anonim ortaklıktan bağımsız olarak, ayrı birer sübjektif hak olarak dava hakkı tanındığından¹⁷³⁷, bu dava hakkı hükmün icraya koyulması yetkisini de kapsamaktadır¹⁷³⁸. Diğer bir deyişle, pay sahibinin şirket zararının tazmini konusunda sahip olduğu hak, dava yetkisiyle sınırlı olmayıp bağımsız bir maddî hak olduğundan, dava takip yetkisi ve icra takip yetkisi ayırımı yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Esasen, bu kişilere tanınan sadece dava hakkı değil, talep hakkı olup, talebin konusu da şirket zararının tazminidir. Talep hakkının kapsamına, dava hakkı girdiği gibi, o dava sonucunda tesis edilen hükmün icrasını talep etme hakkı da girer. Bu bağlamda, tazminatın şirkete ödenmesine karar verilmiş olması, ilamın davacı pay sahibi tarafından icraya konulmasına engel değildir¹⁷³⁹. Sadece, davacının hükmü icraya koyarken, hüküm konusu tazminatın borçludan tahsili ile şirkete ödenmesini talep etmesi gerekli ve yeterlidir.

Hükmün icraya konulması bağlamında belirtmek gerekir ki, hükmü elde eden kimse (ortaklık veya pay sahibi), hükmü icraya koyup koymamakta serbest olup, diğer menfaat sahiplerinin davacıyı zorlamalarına hukuken olanak yoktur. Zîra tasarruf ilkesi uyarınca, davacı nasıl davayı açıp açmamakta veya açtığı davadan dilediği aşamada (kesinleşene kadar) feragat etmekte serbest ise (HMK m. 24), aynı şekilde hükmü icraya koyup koymamakta da veya başlattığı takibi sürdürüp sürdürmemekte

¹⁷³⁷ Bu konudaki farklı görüşler ve kişisel görüşümüz için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I.

¹⁷³⁸ Dava sonucunda alınan ilamın davacı ortak tarafından icraya konulabileceği, usul hukuku bakımından davacı ortak ya da alacaklının kanunun kendisine davayı takip yetkisi verdiği kişi olduğu, bu nedenle tazminat şirket lehine hükmedilse de ilamı icraya koyma hakkı ve sıfatının davanın tarafı olan ortağa veya alacaklıya ait olduğu, zira davayı takip hakkının icraya koyma yetkisini de kapsadığı yönünde bkz. Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 137; pay sahipleri ile alacaklıların kanuna dayanan dava yetkisini konumunda bulunduklarından elde ettikleri hükümleri icraya koyma hakkına sahip bulundukları, ilamlı takipte icra müdürlüğü tarafından tazminatın şirket adına açılacak bir hesaba ödenmesinin sağlanmasının menfaatler dengesi bakımından en sağlıklı çözüm olduğu, böylece hem pay sahibi ve alacaklıların ilamlı takip başlatabilmesinin ve hem de tazminatın doğrudan ortaklığa ödenmesinin sağlanmış olacağı yönünde bkz. Ayoğlu, **İlamları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 81, 82, 84.

¹⁷³⁹ Yasaman, **Sorumluluk Davaları**, s. 111; Özkes/Seven/Meriç, s. 219.

de serbesttir¹⁷⁴⁰. Hatta, davacı (takip alacaklısı) pay sahibinin, karar kesinleşmiş olmadıkça, sadece kendi adına olmak ve tazminat yine şirkete ödenmek üzere sorumlularla icra safhasında dahi anlaşma yapması (sulh olması) kanımızca mümkündür¹⁷⁴¹. Şüphesiz ki, böyle bir anlaşma, diğer hak sahiplerinin haklarını etkilemeyecek, ancak bu kimsenin talep hakkını sona erdirecek ve bu hükmün artık icrasının sürdürülmesine engel olacaktır.

Bu bağlamda, gerek İİK m. 33'te düzenlenen icranın geri bırakılma sebepleri ve buna paralel şekilde düzenlenen İİK m. 71'deki takibin iptali ve taliki sebepleri bakımından, ödeme (itfa) sebebi ile ilgili olarak borçlunun sadece şirkete yaptığı ödemeler dikkate alınabilecektir. Diğer yandan, davacı takip alacaklısının hükümden sonra (takipten önce veya sonra) borçluyu ibra etmiş olması, diğer bir deyişle ilâmın icrasından vazgeçmesi, ilâmlı takiple ve kendisi ile sınırlı bir şekilde borcun sona erme sebebi olarak İİK m. 33 ve 71 uyarınca dikkate alınacaktır. Buna karşılık, bu hâlde, borç maddî hukuk bakımından sona ermeyecek, dava açma hakkına sahip diğer süjelerin daha önce açtıkları davalara ilişkin hakları ile yeni dava açma hakları saklı olacaktır. Görüldüğü üzere, sorumluluk davasının özgün niteliği, icra aşamasında da kendisini göstermektedir.

B- Davacının İcra Yetkisine Sahip Olması

1- Tek Davacı Varsa

Sorumluluk davası tek bir davacı tarafından açılmışsa veya birden fazla sorumluluk davası açılmış olmasına rağmen bu davalar birleştirilmemişse, diğer bir deyişle hükümde tek bir davacı varsa, hüküm bu davacı tarafından icraya konulacaktır. Esasen davaların birleştirilmesi olasılığında, mahkemece birden fazla hüküm kurularak her bir dava bakımından tazminatın davalılardan tahsiline karar verilecek olup, önemli olan husus, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla hüküm kurulmasıdır¹⁷⁴².

¹⁷⁴⁰ İcra hukukunda da asıl olanın tasarruf ilkesi olduğu yolunda ve bu ilkenin icra hukukunda uygulanması konusunda bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 24-25.

¹⁷⁴¹ Bu konuda bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III.

¹⁷⁴² Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, I, G, 3.

2- Birden Fazla Davacı Varsa

Birden fazla kişinin, örneğin birden fazla pay sahibinin birlikte sorumluluk davası açmaları mümkündür. Bu durumda, mahkemece tesis edilecek hükmün her bir davacı tarafından icraya konulmasının mümkün olduğu kanısındayız. Zîra davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı (HMK m. 57) bulunduğu ve tazminat da davacılara değil şirkete ödeneceğinden, her bir davacının tek başına hükmü icraya koyma yetkisinin bulunduğu kabulü gerekir. Bununla birlikte, bu durum, aynı hükmün birden fazla icra takibine konu edilmesi tehlikesine yol açabilir. Kanımızca, buna hukuken bir engel olmayıp, burada dikkat edilmesi gereken husus tahsilde tekerrür olmamasıdır. Zîra her bir davacının dava hakkı ve buna bağlı icra takip yetkisi asıl ve bağımsız olup, bu hakların birlikte kullanılması zorunluluğu yoktur. Diğer yandan, davacılarından biri tarafından hızlı davranılıp bir icra takibi başlatılmışsa, diğer davacıları bu takibin sonucunu beklemeye ve takip başlatan davacının cebri icra işlemleri konusunda gerekli etkinliği gösterip göstermeyeceği konusunda belirsizliğe mahkûm etmek de dava hakkının amacına uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

3- Aynı Davalı Aleyhine Ayrı Ayrı Davalar Açılmış ve Hükümler Alınmışsa

Aynı sorumlu veya sorumlular hakkında birden fazla sorumluluk davası açılmışsa, bu davalar ister birleştirilsin ister birleştirilmesin, mahkemece her bir dava sayısı kadar hüküm verileceğinden, diğer bir deyişle mahkemece her iki davanın da kabulüne karar verileceğinden, her davanın davacısının hükmü icraya koyma yetkisi bulunmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir yandan ortaklık ve diğer yandan da bir pay sahibi ayrı ayrı sorumluluk davaları açmış ve bu davalar birleştirilmişse (HMK m. 166), sorumluluğun unsurlarının bulunduğu tespit edilmesi üzerine mahkemece tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla her iki davanın kabulüne karar verilecek, sadece pay sahibinin açtığı dava bakımından hükmün tazminatın şirkete ödenmesine şeklinde kurulması söz konusu olacaktır.

Böylece, her bir davacı, kendi açtığı davaya ilişkin hükmün icrasını (ilamlı icra) talep edebilecektir. Bu bağlamda, davacılarından birinin ortaklık olması ve ortaklığın icraya geçebilecek olması, diğer davacıların elde edecekleri hükümleri icraya

koymalarına engel değildir. Zîra talep hakkının bağımsızlığı ve aslî oluşu, sadece dava aşmasına özgü olmayıp, icra safhasını da kapsamaktadır, diğer bir deyişle, talep hakkının ayrı bir sübjektif (maddî) hak olması da bunu gerektirmektedir. Gerçekten, nasıl dava aşamasında pay sahipleri ortaklığın dava açıp açmamasına veya ortaklığın açtığı davayı etkin takip edip etmemesine mahkûm bırakılmıyorsa, icra aşamasında da pay sahipleri ortaklığın ilâmlı icra takibi başlatıp başlatmayacağı, başlatsa dahi bu takibi etkin bir şekilde sürdürüp sürdürmeyeceği konusunda ortaklığın inisiyatifine terk edilemez. Belirttiğimiz gibi, davaların birleştirilip birleştirilmemiş olması, ulaştığımız sonuç bakımından önemli olmayıp, birleştirme sadece örtüşen zarar kalemleri bakımından tahsilde tekerrüre yol açılmaması gereğinin açık ve somut bir şekilde ortaya konulması bakımından fayda sağlayabilecektir.

4- İlâmlı Takipte Borcun Şirkete Ödenmesi Yolunda Talepte Bulunulması

Pay sahipleri tarafından başlatılacak ilâmlı takipte, borcun takip borçlusu veya borçlularından tahsili talebinin yanı sıra, tahsil edilecek paranın şirkete ödenmesinin de talep edilmesi gereklidir. Bu husus, mahkemece verilen ilâmın zorunlu bir gereğidir. Takip alacaklısı pay sahibinin takip talebinde bu yönde bir talepte bulunmamış olması hâlinde, icra müdürü icra emri düzenlememeli ve ilâma aykırılık nedeniyle talebi reddetmelidir; aksi hâlde kamu düzenine ilişkin bu hukuka aykırılık nedeniyle borçlu süresiz şikâyet (İİK m. 16) yoluna başvurabilir¹⁷⁴³. Diğer yandan, takip talebinde ilâma uygun olarak tazminat ortaklığa verilmek üzere talepte bulunulmuş olmasına rağmen takip alacaklısı pay sahibine ödeme yapılması hâlinde ise, İİK m. 361 uyarınca¹⁷⁴⁴ ödenen paranın bir borç muhtırası ile takip alacaklısı pay sahibinden talep edilmesi, bu paranın kısmen veya tamamen geri alınamaması hâlinde de, burada icra müdürünün hatalı bir işleminden (kusurundan) dolayı bir zarar ortaya çıkmış bulunacağından devletin sorumluluğuna gidilmesi (İİK m. 5) söz konusu olacaktır.

¹⁷⁴³ İlâma aykırı icra emri gönderilmesinin kamu düzenine aykırı olduğu ve süresiz şikâyete tâbi bulunduğu yolunda bkz. Pekcanıtez/Simil, s. 187 vd.

¹⁷⁴⁴ “Fazla verilen paranın geri alınması” kenar başlığını taşıyan İİK m. 361 aynen şu şekildedir: “İcra dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiği yahut yanlışlıkla bir tarafa para tediye olunduğu hesap neticesinde anlaşılırsa verilen para ayrıca hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınır”.

Hükmün tazminatın ortaklığa ödenmesi şeklinde kurulması ve ayrıca ilâmlı takibin de aynı doğrultuda talep içerecek olması nedeniyle, takip konusu alacağın, davacı (takip alacaklısı) pay sahibinin alacaklıları tarafından haczedilmesine (İİK m. 89) olanak bulunmadığı ve aynı şekilde bu kimselerin iflâsı hâlinde de bu takibin iflâstan etkilenmeyeceği kanısındayız. Zîra tazminata ilişkin maddî hak anonim ortaklığa ait olup¹⁷⁴⁵, tazminatın bu kimselere ödenmesine olanak yoktur. Buna karşılık, aynı sebepten dolayı, söz konusu tazminat alacağının esasen takibin tarafı bulunmayan ortaklığın alacaklıları tarafından haczedilmesi mümkün olacağı gibi, anonim ortaklığın iflâsı hâlinde sorumluluk davasına ilişkin tüm haklar iflâs masasına geçeceğinden bu takip sonucunda tahsil edilecek tazminatın iflâs masasına ödenmesi gerekir.

C- Dava Açmayan Anonim Ortaklığın ve Pay Sahiplerinin Durumu

Sorumluluk davasının kısmen veya tamamen kabulüne ilişkin karar alan davacı (ortaklık veya pay sahibi), bu tazminat hükmünü icraya koymasa veya bu konuda davalı sorumlularla bir anlaşma yapsa bile, söz konusu tazminatın tahsilinden olumlu etkilenecek diğer kimseler (ortaklık veya pay sahipleri) hükmün icrasını talep edemezler ve davacıyı hükmü icraya koymaya zorlayamazlar¹⁷⁴⁶. Zîra, hüküm her ne

¹⁷⁴⁵ Bu bağlamda, dava hakkının ortaklıktan ve tazminatın ortaklığa ait olmasından bağımsız olarak pay sahibine ait olduğunu buna karşılık tazminat hakkının şirkete ait olmasının bir çelişki teşkil etmeyip, bunun istisnâ bir durum olduğunu tekrar belirtmek isteriz; bu konuda ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yukarıda

¹⁷⁴⁶ Sorumluluk davası açma hakkına sahip olan kimseler arasındaki ilişki alacaklılar arası teselsül niteliğinde olmamakla birlikte (bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E ve II, A, 5), alacaklılar arası teselsülde müteselsil alacaklılardan birinin dava açması hâlinde diğer alacaklıların dava açamamalarına rağmen davacı alacaklının aldığı ilâmı icraya koymak zorunda bulunmadığı yolunda bkz. Acar, **Teselsül**, s. 330; dava takip yetkisinin görüşünün kabul edilmesi hâlinde bu görüşe göre, dava takip yetkisinden icra takip yetkisinin de doğduğu, bu kişinin icra takip yetkilisi olarak ilâmı icrada taraf olmasının mümkün olduğu, hatta dava takip yetkisi tarafından takip edilen bir dava sonucunda verilen hükmün ancak dava takip yetkilisi tarafından icra edilebilmesinin mümkün olduğu, bununla birlikte usûl hukuku bakımından böyle bir zorunluluk bulunmazsa da hak sahibi aralarındaki iç ilişki gereğince kendisinin icraya başvurmak zorunda olduğu, dava takip yetkisi icraya başvuruyu kabul etmezse veya sürüncemede bırakırsa hak sahibinin alacaklı olarak gösterilmesi gerektiği, örneğin pay sahibini açtığı sorumluluk davasında tazminatın anonim ortaklığa ödenmesine karar verilmesi nedeniyle ortaklığın ilâmı icra yoluna başvurabileceği, buna göre hak sahibinin icra takibi yapma konusunda tâli bir yetkisinin bulunduğu, buna göre hak sahibinin ihtara rağmen veya öngördüğü süre içinde dava takip yetkisinin icra takibi yapmaması hâlinde sürüncemede bırakma durumunun varlığının kabul edileceği, bu durumda hak sahibi ile dava takip yetkilisinin yarışan şahsî icra yetkilerinden bahsedileceği yönünde bkz. Dişel, **Takip Yetkisi**, s. 207-208, 210-211, 213-214. Ancak, hemen belirtelim ki, yazar davacı pay sahibinin dava üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunduğunu kabul etmekle birlikte (s. 154), ortaklığın ilâmı icraya geçmesinden sonra pay sahibinin kanun yolları aşamasında davadan feragat etmesi veya kanun yoluna başvurmaması hâlinde ilâmı icra takibinin âkıbeti üzerine bir açıklama yapmamaktadır.

kadar anonim ortaklık lehine tazminatın şirkete ödenmesi şeklinde tesis edilmiş ise de sadece davacı adına verilmiştir¹⁷⁴⁷. Sorumluluk davasına ilişkin tasarruf yetkisi her bir davacı bakımından ayrı ayrı belirlenmekte olup, davacı ortaklık veya pay sahibi dava açıp açmamakta serbest olduğu gibi (HMK m. 24), dilediği zaman davadan feragat etme ve kendi adına (kendisiyle sınırlı olarak) sorumluları ibra etme hakkına da sahiptir¹⁷⁴⁸. Aynı şekilde, bir dava sonucunda verilen hükmü icraya koyup koymamak konusundaki tercih de o ilamı elde eden davacının tasarruf yetkisinin kapsamına girmektedir. Ayrıca, söz konusu kimselerin hükmün verildiği davaya fer’î müdahil olarak katılmış bulunmaları da kendilerine icra takip yetkisi sağlamayacağı gibi, davacı tarafından başlatılan ilâmlı takibe müdahalede bulunmaları da hukuken mümkün değildir¹⁷⁴⁹.

Buna karşılık, öğretide savunulan bir görüş, pay sahipleri ile alacaklılara hükmü icraya koyma yetkisi tanınması gerektiğini, dava açmakta isteksiz davranan şirketin hükmü icraya koymakta da isteksiz davranabileceği, pay sahipleri ile alacaklılara dava hakkı tanınarak bunun önlendiğini ifade etmekle birlikte, ayrıca hüküm lehine olan şirketin de “*ilam lehine olan kimse*” sıfatıyla ilamı icraya koyma yetkisine sahip bulunduğunu, şirketin bu yetkisini kullanması hâlinde davacı pay sahibi veya alacaklının sadece yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bakımından hükmü icraya koyabileceğini, yoksa derdestliğin söz konusu olacağını savunmaktadır¹⁷⁵⁰.

Bu konu, esasen pay sahibinin dava hakkının niteliği konusunda benimsenecek görüş ile yakından ilgilidir. Nitekim, pay sahibinin elde ettiği ilâmı ortaklığın da icraya koyma yetkisine sahip bulunduğunu savunan yazarların pay sahibinin dava hakkının niteliği konusunda dava takip yetkisi görüşünü savundukları görülmektedir¹⁷⁵¹. Bu görüşün getireceği bazı sorunlar olduğu gibi, maddî hak görüşünün kabulü hâlinde

¹⁷⁴⁷ İngiltere’de usûl hukukunda yapılan değişiklikler ile Şirketler Kanunu’nun 2007 yılında yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, dava konusu hak şirkete ait olsa da, prosedürün ayırt edici bir özelliği olarak, kararla bağlanmak ve davada hükmedilen tazminatı alabilmek için şirketin sembolik bir şekilde davalı olarak yargılamalara taraf olması gerektiği yönünde bkz. Paul, s. 86.

¹⁷⁴⁸ Ortaklığın sorumluluk davasından feragat etmesi veya sorumlularla sulh akdetmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III.

¹⁷⁴⁹ İcra takiplerinde aslî müdahalenin söz konusu olamayacağı konusunda bkz. Mazlum, s. 237 vd.

¹⁷⁵⁰ Ayoğlu, **İlâmları İcraya Koyma Yetkisi**, 82, dn. 64; dava açmayan şirketin de ilâmlı takip yapabileceği yolunda ayrıca bkz. s. Özekes/Seven/Meriç, s. 224; Dişel, **Hükmün İcrası**, s. 194.

¹⁷⁵¹ Kanuna dayanan dava takip yetkisi görüşü için bkz. Ayoğlu, **İlâmları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 76-81, 84; dava takip yetkisi görüşü için bkz. Özekes/Seven/Meriç, s. 98-99; Dişel, **Hükmün İcrası**, s. 174, 194.

farklı bir sonuca ulaşılabilmektedir. Buna göre, ortaklığın pay sahibi tarafından elde edilen hükmü icraya koyma yetkisine sahip olduğunun kabulü, dava açma hakkına sahip her bir süjenin bu konuda (dava açma konusunda) ayrı bir sübjektif hakka sahip olduğu ve her bir dava hakkının aynı zararın tazminine yönelmiş olsa da asıl ve bağımsız olduğu yolundaki görüşe (görüşümüze) aykırı bulunmaktadır. Pay sahibinin hüküm verilinceye ve hatta kesinleşinceye kadar, dava üzerinde tasarruf yetkisine tek başına sahip olduğunu kabul edip, hüküm verildikten sonra, bu tasarruf yetkisine davacının yanı sıra ortaklığın da takip başlatabilmesine olanak tanıyarak icra aşamasında anonim ortaklığı da ortak etmek veya sadece ortaklığın takip yapabileceğini kabul etmek suretiyle tasarruf yetkisinin ortaklığa geçtiğini kabul etmek kanımızca pay sahibine tanınan hakkın niteliği ile bağdaşmaz. Ayrıca, sorumluluk davası açma konusunda isteksiz davranan ortaklığın, pay sahibinin elde ettiği ilamı icraya koymak suretiyle pay sahibinin hükmü icraya koymasına engel olması ve sonrasında da takibi sürüncemede bırakarak elde edilen hükmü semeresiz kılması da uzak bir ihtimal olmayıp, bu olasılığın dahi pay sahiplerine asıl ve bağımsız bir dava hakkı tanınması ile korunmak istenen menfaate aykırılık teşkil edeceği kanısındayız. Diğer yandan, pay sahibinin önce genel haciz yoluyla takip başlatıp (İİK m. 60 vd.) sorumluluk davasını itirazın iptali davası (İİK m. 67) şeklinde ikâme ettiği hâllerde¹⁷⁵², bir ilâmlı takip yapılmayacak, itirazın iptali ilâmının takibin başlatıldığı icra dosyasına sunularak takibe devam edilmesi söz konusu olacaktır. Bu olasılıkta da, ortaklığın takip sürecine dâhil edilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Ayrıca, ortaklığın ilâmlı icra takibine girişmesine olanak tanınırsa, hükmün icrası için kesinleşmesinin beklenmesi zorunlu olmadığından, ortaklık hüküm verilir verilmez bu yola başvurulabilir ise de (HMK m. 350, 367), kanun yolları aşamasında davacı pay sahibinin davadan feragat etmesi hâlinde (HMK m. 307-312) ortaklığın başlattığı takip de hükümsüz kalacaktır. Bu durumda, davaya ilişkin tasarruf yetkisinin pay sahibinde, hükmü icraya koyma yetkisinin ise anonim ortaklıkta olduğunun kabulü, hukuken çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açar. Bir yandan ortaklığın ve diğer yandan da davacı pay sahibinin hükmü icraya koyma yetkisine sahip olduğunun kabulü de aynı alacak için birden fazla takip yapılmasına, birden fazla haciz, satış ve hatta tahsilat yapılmasına yol açabilir. Tahsilde tekerrüre yol açmamak üzere takip yapılabileceği yolunda akla gelebilecek bir düşünce de kanımızca bu

¹⁷⁵² Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, IV, E.

durumda ortaya çıkabilecek uygulama sorunları karşısında hukuk güvenliğini sağlamaya yeterli değildir. Ayrıca, hükmün belli bir süre içinde davacı tarafından icraya konulmaması şartıyla anonim ortaklığa icrayı talep yetkisi tanınması yolundaki düşünce ise, kanımızca süre konusunda objektif bir kriter ortaya konulamayacağından kabul edilemez. Bu konuda şayet bir süre belirlenecekse, kararın icrası için kesinleşmesi zorunlu olmamakla birlikte davacı pay sahibinin dava üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisinin sona ermesi için ilâmın kesinleşmesi anının esas alınabileceği kanısındayız. Diğer bir deyişle, bu olasılıkta ortaklık, lehine verilen hükmün icrasını ancak karar kesinleştikten sonra talep edebilmelidir. Zira davacı pay sahibi, karar kesinleştikten sonra artık davadan feragat edemeyecek (HMK m. 310) ve ilâmı ortadan kaldıramayacaktır.

Buna göre, pay sahibi tarafından açılan dava sonucunda tazminatın ortaklığa verilmesi, kimi hâllerde ortaklık bakımından “*eksik borç*”a benzer bir durum ortaya çıkarabilir. Örneğin, ortaklığın talep hakkına sahip olmadığı durumlarda (ibra kararı vermesi veya açtığı davanın reddedilmiş bulunması hâlinde), ortaklık mahkemece hükmedilse dahi tazminatın kendisine ödenmesini talep edemeyecek, buna karşılık tazminat tahsil edilip kendisine ödenince sebepsiz zenginleşmiş olmayacak ve alacağını tahsil etmiş kabul edilecektir.

Bu konuda, ortaklığın, mahkemece tespit edilen zarar için genel haciz yoluyla takip başlatıp, itiraz üzerine pay sahibinin elde ettiği hükme dayanarak İİK m. 68 uyarınca itirazın kesin kaldırılmasını talep etmesi düşünülebilir. Ancak, bu durumda da, ibra olup olmadığı, zamanaşımı süresinin geçip geçmediği, ortaklığın davaya taraf olmadığı gibi hususların İİK m. 68 karşısındaki durumu ve sınırlı yetkili¹⁷⁵³ icra hukuk

¹⁷⁵³ İcra hukuk mahkemelerinin konumu, bu mahkemelerde yapılacak yargılamanın mâhiyeti ve etkileri hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. “*İcra mahkemelerinin kuruluş amacı icra iflas hukuku çerçevesinde icra organlarınca yürütülen cebri icra yetkisinin hukuka ve kanuna uygunluğunu denetlemektir. İcra mahkemeleri icra dairelerinin işlemlerini inceleyerek kendilerine yapılan şikayet ve itirazlara dair uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktadır. Takip hukuku çerçevesinde icra mahkemesinin seri yargılama yapması gerekliliği sebebiyle genel mahkemelere nazaran yargılama yetkisi sınırlı olup, çoğu zaman sadece takip dosyası ve yazılı belge üzerinden inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle, icra mahkemesinin takip hukuku çerçevesinde verdiği kararlar genel mahkemeler açısından kural olarak kesin hüküm teşkil etmemektedir. İcra mahkemeleri genel olarak icra ve iflas takibi sırasında doğan uyuşmazlıkları sınırlı ve biçimsel olarak incelemeye ve karar vermeye yetkili olup, genel mahkeme gibi geniş yetkili bir mahkeme değildir. Mahkemelerin bu sınırlandırılmış yetkisinden ötürü icra mahkemesi kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Mahkemenin takip hukukuna dair kararları sadece yürütülen takip konusu bakımından tarafları bağlar ve sadece takip hukuku anlamında kesin hüküm teşkil eder. Bunun sonucu olarak icra mahkemesi tarafından verilen*”

mahkemelerinin bunları hangi ölçüde inceleyebileceği gibi sorunlar gündeme gelecektir. Zîra ortaklık bakımından zamanaşımı süreleri geçmişse veya bir ibra kararı verilmişse, bunlar ortaklığın başlatacağı icra takibine karşı birer itiraz olarak ileri sürülebilecektir (İİK m. 62); ortaklık lehine tazminata karar verilmiş olması buna engel teşkil etmeyecektir. Diğer bir deyişle, ortaklık lehine karar verilmesi, ortaklığa yeni bir talep hakkı bahsetmemektedir. Bu bağlamda, burada zamanaşımı bakımından, ilâmın verildiği tarihe bakılmayacak, hükme esas teşkil eden fiilin gerçekleştiği tarih ile zararı ve eylemi yapan kişinin ortaklık tarafından öğrenildiği tarih esas alınacaktır (TTK m. 560). Aynı şekilde, ortaklığın başlatacağı takibe karşı ibranın ileri sürülmesi de mümkündür. İcra mahkemesinin ise, kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren imzası ikrar edilmiş veya resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belge metninden anlaşılan itiraz ve def'îler dışındaki bir hususu itirazın kesin kaldırılması sürecinde dikkate alması hukuken mümkün değildir¹⁷⁵⁴. Bu nedenle, ibra ve zamanaşımı hususlarının incelenmesi gerek dar yetkili icra mahkemesinin görevinin gerek itirazın kesin kaldırılması bağlamında yapılabilecek incelemenin sınırlarını aşmaktadır. Buna göre, söz konusu hüküm ortaklık bakımından İİK m. 68 uyarınca itirazın kesin kaldırılmasına elverişli bir belge niteliğini haiz değildir.

D- Tahsilde Tekerrüre Yol Açılmaması Gereği

Farklı kişiler tarafından açılan sorumluluk davaları sonucunda aynı şirket zararının tahsiline yönelik verilmiş birden fazla hüküm varsa, icra aşamasında mükerrer tahsilat yapılmamasına dikkat edilmelidir. Hemen belirtelim ki, birden fazla ilâmın icraya konulması derdestlik teşkil etmeyecektir¹⁷⁵⁵. Bununla birlikte, zarar tek olduğundan davalıların yapacağı ödemenin de tek olması gerekir. Bu nedenle, davalıların icra dosyasına yaptıkları ödemeleri diğer dosyalara da bildirmeleri mükerrerliğin önlenmesi bakımından önemlidir.

karar daha sonra genel mahkemelerde davaya konu yapılabilir" (bkz. Yarg. HGK'nın 22.01.2016 T., 2014/19-729 E. ve 2016/77 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁵⁴ "Dar yetkili icra mahkemesi, itiraz ederken sebeplerini ayrıntısıyla bildiren borçlunun itirazlarının kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verirken, tarafların kabulünde olan bu sözleşme hükümlerini değerlendirmek ve ayrı bir yargılama da gerektirmediğinden bu sözleşme üzerinden tarafların sav ve savunmalarını incelemek durumundadır" (bkz. Yarg. HGK'nın 22.06.2016 T., 2014/6-1170 E. ve 2016/840 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. Yarg. 12. HD'nin 29.06.2010 T. ve 2010/4576-17191 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁵⁵ İcra takipleri arasında derdestliğin koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Kılınç, **İcra Takibinde Derdestlik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 57 vd.

İcra aşamasında mükerrerliğin tespitinde büyük sıkıntıların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Zîra, takip borçlusunun mükerrerlik iddiasına karşılık, davacılar (takip alacaklıları) tarafından her bir ilâmın farklı zararlara ilişkin bulunduğu şeklinde karşı savunmada bulunulması üzerine, ilâmların yorumu ve karşılaştırılması zorunluluğu ortaya çıkacaktır ki, icra hukuk mahkemesinin buna yetkisi yoktur. Bu varsayımda, yargılamanın yenilenmesi de (HMK m. 374 vd.) söz konusu olamaz, çünkü aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayalı olarak aynı konuda verilmiş çelişkili ilâmların varlığından, tarafların aynı olmaması nedeniyle bahsedilemeyecektir (HMK m. 375/1-ı). Bu durumda, her iki ilâma konu borcun aynı olduğu ve borç tutarının tek olduğu konusunda muarazanın men'î (tespit) davası açılması düşünülebilir¹⁷⁵⁶. Ancak açılacak bu dava da, farklı ilamlara istinaden başlatılmış olan ilâmlı icra takiplerinin (İİK m. 32 vd.) devam etmesine ve bu bağlamda, haciz ve satış gibi cebrî icra işlemlerinin gerçekleştirilmesine engel olamayacaktır.

Bu tehlikeye karşı, İİK m. 72 hükmü de dikkate alınarak, borçlunun açacağı muarazanın men'î davasında borcun tamamını icra dosyalarına nakden depo etmesi (takip konusu borçları ödemesi) ve icra veznesine yatan bu paranın şirkete ödenmemesi için teminat karşılığında tedbir kararı verilmesini talep etmesi düşünülebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, burada yatırılması gereken tutar ve teminat miktarı, davanın ilişkin bulunduğu icra dosyalarına konu alacak taleplerinin toplamı dikkate alınarak belirlenecektir. Genel mahkemelerde¹⁷⁵⁷ görülecek bu dava sonucunda, hükümlerin örtüşüp örtüşmediği ve bu bağlamda sorumlunun birden fazla hükümden doğan sorumluluğunun toplam miktarının ne kadar olduğu tespit edilecek ve ilâmlı takiplerde bu hükmün dikkate alınması gerekecektir.

Belirttiğimiz olasılıkta aynı zararın tazminine ilişkin farklı davalar sonucunda farklı mahkemeler tarafından verilen hükümler nedeniyle ortaya çıkabilecek diğer bir çelişki ve sakınca da, kararlarda farklı teselsül gruplarının ve müteselsil sorumluluk miktarlarının gösterilmiş olması ihtimalidir. Uygulamada ortaya çıkabilecek olan bu

¹⁷⁵⁶ Muarazanın men'î davalarının “*tespit davası*” niteliğinde olduğu konusunda bkz. Üstündağ, **Usûl**, s. 327.

¹⁷⁵⁷ Sorumluluk davalarının asliye ticaret mahkemelerinin görevine girdiği ve ilâmlı takiplerin de bu mahkemeler tarafından verilen sorumluluk ve tazminat kararlarına dayandığı dikkate alınarak, bu tespit davasının da asliye ticaret mahkemesinin görevine girdiği kanısındayız.

önemli sorunların çözümü için somut olayın özellikleri belirleyici olacak, bununla birlikte, konu çoğunlukla ancak rücu davası bağlamında çözüme kavuşturulabilecektir.

Belirttiğimiz bu sakıncaların ortaya çıkmaması bakımından, sorumluluk davalarının birleştirilerek görülmesinin veya hüküm verilirken başka mahkemelerde tesis edilen hükümler varsa hükümler arasındaki ilişkinin, diğer bir deyişle örtüşen zararlar ve tazminat miktarları varsa bunun gösterilmesi ve tahsilde tekerrüre yer olmamak kaydı ile müteselsil sorumluluk durumunun gerek kişi gerek miktar bakımından infazda (icrada) tereddüde yol açmayacak şekilde vurgulanması faydalı olacaktır.

E- Paranın İcra Dosyasından Şirkete Ödenmesi

Davacı ve ilâmlı takip alacaklısı pay sahibi de olsa, icra dosyasında tahsil edilecek paranın, takip dayanağı ilâmda yer alan tazminatın şirkete ödenmesi yolundaki hüküm fıkrası doğrultusunda, zarar gören şirkete ödenmesi gerekir¹⁷⁵⁸. Buna göre, pay sahipleri tazminatın tahsili için her türlü cebrî işleminin, bu bağlamda haciz ve satış işlemlerinin gerçekleştirilmesini talep edebilecekler, buna karşılık tahsil edilecek para takip alacaklısına değil, takip dışındaki ortaklığa ödenecektir¹⁷⁵⁹.

F- Yargılama Giderlerine İlişkin Hüküm Fıkrasının İcrası

Pay sahipleri tarafından açılan davalarda tesis edilecek hükümde, tazminatın dava dışı şirkete ödenmesine karar verilecek olmakla birlikte, yargılama giderleri ve vekâlet ücreti davacı lehine takdir edilir. Bu nedenle, davacı hükmün bu fıkrasını kendi adına, diğer bir deyişle kendisine ödenmek üzere aynı takipte veya ayrı bir icra takibi ile talep etme hakkına sahiptir.

Diğer yandan, TTK m. 555/2 uyarınca mahkemenin davalıya yükletilemeyen dava giderleriyle avukatlık ücretini hakkaniyete göre pay sahibi ile ortaklık arasında

¹⁷⁵⁸ İlâmlı takipte icra müdürlüğü tarafından tazminatın şirket adına açılacak bir hesaba ödenmesinin sağlanmasının menfaatler dengesi bakımından en sağlıklı çözüm olduğu, böylece hem pay sahiplerinin ilâmlı takip başlatabilmesinin ve hem de tazminatın doğrudan ortaklığa ödenmesinin sağlanmış olacağı yönünde bkz. Ayoğlu, **İlâmları İcraya Koyma Yetkisi**, s. 82, 84.

¹⁷⁵⁹ Paranın yanlışlıkla pay sahibine ödenmesinin sonuçları ve bu bağlamda devletin sorumluluğu için bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, III, B, 4.

paylaştırdığı durumlarda, davalı bu hüküm fıkrasının icrasını pay sahibi ile ortaklığa karşı, mahkeme kararında belirtilen oran ve miktara göre talep edebilecektir. Böylece, ortaklık taraf olmadığı bir davadan sonucunda verilen bir hüküm nedeniyle ilâmlı icra takibine mâruz kalabilecektir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUK DAVALARINDA ÖZEL DURUMLAR

I- Zararın Giderilmesinin Sorumluluk Davasına Etkisi

A- Genel Olarak

Sorumluluğun unsurlarından biri olan zararın giderilmesi hâlinde sorumluluk da sona erer ve gerek ortaklığın gerek pay sahiplerinin dava hakkı ortadan kalkar¹⁷⁶⁰. Zararın giderilmesi, sorumluların zararı tazmin etmesi (ifa), ortaklığa karşı takas beyanında¹⁷⁶¹ bulunmaları gibi yollarla söz konusu olabilir¹⁷⁶². Şirket zararı, sorumluluk davasında tesis edilen mahkeme kararına istinâden hükümde tahsiline karar verilen tazminatın ortaklığa veya icra dosyasına ödenmesi şeklinde giderilebileceği gibi, dava dışında yapılacak bir sulh anlaşması uyarınca sorumluların ortaklığa ödeme yapmaları suretiyle de karşılanabilir¹⁷⁶³.

Bu konuda önem taşıyan husus, zararın giderilip giderilmediğinin nasıl tespit edileceğidir. Zîra, iflâstan önce ortaklık ile her bir pay sahibi, birbirinden bağımsız dava haklarına sahip olduklarından¹⁷⁶⁴ ve bir davada verilen hüküm taraf unsurunun örtüşmemesi nedeniyle diğer davalar bakımından kesin hüküm teşkil etmediğinden (HMK m. 303), sorumluların bir ilâmı dikkate alarak zararı tazmin etmeleri veya ortaklık ile yapacakları bir sulh sözleşmesine istinâden ortaklığa belli bir miktarda ödeme yapmaları, kendilerini başka sorumluluk davalarına ve zararın daha yüksek

¹⁷⁶⁰ Bu konuda bkz. Üçışık/Çelik, s. 556.

¹⁷⁶¹ Sorumluların takas beyanında bulunmaları konusunda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, N.

¹⁷⁶² Borçlulardan birinin borcu kısmen veya tamamen ifa etmesi hâlinde, diğer borçluların da bundan yararlanacakları, bu bağlamda müteselsil borçlulardan birinin takas ileri sürmesi hâlinde, borç kısmen veya tamamen sona ereceğinden diğer borçluların da bundan yararlanacağı, bununla birlikte takas imkânına sahip olan borçlunun bunu ileri sürmek zorunda bulunmadığı yönünde bkz. Canyürek, s. 69, 70, 73.

¹⁷⁶³ Sulh anlaşması bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, III.

¹⁷⁶⁴ Bu konuda bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, E.

miktarda olduğu yolundaki iddia ve taleplere muhatap olmaktan kurtarmayacaktır¹⁷⁶⁵. Bununla birlikte, sorumluların zararın karşılanması amacıyla ortaklığa yaptıkları ödemelerin, aleyhlerine açılan tüm sorumluluk davalarında, sorumluluğun ve tazmini gereken zarar tutarının belirlenmesinde dikkate alınacağına kuşku yoktur (TBK m. 166/1).

Zararın mutlaka tazminatın ödenmesi yoluyla giderilmesi zorunlu olmayıp, zarar verici karar veya eylemin sonuçlarının bertaraf edilmesi gibi yollarla da zararın giderilmesi mümkündür. Örneğin, sorumluluk davasına konusu bir işlem ile ilgili olarak aşırı yararlanma (TBK m. 28) hükümlerine istinaden edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi, şirketi zarara uğratan bir işlemin (örneğin taşınmaz devrinin) muvazaalı olduğunun mahkemece tespiti ile işleme konu malın geri alınması, şirkete zarar verdiği ileri sürülen şirket alacağının üçüncü kişilerden tahsil edilmiş olması gibi hâllerde de şirket zararı ortadan kalkmış olur.

Bu bağlamda, zarara sebebiyet veren işlem ile ilgili şirketin bir alacağı varsa ve bu alacak bir üçüncü kişiye temlik edilmişse, temlik bedeli olarak tahsil edilen miktar zarardan düşülmelidir. Ancak, alacağın devredilmiş olması, sorumluluğu sona erdirmez, sadece sorumluluk miktarını etkiler. Şüphesiz, bu olasılıkta, alacağın tahsil kâbiliyeti, temlikten önce şirketin tahsil için gerekli işlemleri yapıp yapmadığı, tüm bunlara göre devir bedelinin gerçeğe uygun ve objektif olup olmadığı gibi sorular somut olayda büyük önem taşıyacak ve sorumluluk miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır¹⁷⁶⁶.

B- Birden Fazla Şirket Zararının Varlığı Hâlinde Zararın Giderilmesi

Zararın giderilmesi konusunda ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husus da, objektif dava yığılması şeklinde birden fazla vâkıa iddiasına dayanılarak ve ayrıca

¹⁷⁶⁵ Müteselsil borçlulardan biri hakkında verilen mahkûmiyet kararının diğer müteselsil borçlulara etki etmeyeceği, kararın hüküm ve sonuçlarını sadece davanın tarafları bakımından doğuracağı yolunda bkz. von Tuhr, s.802-803.

¹⁷⁶⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 44/2. maddesi (TBK m. 52/1) uyarınca, zararı hafifletme (azaltma) görevi ve bu bağlamda zarar gören tarafın zararın artmasının önüne geçmek için somut olaya göre mâkul olan davranışları göstermesi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi ve ayrıca, bu görevin anonim şirketler hukuku kapsamındaki sorumluluk alanında da gözetilmesi gerektiği, bu bağlamda bu görevin ihlâlinin zarar gören tarafın tazminat talebinin tamamen veya kısmen kaybına yol açabileceği yönünde bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 82 vd.

birden fazla kişi aleyhine sorumluluk davası açılmışsa, zararın giderilmesi bakımından zarar kalemlerinin ve bunlardan sorumlu olanların açık bir şekilde ortaya konulması ve şirket hangi zarar verici işlemle ilgili olarak bir ödeme almışsa bu ödemenin o işlemten doğan zarara mahsup edilmesi, diğer bir deyişle, genel bir yaklaşımla “*şirket zararı*” denilerek bu ayırımın yapılmasından kaçınılmaması gerekliliğidir. Müteselsil borçluluk bağlamında her bir sorumlunun yapılan ödemeden ne suretle yararlanacağını belirlenmesi bakımından da, ödemelerin ne şekilde sağlandığı, her bir ödemenin hangi işlemten doğan borca ve zarara mahsup edildiği, hangi esaslara göre mahsubun yapıldığı gibi soruların cevaplandırılması gerekir. Gerçekten, ifa edilen borç hukuken ortadan kalkacağından, hangi borcun ne miktarda ve kimin tarafından ifa edildiğinin saptanması için ödemelerin hangi işlemten doğan borca mahsup edildiği, bunu gerektiren nedensellik bağı da belirtmek suretiyle açıklanmalıdır. Zîra her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun her işlem bazında somut olarak belirlenebilmesi bu hususların tespitine bağlıdır. Örneğin, usûlsüz kredi verme işlemleri nedeniyle banka yöneticileri aleyhine açılan sorumluluk davasında, kredi verilen bir grup şirketiyle ilgili olarak yapılan tahsilâtın başka bir grup şirketinin kredi borcuna mahsup edilmesi veya bir kredinin teminatı olarak alınan ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen tahsilâtın başka bir krediden doğan zarara mahsup edilmesi şeklindeki uygulamalar, farklı tarihlerde görev yapan ve farklı kredi işlemlerine onay veren yönetim kurulu üyelerini doğrudan etkileyecektir. Buna göre, yapılan tahsilatlara ilişkin ayrıntılı açıklama yapılmasında zorunluluk vardır.

C- Zararın Giderilmesi Hâlinde Şirketin Sahip Olduğu Diğer Hakların Durumu

Şirket zararının karşılanması hâlinde, şirketin zarara sebebiyet verdiği iddia edilen işlemle ilgili olarak sahip olduğu hakların zararı gideren sorumlulara geçip geçemeyeceğini değerlendirmekte fayda vardır. Örneğin, sorumluluk sebebi, şirketin hiçbir teminat almadan ve gerekli araştırmayı yapmadan daha önce hiçbir ilişkisinin bulunmadığı ve mali gücü de iyi olmayan bir şirketle girdiği ticarî bir mal alım satımından kaynaklanan bir alacağını tahsil edememesi olup, bu alacak tutarında sorumlulardan tazminat tahsil edilmişse, şirketin bu alacak hakkı zararı karşılayan sorumlulara geçecek midir? Aynı şekilde, şirket için faydasız bir makine satın alınmış ve sorumluluk davası bağlamında bu makine bedelinin tamamı sorumlulardan tahsil

edilmişse, ödemeyi yapan sorumlular bu makinenin kendilerine verilmesini talep edebilecekler midir? Şirketin ortaklardan olan sermaye koyma borçlarının aradan geçen uzun süreye rağmen tahsil edilmemiş olması veya sadece kayden tahsil edilmiş gibi gösterilmiş olması nedeniyle, söz konusu tutar kadar sorumlulardan tazminat alınmışsa, şirketin ortaklara karşı sahip olduğu alacak hakkı sorumlulara geçer mi? Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Kanımızca, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, özellikle bu hususlar tazminat tutarında bir indirim sebebi olarak dikkate alınmamışsa (örneğin, makinenin ikinci el satış değeri tazminat tutarından düşülmemişse, ortaklığın tahsil edebileceği muhtemel tutar zarar miktarından indirilmemişse) bu sorulara olumlu cevap vermek gerekir.

Diğer yandan, şirket zararına sebebiyet verdiği iddia edilen işlemle, örneğin bir alım satım ilişkisi ile ilgili olarak şirketin aldığı aynî veya şahsî bir teminat (ipotek, teminat mektubu, kefalet gibi) varsa, bu teminatlardan elde edilecek miktarların da sorumluluk miktarından düşülmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Zararın tespiti ve giderilmesi noktasında, bu teminatlar dikkate alınmamışsa, kanımızca zararı gideren kimsenin bu teminatlardan yararlanabilmesi gerekir.

D- Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Bakımından Zararın Kısmen Giderilmesinin Sonuçları

TBK m. 166/1’de, müteselsil borçluluk bakımından, borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluların da borçtan kurtulacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık, öğretide, müteselsil borçlulardan birinin yaptığı ödemenin diğer borçluları da borçtan kurtaracağı yönündeki TTK m. 166/1 hükmünün farklılaştırılmış teselsül ilkesinin bünyesine uygun olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁶⁷. Kanımızca, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında her bir sorumlunun bireysel sorumluluk tavanlarının farklı olabilmesi, bu hükmün farklılaştırılmış teselsül ilkesinin geçerli olduğu sorumluluk davalarında uygulanmasına engel olmamalı, her iki hüküm birlikte uygulanmalıdır. Şöyle ki; örneğin ortaklığın toplam zararı 1.000.000.-TL olup, A, B, C adlı üç kişi de bundan sorumlu bulunsun. Ayrıca, A’nin bireysel sorumluluk tavanı 1.000.000.-TL, B’nin 600.000.-TL ve C’nin de 300.000.-TL olduğuna ve 300.000.-TL için bu kimseler

¹⁷⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 703.

arasında da müteselsil sorumluluk bulunduğuna hükmedilmiş olsun. Bu durumda, B'nin yapacağı ödemelerin müteselsil sorumluluk miktarı olan 300.000.-TL'nin üzerinde kalan kısmı ile C'nin yapacağı her miktardaki ödeme, A'nın da borcundan düşülecektir. Diğer yandan, A'nın yapacağı ödeme ise, ancak 700.000.TL'yi aşması koşuluyla ve aşan kısım bakımından B ve C'yi sorumluluktan kurtaracaktır. Bu olasılıkta, bireysel sorumluluk tavanı daha yüksek olan kimsenin yaptığı ödeme, öncelikle müteselsil sorumluluk miktarının üzerinde kalan (bireysel olarak sorumlu olunan) kısma mahsup edilmiş olacak, bundan fazla bir ödeme varsa, işte o zaman müteselsil sorumlu olunan miktar da kısmen veya ödenmiş olacağından diğer müteselsil sorumlular bu ölçüde sorumluluktan kurtulacaklardır. Buna göre, müteselsil sorumluluk bağlamında yapılan ödemeler (tek başına sorumlu olunan miktar dışında kalan ve müteselsil sorumluluğa konu teşkil eden zarar kısmı için yapılan ödemeler), diğer borçluları da borçtan kurtaracak olup, bu, TBK m. 166 hükmünün uygulanmasının bir sonucudur¹⁷⁶⁸. Bu itibarla, söz konusu hükmün farklılaştırılmış teselsül ilkesi bakımından uygulanmayacağı yolundaki görüşe katılmıyoruz.

E- Zararın Giderilmesine Yönelik Anlaşmalar

Borçlulardan bir veya birkaçı ile ortaklık arasında zararın giderilmesi bakımından yapılan anlaşmalar, diğer davalıların sorumluluğuna da etkilidir. Bu anlaşmalar doğrultusunda ortaklığa ödenen meblağların diğer borçluların sorumluluk tutarlarından indirileceği (TBK m. 166/1) konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁷⁶⁹. Buna bağlı olarak, bu tür anlaşmalarda zararın kısmen veya tamamen giderilmesi

¹⁷⁶⁸ Borcun bir kısmının ödenmesinin diğer sorumluların borcunu sona erdirmeyeceği yolundaki görüşü savunan Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre bu örnekte, B, 600.000 TL tutarındaki borcunu ödemiş olsa dahi C yine 300.000.-TL ödemek zorunda olacak, aynı şekilde C, 300.000 TL tutarındaki borcunu öderse dahi B'nin sorumluluğunda hiçbir azalmaya meydana gelmeyecektir; bkz. s. 703. Yazarlar, eserlerinde örneği anlatırken bu kişilerin müteselsil borçlu olduklarını ifade etmelerine rağmen, müteselsil sorumluluk miktarını belirtmemişlerdir. Oysa, sorumluların hangi miktar için müteselsilen sorumlu oldukları dikkate alınır, diğer bir deyişle her bir sorumlunun zararın farklı kısımlarından değil de, belli bir tutara kadar aynı kısımdan müteselsilen sorumlu oldukları dikkate alınmış olsa idi farklı sonuca ulaşılması gerekecekti. Yoksa, her bir sorumlu zararın farklı bir kısmından sorumlu ise, müteselsil sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. İşte, bizim verdiğimiz örnekte de, müteselsil sorumluluk miktarı 300.000 TL olduğu için, sorumluluğu bu miktarla sınırlı olan C'nin yapacağı ödeme diğer sorumluları da bu ölçüde borçtan kurtaracak, sorumluluk miktarı 600.000 TL olan B'nin ise kendi bireysel sorumluluk miktarının üzerinde yapacağı ödeme ölçüsünde A ve C sorumluluktan kurutulacaktır. Diğer bir deyişle, bir kimsenin yapacağı ödemeler, öncelikle tek başına sorumlu olduğu bir miktar varsa buna mahsup edilecek, bunun üzerindeki ödemeler de müteselsilen sorumlu olunan miktara mahsup edilerek bu nisbette diğer sorumluların borcunu sona erdirecektir.

¹⁷⁶⁹ Borçlulardan bir veya birkaçının ibra edilmesinin diğer borçluların sorumluluğuna etkisi konusunda ayrıca bkz. aşağıda Beşinci Bölüm, II.

konusunda öngörülen vadelerin, kararlaştırılan işlemlerin (örneğin borçluya ait taşınmaz veya hisse satışı gibi) sonucunun HMK m. 165'e göre bekletici sorun yapılmasında (beklenmesinde) fayda vardır¹⁷⁷⁰. Zîra tazminat miktarını doğrudan etkileyecek bu tür hususların sorumluluk davasında dikkate alınması ve hükmün buna göre kurulması, icra aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların da önüne geçecektir. Şüphesiz ki, bu tür sözleşmelerin bekletici sorun yapıp yapılmayacağı konusunda somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır¹⁷⁷¹.

II- Sorumlulardan Bir veya Birkaçının İbra Edilmesinin TBK m. 166/3 Bakımından Değerlendirilmesi

Anonim ortaklık genel kurulu tarafından yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin ayrı ayrı her birinin ibrasına karar verilebileceği gibi, bu kimselerden sadece bir kısmının ibra edilip diğer bir kısmının ise ibra edilmemesine de karar verilebilir. Diğer yandan, yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluk bulunduğundan, tüm bu kişiler için ibra etmeme ve dava açma kararı verilmiş olmasına rağmen, ortaklık sadece bir veya birden fazla kişiye (sorumluya) karşı dava açabileceği gibi¹⁷⁷², dava açtıktan sonra da HMK m. 24'te düzenlenen tasarruf ilkesi uyarınca, davadan bir veya birkaç davalı yönünden feragat edebilir (HMK m. 307 vd.) veya davalının açık rızası ile davasını geri alabilir¹⁷⁷³ (HMK m. 123). Nitekim, TTK m. 557/3'ün gerekçesinde de ifade edildiği gibi, *“uygulamada sorumluluk davası açılırken, çeşitli sebeplerle bazı üyelerin, dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlanmaktadır”*.

¹⁷⁷⁰ Borçlulardan bir kısmı ile borcun ödenmesi konusunda yapılan protokollerin Bankacılık Kanunu'na göre açılan şahsî iflâs davasına etkisi konusunda bkz. Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, N. 28-23 vd.; Doğrusöz, s. 288.

¹⁷⁷¹ Örneğin, uygulamada, özellikle banka davalarında, banka hâkim ortakları ile TMSF arasında yapılan banka zararının karşılanmasına yönelik anlaşmaların yerine getirilmesinin, bu bağlamda kararlaştırılan vadelere borcun ödenmesinin (zararın karşılanmasının) veya öngörülen satış ve devir işlemlerinin yapılmasının anlaşmaya taraf olmayan diğer davalılar bakımından da bekletici sorun yapıldığına rastlanmaktadır.

¹⁷⁷² Bu konuda, TTK m. 557'nin madde gerekçesinin son paragrafından aynen şu ifadeler yer almaktadır: *“Uygulamada sorumluluk davası açılırken, çeşitli sebeplerle bazı üyelerin, dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlanmaktadır. Bu sınırlamalarda hakim pay sahibinin kendi temsilcisini kayırmak veya davacıları belirleyen resmi makamın bazı kişileri korumak istemesi veya başka sebepler ve hesaplar rol oynamaktadır.”*

¹⁷⁷³ Birden fazla sorumlu bulunmasına rağmen sadece bir kişi aleyhine dava açılması veya sadece bir kişiye karşı davaya devam edilmesi hâlinde dahi farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanacaktır; bu konuda ayrıca bkz. Altay, **Yetki Devri**, s. 326; Çamurcu, s. 121.

Bununla birlikte, bu işlemlerin maddî hukuk bakımından bir sonuç doğurup doğurmayacağı ve bu bağlamda TBK m. 166/3'ün uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilmelidir¹⁷⁷⁴. Bu konu, anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemleri bakımından önem arz etmektedir. Zira doğrudan zarara uğrayan ve tazminat kendisine ödenecek bulunan kişi, anonim ortaklıktır. Anonim ortaklığın, zararı bir kısım davalılara karşı zararın tazmini talebinden kısmen veya tamamen vazgeçtiğinin söylenebildiği durumların, diğer müteselsil sorumlulara ilişkin yansımaları da olacaktır. Nitekim, bu husus, TBK m. 166/3 hükmünde düzenlenmiş olup, hüküm aynen şu şekildedir: *“Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.”*

Buna göre, anonim ortaklığın sorumlulardan bir veya birkaçını ibra etmesi hâlinde, ortaklığın zararı kısmen veya tamamen tahsil edip etmediğine yahut ne kadar tahsil ettiğine bakılmaksızın, ibra hususunun söz konusu hüküm uyarınca dikkate alınması gerekmektedir¹⁷⁷⁵. Nitekim öğretide de, şirketin sorumluların bir kısmını öğrenmesine rağmen bunlar hakkında sorumluluk davası açmaması hâlinde eski BK m. 147 hükmünün uygulanacağı ve buna göre, haklarında dava açılmayıp zamanaşımı süreleri dolan diğer sorumluların iç ilişkideki payları oranında aleyhine dava açılan müteselsil borçluların sorumluluktan kurtulacakları ifade edilmiştir¹⁷⁷⁶.

Bu bağlamda belirtelim ki, ortaklığın verdiği ibra kararı (TTK m. 558), TBK m. 132 anlamında borcu maddî hukuk bakımından sona erdiren bir işlem olmayıp¹⁷⁷⁷,

¹⁷⁷⁴ TBK m. 166/3 hükmünden önce yapılan tartışmalar için ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1389; Canyürek, s. 49-51; Çelik, s. 264 vd.; bu hükmün farklılaştırılmış teselsül ilkesi sisteminde uygulanmasına bir engel bulunmadığı yönünde bkz. Çamurcu, s. 158.

¹⁷⁷⁵ Söz konusu hükmün isâbetli olmadığı yolundaki görüş ve eleştiri için bkz. Kırca, **Değişiklikler**, s. 669.

¹⁷⁷⁶ Çamoğlu, **ETTK'ya Göre Zamanaşımı**, s. 270; borçlulardan yalnız birinin borcunun zamanaşımına uğraması hâlinde bu borçlunun payına düşen miktarın diğer borçluların borç miktarından düşülmesi gerektiği, zira alacaklının borçlulardan birine karşı zamanaşımının dolmasına sebebiyet verdiği için kusurlu olduğu, bu hâlde borcun tamamının istenememesinin bu kusurun kefareti sayılması gerektiği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 307; aynı yönde bkz. Canyürek, s. 60.

¹⁷⁷⁷ Nitekim, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 120/2. maddesinin ikinci cümlesinde ibra kararının şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği açıkça düzenlenmiştir; AktG. 120 Abs. 2, *“Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche”*. İbranın Alman hukukunda bir *“güven açıklamasında bulunma”* anlamına geldiği, başka bir anlam taşımadığı yönünde bkz. Aytaç, s. 24, 39-41; ibra kararı ile yönetim kurulu üyelerinin borcunun sona erdiği sonucuna varılamayacağı, şirketin sorumlulara karşı tazminat talebinden vazgeçtiği, dolayısıyla, borcun değil, sorumluluğun sona erdiğinin ifade edilmesinin daha doğru olacağı yönünde bkz. Canöz, s. 47; bu bağlamda, ibranın borçlar hukukundaki ibra ile arasındaki farklar ve ayrıca ibranın hukukî niteliği ile özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, s. 48 vd., 80 vd.

karara olumsuz oy veren pay sahiplerini ve alacaklıları bağlamamakla ve ayrıca bu kişilerin açtıkları davalar sonucunda şirkete ödenen tazminat şirket bakımından bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmemekle¹⁷⁷⁸ birlikte, bu ibra kararı maddî hukuk içeriği olmayan salt usulî bir işlem niteliğinde de değildir ve hakkın bir unsuru olan talep hakkını¹⁷⁷⁹ ortadan kaldırması nedeniyle hakka ve dolayısıyla maddî hukuka da ilişkindir. Bu yönü itibarıyla ortaklık tarafından sorumlulardan bir veya birkaçı hakkında verilen ibra kararının da ortaklığın açtığı sorumluluk davalarında TBK m. 166/3 bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak teyiden vurgulamak isteriz ki, söz konusu hükmün uygulanması, sadece sorumlu olan bir kimsenin ibra edilmek suretiyle ortaklığa karşı sorumluluktan kurtarılması hâline ilişkin olup, ibra edilen kimsenin yükümlülüklerini ihlâl etmemiş olması ve söz konusu zararlar bir ilgisinin bulunmaması, diğer bir deyişle ibra kararının objektif, haklı ve geçerli bir sebebe dayanması hâlinde TBK m. 166/3 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Zîra mezkûr hükmün uygulanması için, zarardan müteselsilen sorumlu bir kişinin ibra edilmiş olması gereklidir.

Buna göre, örneğin, beş müteselsil sorumlunun (A, B, C, D, E) bulunduğu ve müteselsil sorumluluk tavanının 1 Milyon TL olarak belirlendiği bir olasılıkta, sorumlulardan ikisi (A ve B) ibra edilmişse, her bir kimsenin sorumlu olduğu toplam miktarın ve ayrıca müteselsil sorumluluk tavanının, borçluların iç ilişkideki katılma payları eşitse, diğer sorumlular açısından sorumluluğun kapsamının 400 Bin TL (2 x 200 Bin TL) indirilmesi gerekecektir. Bu bağlamda, ibradan önceki müteselsil sorumluluk tavanı 1 Milyon TL ve örneğin C'nin toplam sorumluluk miktarı (bireysel sorumluluk tavanı) 1,5 Milyon TL ise (1 Milyon TL müteselsil sorumluluk miktarı, 500 Bin TL bireysel sorumluluk miktarı), iç ilişkideki borca katılma payları toplam 400 Bin TL olan A ve B'nin ibra edilmesi sonucunda C'nin 600 Bin TL'ye kadar müteselsil sorumluluğu söz konusu olacak ve ibradan önce toplam 1,5 Milyon TL olan toplam sorumluluk miktarı da 1,1 Milyon TL'ye (600 Bin TL + 500 Bin TL) düşecektir. Böyle bir durumda, tazminatı ödeyen sorumluların ibra edilen kimseye

¹⁷⁷⁸ Çamoğlu, **Sorumluluk**, s. 156, yazar bu durumda ortaklığın malvarlığında bir artış meydana gelmeyeceğini, sadece zararının giderilmiş olmasını belirtmektedir. Buna karşılık, Arslanlı, genel kurulun ibra veya tazminattan feragat kararına rağmen pay sahiplerine dava açma imkânının tanınması hâlinde bu kimselerin açacakları dava sonucunda elde edilecek tazminatın sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğini savunmuştur; bkz. s. 185.

¹⁷⁷⁹ von Tuhr, s. 15, 17; Oğuzman/Öz, **Cilt 1**, N. 48-49; Eren, **Genel Hükümler**, N. 213 vd., N. 224-226.

karşı rücu etme hakları yoktur, zîra kendileri de ibra edilen kişinin iç ilişkideki payı ölçüsünde borçtan kurtulmuş olmaktadırlar¹⁷⁸⁰.

Bu konuda sorun teşkil edebilecek önemli bir husus, ibra edilen kimsenin iç ilişkideki borca katılım payının nasıl ve ne zaman belirleneceğidir. Zîra borca katılım payı, ancak iç ilişkide (rücu davasında) belirlenip kesin olarak karara bağlanır. Dış ilişkinin yargılama konusu olduğu sorumluluk davasında ise bunun tespiti davanın mâhiyetine uygun düşmemektedir. Bununla birlikte, sorumluluk miktarının azalması, diğer bir deyişle borcun kısmen sona ermesi anlamına gelen bu savunma, bir itiraz sebebi teşkil edecektir. Bunun mahkemece dikkate alınmayacağını söylemek de güçtür. Diğer yandan, söz konusu ibra işleminin sorumluluk davasında karar verilmesinden sonra da gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda, borcun kısmen sona erdiği yolundaki savunmanın, yapılacak bir ilâmlı icra takibine karşı takibin kesinleşmesinden önce “*itfa (ödeme)*” bağlamında (İİK m. 33) veya takibin kesinleşmesinden sonra gerçekleşen ibra işleminin ise takibin kısmen iptali (İİK m. 71) çerçevesinde ileri sürülüp sürülemeyeceğinin veya başka hangi şekilde dikkate alınabileceğinin belirlenmesi gerekir. Burada, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin de ötesinde, iç ilişkinin dış ilişkide aynen uygulanmasını (dikkate alınmasını) zorunlu kılan bir durum vardır. Mahkemenin, iç ilişkiyi etkilemeyecek şekilde sadece

¹⁷⁸⁰ Alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi hâlinde, diğer borçlular TBK m. 166/3 uyarınca ibra edilen kişinin iç ilişkideki payı oranında sorumluluktan kurtulacaklarından, borçlulardan sadece birinin ibrasının diğerlerinin zararına bir sonuç yaratmayacağı yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1751; müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesinin diğer borçluları ibra edilen kişinin iç ilişkideki payı ölçüsünde borçtan kurtaracağı yönünde bkz. Canyürek, s. 34; buna karşılık, Eren, ifada bulunan borçlunun, ibra edilmek suretiyle borçtan kurtulan borçluya da rücu edebileceğini, zira alacaklının borçlulardan birini borçtan ibra etmesinin borçlular arasındaki rücu ilişkisine (iç ilişkiye) etkili olmayacağını ifade etmiş, hemen ardından da, alacaklının ibra ettiği kısma ilgili olarak diğer borçlulara başvuramayacağını, diğer bir deyişle müteselsil borcun ibra edilen kısım ölçüsünde azalacağını, dolayısıyla sadece bakiye kısmın ödenmesini talep ve dava edebileceğini belirtmiştir; bkz. Genel Hükümler, N. 3782. Bu görüşe katılma olanağı bulamıyoruz. Şöyle ki; alacaklının ibra ettiği kişi dışındaki borçlulara karşı sahip olduğu talep hakkı, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki payı ölçüsünde ve ibra nedeniyle azaldığından (TBK m. 166/3), ödemede bulunan borçlunun diğer borçlulara karşı ileri sürebileceği talep hakkının bunlardan her birinin iç ilişkideki sorumluluk miktarı ile sınırlı olduğu, dolayısıyla ödeme yapan kimsenin iç ilişkide ibra edilen borçludan elde edebileceği kısmı zaten ibra nedeniyle alacaklıya ödemekten kurtulduğu dikkate alındığında, alacaklının ibrasının iç ilişkiye etkili olmadığını ve ibra edilen kimsenin iç ilişkide sorumlu olmaya devam ettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı kanısındayız. Hemen belirtelim ki, bu görüş esasen TBK m. 166/3 hükmünden önceki dönemde ileri sürülen görüşlerle benzerlik göstermekte olup, eTTK döneminde alacaklının borçlulardan sadece biri ile yaptığı ibranın (sübjektif ibra) sadece bu kimseler arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracağı, diğer bir deyişle ibradan diğer borçluların yararlanamayacağı, diğer bir deyişle borcun tamamının kendilerinden talep edilebileceği ve bu nedenle iç ilişkide ibra edilen borçluya da rücu edilebileceği ifade edilmekteydi; bkz. von Tuhr, s. 800, 804; bu görüşün eleştirisi ile TBK m. 166/3 hükmünün benimsenen çözümün eski Borçlar Kanunu döneminde bir çözüm önerisi olarak sunulması konusunda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 301-306.

sorumluluk davası bağlamında bir karar vermesi de mümkün değildir. Zîra sorumluluk miktarının belirlenmesi, iç ilişkideki borca katılım paylarının da açık ve kesin bir şekilde tespitini gerektirmekte ve diğer sorumlular ibra edilen kişinin borca katılım payı ölçüsünde sorumluluktan kurtuldukları için bu kişiye rücu edememektedirler.

Ayrıca, borca katılım payının sorumluluk davasında belirleneceği kabul edilirse, ibra edilen kişinin sorumluluk davasına taraf olmaması hâlinde nasıl karar verileceği sorusunun da cevaplandırılması gerekecektir. Diğer yandan, hükümden sonra yapılan ibra işleminin ve dolayısıyla TBK m. 166/3 hükmünün icra aşamasında sınırlı yetkili icra hukuk mahkemesi tarafından dikkate alınmasında da sorunlar vardır. Zîra hükümden sonra takipten önceki ödeme iddiasının İİK m. 33'e göre yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle ispat edilmesi; takibin kesinleşmesinden sonraki ödeme iddiasının da İİK m. 71'e göre noterden tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlanması gerekmektedir. Buna göre, hükümden sonra gerçekleşen ibra işlemleri nedeniyle TBK m. 166/3'ün uygulanması icra mahkemesinde mümkün olmayacak, bu konuda genel mahkemeden alınacak bir ilâma ihtiyaç gösterecektir.

Kanımızca, sorumluluk davasında hüküm verilmesinden önce sorumlulardan biri ibra edilmişse, mahkeme bu kişinin davaya taraf olup olmadığına bakmaksızın bu kişinin iç ilişkideki sorumluluk (borca katılım) payını belirlemeli ve diğer davalı sorumluların tazminat miktarını buna göre tespit etmelidir. Mahkemenin, bir itiraz sebebi teşkil eden bu hususu (savunmayı) göz ardı etmesi mümkün değildir. Bu karar ise, rücu davası açılmasına engel olmamalı, diğer bir deyişle rücu davası açısından kesin hüküm teşkil etmemeli, ancak bu davada dikkate alınmalıdır. Sorumluluk davasında belirlenen borca katılım payları ile rücu davasında tespit edilen miktarın farklı olması hâlinde, zararın kesin olarak paylaştırıldığı rücu davasında verilen hükme üstünlük tanınmalıdır. Bu bağlamda, rücu davasında ibra edilen kişi de hasım olarak gösterilecek ve mahkemece bu kimsenin sadece sorumluluk davasında öngörülen borca katılım payından daha yüksek miktarda sorumluluğunun bulunduğu tespiti hâlinde aradaki fark için davacıya ödeme yapması şeklinde bir eda hükmü tesis edilecektir.

Sorumluluk davasında karar verilmesinden sonra gerçekleşen ibra işlemi bakımından ise, TBK m. 166/3 hükmünün icra mahkemesinde dikkate alınması hiçbir şekilde mümkün olmayacak, borçlunun ancak hükümden sonra borcun kısmen sona erdiğini ileri sürerek menfi tespit davası açması gerekecektir. Burada, ilâma karşı menfi tespit davası açılması söz konusu olmayıp, ilâmdan sonra gerçekleşen ve borcu kısmen sona erdiren bir olgunun ileri sürülmesi durumu vardır. Bu davada, ibra edilen sorumlunun iç ilişkideki borca katılım payı belirlenecek ve bu miktar ölçüsünde menfi tespit kararı verilecektir. Menfi tespit davası devam ederken, borçlunun ödeme yapmak zorunda kalması hâlinde ise, davaya istirdat davası olarak devam edilecektir (İİK m. 33/son). Dava, tazminat alacaklısı ortaklık olduğundan, ona karşı açılacak olup, sorumluların (takip borçlularının) tümü bu davayı birlikte açabilecekleri gibi, bir veya birkaç kişi de ayrı ayrı açabilirler.

Ayrıca, anonim ortaklık, zararın bir kısmını sorumlulardan bir veya birkaçıyla yaptığı anlaşma uyarınca tahsil etmişse, tahsil ettiği kısım diğer davalıların sorumluluk miktarından düşülecek (TBK m. 166/1), ancak anonim ortaklığın açtığı davalarda bununla yetinilmeyerek, kendisinden zararın bir kısmı tahsil edilip ibra edilen kişinin iç ilişkideki katılma payı oranında (TBK m. 166/3) diğer davalıların müteselsil sorumluluk tavanlarında bir indirimle gidilecektir¹⁷⁸¹.

Pay sahipleri tarafından açılan davalarda ise, sadece anonim ortaklığın tahsil ettiği zarar miktarı TBK m. 166/1 uyarınca sorumluluktan düşülecek, buna karşılık TBK m. 166/3 hükmü kural olarak bu davalarda uygulama alanı bulmayacaktır. Gerçekten, TBK m. 166/3 hükmü, kural olarak sadece anonim ortaklığa karşı ileri sürülebilecek olup, pay sahiplerinin açacakları davalar bakımından söz konusu hükmün “*ibranın bağlayıcılığı*” kavramı ile birlikte değerlendirilmesi hâlinde de farklı bir sonuca ulaşılmayacaktır. Zîra TBK m. 166/3 anlamında önemli olan husus, ibraya olumlu verip vermeme değil, bizâtihi ibra olgusudur. İbraya olumlu oy veren kimse, ibra kararı alınması hâlinde TTK m. 558 uyarınca dava hakkını kaybetmekte, gerekli çoğunluğun sağlanmaması nedeniyle ibra kararının alınamadığı hâllerde de kendisi ibraya olumlu oy verdiği için sorumluluk davası açması TMK m. 2’ye aykırılık nedeniyle hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere, ibraya

¹⁷⁸¹ Yeni düzenleme içeren TBK m. 166/3 hükmü hakkındaki ayrıntılı açıklamalar ve önceki kanun döneminde yapılan tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt 2**, N. 1388 vd.

olumlu oy verip vermemenin TBK m. 166/3 bakımından bir fonksiyonu yoktur. Ayrıca, sadece ibraya olumlu oy vermeyen pay sahiplerinin dava açma hakkına sahip oldukları dikkate alındığında, ibranın pay sahiplerine karşı hiç ileri sürülemediği bir hukukî durumda, bunun (ibranın) TBK m. 166/3 uyarınca bir indirim sebebi olarak ileri sürülebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Buna göre, TBK m. 166/3 hükmü, sadece anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilen ibra işlemleri bakımından ve sadece ortaklık tarafından açılan sorumluluk davalarında uygulama alanı bulabilecektir.

Bu konuda vurgulanması gereken diğer bir husus da gerek TBK m. 166/1 gerek TBK m. 166/3 hükmünün, sadece müteselsil sorumluluk tavanının kapsamında kalan ödeme ve ibra işlemleri bakımından uygulanacağıdır. Yoksa, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması sonucunda toplam sorumluluk miktarı müteselsil sorumluluk tavanının üstünde belirlenen bir borçludan yapılan tahsilatın öncelikle müteselsil sorumlu olunmayan (sadece o kişinin sorumlu olduğu) miktara mahsubu ve bunu aşan miktarda bir tahsilat varsa TBK m. 166/1 uyarınca dikkate alınması, diğer yandan ibra işlemi sınırlı yapılmamışsa ibra işleminin de TBK m. 166/3 uyarınca diğer müteselsil borçluların müteselsil sorumluluk tavanlarında bir indirim sağlaması söz konusu olacaktır.

Bu bağlamda, TBK m. 166/3 hükmünün uygulanmasından kaçınılması için anonim ortaklık tarafından ibra işleminin açıkça gerçekleştirilmeyip (gösterilmeyip, gizlenip), davanın anlaşma yapılan davalı yönünden takipsiz bırakılması (HMK m. 150) veya sadece alacağın takip edilmemesi yönünde anlaşma yapılmakla yetinilmesi, sulh ve ibra miktarının gizlenmesi gibi durumların da somut olayda dikkatle incelenmesi gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Alman Hukukunda ileri sürülen ve Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre, bir hakkın dava edilebilirliği tarafların yapacakları anlaşma ile kaldırılabilir; ancak, bunun için tarafların dava konusu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri gereklidir¹⁷⁸². Türk hukukunda,

¹⁷⁸² Bu konudaki tartışmalar ve bu görüş için von Tuhr, s. 38-39; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 925; Eren, **Genel Hükümler**, N. 264; Üstündağ, **Usul**, s. 275.

bu görüşü destekleyenler olduğu gibi¹⁷⁸³, böyle bir anlaşma yapılamayacağını savunanlar da vardır¹⁷⁸⁴.

Kanımızca, anonim ortaklık tarafından açık ibra sözleşmesinden bahsedilmese bile, dava bir kısım davalılar bakımından takipsiz bırakılmışsa veya hakkında dava açılmasına ilişkin bir genel kurul kararı bulunmasına rağmen bir veya birkaç kişiye karşı dava açılmamışsa, bu durumda dava açılmamasına yönelik anlaşmanın geçersiz olduğu veya müteselsil sorumluluk ilkesinin bulunduğu gerekçe gösterilerek konudan uzak durulmamalı ve mahkemece bir itiraz sebebi teşkil eden TBK m. 166/3 hükmünün uygulanması değerlendirilmelidir.

Bu hüküm, esasen sadece davadan sonra anonim ortaklığın yapacağı sulh ve ibra sözleşmeleri bakımından değil, anonim ortaklık genel kurulu tarafından verilen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesinin ibra edilmesine ilişkin kararlar bakımından da uygulama alanı bulabilecektir¹⁷⁸⁵. Zira zarardan sorumlu bulunmasına rağmen genel kurul tarafından hakkında ibra kararı verilmiş bulunan bir kimse varsa, yapılacak değerlendirmede farklılaştırılmış teselsül bağlamında TBK m. 166/3 hükmünün dikkate alınması ve bu kişinin iç ilişkideki payı oranında diğer davalıların sorumluluk miktarında ve müteselsil sorumluluk tavanında bir indirim yapılması gerekecektir. Buna göre, yukarıda belirttiğimiz gibi bu konu sadece iç ilişkiyi ilgilendiren bir konu olmayıp, kanunun (TBK m. 166/3'ün) dış ilişkiye de yansıtılmasını emrettiği bir husustur.

¹⁷⁸³ Bu tür anlaşmaların mümkün olduğunu ve bunların ibra niteliğinde bulunduğu yönünde bkz. von Tuhr, s. 650-651; sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkelerine göre, taraflara dava ve icra takibinden vazgeçme yetkisinin tanınması gerektiğini, bu durumda borcun eksik borç niteliğini taşıyacağı yönünde bkz. Eren, **Genel Hükümler**, N. 264; alacaklının borçluyu dava etmemeyi kabul ettiği anlaşmanın maddî hukuka ilişkin bir sözleşme olduğu, anlaşmanın süresiz olması hâlinde bunun geçerliliğinin TMK m. 23 vd. hükümlerine tâbi bulunduğu, süreli anlaşmaların hakkın aşırı sınırlandırılması olarak değerlendirilmesi ihtimalinin ise daha az olduğu yönünde Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1569.

¹⁷⁸⁴ Tarafların haktan feragat edebilme yetkisine sahip olmakla birlikte hukukî korunma talebinden vazgeçememeleri gerektiği yönünde bkz. Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 925; müstakbel dava hakkından, bu hakkın doğumundan önce feragat edilemeyeceği, böyle bir anlaşmanın hem Anayasa'ya hem de TMK m. 23 ve TBK m. 27 hükümlerine aykırı olacağı yolunda bkz. Tanrıöver, s. 467 vd.

¹⁷⁸⁵ Genel kurulun bazı üyeleri ibra edip, bazılarını ibra etmeyebileceği konusunda bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 103.

III- Sorumluluk Davalarında Sulh, Kabul ve Feragat İşlemleri

Yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin sorumluluğu konusunda, genel kurul tarafından ibra kararı verilip, ortaklık adına bu kimselerin sorumluluğuna hiç gidilmemesi söz konusu olabileceği gibi; sorumluluk davası açılmasından önce veya sonra ortaklık zararının kısmen veya tamamen tazmin edilmesi ve sorumluluğun sona ererek ibranın gerçekleşmesi konusunda bu kimselerle ortaklık adına bir sulh sözleşmesi yapılması da mümkündür. Nitekim, öğretide, İsviçre’de sulh sözleşmesi yapılmasının yaygın bir uygulama olduğu¹⁷⁸⁶; sulh sözleşmesinin yönetim kurulu tarafından yapılmasının yeterli olduğu, genel kurul kararına ihtiyaç bulunmadığı, şirketin bu sözleşmeyle bağlı olacağı, sulh sözleşmesinin pay sahiplerine ve alacaklılara etkisinin tartışmalı olduğu, sulh sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanması hâlinde burada olumlu oy kullanan pay sahiplerinin de bu sözleşme ile bağlı bulunacağı ve bu nedenle bu kişilerin sorumluluk davası açamayacakları, aksi takdirde hakkın kötüye kullanılması yasağının (TMK m. 2) ihlâl edilmiş olacağı, İsviçre’de ibraya olumlu oy vermeyenlerin dava hakkı bakımından öngörülen altı aylık hak düşürücü sürenin sulh sözleşmesine olumsuz oy verenlerin dava hakkı için de uygulanması gerektiğinin savunulduğu, alacaklıların dolayısıyla zararları bakımından sulh sözleşmesinin etkisi konusunda ibradaki gibi uygulamanın tutumunu beklemek gerektiği, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ile alacaklıların da yönetim kurulu üyeleri ile sulh sözleşmesi yapabilecekleri ve bu sözleşmelerin sadece taraflarını bağlayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁸⁷.

Bu konuda bir görüş oluşturmak için, öğretide de ifade edildiği gibi, konuya ibra çerçevesinde yaklaşılması gerekir¹⁷⁸⁸. Zîra, ortaklık adına yapılacak bir sulh sözleşmesi (HMK m. 313-315), ibrayı da kapsayacaktır. Gerçekten, sorumlu tutulmak

¹⁷⁸⁶ Altay, **Yetki Devri**, s. 342.

¹⁷⁸⁷ Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 451-456; İngiliz hukukunda, yönetim kurulunun, iş muhakemesini kullanırken, sorumlulara karşı tazminat talebinde bulunmanın makul olmayacağına veya tazminat tutarının bir kısmı için bir sulhun (uzlaşmanın) yeterli olacağına karar vermesinin mümkün olduğu yolunda bkz. Koh, s. 385.

¹⁷⁸⁸ Sulh ve benzeri işlemler hakkında ibra hükümlerinin kıyasen geçerli olması gerektiği konusunda bkz. Helvacı, **Sorumluluk**, s. 145; aynı doğrultuda bkz. Üçışık/Çelik, s. 551; buna karşılık, sulhün taraflar arasındaki hukukî ilişkiye ait uyuşmazlığa ve şüpheli duruma son vermek için tarafların karşılıklı fedakarlıklarla yaptıkları bir sözleşme olduğu ve bu nedenle “*tespit işlemi*” olarak adlandırıldığı, sulh sözleşmesinin iki yönünün bulunduğu, maddî hukuka bakan yönünün borcun sona erdirilmesi, usûl hukukuna bakan yönünün de davaya son vermesi olduğu yönünde bkz. Acar, **Teselsül**, s. 261-262.

istenen yönetim kurulu üyesi, sulh anlaşmasında sorumluluğunu ve belli bir miktar tazminat ödemeyi kabul edecek, buna karşılık ortaklık da ödemelerin yapılması koşuluyla üyeyi ibra ettiğini beyan edecektir yahut hiçbir ödeme alınmadan, üye doğrudan ibra edilecektir.

Buna göre, öncelikle, ibra hususunun genel kurulun vazgeçilmez ve devredilmez yetkileri arasında olduğunu (TTK m. 408/2, b, 558) ve yönetim kurulunun ibra konusunda hiçbir yetkiye ve fonksiyona sahip bulunmadığını tespit etmek gerekir¹⁷⁸⁹. Sulh anlaşması, ortaklığın ibra etmeme ve dava açma kararı verdiği hâllerde söz konusu olacak, ibra kararı verilmiş olması hâlinde ise, zaten sulh anlaşması yapılmasına ihtiyaç bulunmayacaktır. Bu nedenle, yapılacak değerlendirmede, sulh anlaşmasının esasen genel kurulun ibra etmeme kararından sonra yapılacağı göz önünde bulundurulmalıdır. İbra hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeyen aşamada da, sulh anlaşması yapılmasına bir engel bulunmamakla birlikte böyle bir anlaşma ibra oylamasına engel olmayacağından ve genel kurulun ibra konusundaki münhasır yetkisini (TTK m. 408/2-d) ortadan kaldırmayacağından, anlaşmanın yönetim kurulu tarafından yapılmış olması hukuken hiçbir anlam ifade etmeyecek, diğer bir deyişle genel kurulun ibra etmeme kararı vermesine engel teşkil etmeyecek, buna karşılık ancak sulhün genel kurul tarafından kabul edilip onaylanması hâlinde esasen bir anlamda ibra kararı da verilmiş olacaktır.

Diğer yandan, genel kurulun ibra etmeme ve dava açma kararı yönetim kuruluna sorumluluk davası açma ödevi yüklemişken, yönetim kurulunun sorumlularla koşullarını kendisinin belirleyeceği bir sulh anlaşması akdetmesi, en başta genel kurul kararına aykırı olacaktır. Belirttiğimiz gibi, ibra varsa, zaten sulhe gerek yoktur; ayrıca, ibra konusunda müspet veya menfî bir karar yoksa, yönetim kurulunun yapacağı sulh TTK m. 408/2-b hükmü karşısında genel kurulun ibra etmeme kararı almasına engel olmayacaktır.

Bu bağlamda, genel kurul kararının dava açılması için bir dava şartı teşkil etmediği, diğer bir deyişle sorumluluk davası dava açıp açmamaya yönetim kurulunun

¹⁷⁸⁹ Sulh sözleşmesi ortaklık adına dava açma hakkından feragat anlamına geldiğinden, bunun geçerli olabilmesi için genel kurulun onayının gerekli olduğu yönünde bkz. Domaniç, **TTK Şerhi**, s. 692.

karar vereceği yolundaki görüşün¹⁷⁹⁰ kabulü hâlinde dahi, ibra yetkisi münhasıran genel kurulda olduğundan ve sulh çoğunlukla ibrayı da kapsayacağından yönetim kurulunun dilediği şekilde sulh sözleşmesi yapabileceği sonucuna yine ulaşılmış olmayacaktır.

Ayrıca, sulh konusundaki tek pozitif düzenleme, ibra yasağına ilişkin TTK m. 559'da yer almakta olup, bu hükümde, dört yıl geçmedikçe sorumluluğun sulh ve ibra yoluyla kaldırılamayacağı, bu süreden sonra da sulh ve ibranın ancak genel kurul kararıyla geçerlilik kazanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır¹⁷⁹¹.

Tüm açıklamalarımız sonucunda, sulh sözleşmesi akdetme yetkisinin genel kurula ait bulunduğu, yönetim kurulunun böyle bir sözleşme yapamayacağı, yapsa dahi ancak genel kurul tarafından kabul edilip onaylanmak koşuluyla geçerli olacağı kanısındayız¹⁷⁹².

Bağlayıcılık konusuna gelince, böyle bir sözleşme kural olarak sadece tarafları olan ortaklık ile sorumluları bağlayacaktır. Bu bağlamda, sorumlulardan bir veya birkaçının ortaklıkla sulh sözleşmesi akdederek zarar verici eylemlerde bulunduklarını kabul etmek suretiyle zararı karşılamak üzere şirkete belli bir tutarda ödeme yapmayı taahhüt etmiş olmaları, sözleşmeye taraf olmayan diğer sorumluları hiçbir şekilde bağlamaz; bu kimseler sorumluluk davasında hukuka aykırı bir işlemin bulunmadığını ve ayrıca bir zararın da doğmadığını serbestçe ileri sürebilirler. Bununla birlikte, sulh sözleşmesi uyarınca şirket zararını karşılamak üzere yapılan ödemeler, sözleşmeye taraf olmayan müteselsil sorumlu diğer kimseleri de ödeme tutarında borçtan kurtarır (TBK m. 166/1). Pay sahipleri bakımından ise, İsviçre öğretisinde ibraya paralel olarak yapılan açıklamalara genel olarak katıldığımızı, buna göre sulh anlaşmasına genel kurulda olumlu oy vermiş olan kimselerin buna rağmen sorumluluk davası açmalarının dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı olacağını, olumsuz oy verenlerin ise, sulhün

¹⁷⁹⁰ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), N. 602, 612c; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, I, A, 5.

¹⁷⁹¹ Bu konuda bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, C, 9.

¹⁷⁹² İbra yasağına ilişkin dört (4) yıllık sürenin geçmesinden sonra yapılacak sulh ve ibraların da genel kurul kararı ile geçerli olacağı, ayrıca ibra kararı verme görev ve yetkisinin genel kurula ait olması nedeniyle TTK m. 559'da yer alan onay ifadesinin hatalı olduğu ve bunun karar (ibra kararı) şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Canözü, s. 178, 179-180; sulh sözleşmesinin genel kurulun onayıyla yapılabileceği konusunda ayrıca bkz. Dinç, s. 163; şirketle yapılan sulh sözleşmesinin pay sahiplerinin talep haklarını etkilemediği, ancak bu sözleşme genel kurula sunulmuşsa buna olumlu oy veren pay sahiplerinin dava hakkını dürüstlük kuralı gereğince ortadan kaldıracağı yönünde ayrıca bkz. Kortunay, 301.

ibrayı içerecek olması nedeniyle ibradaki gibi altı (6) aylık hak düşümü süresi içinde dava açmaları gerektiğini ifade etmek isteriz¹⁷⁹³.

Aynı doğrultuda olmak üzere, ortaklık tarafından açılan bir sorumluluk davasından da ancak genel kurul kararıyla feragat edilebileceğini (HMK m. 307) belirtmek gerekir. Zîra ibra ve sulh, genel kurulun yetkisinde olduğuna göre, feragat de genel kurul kararına dayanmalıdır¹⁷⁹⁴. Buna göre, yönetim kurulunun sorumluluk davasından feragat yetkisi yoktur¹⁷⁹⁵. Gerçekten, feragat esasen, bir maddî hukuk kurumu olmayıp, medenî usûl hukukuna ilişkin bir kavram olmakla birlikte, sübjektif hakkı sona erdirdiğinden maddî hukuka da ilişkin bulunmakta ve haktan vazgeçmeyi içerdiğinden esasen ibra temeline dayanmaktadır (HMK m. 307). Bu nedenle, ibra genel kurulun vazgeçilmez ve devredilmez yetkisine girdiğinden, yönetim kurulunun bu yönde karar vermesi de kanımızca mümkün değildir. Bu işlem, *ultra vires* ilkesiyle ilgili de değildir, bu nedenle yönetim kurulunun yetkisine girdiği ve bu nedenle geçerli olduğu, ancak sonucunun sorumluluğu gerektirdiği savunulamaz¹⁷⁹⁶. Avukata verilen genel vekâletnamede, “*sulh, ibra, feragat*” yetkilerinin (HMK m. 74) verilmiş olması da, bu konuda özel bir genel kurul kararı bulunmadıkça, kanımızca hüküm ifade etmeyecektir. Zîra, feragat ile genel kurulun ibra etmeme ve dava açma yönündeki kararı değiştirilmekte ve bir anlamda geri alınmaktadır. Genel kurul kararına yönelik belirttiğimiz ihtiyacın aşılması için davanın takip edilmemesi suretiyle işlem den kaldırılmasına ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasına (HMK m. 320/4, m. 150) karar verilmesine yol açılması hâlinde ise, buna sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu bağlamda, avukata davanın takip edilmemesi talimatını veren yönetim kurulu üyeleri, sorumluluk davasına konu zarar miktarından bizzat sorumlu olabileceklerdir.

¹⁷⁹³ Genel kurul tarafından onaylanan sulh sözleşmesinin sadece taraflarını bağlayacağı ve bunun pay sahiplerine etkisi konusunda ibraya ilişkin TTK m. 558 hükmünün kıyasen uygulanabileceği, buna göre olumlu oy kullanan pay sahiplerinin dava hakkının düşeceği, diğer pay sahiplerinin ise 6 ay geçmekle dava haklarının düşeceği yolunda bkz. Canözü, s. 181.

¹⁷⁹⁴ Bu bağlamda, usûl hukukunda yer alan davayı kabul, davadan feragat kurumlarının sulh ve ibraya benzeyen kurumlar oldukları, bu nedenle şirketler hukukundaki ibra yasağı bağlamında bu gibi işlemlerin de yasak kapsamında olduğunun kabulü gerektiği yönünde bkz. Domaniç, **Kuruluştan Doğan Hukukî Mesuliyet**, s. 95 vd.

¹⁷⁹⁵ Ortaklık adına açılan davada, genel kurul kararı bulunmadıkça, feragat, sulh, ibra yapılamayacağı, aksi hâlde yetkisiz temsil olacağı yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s. 551.

¹⁷⁹⁶ Buna karşılık, İsviçre hukuku bakımından, yönetim kurulunun bir davadan feragat etmesi hâlinde, özen ve bağlılık borçlarını ihlâl etme riski taşıdığı yönünde bkz. Rihm/Känzig, **OFK**, Art. 756, N. 4.

Pay sahipleri ise, karar kesinleşme kadar diledikleri zaman sorumlularla sulh anlaşması akdedip, açmış oldukları davadan feragat edebilirler¹⁷⁹⁷ (HMK m. 24, 310, 314). Bununla birlikte, böyle bir sulh sözleşmesi ortaklığı ve diğer pay sahiplerini bağlamaz¹⁷⁹⁸. Ayrıca, sorumluların ortaklık dışında bir kimseye yapacakları bir ödeme de kendilerini sorumluluktan kurtarmaz. Zira pay sahiplerinin açtığı davanın konusu şirket zararının tazminidir.

Sorumluluk davasının davalılarından bir kısmının veya tamamının davayı kabul etmesi de mümkündür (HMK m. 308). Bir davalının davayı kabul etmesi, sadece kendisi bakımından sonuç doğuracak, buna karşılık bu kabul diğer davalılara (sorumlulara) karşı ileri sürülemeyecektir.

Feragat, kabul ve sulh işlemleri, HMK'da davaya son veren işlemler olarak düzenlenmiş olup, bu işlemler kesin hüküm gibi sonuç doğururlar (HMK m. 311, 315).

¹⁷⁹⁷ Pay sahibinin açtığı sorumluluk davasının sona ermesinin genellikle oldukça hassas bir yapıya sahip olduğu, bunun nedeninin dava konusu hakların şirkete ait bulunması olduğu ve davacı pay sahipleri ile sorumluluğu bulunan kendi kişisel menfaatleri için, şirket ve diğer pay sahiplerinin aleyhine olacak şekilde yargılamayı durdurmaya yönelik güçlü teşviklere sahip oldukları, bu nedenle, hem İngiliz hem de Alman yasalarında söz konusu davaların durdurulmasının belirli güvencelere tâbi tutulduğu ve bunun şaşırtıcı olmadığı, Alman hukukunda, davacı pay sahipleri ile davalıların, davanın sona erdirilmesi konusunda bazı özel anlaşmalar yapmasının önüne geçmek üzere, bazı açıklama yükümlülükleri öngörüldüğü (AktG 149), İngiliz hukukunda, davalıların şirketin ve diğer pay sahiplerinin haklarını göz ardı etmek suretiyle davacı pay sahibine birtakım kişisel menfaatler sağlayarak davadan kurtulmalarının önüne geçmek üzere mahkemeye kendi izni olmadan davanın durdurulmamasını ve sona erdirilmemesini emretmek konusunda takdir yetkisi tanındığı (CPR 19.9F) yönünde bkz. Paul, s. 91-92, 108; İngiltere'de mahkemenin pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasının (türev davanın) devam etmesine izin verdikten sonra, mahkemenin izni olmadan davanın durdurulamayacağını veya uzlaşamayacağını emredebileceği, böyle bir kararın verilip verilmeyeceğinin tamamen mahkemenin takdirine bırakıldığı, böyle bir yaklaşımın mahkemenin izin duruşmasının ardından konu üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmasına izin verdiği ve böylece yöneticiler ile davacı pay sahibi arasındaki olası gizli anlaşmaların önüne geçilebileceği yönünde ayrıca bkz. Keay, s. 50-51.

¹⁷⁹⁸ Aynı görüş için bkz. Köprücü, s. 212; aksi yönde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 148. Davacı pay sahipleri ile davalılar arasında yapılacak dava öncesi (kabul prosedürü aşmasında) anlaşmalar üzerinde İngiliz hukukuna nazaran Alman hukukunda daha fazla durulduğu, bunun nedeninin, İngiliz hukukuna göre davacı hissedar ile sorumlu olduğu iddia edilenler arasında dava öncesi aşamada yapılan anlaşmalarının hiçbir şekilde şirket veya diğer pay sahipleri için bağlayıcı olmayacağı ve bu nedenle sorumlu yöneticilerin bu tür anlaşmalara girmekte isteksiz olacakları, buna karşılık Alman hukukunda dava öncesi aşamadaki anlaşmaların tüm şirket üyelerini bağlayacağı, bu kuralın sorumlu olduğu iddia edilen kişilerin aynı ihlâl nedeniyle başka iddialara maruz kalmamalarını sağlamak amacına yönelik olduğu yolunda bkz. Paul, s. 109-110.

IV- Sorumluluk Davası Kapsamında Rücu İlişkisinin İncelenip İncelenemeyeceği

TTK'nın sorumluluk davaları bakımından getirdiği yeniliklerden birinin farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması (TTK m. 557) olduğuna ve buna göre, sorumluların iç ilişkiye ait bulunan indirim sebeplerini ve bu bağlamda kusurun derecesi ile durumun gereklerini dış ilişkide, yani sorumluluk davasında da ileri sürebileceklerine çeşitli başlıklar altında yukarıda değinmiştik¹⁷⁹⁹. Esasen zarardan müteselsilen sorumlu bulunan kimseler arasındaki iç ilişkiye ait bu unsurların sorumluluk davası bağlamında incelenmesi ve her bir sorumlunun gerek bireysel sorumluluk miktarının gerek müteselsilen sorumlu olduğu miktarın farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca tespit edilmesinin gerekmesi nedeniyle, sorumlular arasındaki rücu ilişkisinin de sorumluluk davası bağlamında değerlendirilip karara bağlanması düşünülebilir.

Bu konuda, rücu ilişkisi hakkındaki TTK m. 557/3'ün gerekçesinde, bu hükümle ödemede bulunan bir sorumlunun diğer sorumlulara karşı bağımsız bir rücu davası ikâme etmesi halinin düzenlendiği, dış ilişkiye ait sorumluluk davasında, sorumlular arası ilişkiye ait rücuun davacı tarafından talep edilmesinin zaten pek düşünülemeyeceği, İsviçre öğretisinde davalıların ana davada, yani sorumluluk davasında bu talebi ileri sürüp süremeyeceğinin kantonal hukuka ait bir sorun olduğunun belirtildiği, Türk usûl hukukunun buna olanak verip vermediği ve bunun şartlarının öğretiye ve yargı kararlarına bağlı olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰⁰.

Madde gerekçesinde, rücu ilişkilerinin öğretiye ve yargı içtihatlarına bırakıldığı dikkate alındığında bunun peşinen reddedilmediği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, öğretilde savunulan bir görüşe göre, iç ilişkiye ilişkin sorunların sorumluluk davasında

¹⁷⁹⁹ Bu konuda bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II, B, 2 ve VI, D ile Dördüncü Bölüm, I, B, E.

¹⁸⁰⁰ Sorumluluk davasında rücu ilişkileri belirlenmesinin, diğer bir deyişle hem dış, hem de iç ilişkideki sorumluluk miktarlarının tespitinin aynı davada istenip istenemeyeceğinin İsviçre'de kantonlara bırakıldığı yönünde ayrıca bkz. Akdağ Güney, **Yönetim Kurulu**, s. 403 ve dn. 1082; Akdağ Güney, **Sorumluluk**, s. 292, dn. 772; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 65.

çözümlemesi mümkün iken¹⁸⁰¹, diğer bir görüş ise, buna pek imkân olmadığı yönündedir¹⁸⁰².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eTTK döneminde oyçokluğu ile verdiği 04.11.2009 tarihli kararında, sorumluluk davasında alınacak bilirkişi raporlarının ve verilecek kararın rücu davası bakımından kesin hüküm niteliğinde olmayacağını, bununla birlikte, söz konusu kararının rücu davası için güçlü delil teşkil edeceğini, bu nedenle ihtiyarî dava arkadaşlarının sonradan birbirlerine karşı açacakları rücu davasında güçlü delil teşkil edecek ve esas alınacak mahkeme kararı ile bu kararın dayanağı bilirkişi raporlarının ihtilaf henüz mahkeme önünde iken doğru olarak oluşması gerektiğini, buna göre mahkemenin davalıların hangi eylem ve işlemleri nedeniyle ne oranda sorumlu tutulup tutulmayacaklarını sorumluluk davası sırasında halletmesi gerektiğini ifade ederek, bir kısım davalılar hakkındaki davanın reddi kararını diğer davalıların temyiz etmekte hukukî yararlarının bulunduğu, davacı şirketin kararı temyiz etmemiş olmasının dahi buna engel olmayacağına, zira bu durumda, bozma hâlinde mahkemece sadece aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş kişilerin sorumluluk derecesi hakkında bir hüküm kurulmakla yetinileceğine, böylece bu kimseler lehine davacı şirketin ilk kararı temyiz etmemesi ile oluşan usulî müktesep hakkın da ihlâl edilmiş olmayacağına karar vermiştir¹⁸⁰³. Bu karara katılma olanağı

¹⁸⁰¹ Bu konuda, Karayalçın, dış ilişki-iç ilişki problemlerini büyük ölçüde, hatta tamamen hepsini aynı davada çözümlemenin gerekeceğini, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bağlamında borçlular arasında rücu davasını da gereksiz kılacak şekilde esas hakkında karar verilebileceğini (s. 659, 671); Yördem ise, madde gerekçesinden çıkan sonucun, sorumluluk davasında, ileride açılacak rücu davasına esas teşkil etmek üzere kusur oranı ile sorumluluk tutarlarının belirlenmesinin mahkemeden talep edilebileceği ve buna yasal bir engelin bulunmadığı şeklinde olduğunu savunmaktadır (s. 153).

¹⁸⁰² Akdağ Güney, farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile rücu davasında uygulanacak kriterler esasen aynı olduğunu, bununla birlikte hâkimden, aynı yargılama içinde hem iç ilişkideki ve hem de dış ilişkideki sorumluluk miktarlarını belirlemesini beklemenin pek mümkün görünmediğini (**Yönetim Kurulu**, s. 403; **Farklılaştırılmış Teselsül**, s. 1225); Kendigelen, rücu ilişkisini ilgilendiren taleplerin sorumluluk davasında tartışılmasının oldukça güç olduğunu, tazminat davasının tüm sorumlulara karşı açılmadığı hâllerde ise bu tür taleplerin gündeme getirilmesinin imkânsız olacağını, ayrıca usul hukuku ilkeleri çerçevesinde de buna imkân bulunmadığını, dolayısıyla TTK m. 557/3 hükmünün sadece sorumluluk davası karara bağlandıktan sonra açılacak bir rücu davasında uygulama kâbiliyeti bulacağını (**Tespitler**, s. 466); Doğan ise, sorumluluk davasının içine rücu ilişkisinin dahil edilmemesi gerektiğini, borçlular arasındaki iç ilişkiye (rücu ilişkisine) yönelik bir tazminat hesabının sorumluluk davasında yapılamayacağını (s. 262) ifade etmektedir.

¹⁸⁰³ “Açıklanan maddi hukuk hükümleri usul hukukunda dava olarak tezahür etmektedir. Müteselsil borçlular arasındaki ihtiyari dava arkadaşlığı nedeniyle hükmü temyiz etmeyen iki davalı hakkındaki ret kararının kesinleştiği düşünülebilir ise de, kesinleşme sorumluluk davasına ilişkin olup, ardından görülecek rücu davası yönünden, yani borçlular arasındaki iç ilişki yönünden hüküm ifade etmez. Rücu davası dikkate alındığında davalıların hükmü temyizde hukuki yararları bulunduğu aşikardır. Zira sorumluluk davasındaki bilirkişi raporları, kesin delil ve sorumluluk davasındaki karar kesin hüküm oluşturmaz ise de, rücu davası yönünden sorumluluk davasının kararı güçlü delil oluşturmaktadır. Hakkında güçlü delil oluşan davalının rücu davası yönünden sorumluluk davası hükmünü diğer müteselsil borçlular aleyhine temyiz etmesinde hukuki yararı vardır. İhtiyari dava arkadaşlarının

bulamıyoruz. Zîra, karşı oyda da ifade edildiği gibi, bir kısım davalılar hakkındaki davanın reddi kararının davacı tarafından temyiz edilmemesi hâlinde, söz konusu karar davalılar ile davacı arasında kesin hüküm teşkil edeceğinden (HMK m. 303), diğer davalıların bu kararı temyiz etme hakları bulunmamaktadır. Diğer yandan, haklarında red yönünde maddî ve şeklî anlamda kesin hükümle sonuçlanan bir davada, artık bu kimselerin kusur durumlarının araştırılmasına da hukuken olanak olmayıp, sorumluluk davasındaki inceleme, rapor ve kararların rücu davası bakımından güçlü delil teşkil edeceği yolundaki düşünce de, rücu davası bakımından hâkimin şimdiden bağlanması (iradesinin âdetâ ipotek altına alınması) anlamına gelmektedir ki, bu düşünce sorumluluk davasındaki karar ve raporlara güçlü delilden de öte kesin delil niteliğinin izâfesi anlamına gelmektedir. Belirttiğimiz üzere, sorumluluk davası bu kimseler bakımından red ile sonuçlanmış ve bu red kararı kesin hüküm niteliğini kazanmıştır. Esasen, sorumluluk davasının reddine karar verilmese idi dahi, taraf unsurunun farklılığı nedeni ile bu davada alınan raporlar, yapılan tespitler ve verilen karar rücu davası bakımından hâkimi yine bağlayıcı olmayacaktı. Bu nedenlerle, karara katılma olanağı bulmuyoruz.

Rücu ilişkilerinin sorumluluk davası bağlamında incelenmesi konusunda ifade etmek gerekir ki, rücu hakkının doğabilmesi ve dolayısıyla rücu davasının açılabilmesi için, sorumlulardan (müteselsil borçlulardan) birinin ödeme yapması gerekmekte olup, ödeme yapmadan rücu hakkının doğması mümkün değildir¹⁸⁰⁴. Buna göre, rücu davasının sorumluluk davası ile birlikte görülmesi mümkün olmadığı gibi, sorumluluk davası devam ederken rücu davasının bağımsız olarak açılmasına ve bu davaların birleştirilmesine dahi olanak yoktur. Ayrıca, görülmekte olan bir davada davacı tarafın talep sonucu (sorumluluğun unsurlarının varlığına bağlı olarak tazminat) hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verileceğinden, sorumluluk davasında ayrı bir talep ve dava mâhiyetinde olan rücu talebinin bu davada karara bağlanması bu nedenle de mümkün değildir. Nitekim, medenî usûl hukukunda davalıların birbirlerinden talepte

sonradan birbirlerine karşı açacakları rücu davasında, esas alınacak mahkeme kararı ve dayanağı bilirkişi raporları, ihtilaf henüz önünde iken doğru olarak oluşmalı ve mahkeme davalıların hangi eylem ve işlemleri nedeniyle ne oranda sorumlu tutulup tutulmayacaklarını sorumluluk davası sırasında halletmelidir. Bu kabul tarzı rücu davasında haksız yere temyiz edenler aleyhine güçlü delil oluşmaması yönünden doğru olduğu gibi, usul ekonomisi yönünden de tarafları tatmin edecektir. Temyiz etmeyen davalıların usuli müstesep hakları da mahkemece icrai nitelikte bir hüküm kurulmayacağı, bozma sonrası kararın gerekçesinde haklarındaki ret kararı kesinleşen davalıların da sorumluluk derecesinin tespit edilmesiyle yetinileceği dikkate alındığında ihlal edilmemiş olacaktır” (bkz. Yarg. HGK’nın 04.11.2009 T., 2009/16-428 E. ve 2009/483 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸⁰⁴ von Tuhr, s. 805.

bulunmalarına, diğer bir deyişle, hükmü birbirleri aleyhine icra etmelerine olanak veren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ayrıca, bazı kişilerin (sorumluların) kendilerine husumet yöneltilmemiş olması nedeniyle sorumluluk davası dışında kalmış olabileceklerini ve sorumluluk davasında üçüncü kişileri bağlayıcı mâhiyette karar verilemeyeceğini de belirtmek gerekir¹⁸⁰⁵.

Diğer yandan, yürürlükten kaldırılan HUMK'un 57. maddesinin üçüncü cümlesinde yer alan “*Mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu davasını birlikte halledebilir*” ifadesine yeni HMK'da yer verilmemiştir. Böylece, eski kanun döneminde, ferî müdahil ile taraf arasındaki rücu ilişkilerinin ilk davada karara bağlanmasına olanak veren bu düzenleme de bilinçli bir tercihin sonucu olarak kaldırılmış ve yeni HMK'da bu yönde bir düzenlenmeye yer verilmemiştir¹⁸⁰⁶. Buna göre, fer'î müdahale söz konusu olsa dahi, rücu ilişkilerinin sorumluluk davasında incelenbilmesine olanak görünmemektedir.

Bununla birlikte, öğretide Karayalçın'ın işaret ettiği, sorumluluk davasına bakan mahkemenin farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bağlamında davalılar arasındaki rücu ilişkilerini belirleyebileceği yolundaki düşünce de dikkate alınarak bazı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Zîra mahkeme, farklılaştırılmış teselsül ilkesini uygularken kusurun derecesi, durumun gerekleri gibi davalıların tüm indirim sebeplerini incelemekte ve buna göre her bir sorumlunun bireysel sorumluluk tavanı ile müteselsilen sorumlu olduğu miktarı ve kiminle birlikte sorumlu olduğunu TTK m. 557/1 çerçevesinde belirlemektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sorumluluk davasında yapılacak inceleme ile rücu davasındaki inceleme tam anlamıyla örtüşmemektedir. Nitekim, rücu davasını ilk defa düzenleyen TTK m. 557/3'te, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin ötesinde, hâkimin “*durumun bütün gerekleri*”ni

¹⁸⁰⁵ Hakkında dava açılmayan bir müteselsil borçlu (üçüncü kişi) davaya fer'î müdahil olup mahkemece davaya katılan bu üçüncü kişinin sorumluluğu ilk davada tespit edilmiş olsa bile, ikinci dava bakımından bu tespitin bağlayıcı olmayacağı, çünkü üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğunun ilk davanın konusu olmadığı yolunda bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 377-378.

¹⁸⁰⁶ Bu konuda ve ayrıca, HUMK döneminde söz konusu hükmün, ilk dava devam ederken rücu davası açılması ve davaların birleştirilerek görülmesi, asıl davanın reddine karar verilmesi hâlinde rücu davasının konusunun kalmadığına karar verilmesi şeklinde uygulandığı, yeni kanun döneminde ise asıl davaya bakan mahkemede rücu davası açılması ve davaların birlikte görülmesinin mümkün olmadığı, ayrıca asıl dava devam ederken ayrı ve bağımsız bir dava açılmasının da hukukî yarar bakımından sorgulanması gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez/Meriç, s. 347-348.

dikkate alarak rücu hüküm altına alacağı öngörülmüştür¹⁸⁰⁷. Sorumluluk davasında farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında bir belirleme yapılması, daha sonra ödeme yapan bir kimsenin (borçlunun) bu ilâma dayanılarak diğer müteselsil borçlulara karşı rücu etmesine tek başına olanak tanımaz; diğer bir deyişle, böyle bir belirleme, rücu davası açılması zorunluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, rücu davası bakımından taraf unsuru bakımından örtüşme gerçekleşmediğinden kesin hüküm de teşkil etmez¹⁸⁰⁸. Zîra, her iki davanın gerek tarafları gerek konusu farklıdır. Ayrıca, sorumluluk davasının tüm sorumlulara yöneltilmemiş olması hâlinde, bu durum daha açıktır. Nitekim, TTK m. 557/3'ün gerekçesinde de, uygulamada sorumluluk davası açılırken, çeşitli sebeplerle bazı üyelerin, dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlandığı isâbetle ifade edilmiştir. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz üzere¹⁸⁰⁹, sorumluluk davasında yapılan tespitlerin, rücu davası bakımından güçlü delil teşkil etmesi mümkündür.

Ayrıca, sorumluluk davasına ilişkin hükmün gerekçesinde rücu ilişkilerine ilişkin bir belirleme yer alsa dahi, ödeme yapan bir sorumlu (borçlu), bu hükmeye dayanarak diğer sorumlulara (müteselsil borçlulara) karşı genel haciz yoluyla takip yapıp, itiraz hâlinde itirazın kesin kaldırılması yoluna (İİK m. 68) başvuramaz, zîra, sorumluluk davasına ilişkin hüküm, bu konuda İİK m. 68 belgesi niteliğini taşımayacaktır. Bu durumda başvurulabilecek yol, rücu davası niteliğinde olmak üzere bir itirazın iptali davası (İİK m. 67) açmak olacaktır.

Buna göre, rücu ilişkilerinin sorumluluk davasında incelenemeyeceği ve ortaklığın zararını tazmin eden bir borçlunun diğer sorumlulara başvurabilmesi için, sorumluluk davasında yapılan belirlemelerden de yararlanmak suretiyle mutlaka bir rücu davası açıp hüküm elde etmesi gerektiği kanısındayız.

¹⁸⁰⁷ Pulaşlı, hükümde geçen “bütün” kelimesine işaret ederek, rücu davasında daha geniş kapsamlı bir inceleme yapılacağını ifade etmektedir; bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 63, N. 49. Rücu ilişkisinde farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmayacağı ve hâkimin büyük bir serbestiye sahip bulunduğu yönünde bkz. Şener s. 425.

¹⁸⁰⁸ Bu konuda bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, I, G, 6, b, aa.

¹⁸⁰⁹ Güçlü delil konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, IV, E, 1.

V- Şirketin Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Sorumluluk Davasına Konu Olup Olamayacağı

Zarar verici işlemlere katılan üçüncü kişilerin sorumluluk davasında davalı olarak gösterilip gösterilemeyeceği konusu yukarıda ayrıca açıklanmış olup¹⁸¹⁰, bu başlık altında sadece zarar verici işlemlerin muvazaalı olduğunun tespiti ile verilenlerin iadesinin talep edilip edilemeyeceğine değinilecektir. Örneğin, şirket adına yapılan bir taşınmaz devrinin muvazaalı olduğunun tespiti ile tapu kaydının iptaline ve şirket adına tescile karar verilmesi veya şirket adına yapılan bir kira sözleşmesinin muvazaalı bulunması nedeniyle ödenen kira bedellerinin iadesinin, söz konusu işlemlerin tarafı olan üçüncü kişilerin de davalı olarak gösterilmesi suretiyle sorumluluk davası bağlamında istenip istenemeyeceğinin belirlenmesinde fayda vardır.

Konuyu öncelikle şirket bakımından değerlendirdiğimizde, belirttiğimiz olasılıklarda şirket zararından bahsedilebilmesi için şirketin öncelikle muvazaa davası açması zorunlu değildir. Şirket, sorumluluk davası ile birlikte, belirttiğimiz gibi objektif dava yığılması (HMK m. 110) şeklinde, işlemin tarafı üçüncü kişiye de muvazaa bakımından husumet yöneltmek suretiyle muvazaanın da tespitini talep edebilir. Diğer bir deyişle, şirket zararından bahsedilebilmesi için şirketin muvazaalı işleme karşı dava açıp bundan olumsuz sonuç almış olması şartı aranmamalıdır. Buna göre, muvazaalı işlemin yapılmasıyla şirkete zarar verilmiş olmaktadır. Şirket, bir yandan işlemin muvazaalı olduğu iddiasıyla dava açabileceği gibi, bunu yapmadan sadece yöneticilere karşı sorumluluk davası açmak suretiyle zararın tazmin edilmesini talep etme hakkına da sahiptir. Zira muvazaalı işlem yapıp yapılmadığı, sorumluluk davasında mahkemece incelenip değerlendirilebilecek bir husustur.

Diğer yandan, pay sahipleri bakımından, kanımızca TTK m. 553 vd. hükümlerinde pay sahiplerine sadece şirketin zararının tazminini talep etme hakkı tanındığından ve bu imkân istisnâ bir hak olduğundan, bu hakkın genişletilmesi mümkün olmayıp, pay sahiplerinin TTK m. 553/1’de öngörülen sorumlular çevresine dâhil bulunmayan, ortaklıkla işlem yapmış üçüncü kişiler aleyhine dava açılmasına veya zararın giderilmesi dışında tapu iptali ve tescil, iptal gibi taleplerde

¹⁸¹⁰ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1, e.

bulunabilmesine hukuken imkân bulunmamaktadır¹⁸¹¹. Zira böyle bir talep, sorumluluk davasının amacına ve özelliklerine tamamen aykırıdır. Bu nedenle, pay sahiplerinin muvazaalı işlemlerin tespiti ile buna ilişkin üçüncü kişilere karşı olan talepleri dava konusu yapmaları kanımızca mümkün olmamalıdır.

Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, pay sahiplerinin, ortaklıkla birlikte işlemin tarafı üçüncü kişiyi de hasım olarak göstermek suretiyle ortaklık adına yapılan kira sözleşmesinin veya taşınmaz devir işleminin muvazaalı olduğunu ileri sürme hakkına sahip bulunduklarını ifade etmiştir¹⁸¹². Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen başka bir olayda da, davacı tazminat talebinde bulunmaksızın sadece tapu iptali ve tescil talebinde bulunmuş, yerel mahkemece davanın şirketin müdürü veya müdür yerine atanan kayyım tarafından açılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, davacı ortağın eTTK m. 309 uyarınca dava hakkına sahip bulunduğu ve bu talebin de sorumluluk davası bağlamında değerlendirilerek incelenip karar bağlanması gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁸¹³.

¹⁸¹¹ Bu yönde bkz. Özkes/Seven/Meriç, s. 176-177; bu konuda ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II, B, 1, e ile Dördüncü Bölüm, I, G, 1.

¹⁸¹² “asıl dava, davalılar A... Ltd. Şti. ile Mu. Sarı arasındaki kira sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti ve davalı Mu. 'nun tahliyesi, birleşen dava, davalılar F. E. ve İ. B. 'in davaya konu işletmeyi ucuza kiraya vermeleri sebebiyle uğranılan doğrudan ve dolaylı zararın tazmini istemlerine ilişkindir. Kural olarak bir sözleşmenin muvazaa sebebiyle iptalini sadece o sözleşmenin tarafları isteyebilirler de B.K. 'nın 18 vd. maddeleri uyarınca üçüncü kişiler de danişıklı işlem (muvazaalı muamele) sebebiyle hakları zarara uğrattığı takdirde, tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü danişıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 16.06.2011 T., 2010/8239 E. ve 2011/7308 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); taşınmaz devir işleminin muvazaalı olduğunun pay sahipleri tarafından ileri sürülmesine ve tapu kaydının düzeltilmesinin talep edilmesine ilişkin bkz. Yarg. 11. HD'nin 26.01.2007 T., 2005/7659 E. ve 2007/874 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸¹³ “Somut uyumsuzlukta davalı müdürün şirketi zarara uğrattığı ileri sürüldüğü gibi, yargılama sonucunda taşınmazların davalı adına olan tapusunun iptaliyle şirket adına tescili istenmektedir. Bu durum karşısında, somut olaya uygulanması gereken mülga 6762 Sayılı T.T.K.nın 556 ve 309. maddeleri uyarınca davacı ortağın dava açma hakkının bulunduğu kabul edilerek, işin esasına girilip taraf iddia ve delillerinin değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davanın reddi yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın açıklanan sebeple davacı yararına bozulması gerekmektedir” (bkz. Yarg. 11. HD'nin 25.02.2015 T., 2014/17716 E. ve 2015/2510 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı doğrultuda bkz. “Dava; tapu iptal ve tescil, olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir. ... Mahkemece, dava konusu taşınmazın dava dışı şirketin malvarlığı içerisinde bulunduğu, şirket ortaklarının şirket faaliyetlerinden dolayı yönetim kurulu yahut müdürlerin yaptıkları işlemler nedeniyle dava açma olanakları bulunmadığı gerekçesiyle, aktif husumet eksikliği nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. ... Bu açıklamalar karşısında, şirket müdürü tarafından yapılan satış işlemi ve sonuçları limited şirket ortaklarını doğrudan ilgilendirdiğine göre, şirket ortağının münferit olarak dava açabileceği kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca, işin esasına girilerek, iddia ve savunma doğrultusunda tarafların tüm delillerinin toplanması, toplanan ve toplanacak delillerin birlikte değerlendirilmesi, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlıklar değerlendirme ile yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsizdir” (bkz. Yarg. 1. HD., 03.11.2015 T., 2015/11996 E. ve 2015/12510 K. sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle bu kararlara katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin üçüncü kişilerle yaptıkları muvazaalı işlemler (TBK m. 19) nedeniyle ortaklığın uğradığı zararın tazmini için sorumluluk davası ikâme edebilirler ve bu davada muvazaa iddiasını bir sorumluluk sebebi olarak ileri sürebilirler. Pay sahiplerinin bu davayı açmak için şirketin muvazaa ile ilgili bir dava açmasını ve bunun sonuçlanmasını beklemelerine ihtiyaç yoktur. Aksi takdirde, bu bekleme sürecinin gerek ortaklığın gerek pay sahiplerinin dava açmasını çok zorlaştıracığı ve hatta, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler dikkate alındığında bunu imkânsız kılacağı açıktır.

Bununla birlikte, ister sadece sorumluluk davası açılmış olsun, isterse ortaklık tarafından sorumluluk davasının yanı sıra muvazaanın tespiti ve verilenlerin iadesi konusunda üçüncü kişiler de davalı gösterilmek suretiyle dava açılmış bulunsun, mahkemece, zararın hesaplanmasında, ortaklığın üçüncü kişiden elde edebileceği değer de dikkate alınması gerekir¹⁸¹⁴. Örneğin, ortaklık, sorumluluk davasının yanı sıra muvazaalı olarak devredilen bir taşınmazın adına tescilini talep etmişse ve mahkemece bu talebin kabulüne karar verilecekse bu olgunun da sorumluların tazmin etmesi gereken zarar tutarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekecektir. Benzer bir örnek üzerinden gidecek olursak, şirketin muvazaalı olarak devrettiği bir taşınmaz nedeniyle pay sahiplerinin açtığı sorumluluk davası bakımından, davalı yönetim kurulu üyeleri hâlen görevde bulunuyorlarsa kendilerinin bu konuda hiçbir hukukî girişimde bulunmayacakları açık olduğundan, taşınmazın değerinin tamamının şirket zararı olarak dikkate alınması ve tazminatta hiçbir indirim yapılmaması gerekecektir.

Şirket alacaklılarının iflâstan önce sorumluluk davası açma olanakları bulunmamakta ise de (TTK m. 556), muvazaalı bir işlemin, örneğin bir taşınır veya taşınmaz mal devrinin varlığı veya muvazaalı bir alacağın temlikî işleminin varlığı

¹⁸¹⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 44/2. maddesi (TBK m. 52/1) uyarınca, zararı hafifletme (azaltma) görevi ve bu bağlamda zarar gören tarafın zararın artmasının önüne geçmek için somut olaya göre mâkul olan davranışları göstermesi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi ve ayrıca zararı en aza indirme görevinin anonim şirketler hukuku kapsamındaki sorumluluk alanında da gözetilmesi gerektiği, örneğin, şirketin zarar teşkil eden bir parayı üçüncü kişiden herhangi bir sebep olmaksızın geri almayı ihmal etmesi veya şirketin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu yasal hakları kullanmaması hâlinde bu savunmaya dayanılabileceği ve bu durumda, şirketin bu hakları kullansaydı ne elde edebileceğinin araştırılması gerektiği, sorumluluk hukukunda geçerli olan zenginleştirme yasağının da bunu gerektirdiği yolunda bkz. Luterbacher, Art. 754, N. 82 vd., 92-95.

hâlinde, alacaklılar ortaklık aleyhine başlatmış oldukları icra takibi bağlamında İİK m. 96 vd. hükümlerine istinâden, bu mal veya haklarla ilgili olarak aciz vesikası vs. herhangi bir şarta tâbi olmaksızın istihkak davası açmaları mümkündür. Ancak, hemen belirtelim ki, iflâstan sonraki aşamada, istihkak davası açma hakkı da iflâs masasına aittir.

SONUÇ

Yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin sorumluluğu, genel bir kural olan “*yetki – sorumluluk dengesi*”nin doğal bir sonucudur. Sorumluluk davalarının varlığı ve etkinliği, yöneticilerin yükümlülüklerini ihlâl etmemeleri konusunda caydırıcı bir role sahiptir. Ayrıca, alacaklılara karşı malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olması (TTK m. 329/1) nedeniyle, malvarlığının korunması, alacaklıların zarara uğramaması açısından özellikle önemlidir. Bu bağlamda, hesap verebilirlik ve sorumluluk, kurumsal yönetim ilkesinin de temel unsurlarındandır. Bu önemi dolayısıyla TTK’da yönetim kurulu üyeleri açısından özel bir sorumluluk sistemi oluşturularak TTK m. 553 vd. hükümlerinde sorumluluğa ilişkin hükümler düzenlenmiş ve önemli yenilikler getirilmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri gerek ortaklığa gerek pay sahipleri ile alacaklılara verdikleri zararlardan dolayı sorumludurlar. Pay sahipleri şirket zararı için iflâstan önce dava açma hakkına sahip iken, TTK m. 556’da alacaklıların ancak iflâstan sonra ve iflâs masası tarafından dava açılmaması koşuluyla dava açabilecekleri düzenlenerek bu hak sınırlandırılmıştır. Kanımızca, bu yaklaşım yerinde olmayıp, iflâstan önce de borca batıklık, aciz, konkordato gibi malî durum bozukluğunu gösteren hâllerde alacaklılara dava hakkı tanınması daha âdil ve gerçekçi bir yaklaşım olurdu.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, organa özgüdür, kişiseldir ve kusura dayanır. Bu bağlamda, 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 553/1’de yapılan değişiklikle kusur karinesi kaldırılmış ve kusuru ispat yükü davacıya yüklenmiştir. Kanunumuzun yeniliklerinden biri olan ve hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar nedeniyle sorumlu tutulamayacağı yolundaki TTK m. 553/3 hükmü, esasen sorumluluk hukukunun temel prensiplerinin bir gereği olan ve zaten uygulanması gereken bu ilke olup, nedensellik bağı ile kusur unsurlarının varlığının iyi bir şekilde araştırılmasına vurgu yapmaktadır.

TTK m. 557’de farklılaştırılmış teselsül ilkesine yer verilerek, TBK m. 51-52 ile nedensellik bağı hükümlerinin uygulanmasına vurgu yapılmıştır. Böylece, eTTK döneminde sadece iç ilişkide ileri sürülebileceği kabul edilen itiraz ve def’ilerin artık dış ilişkide sorumluluk davası bağlamında incelenmesi söz konusudur. TTK m. 557/2’de, zararın tamamı için dava açılabileceği ve hâkimden aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini talep edilebileceği düzenlenmek suretiyle, davacı farklılaştırılmış teselsül hesabı yapmaktan kurtarılmıştır.

Özen borcu konusunda, eTTK m. 320’de yer alan, işçinin özen borcuna dolambaçlı yollarla atıf yapılması yöntemi TTK m. 369 ile terkedilmiş ve “*tedbirli bir yöneticinin özeni*” kriteri kabul edilerek özen borcu objektifleştirilmiştir. Tedbirli yönetici kriteri, “*iş adamı kararı (business judgement rule)*” ile ilgili olup, bu kural tedbirli yönetici kriterini somutlaştırmaktadır. Bu düzenleme kusurun da objektifleştirilmesi anlamına geldiğinden, hukuka aykırılık ve kusur unsurları arasındaki sınır iyice belirsiz hâle gelmiştir.

Yönetim yetkilerinin devri (TTK m. 367), sorumluluğu etkileyen bir durum olup, geçerli bir devir ile birlikte, aslî sorumluluk ve gözetim sorumluluğu ayırımı söz konusu olur (TTK m. 553/2). Geçerli bir yetki devri hâlinde (TTK m. 367), yönetim yetkilerini devralanlar asli sorumluluğa, devredenler (yönetim kurulu üyeleri) ise gözetim sorumluluğuna tâbi olurlar. Gözetim yükümlülüğünün unsurları, seçimde, gözetimde ve talimat vermede özen gösterme yükümlülüğüdür. Seçimde makul özen gösterilmesi, bizim de katıldığımız görüşe göre, diğer unsurlardan farklı bir anlam ve öneme sahip olup, seçimde makul özen gösterilmemesi aslî sorumluluğa yol açar.

Ortaklık dışında sorumluluk davası açabilecek kimselerin (pay sahipleri ile alacaklıların) sahip oldukları dava hakkının mâhiyeti birçok açıdan önemlidir. Ulaşılabilecek sonuç, davalıların ileri sürebilecekleri savunmaların neler olabileceği ve hangi davacıya karşı hangi savunmaya dayanılabileceği hususun yanı sıra, davacılar arasındaki ilişki, derdestlik, kesin hüküm, hükmün icrası gibi önemli konuları yakından ilgilendirmektedir. Görüşümüz, pay sahipleri ile alacaklıların sorumluluk davası açma konusunda ayrı ayrı birer maddî hakka sahip oldukları yönündedir.

TTK m. 555/1 ve m. 556/1’de, şirket zararının hangi yollarla talep edilebileceği konusunda sınırlayıcı bir hüküm veya ifade öngörülmediğinden, şirket zararının tazmini için medenî usûl ve icra iflâs hukukunun tanıdığı imkânlardan yararlanılması mümkündür. Ancak, pay sahipleri ile alacaklılara sadece zararın giderilmesini talep hakkı tanındığından, bu kişilerin tespit davası açmalarına hukuken olanak bulunmadığı kanısındayız. Diğer yandan, sorumluluk davaları, tahkime elverişli uyuşmazlıklardan olup, bu konuda tahkim sözleşmesi yapılabilir. Ayrıca, koşulları varsa delil tespiti (HMK m. 400) yaptırılmasına veya ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.) talebinde bulunulmasına hukuken bir engel yoktur. Buna karşılık, zarar doğurucu işlemlerin ihtiyatî tedbir (HMK m. 389 vd.) yoluyla durdurulmasına veya pay sahiplerinin bu sebeple şirkete kayyım atanmasını talep etmelerine olanak veren bir düzenleme bulunmamaktadır.

İflâstan önce sadece ortaklık veya pay sahipleri dava açabilirler (TTK m. 555). Pay sahibinin iflâstan önce dava açabilmesi, herhangi bir şarta bağlı değildir, diğer bir deyişle, dava hakkı bağımsız ve asıl olup, ikincil (talî) bir hak değildir. Ayrıca, pay miktarı da, dava açma hakkının varlığı bakımından önemli değildir. Bu durumun dava hakkının kötüye kullanılmasına (TMK m. 2) yol açmamasına dikkat edilmelidir. Öğretide, davayı açarken pay sahibi olunması ve davanın sonuna kadar bu sıfatın muhafaza edilmesi gerektiği savunulmakta olup; kanımızca, TTK m. 558/2 hükmü de dikkate alınarak davadan sonra pay devri yapılması hâlinde, davanın reddedilmemesi ve payı devralan kimsenin sorumluluk davasına devam edebilmesi gerekir.

Şirketin sorumlulardan olan tazminat alacağı şirket alacaklıları tarafından İİK m. 89’a göre hazcedilebilecek olup, sorumluların buna itiraz etmeleri hâlinde alacaklılar İİK m. 89/4 veya İİK m. 120/II’te öngörülen imkânlardan yararlanabilirler. İİK m. 89/4’te düzenlenen davanın açılması hâlinde, sorumluluk davasının icra hukuk mahkemesinde görülüp karara bağlanması söz konusu olacaktır.

Aynı dava sebebi hakkında farklı kişiler (ortaklık ve pay sahipleri) tarafından birden fazla sorumluluk davası açılmasına hukuken bir engel olmayıp, bu durum derdestlik teşkil etmez. Birlikte dava açan kimseler (davacılar) arasındaki ilişki medenî usûl hukuku anlamında ihtiyarî dava arkadaşlığıdır (HMK m. 57-58).

Sorumlular çevresi TTK m. 553'te düzenlenmiş olup, yönetim kurulu üyeleri, tescil ve ilân edilmemiş ve hatta fiilen göreve başlamamış olsalar bile, atanmış veya seçilmiş bulunmakla (TTK m. 359, 363, 373) ve görevi kabul etmekle sorumlular çevresine dâhil olurlar. Yönetim kurulunun bir veya birden fazla üyeden oluşmasının, üyenin inançlı üye, tüzel kişi veya bağımsız üye olmasının ya da belli bir grup (TTK m. 360) tarafından seçilmiş olmasının sorumluluğa etkisi yoktur.

TTK m. 553'te sorumlular çevresinin kapsamına “*yöneticiler*”in gereceği düzenlenmiş olup, öğretide yapılan açıklamalardan çıkan ortak sonuç, bir ortaklıkta görevli bulunan ve ortaklık iradesinin oluşmasına ve yansıtılmasına katkıda bulunan kimselerin yönetici kabul edileceğidir. Kanımızca, yönetici sıfatının TTK m. 553'ün 1. ve 2. fıkralarına göre iki farklı şekilde ele alınması gerekir. Birinci boyut, yönetici sıfatına sahip olunmasının TTK m. 553/1 uyarınca sorumluluğa tâbi tutulmak için yeterli olduğu, diğer bir boyut da TTK m. 553/2'de öngörülen yetki devrinin yönetim kurulunu aslî sorumluluktan kurtarıcı etkisinin doğması için yöneticilere TTK m. 367 uyarınca geçerli bir yetki devri yapılmış olması gerektiğidir.

Pay sahiplerinin şirket zararı için ikâme edecekleri sorumluluk davasında, maddî vâkıaların ve zararın ortaklık nezdinde gerçekleşmiş olması, delillerin çoğunlukla ortaklığa ilişkin bulunması ve tazminatın ortaklığa verilecek olması gibi sebeplerle ortaklığın davaya taraf olarak gösterilmesi gerektiği düşünülebilir ise de, hukuken buna olanak bulunmadığı kanısındayız. Sorumluluk davasına sebebiyet veren zarar doğurucu eylemlere ve zarara TTK m. 553'te sayılan kişilerin yanı sıra üçüncü kişilerin de bir katkısı olmuşsa, anonim ortaklığın açacağı sorumluluk davasında, zarar veren üçüncü kişilerin de müteselsilen sorumlu kimseler olarak davada hasım gösterilmesinin mümkün olduğu; buna karşılık, Yargıtay tarafından kabul edilen görüşün aksine pay sahiplerine bu imkân tanınmayacağı kanısındayız.

Müteselsil sorumluluk esasına bağlı olarak, davacı tüm sorumlulara karşı dava açabileceği gibi, sadece bir veya birkaç sorumludan kişiden zararın tazminini de talep edebilir. Davada tarafın eksik veya yanlış gösterilmesi hâlinde, tarafta iradî değişiklik yapılmasına ilişkin HMK m. 124 hükmünün uygulanmasına bir engel yoktur. Davalılar, HMK m. 69'da düzenlenen müdahalenin etkisini ortaya çıkarmak ve

böylece muhtemel bir rücu davası bakımından kendilerine âdeti bir güvence sağlamak için davanın diğer sorumlulara ihbar edilmesini (HMK m. 61 vd.) talep edebilirler.

Ortaklığın, pay sahipleri tarafından şirket zararı için açılmış sorumluluk davalarına kendisi tarafından devam edilmesini (bir anlamda davayı devralmasını) talep etmesine hukuken olanak olmadığı gibi, aslî müdahale davası açmasının da mümkün bulunmadığı kanısındayız. Aynı şekilde, pay sahipleri de, bir sorumluluk davasına aslî müdahalede bulunamazlar. Bununla birlikte, ortaklık veya pay sahiplerinin ihbar üzerine (HMK 61-64) veya kendiliklerinden fer'î müdahil olarak davaya katılmaları mümkündür (HMK m. 66-69).

Sorumluluk davalarında davalıların ileri sürebilecekleri savunmalar, usûle ve esas ilişkin olabilir. Usûle ilişkin savunmaların en önemlileri, mahkemelerce re'sen araştırılması gereken dava şartlarıdır (HMK m. 114-115). Bu bağlamda, arabuluculuk dava şartının (TTK m. 5/a) hem ortaklık hem de pay sahibi davalarda yerine getirilmiş olması gerekir. Hukukî yarara ilişkin dava şartı da (HMK m. 114/1-h) sorumluluk davaları bakımından özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2) aykırılık bağlamında önemlidir. Ortaklık tarafından açılacak davalar bakımından bu yönde bir genel kurul kararın varlığı da kanımızca dava şartı olup, bu şart, kanımızca bu şart, yöneticiler hakkında açılacak davalar bakımından da aranmalıdır. Birden fazla sorumlu aleyhine dava açılması hâlinde, TTK m. 561'de belirtilen mahkemenin HMK m. 7 uyarınca kesin yetkili olduğu ve bunun bir dava şartı olarak incelenmesi gerektiği kanısındayız.

Dava açma hakkına sahip kimselerin bu hakkı ayrı ve bağımsız birer maddî hak olduğundan, davalıların ileri sürebilecekleri esasa ilişkin savunma sebepleri (itiraz ve def'iler) bakımından, davayı kimin açtığı önemlidir. Davalılar ortak itiraz ve def'ilere sahip oldukları gibi, davalılardan her biri farklı def'î ve itirazlara dayanma hakkına da sahiptir. Bireysel savunmalar, özellikle farklılaştırılmış teselsül ilkesi (TTK m. 557) bakımından özel bir öneme sahiptir. Esasa ilişkin savunmalarının başında, organ sıfatına sahip olunmadığı ve ibra gelir. İbra bakımından özellik arz eden husus, ibra kararı verilmekle, ortaklığın alacak hakkını konu alan maddî hakkın değil, sadece zararın tazminine yönelik talep hakkının sona erdirilmiş olacağıdır. Pay sahibi tarafından açılacak davada hükmedilecek tazminat, ibra kararına rağmen ortaklığa

verilecek ve bu ödeme ibraya rağmen bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyip, şirket alacağının tahsili anlamına gelecektir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yöneticilerin de ibrasına genel kurul tarafından karar verileceği kanısındayız. Diğer bir savunma sebebi olan zamanaşımı süreleri, anonim ortaklık ve pay sahipleri için geçerli olup, her biri bakımından ayrı ayrı hesaplanır. Ayrıca, bu süreler her bir sorumlu (davalı) bakımından ayrı ayrı işleyecek, süre biri için dolmuşken, ötekiler için yeni başlıyor olabilecektir.

TTK m. 367'ye uygun olarak yapılan geçerli bir yetki devri, asli sorumluluğun da devri anlamına geldiğinden, yönetim kurulu üyeleri bakımından esasa ilişkin önemli bir savunma sebebi teşkil eder. Yetki devrinin sorumluluğa etkisi, sadece devrin kapsamına giren konularla sınırlıdır. Ayrıca, davalıların dava konusu ihlâlin kontrolleri dışında kaldığını ileri sürerek nedensellik bağı ve kusur unsurlarının gerçekleşmediğini savunma imkânları vardır (TTK m. 553/3). Bu kural, bizim de katıldığımız görüşe göre, hem asli sorumlulukta hem de gözetim sorumluluğunda uygulanacak temel bir hükümdür.

Özen borcunu yerine getirdiğini, diğer bir deyişle tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket ettiğini ortaya koyan bir davalı, hem özen borcunu konu alan hukuka aykırılığın gerçekleşmediğini hem de kusurunun bulunmadığını ve dolayısıyla ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu tutulamayacağını ispatlamış olacaktır. Bu konuda, iş adamı kararı (business judgement rule), tedbirli yönetici kriterini somutlaştırır. Mahkeme yapacağı incelemede, iş adamı kararı savunmasına ilişkin koşulların varlığını tespit ederse başka bir incelemeye gerek olmadan davayı reddetmeli, buna karşılık koşullardan birinin eksik olduğunu görürse bu durumda sorumluluğun unsurlarını incelemeye girişmelidir.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, zarar görenin rızası da bir savunma sebebi olarak ileri sürülebilecektir. Somut olayın özelliklerine göre, rıza, bazı hâllerde sadece bir indirim sebebi olacak, bazen de dava açılmasına hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2) nedeniyle engel olacaktır. Zarara kimin rıza gösterdiği ve sorumluluk davasını kimin açtığı, rızaya bağlanacak hukukî sonucun belirlenmesi bakımından önem taşıyacaktır. Yönetim kurulunun, yapacağı bir işlemde önce genel kurulun görüşünü sorması veya onun onayını (iznini) istemesi, üyeleri sorumluluktan

kurtarmaz. Ancak, bu durumun, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında (TTK m. 557, TBK m. 51-52 hükümleri uyarınca, somut olayın özelliklerine göre tazminattan indirim sebebi sayılabileceği kanısındayız.

TBK m. 115 hükmü uyarınca, ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasında üyenin hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme yapılabilecek, ancak ağır kusur ile ilgili bir düzenleme yapılamayacaktır. Böyle bir anlaşma, ancak taraflarına karşı ileri sürülebilir. Ortaklık adına yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının, genel kurul tarafından kabul edilip onaylanması gerekir.

Davalılar, dava ister ortaklık, isterse pay sahipleri veya alacaklılar tarafından açılmış olsun, kendilerine karşı ileri sürülen tazminat talebine karşılık, kendilerinin şirketten olan alacaklarını takas ettikleri (TBK m. 139 vd.) beyanında bulunabilirler. Buna karşılık, davalıların, davacı pay sahibi veya alacaklıdan olan karşı alacakları, tazminat borcu ile takasa konu edilemez.

Sorumluluk davasına karşı, davalar arasında bağlantı bulunması veya asıl davaya konu taleple karşı davada ileri sürülecek talep arasında takas mahsup ilişkisinin bulunması koşuluyla karşı dava açılması mümkündür (HMK m. 132 - 135).

Sorumluluk davaları bakımından özel bir yargılama ve ispat usulü olmayıp, medenî usûl hukukunun tüm kavram ve ilkeleri kural olarak bu davada uygulama alanı bulur. Buna göre, dava malzemesi olan maddî vâkıa ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi (HMK m. 25), somutlaştırma yükü (HMK m. 119/1-e, m. 194) ve teksif ilkesi (HMK m. 141) sorumluluk davası bakımından da aynen geçerli olup, mahkemeye maddî vâkıa toplatılması mümkün değildir. TTK m. 557’de düzenlenen zararın tamamının dava edilebilmesi ve hâkimden her bir davalının sorumlu olduğu miktarı belirlemesinin talep edilebilmesi imkânı veya belirsiz alacak davası açılması olanağı (HMK m. 107) bu ilke ve yüklerde hiçbir değişiklik yaratmaz.

İspat yükü, maddî hukuk kuralları tarafından belirlenmekte olup, sorumluluk davası bakımından da ispat yükünü TTK m. 553 vd. hükümleri tayin etmektedir. Hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağının varlığını ispat yükünün davacıda bulunduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Bununla birlikte, kusur konusunda, kusur karinesi

olup olmadığı ve dolayısıyla kusuru ispat yükü konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kanımızca, 6335 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle kusur karinesi kaldırılmış olup, kusuru ispat yükü davacının üzerindedir. Yetki devri hâlinde, seçimde, talimat vermede ve gözetimde özen gösterilmediğini ispat yükü davacıdadır.

Kanunda açıkça öngörülen ve takdir hakkı da içermeyen bir borcun ihlâl edilmesi hâlinde, hukuka aykırılık ve ayrıca kusur unsurunun da somut olayda gerçekleştiği kanımızca daha kolay bir şekilde savunulabilecektir. Bu gibi hâllerde, hukuka aykırılık ile kusur unsurları bir ölçüde kesişmekte ve bunlar arasında ayırım yapılması güçleşmektedir.

TTK m. 553’te kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlâlî hâlinde sorumlu olunacağı ifade edilmek suretiyle hukuka aykırılık unsuru tanımlanmış ve somutlaştırılmıştır. Davacının, hangi yükümlülüklerin ihlâl edildiğini somut bir şekilde dava dilekçesinde açıklaması ve bunun delillerini de somutlaştırma yüküne uygun bir şekilde mahkemeye sunması gerekir. Sorumluluk davasının konusu şirket zararındır, bu nedenle pay sahibinin kendi yansıma zararını değil şirketin zarara uğradığını ispat etmesi yeterlidir. Davacının, bir zararın varlığını, davanın açıldığı sırada mevcut olduğunu ve ayrıca miktarını ispat etmesi gerekir. Yargılama sırasında zarar miktarının tam ve kesin olarak tespiti mümkün olmuyorsa, zararın miktarı hâkim tarafından takdir edilebilir (TBK m. 50). Sorumluluğun diğer bir unsuru olan nedensellik bağı, diğer unsurların varlığı hâlinde, gerçekleştiği doğrudan kabul edilebilecek mâhiyette bir unsur değildir. TTK m. 553/3 ve TTK m. 557’de yer alan yeni hükümler karşısında nedensellik bağının araştırılmasının ihmal edilmesine artık olanak yoktur. Ayrıca sorumluluğun doğması için kusurun da varlığı gerekli olup, kusurun her derecesi (kasıt, ağır-hafif ihmal) yeterlidir. Kusurun derecesi, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında sorumluluk miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle, kusurun varlığı ve derecesi her bir davalı bakımından ayrı ayrı belirlenir. Özen borcu konusunda TTK m. 369’da öngörülen tedbirli bir yöneticinin özeni kriteri, kusurun varlığının tespiti bakımından belirleyicidir.

Sorumluluk davalarında tam ispat ölçüsü geçerlidir. Ancak, somut olayın özelliklerine göre (örneğin menfi vâkıaların ispatının beklenemeyeceği hâllerde veya zararın varlığı ispat edilmekle birlikte, zararın miktarı bakımından ispat güçlüğü

yaşanması durumunda) ispat ölçüsünün düşürülmesi veya ispatı kolaylaştıran diğer unsurlardan yararlanılması mümkün olabilmelidir.

Sorumluluk davalarında özel bir delil sistemi bulunmayıp, HMK'ya göre her türlü delille ispat mümkündür. Sorumluluk davası bakımından, yazılı (kesin) delille ispat zorunluluğu kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle, iddia ve savunmanın niteliğine göre tanık da dinletilebileceği gibi, hâkimde kanaat uyandırabilecek her şey takdiri delil olabilir (HMK m. 192). Takdirî deliller kapsamında, dolaylı ispat araçlarının da sorumluluk davasında dikkate alınması mümkündür. Sorumluluk davasının konusu ve tarafları dikkate alındığında davacı ortaklık olsa dahi, ortaklığın ticarî defterlerinin kesin delil değeri taşımaz, sadece takdiri delil olarak dikkate alınabilir (HMK m. 219-221, m. 222/1). Sorumluluk davaları ile ilgili olarak delil sözleşmesi yapılabilir. Ancak, bu sözleşme sadece taraflarını bağlar; diğer bir deyişle, ortaklık ile yöneticiler arasında yapılacak delil sözleşmesine, pay sahipleri tarafından açılan davalarda dayanılmaz.

Mahkemece yapılacak incelemenin konusu, sorumluluğun unsurlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin her bir davalı bakımından ayrı ayrı tespit edilmesi ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında her bir davalının sorumlu olduğu miktarın ve davalılar arasındaki teselsül ilişkisinin belirlenmesidir. Mahkeme, davalılarla sınırlı inceleme yapmakla birlikte, farklılaştırılmış teselsül ilkesi bağlamında, davaya taraf olmayan kimselerin de zararın meydana gelmesindeki rollerini ve kusurlarını, davalıların sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi amacıyla ve davanın taraflarınca ileri sürülen vâkıa ve delillerle sınırlı olarak dikkate almalı, ancak karşılaştırma yapmamalıdır. Mahkemece yapılacak değerlendirmenin yapıldığı andaki koşulların değil, ihlâl teşkil ettiği ileri sürülen davranışın yapıldığı veya kararın alındığı sıradaki somut koşulların araştırılıp buna göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, Yönetim kurulunun şirketin yönetim ve temsilini gerçekleştirirken geniş bir takdir hakkı söz konusu olup, hâkim, takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığı konusunda yerindelik incelemesi yapmaz; yapılacak inceleme, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Sorumluluğun unsurları bakımından bir öncelik sonralık ilişkisi veya ön şart – son şart gibi bir ilişki bulunmayıp, tüm unsurların birlikte varlığının sorumluluk için zorunludur. Ancak,

somut olayın özelliklerine ve unsurların mâhiyetine göre, HMK m. 143/2 hükmü de dikkate alınarak, sadece pratik açıdan bir inceleme sırası söz konusu olabilir.

Mahkemece, birleştirilip görülen her bir dava için ayrı ayrı hüküm kurulmalı ve ayrı ayrı gerekçe gösterilmelidir. Birleştirme hâlinde, sorumluluğun unsurlarının varlığını tespit edilmişse, birleşen davaların tümünün kabulüne karar verilmesi gerekir.

Yargılama giderlerinin davacı pay sahibi ile dava dışı şirket arasında paylaştırılmasına yönelik TTK m. 555/2 hükmü, mahkemece hükümle birlikte (davanın sonunda) takdir edilecek yargılama giderlerine ilişkin olup, davacı pay sahibinin dava açarken gerekli harç ve giderler ile ayrıca davanın devamı sırasında sözkonusu olacak diğer giderleri kendisinin karşılaması zorunluluğunu kaldırmamaktadır. Bu nedenle, medenî usûl hukuku bakımından istisnâî olan bu imkânın, sınırlı bir teşvik etkisine sahip olacağı kanısındayız.

Dava hakkına sahip kimseler dava açma konusunda birbirinden bağımsız birer subjektif hakka sahip olup ve kendi adlarına dava açtıklarından, bunlardan biri tarafından açılan dava sonucunda verilen hüküm, taraf unsuru örtüşmediğinden diğer davalar bakımından kesin hüküm oluşturmaz (HMK m. 303), sadece delil olabilir. Ayrıca, tüm sorumluların aynı davada davalı olarak gösterilmeyip, her biri (her bir müteselsil borçlu) hakkında ayrı ayrı dava açılması derdestlik teşkil etmeyeceği gibi, bunlardan biri hakkında alınan ilâm da diğerleri hakkında olumlu veya olumsuz yönde kesin hüküm teşkil etmez (HMK m. 303/5).

Sorumluluk davasında verilen karar, davaların tarafları aynı olmadığından rücu davası bakımından da kesin hüküm oluşturmayacaktır. Bununla birlikte, sorumluluk davasında davalılar bakımından yapılan tespitlerin, rücu davası bakımından delil (Yargıtay'ın deyiimiyle “*güçlü delil*”) teşkil etmesi mümkündür. Diğer yandan, sorumluluk davasına katılan fer'î müdahiller ile dava kendisine ihbar edilen kimseler bakımından HMK m. 69'da düzenlenen müdahalenin etkisi söz konusu olur. Buna göre, fer'î müdahil, dava kendisine zamanında ihbar edilmiş ve savunma olanakları kısıtlanmamışsa HMK m. 69 uyarınca kararın yanlışlığını ileri süremezken, davanın başından itibaren davalı tarafta bulunan ve kimseye bağlı olmadan savunma yapıp delil sunma hakkına sahip olan diğer davalılar kararın yanlışlığını ileri sürebileceklerdir.

Hükme karşı kanun yollarına sadece taraflar gidebilir; ancak, şirket, pay sahibinin açtığı davada TTK m. 555/2 uyarınca yargılama gideri ve vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edilmişse, davaya taraf olmamasına rağmen bu hüküm fıkrası ile sınırlı olarak kanun yollarına başvurabilmeli ve ayrıca, kararın icraya konulması hâlinde icranın geri bırakılmasını (İİK m. 36) talep edebilmelidir.

Pay sahibinin açtığı dava sonucunda verilen hükmü sadece davacı pay sahibi icraya koyabilir, dava açmayan ortaklığın, tazminatın kendisine ödenmesine karar verilmiş olmasına rağmen kararı icraya koyma yetkisinin bulunmadığı kanısındayız. Aynı sorumlu veya sorumlular hakkında birden fazla sorumluluk davası açılmışsa ve bu davalar ister birleştirilsin ister birleştirilmesin, mahkemece her bir dava sayısı kadar hüküm verileceğinden, her davanın davacısının hükmü icraya koyma yetkisi bulunmaktadır. Davacı pay sahibinin dava üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisi (HMK m. 24) karar kesinleşene kadar devam eder (HMK m. 310).

Pay sahipleri tarafından başlatılacak ilâmlı takipte, mahkemece verilen hükmün bir gereği olarak, tahsil edilecek paranın şirkete ödenmesinin de talep edilmesi gereklidir. Takip konusu alacak, pay sahibinin alacaklıları tarafından haczedilemeyeceği (İİK m. 89) gibi, pay sahibinin iflâsı hâlinde iflâs masasına da girmez.

Pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davasının özgün niteliği, icra aşamasında da kendisini gösterir. İİK m. 33'te düzenlenen icranın geri bırakılma sebepleri ve buna paralel şekilde düzenlenen İİK m. 71'deki takibin iptali ve taliki sebepleri bakımından, ödeme (itfa) sebebi ile ilgili olarak borçlunun sadece şirkete yaptığı ödemeler dikkate alınabilir.

Zararın giderilmesi hâlinde sorumluluk da sona ermekle birlikte, zararın giderilip giderilmediğinin nasıl tespit edileceği önemli bir sorundur. Sorumluların bir ilâmı dikkate alarak veya yapacakları bir sulh sözleşmesine istinâden ortaklığa ödeme yapmaları, kendilerini başka sorumluluk davalarına ve zararın daha yüksek miktarda olduğu yolundaki iddia ve taleplere muhatap olmaktan kurtarmayacaktır.

Anonim ortaklığın sorumlulardan bir veya birkaçını ibra etmesi hâlinde, ortaklığın zararı kısmen veya tamamen tahsil edip etmediğine yahut ne kadar tahsil ettiğine bakılmaksızın, ibra hususunun TBK. m. 166/3 uyarınca dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, bu hüküm, sadece anonim ortaklık tarafından gerçekleştirilen ibra işlemleri bakımından ve sadece ortaklık tarafından açılan sorumluluk davalarında ve müteselsil sorumluluk miktarı içinde kalan kısım ile ilgili olarak uygulama alanı bulabilecektir. TBK m. 166/3 hükmü, hükümden önce gerçekleşen ibra ile ilgili olarak sorumluluk davasında, hükümden sonraki ibra bakımından ise genel mahkemelerde açılacak bir menfi tespit davasında dikkate alınmalıdır.

Sulh sözleşmesi akdetme yetkisinin genel kurula ait bulunduğu, yönetim kurulu böyle bir sözleşme yapsa dahi ancak genel kurul tarafından kabul edilip onaylanmak koşuluyla geçerli olacağı, sözleşmenin kural olarak sadece tarafları olan ortaklık ile sorumluları bağlayacağı, pay sahipleri bakımından ise ibraya benzer şekilde sonuca ulaşılması gerektiği kanısındayız. Pay sahipleri de, hüküm kesinleşinceye kadar diledikleri zaman sorumlularla sulh anlaşması akdedip, açmış oldukları davadan feragat edebilirler (HMK m. 310, 314). Bununla birlikte, böyle bir sulh sözleşmesi ortaklığı ve diğer pay sahiplerini bağlamaz.

Sorumlulardan biri ödeme yapmadan rücu davası açılmayacağı, davalılar dışında başka sorumlular bulunabileceği ve sorumluluk davasında davalıların birbirlerine karşı talepte bulunamayacakları gerekçeleriyle, rücu davasının sorumluluk davası ile birlikte görülmesi mümkün olmadığı gibi, sorumluluk davası devam ederken rücu davasının bağımsız olarak açılmasına ve bu davaların birleştirilmesine de olanak bulunmadığı kanısındayız.

Son olarak, pay sahiplerinin dava hakkı, zararın giderilmesi dışında tapu iptali ve tescil, iptal gibi talepleri kapsamaz. Bu nedenle, pay sahipleri muvazaalı işlemlerin tespiti ile buna ilişkin üçüncü kişilere karşı olan talepleri dava konusu yapamazlar; ancak, muvazaalı işlemler nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazmini için dava açabilirler.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk **Türk – İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Teselsül)
- Acar, Faruk **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017 (Rehin Hukuku)
- Aka, Beyza **Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki İşlemler**, İstanbul, Aristo Yayınları, 2021
- Akdağ Güney, Necla **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Sorumluluk)
- Akdağ Güney, Necla **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 (Yönetim Kurulu)
- Akdağ Güney, Necla Necla Akdağ Güney, “Banka Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Edilmiş Olmasının Bankacılık Kanununa İstinaden Açılan Şahsi İflâs Davasına Etkisi”, **YÜHFD**, 2007/1, İstanbul 2007, s. 49-75 (İbranın Şahsî İflâs Davasına Etkisi)
- Akdağ Güney, Necla “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Tazminat Talepleri”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008, s. 1-33 (Tazminat Talepleri)
- Akdağ Güney, Necla Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili, **İKÜHFD**, C. 10, S. 2, 2011,

s. 273-296 (Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili)

- Akdağ Güney, Necla Bankalar Kanunu'na Göre, Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (differenzierte Solidarität) ile Karşılaştırılması, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1207-1240 (Farklılaştırılmış Teselsül)
- Akdağ Güney, Necla 6552 Sayılı Torba Kanun İle TTK. m. 371'e Eklenen Yedinci Fıkra ile İlişkin Değerlendirmeler, Arslanlı Bilim Arşivi
(<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/Necla%20Akda%C4%9F%20G%C3%BCney%20-%206552%20Say%C4%B1%C4%B1%20Torba%20Kanun%20ile%20TTK%20md.%20371'e%20Eklenen%20Yedinci%20F%C4%B1kaya%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20De%C4%9Ferlendirmeler%20.pdf> – Erişim Tarihi: 30.10.2021) (TTK. m. 371/7).
- Akman, Galip Sermet **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976
- Aksu Özkan, Raziye **Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019
- Aksu Özkan, Raziye “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirkette Genel Kurulun Bilanço ile İlişkin Kararının Açık İbra Kararına Etkisi”, **Hacettepe HFD**, 11(1), 2021, s. 282-307
- Akyol, Şener **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995
- Akyol, Şener **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007
- Akyol, Şener **Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)

- Akyol Aslan, Leyla **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011
- Altay, Sıtkı Anlam **Hukukî Açından Banka Anonim Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020 (Banka Anonim Ortaklığı)
- Altay, Sıtkı Anlam **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 (Yetki Devri)
- Altay, Sıtkı Anlam **Anonim Ortaklıklarda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Altay, Sıtkı Anlam Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler, **GSÜHFD**, 2013/2, s. 55-76 (Özel Denetim)
- Altay, Sıtkı Anlam “Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi”, **GSÜHFD**, 2019/2, s. 477-506
- Altay, Sıtkı Anlam Ticarî Defterlerle İspatta Elverişlilik ve Sınır Sorunu, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt No.: 8, Sayı No.: 31, 2019, s. 553-580 (Ticarî Defterlerle İspat)
- Altay, Sıtkı Anlam “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 563-629 (Bağlam)
- Altay, Sıtkı Anlam “Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 68-75 (Farklılaştırılmış Teselsül)

- Altay, Sıtkı Anlam “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk- Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **31. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXXI - 22 Aralık 2017)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2018 (Doğrudan Sorumluluk- Dolayısıyla Sorumluluk)
- Altay, Sıtkı Anlam Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1-27 (Azilde Yetki Sorunu)
- Altay Sıtkı, Anlam “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, **Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3-18 (Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları)
- Sıtkı, Anlam Altay “Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 1-25 (Azilde Yetki Sorunu)
- Altay, Sümer **Türk İflâs Hukuku**, C. 1-2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004 (İflâs)
- Altay, Sümer/ Eskiocak, Ali **Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019
- Ansay, Tuğrul “Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **BATİDER**, C. III, S. 3, 1966, s. 407-431 (İbra)
- Arı, Zekeriya “Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açabilecekleri Davalarda Zamanaşımı”, **EÜHFD**, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 171-197

- Arıcı, M. Fatih/
Veziroğlu, Cem **Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014
- Armour, John/ Black,
Bernard/ Cheffins,
Brian R./ Nolan,
Richard **Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the UK and US, Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 6, Issue 4, December 2009, s. 687–722
- Arslanlı, Halil **Anonim Şirketler I, Genel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960
- Arslanlı, Halil **Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960
- Arslanpınar, Tuğçe **Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017
- Atalay, Oğuz **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001
- Atalı, Murat **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007
- Atalı, Murat/ Ermenek,
İbrahim/ Erdoğan, Ersin **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020
- Atamer, Ahmet “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Paysahibinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, **TBBD**, S. 102, 2012, s. 93-114
- Atan, Turhan **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1967

- Ay Kaplan, Ülkü **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017
- Ayan, Özge **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013
- Aydın, Alihan **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2008
- Ayoğlu, Tolga “Pay Sahipleri İle Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 73, Ocak 2009, s. 67-85 (İlamları İcraya Koyma Yetkisi)
- Ayoğlu, Tolga **Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018 (Tahkim)
- Ayoğlu, Tolga “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, **GSÜHFD**, 2013/2, s. 219-252 (Fesih)
- Aytaç, Zühtü **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara 1982 (İbra)
- Aytaç, Zühtü “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. 29, S. 4, 2013, s. 5-56
- Bahtiyar, Mehmet **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2021
- Bahtiyar, Mehmet “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”, **Prof. Dr. Seza**

Reisoğlu'na Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 395-414

- Başözen, Ahmet **Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010
- Bolayır, Nur **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014
- Candemir, Baltalı **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2019
- Battal, Ahmet “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi”, **AÜHFD**, Aralık S. 2, 2012, s. 31-40
- Bilgili, Fatih/
Demirkapı, Ertan **Şirketler Hukuku Dersleri**, 6. Basım, Bursa 2018
- Bozkurt, Tamer **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016
- Bozkurt Yaşar, Sevgi **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgement Rule) Uygulanması**, İstanbul, Beta Yayınları, 2015 (Business Judgement Rule)
- Bozkurt Yaşar, Sevgi “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”, **BATİDER**, Cilt: 34, Sayı: 1, 2018, s. 137-168 (Dava Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ)
- Börü, Levent **Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016

- Bulut, Uğur** **İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK. m. 120)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013
- Bulut, Abdulkadir** **Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014
- Bühler, Christoph B.** **Zürcher Kommentar Obligationenrecht: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR**, (Hrsg. Handschin Lukas), 3. Auflage, Zürich 2018 (Bühler, **Zürcher Kommentar**)
- Can, Ozan** “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasa’ya Aykırılık Sorunu (TTK m. 210/f. 3)”, **BATİDER**, Cilt XXXI, Sayı 4, 2015, s. 111-127
- Canözü, Salih** **Anonim Şirketlerde İbra**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021
- Canyürek, Murat** **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003
- Cenkci, Esra** **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018
- Conac, Pierre-Henri/ Enriques, Luca/ Gelter, Martin** “Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, **European Company and Financial Law Review**, 4/2007, s. 491-528
(file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/SSRN-id1532221.pdf – Erişim Tarihi: 17.04.2021)
- Çakırca, Seda İrem** **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012

- Çamoğlu, Ersin **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Sorumluluk)
- Ersin, Çamoğlu “Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, **GSÜHFD**, 2013/2, s. 19-33 (Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması).
- Çamoğlu, Ersin “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, **BATİDER**, Cilt 32, Sayı 2, 2016, s. 5-17 (Perdenin Kaldırılması Kuramı)
- Çamoğlu, Ersin “Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni TTK’da Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 407-417 (Şener Akyol’a Armağan)
- Çamoğlu, Ersin “Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsının Koşulları”, **BATİDER**, C. XII, S. 1, Mart 2011, s. 5-17 (Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflâsı)
- Çamoğlu, Ersin “Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, **BATİDER**, 1966, C. III, S. 3, s. 523-532 (Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet)
- Çamoğlu, Ersin “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”, **BATİDER**, 1965, C. III, Sayı 2, s. 266-279 (ETTK’ya göre Zamanaşımı)
- Çamoğlu, Ersin “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi”, **İÜHFM**, C. XXXVI, S. 1-4, İstanbul, 1971, s. 323-348 (İbranın Sorumluluk Davalarına Etkisi)
- Çamoğlu, Ersin “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Açılan İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları”,

İBD, C. 76, S. 1-3, 2002, s. 133-137 (İptal Davalarının Birleştirilmesi Açısından İbra Kararları)

- Çamoğlu, Ersin “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yıllık Raporu Hakkında Düşünceler”, **İktisat Maliye**, XVII/12, Mart 1971, s. 540-544 (Yıllık Rapor)
- Çamoğlu, Ersin “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, **İktisat Maliye**, C. XVI, S. 9, 1969, s. 357-360 (Rekabet Yasağı)
- Çamurcu, Emin **Anonim Ortaklıklarda Farklaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Çelik, Aydın **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007
- Çetin, Müge **Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukukî Sorumluluğu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017
- Çolgar, Emek Toraman **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019
- Çoştan, Hülya “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **BATİDER**, Cilt XXIX, S. 1, 2013, s. 117-137
- Değirmencioğlu Aydın, Nihan **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015
- Demir, Erdal **Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013

- Demir Evin, Emine **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016
- Demirkan, Senem **Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamında Örnekli**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016
- Dengiz, Alinur **Ticarî Defterlerin İspat Gücü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021
- Deren Yıldırım, Nevhis **Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996
- Develi, Emine **Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016
- Develioğlu, Murat **Takas Kavram -Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması – Takasın Hukukî Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012
- Diñç, Serhan **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Dişel, Buse **Dava Takip Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020 (Takip Yetkisi)
- Dişel, Buse “Medenî Usûl hukuku Perspektifiyle TTK. m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler ve Hükümün İcrası”, **Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021 Bildiri Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 169-200 (Hükümün İcrası)
- Doğan, Beşir Fatih **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim**

Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011

- Doğrusöz, Hanife **Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- Dolu, Ali Murat **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017
- Domaniç, Hayri **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları**, İstanbul 1988 (TTK Şerhi)
- Domaniç, Hayri **Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluştan Doğan Hukukî Mes'uliyeti**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1964 (Kuruluştan Doğan Hukukî Mes'uliyet)
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019
- Horst, Eidenmüller “Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders/Managers”, **European Business Organization Law Review**, Volume 7, 2006, s.239-258 (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/trading-in-times-of-crisis-formal-insolvency-proceedings-workouts-and-the-incentives-for-shareholdersmanagers/D7BC1AE923E17A021F55474AA5EC829D> - Erişim Tarihi: 26.10.2021)
- Erdem, H. Ercüment “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar”, **GSÜHFD**, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, 2013/2, s. 113-138

- Erdem, Mehmet **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Erdönmez, Güray **Medenî Usûl Hukukundan Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (Belgelerin İbrazı Mecburiyeti)
- Erdönmez, Güray “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, **İBD**, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s. 15-53 (Delillerin Gösterilmesi)
- Erdönmez, Güray “HMK m. 57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Hâller”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, **DEÜHFD**, Cilt:16, Özel Sayı, Yıl 2014, C. I, s. 695-755 (İhtiyarî Dava Arkadaşlığı)
- Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021 (Genel Hükümler).
- Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Yayınları, 2009
- Eren, Fikret **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975
- Erişir, Evrim **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007.
- Eskiocak, Ali **Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukukî Durumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009
- Gerhard, Frank **Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2016, s. 254-268

- Göktürk, Kürşat **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015 (Şirketler Topluluğu)
- Göktürk, Kürşat “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Hâlinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”, **TBBD**, Sayı 114, Eylül 2014, s. 179-200 (Gözetim Sorumluluğu)
- Göktürk, Kürşat/ Can, Mehmet Çelebi “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunu'nun Şahsî İflâs Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi HFD**, C. 2, S. 2, 2011, s. 248-283
- Gelter, Martin **Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions**, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 363/2017, August 2017 (https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/3632017.pdf - Erişim Tarihi: 24.10.2021)
- Gelter, Martin “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, **Brooklyn Journal of International Law**, Volume 37, Issue 3, 2012, s. 843-892 (<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=bjil> – Erişim Tarihi: 25.06 2021)
- Gerner-Beuerle, Carsten/ Schuster, Edmund-Philipp “The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe”, **European Business Organization Law Review**, Vol. 15, No. 2, 2014, s. 191-233
- Gerner-Beuerle, Carsten/ Paech, Philipp/ Schuster, Edmund-Philipp **Study on Directors’ Duties and Liability**, LSE Enterprise Limited, London, April 2013 (http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/___Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle%2C%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability%28lsero%29.pdf – Erişim tarihi: 24.06.2021)

- Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Grecheniga, Kristoffel/ Sekyra, Michael “No Derivative Shareholder Suits in Europe: A Model of Percentage Limits and Collusion”, **International Review of Law and Economics**, 2011, s. 16-20

(<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S014481881000044X?token=02B678C3ADEA0DA167A40E998359860B5A38C499B311CE6C8AA8A0A97B74CB72DC2782BA610396BBA56B89D9C2E97B19&originRegion=eu-west-1&originCreation=20211025103516> – Erişim Tarihi: 23.05.2021)
- Günaydın, Burcu **Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012
- Gümüş, Mustafa Alper **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001
- Gürbüz Usluel, Aslı E. “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt XXIX, Sayı 1, 2013, s. 141-169
- Gürel, Murat **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014
- Hacımahmutoğlu, Sibel “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü; Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, **BATİDER**, Cilt XXXI, S. 3, 2015, s. 23-56 (Özen Yükümlülüğü)
- Hacımahmutoğlu, Sibel **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 (Yönetim Kurulu)

- Hacımahmutoğlu, Sibel “The Business Judgement Rule: İş Adamı Kararı mı Yoksa Ticarî Muhakeme Kuralı mı?”, **BATİDER**, C. XXX, S. 4, 2014, s. 99-145 (Business Judgement Rule)
- Hanağası, Emel **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009
- Helvacı, Mehmet **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001 (Sorumluluk)
- Helvacı, Mehmet “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, **BÜHFD**, Cilt 9, Sayı 117-118, 2014, s. 119-132 (Devredilemez Görev ve Yetkiler).
- Helvacı, Mehmet “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 759. Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 219-232 (Müteselsil Sorumluluk)
- Helvacı, Mehmet/
Çamurcu, Emin/
Türkyılmaz, İsmail “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 309-330
- Hızır, Serdar “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK. m. 358 Üzerine Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, Cilt XXIX, S. 2, 2013, s. 227-289
- İmregün, Oğuz **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar)
- İmregün, Oğuz “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 255-277 (Hukukî Sorumluluk)

- İzmirli, Yadigar **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukukî Sonuçları**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2001
- Kahyaoğlu, Emin Cem “Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 83-94.
- Kale, Serdar **Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010
- Kaplan, İbrahim “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, **BATİDER**, C. XXV, S. 4, s. 37 vd. (Perdenin Kaldırılması)
- Kaplan, İbrahim “6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukukî Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3493-3510 (Hukukî Sorumluluk)
- Karacan, Ali İhsan **Halka Açık Şirketlerde Yönetim Kurulunun Sorumlulukları**, İstanbul 2012
- Karayağçın, Yaşar “İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul 2003, s. 651-672
- Kaya, Arslan **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001 (Bilgi Alma Hakkı)
- Kaya, Arslan “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **BATİDER**, Cilt XXXI, Sayı 1, 2015, s. 61-83 (Özel Denetim)

- Kayar, İsmail/ Özatlan, Yurdal “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasında Kusur ve İspat”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 151, 2019, s. 17-30
- Kayıhan, Şaban **6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011
- Keay, Andrew “Assessing and rethinking the statutory scheme for derivative actions under the Companies Act 2006”, **Journal of Corporate Law Studies**, Volume 16, Issue 1, 2016, s. 39-68

(<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14735970.2015.1090140> - Erişim Tarihi: 05.08.2021)
- Kendigelen, Abuzer **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016

(Tespitler)
- Kendigelen, Abuzer **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 1994 (İntifa Hakkı)
- Kendigelen, Abuzer/ Kırca, İsmail **Şirketler Hukuku Cilt I**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021
- Kervankıran, Emrullah “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **EÜHFD**, C. IX, S. 3-4, s. 453-473 (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)
- Kervankıran, Emrullah “Alman Hukuku’nda Business Judgement Rule’nin Kodifikasyonu – Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 249-263 (Business Judgement Rule)

- Keskin Şerbeçioğlu,
Damla **Yeddiemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019
- Kılınç, Ayşe **İcra Takibinde Derdestlik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Kırca, Çiğdem “Müteslesil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler”, **Fikret EREN'e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 641-677 (Değişiklikler)
- Kırca, İsmail “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu”, **BATİDER**, Sayı: XXII/3, 2004, s. 85-96 (Takdir Yetkisi)
- Kırca, İsmail “İbra Kararlarının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu’nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı”, **BATİDER**, Cilt XXIII, Sayı 3, 2006, s. 34-51 (İbra Kararlarının Geri Alınması)
- Kırca, İsmail “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **BATİDER**, Cilt XXVIII, 2012, S. 2, s. 51-59 (Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği)
- Kırca, İsmail “TTK. m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Bir Adım”, **BATİDER**, Cilt XXX, Sayı 3, Eylül 2014, s. 23-37 (TTK. m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme)
- Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013/VIII
- Koh, Alan K. “Reconstructing The Reflective Loss Principle”, **Journal of Corporate Law Studies**, Volume 16, No. 2, 2016, s. 373-401

(<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14735970.2016.1191298> - Erişim Tarihi: 11.08.2021)

- Luterbacher, Thierry **Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Hrsg. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2015, Art. 754
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip
(Kocayusupaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı) **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017**
- Koç, Himmet **Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018
- Korkut, Ömer **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri (Üyeliği)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007 (İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri)
- Korkut, Ömer **Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C. 1, Ankara 2010, s. 1367-1386 (Fiilî Yönetim Kurulu Üyeliği)
- Korkut, Ömer “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012; 18 (2), s. 411-430 (Tescilin Etkisi)
- Kortunay, Ayhan **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Korzun, Vera “Shareholder Claims For Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law And Governance”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 40, No. 1, 2018, s. 189-254

(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3294147 – Erişim Tarihi: 25.10.2021)

- Köprücü, Üstün **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasındaki Usûl Hukuku Sorunları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Kösekeya, Fatih **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Ankara 2013
- Kuru, Baki **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı**, Cilt I-II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Usûl El Kitabı)
- Kuru, Baki **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, İkinci Tıpkı Basım, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2016 (İcra El Kitabı)
- Kuru, Baki **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, 6. Baskı, İstanbul, Demir-Demir Yayıncılık, 2001 (Hukuk Muhakemeleri Usûlü)
- Kuru, Baki/ Budak, Ali Cem **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Kunz, Peter V. **Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?**, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2014, s. 274-283
- Küçükgüngör, M. Aslı **Kurumsal Yönetim İlkeleri Bakımından Halka Açık Anonim Şirketlerde İcrada Görevli Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018
- Latella, Dario “Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive”, **European Company and Financial Law Review**, March 2009, s. 1-17
- (https://www.researchgate.net/publication/228299509_Shareholder_Derivative_Suits_A_Comparative_Analysis_a

nd the Implications of the European Shareholders' Rights Directive/link/574b1fc608ae2e0dd301a0cc/download - Erişim Tarihi: 17.07.2021)

Lennarts, Loes

“Directors’ and Shareholders’ Liability as a Means of Protecting Creditors of the BV”, **European Business Organization Law Review**, Volume 8, Issue 1, 2007, s. 131-141

(<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/directors-and-shareholders-liability-as-a-means-of-protecting-creditors-of-the-bv/AFEF02D24BFECC741BBEB34EF0B1319D> - Erişim Tarihi: 28.07.2021)

Lowry, John

“The Duty of Loyalty of Company Directors: Bridging The Accountability Gap Through Efficient Disclosure”, **Cambridge Law Journal**, 68(3), November 2009, s. 607-622

(<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/duty-of-loyalty-of-company-directors-bridging-the-accountability-gap-through-efficient-disclosure/6D98E6DCBD5C14152FC15843B4265060> - Erişim Tarihi: 26.10.2021)

Luterbacher, Thierry/
Studer, Christoph D.

Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsg. Fischer Willi/Luterbacher Thierry), Zürich/St. Gallen 2015

Luterbacher, Thierry

Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsg. Fischer Willi/Luterbacher Thierry), Zürich/St. Gallen 2015

Manavgat, Çağlar

Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler, **BATİDER**, C. XXX, S. 1, Mart 2014, s. 35-75

Mazlum, İsmet

Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale, Anksara, Yetkin Yayınları, 2019

- Merkt, Hanno “Creditor Protection Through Mandatory Disclosure”, **European Business Organization Law Review**, Volume 7, Issue 1, March 2006, s. 95-122 (<https://www.cambridge.org/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/creditor-protection-through-mandatory-disclosure/93CE16975D9DE60073BDC6EF9BF91A32> – Erişim Tarihi: 10.10.2021)
- Mimaroglu, Sait Kemal **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1967
- Moroğlu, Erdoğan **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (Değerlendirme ve Öneriler)
- Moroğlu, Erdoğan **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Hükümsüzlük)
- Mülberty, Peter O. “A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection”, **ECGI Working Paper Series in Law**, Working Paper No. 60/2006, February 2006, s. 1-51 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883625 – Erişim Tarihi: 28.06.2021)
- Narbay, Şafak **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003
- Nomer, N. Füsün **Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar**, İstanbul, Beta Yayınları, 1994
- Nomer, Haluk Nami/
Ergüne, Mehmet Serkan **Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 43
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020

- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021
- Oğuzman, M. Kemal/
Seliçi, Özer/ Oktay-
Özdemir, Saibe **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, İstanbul 2019
- Oğuzman, M. Kemal/
Seliçi, Özer/ Oktay-
Özdemir Saibe **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2020
- Okutan Nilsson, Gül **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009
- Okutan Nilsson, Gül “Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı”, **Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010) Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler**, İstanbul, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, 2011, s. 90-101
- Okutan Nilsson, Gül **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004 (Paysahipleri Sözleşmeleri)
- Özçelik, Volkan **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020
- Özdamar, Mehmet “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Temsili”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 137-164
- Özekes, Muhammet **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1995

- Muhammet, Özekes/
Vural, Seven/ Nedim,
Meriç **Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası**, 1. Baskı,
İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021
- Öztan, Bilge **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve
Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara,
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970
- Paslı, Ali **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate
Governance**, 2. Bası, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı
Yayınları, 2005
- Paslı, Ali “Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar
Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi”,
Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, **İÜHFM**, C. XXI, S.
2 (2013), s. 317-334 (Compliance)
- Paul, Carsten A. “Derivative Actions under English and German Corporate
Law - Shareholder Participation between the Tension
Filled Areas of Corporate Governance and Malicious
Shareholder Interference”, **European Company and
Financial Law Review**, Volume 7, Issue 1, March 2010, s.
81-115

([https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/e
comflr7&div=6&g_sent=1&casa_token=&collection=jou
rnals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/comflr7&div=6&g_sent=1&casa_token=&collection=journals) Erişim Tarihi: 13.08.2021)
- Pazarbaşı, Gülşen **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî
Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018
- Pekcanitez, Hakan **Anonim Ortaklıkların İflâsı**, Ankara, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1991 (Anonim Ortaklıkların
İflâsı)
- Pekcanitez, Hakan **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıklarda
Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar, Makaleler**,
İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, Cilt I, s. 33-93
(Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar)

- Pekcanitez, Hakan **Belirsiz Alacak Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011
(Belirsiz Alacak Davası)
- Pekcanitez, Hakan **Medeni Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale**, 1. Bası, Ankara, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/ Özekes,
Muhammet/ Atalı,
Murat/ Erdönmez,
Güray/ Akkan, Mine/
Yeşilirmak, Ali/ Taş
Korkmaz, Hülya **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Sungurtekin Özkan,
Meral/ Özekes,
Muhammet **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 8. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/ Özekes,
Muhammet **Medenî Usûl Hukuku, Ders Kitabı**, 9. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021
- Pekcanitez, Hakan/
Meriç, Nedim **Medeni Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020
- Hakan Pekcanitez/
Güray Erdönmez, **7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018
- Pekcanitez, Hakan/
Simil, Cemil **İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Bası, İstanbul 2017
- Plüss, Adrian/
Facincani-Kunz,
Dominique **Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3.

Auflgae, Zürich 2016, Art. 717 (Plüss/Facincani-Kunz, **CHK**)

- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin **Ortaklıklar Hukuku I**, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülören Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, **İÜHFM**, C. XLV - XLVII, Atatürk'e Armağan, İstanbul 1982, s. 347-398
- Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi **Ticarî İşletme Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018
- Postacıoğlu, İlhan E. **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mesuliyeti ile İlgili Bazı Meseleler, Makaleler ve Karar İncelemeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 995-1026
- Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, İstanbul 2020 (Usûl)
- Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer **İcra Hukuku Esasları**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (İcra)
- Pulaşlı, Hasan **Şirketler Hukuku Şerhi**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022 (Şirketler Hukuku Şerhi)
- Pulaşlı, Hasan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara 2009, s. 571-590 (Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu)
- Pulaşlı, Hasan “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’e Armağan**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003, s. 165-177 (Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili)

- Pulaşlı, Hasan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt: 25, S. 1, 2009, s. 27-63 (Özen Yükümlülüğü)
- Pulaşlı, Hasan 6552 Sayılı (Torba) Kanunla Türk Ticaret Kanunu’na Eklenen Yeni Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2014, C. 12, S. 142, s. 39-48 (TTK. m. 371/7)
- Pulaşlı, Hasan Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu, **BATİDER**, Cilt XXXV, Sayı 2, Haziran 2019, s. 27-59 (Compliance Sorumluluğu)
- Rihm, Thomas/ Känzig, David **Orell Füssli Kommentar:Aktienrecht Kommentar** (Hrsg. Wibmer Jeannette K.), Zürich 2016 (Rihn/Känzig, **OFK**)
- Serozan, Rona **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016
- Sevi, Ali Murat **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 (Sermayenin Oluşturulması)
- Sevi, Ali Murat “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Hukukî Sorumluluğu”, **BATİDER**, Cilt 32, Sayı 3, Eylül 2016, s. 39-75 (Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi)
- Sevi, Ali Murat **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018 (Payın Devri)
- Simil, Cemil **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013

- Sirmen, Lale **Alacak Rehni**, Ankara 1990 (Alacak Rehni)
- Sirmen, Lale **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019 (Eşya Hukuku)
- Soykan, İsmail Cem **Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012
- Şahin, Ayşe **Anonim Ortaklığın Haklı Sebepler Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Şener, Oruç Hami **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara 2019
- Tamer, Ahmet “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK. m. 358)”, **TBB Dergisi** 2012 (102), s. 93-114
- Tandoğan, Haluk **Türk Mes’ûliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’ûliyet)**, 1961 Yılı Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Mes’ûliyet Hukuku)
- Tandoğan, Haluk **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963 (Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini)
- Tandoğan, Haluk “Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler”, **BATİDER**, C. III, Sayı 1, 1965, s. 122-129 (Müruruzaman)
- Tanrıver, Süha **Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Taş Korkmaz, Hülya **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014

- Taşpınar, Sema **İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000
- Tekinalp, Ünal **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020
- Tekinalp, Ünal **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (Bağlam)
- Tekinalp, Ünal **Fondaki Bankanın Hukuku**, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2003 (Fondaki Bankanın Hukuku)
- Tekinalp, Ünal **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 (Banka Hukukunun Esasları)
- Tekinalp, Ünal **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965 (Tüzel Kişilerin Temsili)
- Tekinalp, Ünal “İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin, İptal Davası Açıp Açamayacakları Sorunu”, **İktisat ve Maliye**, C. XXIII, S. 4, s. 165-168 (İptal Davası)
- Tekinalp, Ünal **“Bağlı Yönetim Kurulu Üyelerinin ‘Kayıp’la İlgili Sorumluluğu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 613-626 (“Kayıp”la İlgili Sorumluluk)
- Tekinalp, Gülören/
Tekinalp, Ünal **“Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul 1995, s. 387-404
- Tekinay, Selahattin
Sulhi/ Akman, Sermet/ **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993

Burcuoğlu, Haluk/
Altop, Atilla

Teoman, Ömer

Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul, 1983

Tercier, Pierre/
Pichonnaz, Pascal/
Develioğlu, Murat

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020

Topaloğlu, Mustafa

“Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Getirilen Hükümler”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C. II, Ankara 2010, Turhan Kitabevi, s. 2083-2104

Türk, Ahmet

Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016

Umar, Bilge

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 (Şerh)

Uçar Bulut, Gülnur
Ceren

Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018

Üçışık, Güzin/ Çelik,
Aydın

Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013

Ünal, Ahmet Cemal

Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO’nun Hukukî Konumu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

Ünal, Mustafa

“Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, **BATİDER**, C. XI, S. 3 (1982), s. 49-89

- Üstündağ, Saim **Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II**, İstanbul 2000 (Usûl)
- Üstündağ, Saim, **İflâs Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009 (İflâs)
- Von Tuhr, Andreas **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım I-II**, Çeviren: Av. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983
- Wibmer, Jeannette K. **Orell Füssli Kommentar:Aktienrecht Kommentar** (Hrsg. Wibmer Jeannette K.), Zürich 2016 (Wibmer, OFK)
- Yanlı, Veliye “İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda “İş Bölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, **İÜHFM**, Prof. Dr. Türkan Rado Sayısı, S. 3, 1997, s. 261-277 (İş Bölümü İlkesi)
- Yanlı, Veliye **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılarak Paysahiplerinin Şirket Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000 (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)
- Yanlı, Veliye “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durum”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1999, s. 655-683. (İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri)
- Yanlı, Veliye “Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”, **BATİDER**, Ankara 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 29-44 (Finansal Destek Yasağı)
- Veliye, Yanlı “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Üyeleri Tarafından Mı Atanabilir?”, **İÜHFM**, Ersin Çamoğlu’na Armağan, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 339-448 (İmza Yetkilileri)

- Yanlı, Veliye “Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında ‘Yönetici’ Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 151, Mart 2019, s. 46-57 (Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği)
- Yanlı, Veliye/ Okutan Nilson, Gül “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, **BATİDER**, C. XXX, S. 4, 2014, s. 5-42
- Yasaman, Hamdi “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları”, **GSÜHFD**, 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, s. 97-111 (Sorumluluk Davaları)
- Yasaman, Hamdi “Banka Yönetici ve Ortaklarının Şahsi İflâslarına İlişkin Güncel Sorunlar ve 5020 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler”, **Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukukî Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005 (Şahsî İflâs)
- Yaşar, Tuğçe Nimet **Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020
- Yavaş Murat, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. m. 89)**, 2. Bası, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2002
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021
- Yıldız, Burçak “Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği”, **BATİDER**, C. XXVII, S. 3, Eylül 2011, s. 111-134.
- Yurtbaşı, Fatih **Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019

- Yılmaz, Abdüssamet **Anonim Ortaklık Payının Rehin ve Hapis Haklarına Konu Olması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2020 (Pay Rehni)
- Yılmaz, Asuman **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Yılmaz, Ejder **Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017 (Şerh)
- Yılmaz, Ejder **(Medenî Yargılama Hukukunda) Islah**, 4. Bası, Ankara 2013 (Islah)
- Yongalık, Aynur **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara, 2010
- Yördem, Yılmaz **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017
- Yüksel, Sinan H. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunun Şartları ve Yargının Bunlara Yaklaşımı”, **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İstanbul 2009, s. 355-391 (Sorumluluk)
- Yüksel, Sinan H. “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, **GSÜHFD**, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 2013/2, s. 159-217 (Kaçış Klozu)

ÖZGEŞMİŞ

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ali ESKİÖCAK
Tez Başlığı : Yönetim Kurulu Üyelerinin Şahsî Sorumluluğuna
İlişkin Davalarda Maddî Hukukun Usûl Hukukuyla
Etkileşimi
Savunma Tarihi : 10.05.2022
Danışman : Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

JÜRİ ÜYELERİ

Uncanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. S. Anlam ALTAY (Danışman)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Faruk ACAR
Prof. Dr. Tolga AYOĞLU
Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü